

# REGULAMENTAR A MEDIAÇÃO: UM OLHAR SOBRE A NOVA LEI DE MEDIAÇÃO EM PORTUGAL

*Cátia Marques Cebola*

Possui doutorado em Derecho Processal pela Universidad de Salamanca (2011). Atualmente é Professor Adjunto do Instituto Politécnico de Leiria. Tem experiência na área de Direito.

E-mail: <catia.cebola@ipleiria.pt>

## RESUMO

A flexibilidade de procedimentos e instrumentos inerentes à mediação torna complexa a tarefa de a regulamentar. No presente trabalho analisa-se o equilíbrio entre a sua flexibilidade incontornável e a uniformidade necessária, tendo em conta os diferentes modelos de regulamentação da mediação patentes mundialmente. Não escapando à tendência internacional de regulamentar a mediação, apresentam-se, por fim, as principais notas que caracterizam a nova Lei de Mediação em Portugal.

**Palavras-chave:** Mediação. Dilema Diversidade-Uniformidade. Modelos de Regulação. Princípios de Mediação. Portugal.

## 1 INTRODUÇÃO

A mediação, enquanto mecanismo flexível, evidenciando uma aparente leveza procedimental no que concerne aos seus trâmites, torna-se um corpo estranho no sistema jurídico, fortemente legalizado, em que nos inserimos, pelo que a sua regulamentação (ou regulação) tornar-se-á na chave da afirmação deste instrumento junto dos operadores jurídicos, mas também dos cidadãos.

Equilibrar a flexibilidade e informalidade da mediação, por um lado, e a necessidade de estabelecer parâmetros de qualidade deste mecanismo, por outro, logrando suficiente uniformidade, sem elatias biminar práticas ou âmbitos de ação, constitui um objetivo hercúleo. Será, por isso, fundamental estabelecer-se o âmbito da regulamentação da mediação, por forma a perceberem-se quais as questões de indispensável atenção nos documentos legais vigentes nesta sede, designadamente em termos de formação e estatuto do mediador ou do valor jurídico do acordo obtido pelas partes e da própria relação da mediação com o processo judicial.

Norteador por este objetivo, o presente trabalho terá em linha de conta o regime jurídico esta-

belecido para a mediação em Portugal, analisando-se, ainda que de forma sumária, as principais opções legislativas vertidas na Lei n.º 29/2013, de 19 de abril. Tem-se ainda em conta a Portaria n.º 344/2013, de 27 de novembro, relativa à criação de uma lista de mediadores e a Portaria n.º 345/2013, de 27 de novembro, respeitante às entidades formadoras na área da mediação.

## 2 DILEMA DIVERSIDADE-UNIFORMIDADE: REGULAMENTAR A MEDIAÇÃO, SIM OU NÃO?

A gradual aplicação da mediação, ainda que não totalmente coroada de êxito, a atentar nas estatísticas que lhe respeitam<sup>1</sup>, fez emergir uma preocupação crescente pela promoção da sua qualidade, no sentido de se estabelecerem critérios de

<sup>1</sup> A título de exemplo, o Sistema de Mediação Laboral em Portugal baixou abruptamente dos 607 pedidos de mediação em 2008, para os 237 em 2010, tendo finalizado com acordo 29 processos de mediação laboral em 2008 e apenas 13 em 2010. Números disponibilizados no *website* do GRAL a 30 de março de 2011, <http://www.gral.mj.pt/userfiles/Estat%C3%ADsticas%20Media%C3%A7%C3%A3o%20P%C3%BAblica%2822%29.pdf>.

controlo do seu exercício, de que são exemplo os códigos de conduta para mediadores.

Acresce que, a introdução de um novo caminho, como é a mediação, no sistema de resolução de conflitos de um Estado e as mudanças que suscita no paradigma judicial implementado, certamente convocarão naturais reticências dos profissionais jurídicos que revelam, não raras vezes, dúvidas e apreensão relativamente ao seu esquema informal, flexível e sem um enquadramento legal minucioso<sup>2</sup>.

Estes fatores confluíram para o desenvolvimento de uma tendência mundial para regulamentar a mediação, de que as exigências normativas impostas na União Europeia pela Diretiva 2008/52/CE, relativa à mediação civil e comercial<sup>3</sup>, são um bom exemplo. Esta tendência de regulamentação é, todavia, vivida de modo diferente pelos diferentes Estados. Países como a Holanda adotaram a máxima “primeiro experimenta-se, depois regula-se”. França, pelo contrário, cedo optou por regulamentar a aplicação da mediação no próprio Código de Processo Civil, adiantando-se à prática<sup>4</sup>.

Independentemente da opção adotada, a regulamentação da mediação é uma questão complexa devido às dificuldades inerentes à procura do equilíbrio entre a flexibilidade e a informalidade deste método, por um lado, e a uniformidade intrínseca à normatividade reguladora da sua aplicação, por outro.

Ao almejado equilíbrio entre os enunciados pratos da balança, em matéria de regulamentação da mediação, denomina a doutrina de “Dilema da Diversidade-Uniformidade” (*Diversity – Consistency Dilemma*)<sup>5</sup>. Como sublinha Nadja Alexander, “The advocates of consistency seek to establish standards to ensure an appropriate level of mediation competence and process quality and to provide systems that monitor compliance and manage complaints. [...] Other commentators highlight the risks of the drive towards consistency. They argue that consistency through standardization may threaten the diversity of media-

tion practice, the flexibility of the process, its cost effectiveness and its accessibility”<sup>6</sup>.

O Dilema Diversidade-Uniformidade busca o ponto ótimo de equilíbrio entre a flexibilidade da mediação e a inerente capacidade de adaptar-se a diferentes conflitos e a diferentes mediados, ao mesmo tempo que não pode esquecer de asseverar a confiança e a sua qualidade, designadamente, no que respeita às suas implicações jurídicas e efeitos do resultado obtido.

Perante o enunciado Dilema urge perguntar, desde logo, se a mediação deve ou não ser regulamentada e em que termos? Sendo a resposta afirmativa, torna-se então inevitável questionar que matérias deverão ser objeto da atenção e do labor legislativo<sup>7</sup>.

No que concerne à primeira questão, consideramos importante a regulamentação da mediação, por forma a promover-se a transparência, a certeza e a segurança jurídicas, evitando-se confusões terminológicas, conceptuais ou aplicativas. Este constitui um passo inevitável na promoção da confiança das partes e, em geral, dos profissionais jurídicos, na aplicação da mediação, fomentando-se a qualificação e qualidade de mediadores e, consequentemente, a qualidade da mediação *per se*. Nada será mais imprudente para um mecanismo em afirmação, como é a mediação, que a sua navegação à vista em águas turvas, sem uma bússola normativa que norteie a sua implementação enquanto método de resolução de conflitos jurídicos.

Contudo, defendemos que a regulamentação da mediação deve ser necessariamente apropriada e contextualizada. Desde logo, porque a mediação terá de atender ao contexto cultural e social de cada Estado. Com efeito, as diferenças culturais refletem-se no conteúdo dos próprios conflitos emergentes em cada sociedade, bem como na forma como os seus protagonistas lidam com as emoções subjacentes a cada disputa e pensam a sua solução. A resolução de um conflito por mediação em Portugal será, necessariamente, diferente da forma de o mediar no Japão. E a regulamentação de cada Estado deverá acolher e refletir essas diferenças culturais, sociais e, também, jurídicas.

Por outro lado, a regulamentação da mediação deve ser apropriada aos aspetos essenciais que necessitam de um regime jurídico, não podendo haver aspirações a produzir-se uma regulamenta-

<sup>2</sup> Neste sentido, veja-se GOLDBERG, Stephen B.; SANDER, Frank E. A.; ROGERS, Nancy H.; COLE, Sarah Rudolph (2007). *Dispute Resolution. Negotiation, Mediation, and Other Processes*, 5ª ed., Aspen Publishers, Nova York, pp. 158-159.

<sup>3</sup> JOUE L 136, de 24 de maio de 2008.

<sup>4</sup> Dando conta desta diferença, veja-se ALEXANDER, Nadja (2006). *Global Trends in Mediation*, 2ª ed., Kluwer Law International, p. 30.

<sup>5</sup> Cfr. ALEXANDER, Nadja (2009). *International and Comparative Mediation – Legal Perspectives*, Kluwer Law International, p. 75.

<sup>6</sup> Cfr. ALEXANDER, Nadja (2006). *Global Trends in Mediation*, ob. cit., p. 29.

<sup>7</sup> Analisamos esta mesma questão em MARQUES CEBOLA, Cátia (2013). *La Mediación*, 1ª ed., Marcial Pons, pp. 81-90.

ção absoluta e minuciosa que preveja, de forma imperativa, todas as questões relativas à prática deste método de resolução de conflitos. Tal pretensão confrontar-se-ia com o caráter flexível intrínseco à mediação. Em muitos aspetos dever-se-á, por isso, deixar às partes e ao mediador a liberdade de estipulação dos procedimentos inerentes à resolução do conflito por este procedimento, devendo a sua regulamentação cingir-se aos aspetos jurídicos que deverão ser uniformizados<sup>8</sup>.

Considerando-se, assim, inevitável a existência de uma regulamentação da mediação, obviamente contextualizada e apropriada, coloca-se uma segunda questão importante nesta sede, consubstanciada em saber qual a melhor forma de regular a mediação em cada Estado e que aspetos se devem regulamentar.

### 3 TIPOS DE REGULAÇÃO

Em termos genéricos, poderão apontar-se quatro diferentes tipos de regulação<sup>9</sup>.

I. **A regulação do mercado (*market regulation*)**, baseada no livre funcionamento dos serviços de mediação e assente na apologia dos valores da concorrência e da liberdade contratual<sup>10</sup>. Neste sentido, a qualidade dos serviços de mediação seria fomentada pela procura e escolha dos mediadores com maior formação profissional, ao mesmo tem-

<sup>8</sup> Neste contexto refira-se a nota prévia do *Uniform Mediation Act* nos E.U.A., aprovado em 2002, a qual refere precisamente que “It is important to avoid laws that diminish the creative and diverse use of mediation. The Act promotes the autonomy of the parties by leaving to them those matters that can be set by agreement and need not be set inflexibly by statute”. Veja-se na íntegra o texto do UMA, com a nota prévia, no seguinte endereço eletrónico, <<http://www.law.upenn.edu/bll/archives/ulc/mediat/medam01.htm>>, acessado a 15 de outubro de 2010. Para mais informações sobre o *Uniform Mediation Act*, veja-se, *inter alia*, GETTY, Michael B.; MOYER, Thomas J.; RAMO, Roberta Cooper (1998). “Preface to Symposium on Drafting a Uniform/Model Mediation Act”, *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, v. 13, n. 3, pp. 787-789.

<sup>9</sup> Cfr. ALEXANDER, Nadja (2008). “Mediation and the Art of Regulation”, *QUT Law and Justice Journal*, v. 8, n. 1, pp. 3-4, disponível no seguinte endereço eletrónico, acessado a 14 de outubro de 2010, <[http://www.law.qut.edu.au/ljj/editions/v8n1/pdf/2\\_Mediation\\_and\\_the\\_Art\\_of\\_Regulation\\_ALEXANDER.pdf](http://www.law.qut.edu.au/ljj/editions/v8n1/pdf/2_Mediation_and_the_Art_of_Regulation_ALEXANDER.pdf)>.

<sup>10</sup> A Diretiva 2008/52/CE faz referência à possibilidade de aplicação desta forma de regulação, quando, no Considerando 17 do Preâmbulo, assinala que “Os Estados-Membros deverão definir esses mecanismos, que podem incluir o recurso a soluções com base no mercado”.

po que expulsaria do mercado, por si mesma, os profissionais com menores níveis de competência ou menos habilitados. Contudo, esta perspetiva assenta na premissa errónea de que o mercado é perfeito e de que os mediados teriam igual acesso à informação necessária para uma escolha racional e esclarecida. Por outro lado, barreiras estruturais, como os níveis educacionais ou fatores económicos, poderiam motivar a escolha dos mediados atendendo aos honorários de cada profissional e não à qualidade do serviço prestado, o que revela a perigosidade deste tipo de regulação.

II. **A autorregulação (*self-regulation*)** consiste na criação de regulamentos e normas de conduta adotados pelas associações de mediadores ou entidades promotoras da mediação. A desvantagem inerente a esta opção reside na aplicação restrita dos ditos regulamentos apenas aos associados que formam parte da entidade que os aprova. Desta forma, será difícil promover a sua aplicação generalizada e uniforme, promovendo-se a proliferação de normas e regras díspares relativamente às mesmas questões. Além de que os esquemas de autorregulação poderiam refletir apenas os interesses dos associados<sup>11</sup>.

III. **A regulamentação-quadro (*formal framework*)** constituiu uma terceira via de regulação possível, assente na promulgação de documentos normativos de enquadramento da mediação, com a prescrição dos princípios e normas gerais, que servirão de baluartes máximos e estabelecerão as linhas mestras da política que deve reger a legislação dos Estados destinatários. A Diretiva 2008/52/CE, relativa à mediação civil e comercial, ou a Lei Modelo da UNCITRAL sobre Conciliação Comercial Internacional de 2002, são exemplos paradigmáticos deste tipo de regulação, que consideramos ser a técnica apropriada quando o seu objetivo final seja a sua transposição e adaptação pelos diferentes Estados<sup>12</sup>.

<sup>11</sup> A Diretiva 2008/52/CE faz referência à autorregulação quando, no Considerando 14 do seu preâmbulo, refere que “Nada na presente diretiva deverá afectar os sistemas de mediação auto-reguladores já existentes, na medida em que estes se apliquem a aspectos não abrangidos pela presente diretiva”. Considera a Diretiva, portanto, que deverão haver questões, primordialmente de índole jurídica, regulamentadas de forma uniforme e aplicáveis a todos os mediadores.

<sup>12</sup> Enrique Navarro Contreras, a quando da sua aná-

IV. Por último, a **regulamentação legislativa** (*formal legislative approach*), através da promulgação de um diploma legal específico, constitui a regulação típica em ordenamentos jurídicos como o português. Nesta sede, a lei publicada, pelas instâncias organicamente competentes, refletirá as opções de política legislativa relativamente à regulação da mediação, estabelecendo o quadro normativo que regerá a sua aplicação em cada Estado. Esta foi a opção portuguesa quando se estabeleceram os princípios gerais aplicáveis à mediação realizada em Portugal, através da Lei n.º 29/2013, de 19 de abril.

V. A regulação da mediação através de lei específica deve, contudo, ter em conta o que já anteriormente explicitámos, relativamente ao seu objeto e âmbito. Com efeito, não devem, por exemplo, estar abrangidos pelas intenções legislativas a regulamentação dos métodos e técnicas do mediador, uma vez que a flexibilidade subjacente a este método exclui que o legislador determine legalmente e minuciosamente a sequência de atuações a adotar por este profissional nas sessões de mediação.

Desta forma, os modelos de mediação, técnicas ou estratégias do mediador deverão integrar o reduto da liberdade operativa deste profissional, resguardados de qualquer tutela legal<sup>13</sup>. Relativamente às técnicas de mediação deverá funcionar um sistema de autorregulação ou mesmo de regulação de mercado, uma vez que a forma de ope-

---

lise à Proposta de Diretiva Europeia de mediação civil e comercial, considerou que a UE deveria ter legislado sobre esta matéria através de um Regulamento comunitário. Não concordamos com o autor, precisamente, porque tendo em conta a flexibilidade da mediação e sua necessária adaptação ao contexto social em que se pretende implementar, considera-se que uma diretiva dará aos Estados membros maior liberdade de transposição e adaptação à realidade de cada país. Cfr. NAVARRO CONTRERAS, Enrique (2006). “El proyecto de Directiva de Mediación y la Mediación Comercial Internacional”, *Métodos alternativos de solución de conflictos: perspectiva multidisciplinar*, Dir. Marta Gonzalo Quiroga, Editorial Dykinson, pp. 61-62.

13 Bonder, recorrendo à figura do arceiro, comparando-o com o mediador, denotando que, muitas vezes, este, tal como aquele, primeiro lança as flechas das suas perguntas, pintando somente depois o alvo que as mesmas atingiram, face à imprevisibilidade das respostas emitidas pelos mediados. Desta forma, seria impraticável o exercício da mediação se o mediador tivesse a sua atividade em cada sessão de mediação legalmente estabelecida. Cfr. BONDER, Nilton (1995). *O segredo judaico de resolução de problemas*, 10ª ed., Imago, pp. 101-104.

rar de cada mediador refletir-se-á no seu sucesso profissional.

Claro que a lei, além dos princípios deontológicos a observar pelo mediador, poderá sempre consagrar determinados deveres a adotar no procedimento de mediação, quando os mesmos reflitam a concretização daqueles princípios basilares, mas não deverá transcender este objetivo. Por exemplo, se o legislador estabelecer legalmente o *terminus* do procedimento de mediação por desistência de qualquer das partes estará, apenas, a concretizar o princípio da voluntariedade que lhe é intrínseco, sem introduzir qualquer perturbação no normal exercício das funções do mediador.

Tendo em conta que o legislador não deverá regulamentar as técnicas ou modelos de mediação, perguntar-se-á quais deverão ser, então, as preocupações legislativas expressas em norma. Julgamos que o objeto das estipulações legais nesta sede deverá abranger as questões jurídicas relativas à aplicação e implementação da mediação. Considera-se, assim, que uma lei de mediação deverá, entre outros preceitos jurídicos, apresentar os elementos essenciais do conceito de mediação<sup>14</sup>; prescrever e regular os seus princípios fundamentais, designadamente, a voluntariedade, a confidencialidade ou a igualdade das partes; estabelecer os requisitos e parâmetros de qualificação dos mediadores, com o objetivo de promover a própria qualidade da mediação; regular os termos da execução de um acordo de mediação; ou os termos da suspensão dos prazos de prescrição e de caducidade de direitos aquando do recurso à mediação.

Estas são, em termos gerais, as regras basilares prescritas nas várias leis de mediação europeias ou mesmo internacionais, como comprovam, a título de exemplo, a Lei n.º 29/2013 de mediação em Portugal<sup>15</sup>, a Lei n.º 5/2012, de 6 de julho, em Es-

14 Temos presente que a função da lei não será definir conceitos ou institutos jurídicos. Contudo, perante uma temática de recente difusão como é a mediação e que reiteradamente se confunde com outras práticas (como a conciliação), consideramos importante que a lei de enquadramento deste método, em cada Estado, defina o que entende por mediação ou o que exclui do seu âmbito de aplicação. Esta conceitualização poderá tornar-se relevante em relação a conflitos transfronteiriços, podendo dois cidadãos de Estados diferentes referir-se ao termo mediação para designar diferentes métodos, ou designar por vocábulos diferentes a mesma metodologia. Se o objetivo primordial da legislação comunitária foi uniformizar, parece-nos que estabelecer um entendimento similar do que se entende por mediação, ainda que de forma muito genérica, seja o primeiro passo rumo à pretensão almejada.

15 Todos os artigos mencionados no presente trabalho sem especial indicação da sua integração

panha<sup>16</sup>, a Lei alemã (*Mediationsgesetz*)<sup>17</sup>, vigente desde 26 de julho de 2012, ou mesmo o *Uniforme Mediation Act* nos E.U.A., aprovado em 2002.

Tecidas as considerações fundamentadoras da necessidade de regulamentação da mediação, analisemos agora as opções normativas adotadas pelo legislador português nesta sede, tentando perceber-se quais os âmbitos que mereceram a atenção legal.

#### 4 ANÁLISE DA NOVA LEI DE MEDIAÇÃO PORTUGUESA - LEI N.º 29/2013, DE 19 DE ABRIL

A Lei n.º 29/2013, de 19 de abril, veio regulamentar, de forma autónoma, a mediação em Portugal, determinando o legislador, logo no seu art. 1.º, o propósito de estabelecer as normas aplicáveis em quatro setores fundamentais: (1) princípios gerais da mediação; (2) mediação civil e comercial; (3) estatuto jurídico dos mediadores; e (4) sistemas públicos de mediação.

Revela o legislador, deste modo, a intenção de num único documento legal abarcar vários aspetos implicados na resolução de conflitos por mediação, alguns dos quais já regulamentados em Portugal, ainda que em diplomas dispersos. Esta opção é de elogiar, já se tendo defendido, aquando

legislativa têm-se por referidos à Lei n.º 29/2013, de 19 de abril.

16 Relativa à mediação civil e comercial e publicada no Boletim Oficial do Estado Espanhol - BOE n.º 162, de 7 de julho de 2012.

17 A Lei de Mediação alemã foi publicada no Bundesgesetzblatt (BGBl. I, pág. 1577) de 25 de julho. O Projeto de Lei alemão, para regulamentação da mediação neste país, foi aprovado em dezembro de 2011 pela Câmara Baixa do Parlamento alemão (*Bundestag*) e, em 2012, pela *Bundesrat*. A aprovação final desta Lei foi protelada pelo intenso debate relativo à previsão legal da mediação intrajudicial e pela atribuição de funções mediatórias aos juizes. Sobre o Projeto de Lei de Mediação alemão, veja-se, entre outros, DIOP, Denis e STEINBRECHER, Alexander, "Ein Mediationsgesetz für Deutschland: Impuls für die Wirtschaftsmediation?", *Betriebs-Berater*, n.º 3, 2011, pp. 131-139; HENSSLER, Martin, "Der Durchbruch für die Mediation in Deutschland?", *Der Betrieb*, n.º 3, 2011, p. 1; PAUL, Christoph C., "Mediationsgesetz - Anhörung im Rechtsausschuss des Deutschen Bundestages", *Zeitschrift für Konfliktmanagement*, n.º 4, 2011, pp. 119-121; HESS, Burkhard, "Perspektiven der gerichtlichen Mediation in Deutschland", *Zeitschrift für Zivilprozess*, Vol. 124, n.º 2, 2011, pp. 137-162; WAGNER, Gerhard, "Der Referentenentwurf eines Mediationsgesetzes", *Zeitschrift für Konfliktmanagement*, n.º 6, 2010, pp. 172-176.

da publicação da Lei n.º 29/2009, de 29 de Junho, que a mediação deveria merecer um tratamento legislativo autónomo e sistemático, concretizador do quadro normativo base deste método no nosso ordenamento jurídico<sup>18</sup>. Acresce que, a nova legislação deixa de ser dirigida apenas aos sistemas públicos de mediação<sup>19</sup>, regulamentando-se agora também a designada mediação privada. Efetivamente, no ordenamento jurídico português e de forma inovadora face ao panorama europeu, foram sendo criados serviços públicos de mediação geridos por entidades públicas, responsáveis pela receção e tratamento dos pedidos de mediação no âmbito da competência material do sistema, bem como, pela elaboração de listas de mediadores habilitados a prestar serviços nos mesmos e fiscalização da sua atividade. Estes sistemas contra-põem-se, assim, à designada mediação privada ou ad-hoc que consistirá na contratação pelas partes de um mediador para a resolução do seu conflito concreto, que exerce a sua atividade profissional a título individual desvinculado de qualquer sistema. Atualmente existem três sistemas públicos nas áreas da mediação familiar, laboral e penal, e um sistema de mediação a funcionar no âmbito dos Julgados de Paz. Subjacente a esta diferenciação não estará uma lógica concorrencial, mas antes uma diversificação de serviços com o objetivo de aumentar as possibilidades de recurso à mediação por qualquer cidadão.

##### 4.1 PRINCÍPIOS DA MEDIAÇÃO

O Capítulo II da Lei n.º 29/2013 vem estabelecer, nos artigos 3.º a 9.º, os princípios gerais aplicáveis *a todas as mediações realizadas em Portugal, independentemente da natureza do litígio que seja objeto de mediação*. Denota assim esta norma um carácter geral, pretendendo o legislador consagrar os alicerces que deverão ser concretizados em qualquer mediação, seja qual for o seu âmbito, o que nos parece fundamental na uniformização deste mecanismo em Portugal.

18 Cfr. MARQUES CEBOLA, Cátia (2010). "A mediação pré-judicial em Portugal: análise do novo regime jurídico", *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 70, v. I/IV, pp. 441-459.

19 Na verdade, a Portaria n.º 203/2011, de 20 de maio, restringia a aplicação dos arts. 249.º-A, 249.º-B, 249.º-C e 279.º do CPC aos sistemas públicos de mediação.

## I PRINCÍPIO DA VOLUNTARIEDADE – ART. 4.º

A Lei portuguesa não se limita a consagrar a voluntariedade da mediação como mero assentimento à sua realização, exigindo a necessidade de obtenção de um consentimento esclarecido e informado das partes para a sua concretização. Em coerência, impõe-se no art. 26.º o dever do mediador *esclarecer as partes sobre a natureza, finalidade, princípios fundamentais e fases do procedimento de mediação, bem como sobre as regras a observar*.

Acresce que, a voluntariedade da mediação está plasmada de forma plena, não só por permitir a desistência de qualquer das partes em qualquer momento do seu decurso (art. 4.º, n.º 2), mas, sobretudo, porque a recusa em iniciar ou prosseguir o procedimento de mediação não consubstanciará uma violação do dever de cooperação (art. 4.º, n.º 3). Neste sentido, o legislador português não acolhe a existência de sistemas obrigatórios de mediação, não assacando qualquer sanção para o não recurso a este procedimento<sup>20</sup>.

## II PRINCÍPIO DA CONFIDENCIALIDADE – ART. 5.º

A confidencialidade na mediação assume-se como condição *sine qua non* da sua própria eficácia, na medida em que os mediados apenas manifestarão liberdade para revelar os seus interesses e demais informações essenciais à obtenção do acordo final, se sentirem que as declarações produzidas no âmbito das sessões de mediação não serão divulgadas futuramente. A inexistência de confidencialidade manteria as partes presas às suas posições e contribuiria para a manutenção da estratégia de ocultação da informação à parte contrária<sup>21</sup>.

20 A Argentina consagra a mediação obrigatória no âmbito dos processos civis e comerciais desde 1995, mantida atualmente pela Lei n.º 26.589, promulgada a 3 de maio de 2010, que estabelece no seu art. 28.º uma multa para a não comparência injustificada na sessão de mediação prévia ao processo judicial. Na Europa, a Itália consagrou no Decreto Legislativo n.º 28/2010, de 4 de março, a mediação obrigatória nas matérias prescritas no art. 5.º, n.º 1, constituindo a tentativa de resolução por este procedimento condição de admissibilidade da ação em juízo.

21 Sobre o dever de confidencialidade, veja-se, entre outros, MARQUES CEBOLA, Cátia (2013). *La Mediación*, ob. cit., pp. 179-185; CAMPOS, Joana (2009). “O princípio da confidencialidade na mediação”, *Scientia Iuridica*, Tomo LVIII, n.º 318, pp. 311-333 e LEE, Jaime Alison e GIESLER, Carl (1998). “Confidentiality in Mediation”, *Harvard Negotiation Law Review*, Vol. 3, pp. 285-297.

A Lei de mediação prescreve no seu art. 5.º o princípio da confidencialidade, *devendo o mediador 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*. O teor literal da norma apenas refere o dever de confidencialidade relativamente ao mediador, não o aludindo expressamente quanto às partes, ao contrário do que faz, por exemplo, a Lei de mediação civil e comercial espanhola, que impõe a obrigação de sigilo não só ao mediador, como também às associações de mediação e aos mediados<sup>22</sup>. O nosso legislador vem, todavia, mencionar, no n.º 4.º do art. 5.º, que *o conteúdo das sessões de mediação não poderá ser valorado em tribunal ou em sede de arbitragem*, imposição que, neste caso, se dirigirá também às partes e à impossibilidade de invocarem em juízo declarações ou documentos prestados no decurso daquele procedimento<sup>23</sup>.

A Lei portuguesa, por outro lado, estabelece no n.º 2 do artigo em análise, o dever de confidencialidade relativamente às eventuais informações prestadas apenas por uma das partes ao mediador, as quais não poderão ser comunicadas por este profissional à parte contrária, sem o consentimento daquela. Estarão aqui em causa, designadamente, as reuniões privadas no âmbito do *caucus*, abrangidas no dever de sigilo pela predita norma.

O dever de confidencialidade pode, contudo, ser excecionado quando razões de ordem pública o justificarem, *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, na estrita medida do que, em concreto, se revelar necessário para a proteção dos referidos interesses* (art. 5.º, n.º 3). Aponta-se, agora, a ordem pública como critério de exceção do sigilo na mediação, abandonando o legislador a expressão “salvo caso de circunstâncias excepcionais”, do anterior art. 249.º-C do CPC.

Reforçando o dever de confidencialidade do mediador, prescreve o legislador no art. 28.º que, excetuadas as circunstâncias do n.º 3 do art. 5.º, este profissional *não pode ser testemunha, perito*

22 Veja-se o art. 9.º, n.º 1, da Lei n.º 5/2012, de 6 de julho, de mediação civil e comercial em Espanha.

23 Acresce que, no âmbito do protocolo de mediação as partes devem declarar o respeito pelo dever de confidencialidade e, dessa forma, ficarão obrigadas pelo mesmo dever que o mediador.

ou mandatário em qualquer causa relacionada, ainda que indiretamente, com o objeto do procedimento no qual foi mediador.

No âmbito dos sistemas públicos, a violação do dever de confidencialidade é expressamente sancionada no art. 44.º, n.º 2 da Lei n.º 29/2013, quando se subsuma ao disposto no art. 195.º do Código Penal. Neste caso deverá a entidade responsável pelo sistema público de mediação, no qual se tenha verificado a predita violação, participar a infração às entidades competentes. Critica-se o facto de apenas estarem abrangidos, no âmbito subjetivo da norma em análise, os mediadores dos sistemas públicos de mediação. Verifica-se, deste modo, uma óbvia e injustificada discrepância de regimes entre mediadores dos sistemas públicos e mediadores que realizem a sua atividade fora daqueles sistemas, gorando-se o objetivo de uniformidade pretendido pelo legislador.

### III PRINCÍPIO DA IGUALDADE E DA IMPARCIALIDADE – ART. 6.º

De forma inovadora relativamente à Diretiva 2008/52/CE, o legislador português vem consagrar, de forma expressa, o princípio da igualdade no art. 6.º, n.º 1, merecendo as partes tratamento equitativo durante todo o procedimento de mediação. Consequentemente, deve o mediador *gerir o procedimento de forma a garantir o equilíbrio de poderes e a possibilidade de ambas as partes participarem no mesmo*.

A igualdade preconizada pelo mediador de conflitos repercute-se na exigência de imparcialidade da sua conduta (art. 6.º, n.º 2), devendo o mesmo revelar qualquer circunstância que, precisamente, possa diminuir a isenção de comportamentos que lhe é exigida [arts. 26.º, f) e 27.º]. Aponta o legislador no n.º 4 do art. 27.º algumas das circunstâncias que poderão colocar em causa a independência do mediador, designadamente a existência (1) de uma relação familiar com as partes; (2) de um interesse financeiro quanto ao resultado da mediação; (3) ou ainda de uma relação profissional com qualquer das partes. Em todos estes casos deverá o mediador recusar ou pedir escusa relativamente ao exercício da sua atividade.

### IV PRINCÍPIO DA INDEPENDÊNCIA – ART. 7.º

Fundamental à profissionalização dos mediadores é a consagração da sua independência e

a consequente inexistência de vínculos de subordinação deste profissional. Estabelece o legislador, por isso, que a conduta do mediador deve ser *livre de qualquer pressão, seja esta resultante dos seus próprios interesses, valores pessoais ou de influências externas* (art. 7.º, n.º 2). Esta norma poderia ter-se referido de igual modo à neutralidade e isenção do mediador, características essenciais ao exercício da sua atividade por revelarem a inexistência de qualquer interesse pessoal ou económico daquele profissional quanto ao acordo final a obter pelas partes.

O artigo 27.º, n.º 4, da presente Lei indica algumas das circunstâncias suscetíveis de colocar em causa a independência do mediador, designadamente a existência de uma relação familiar ou profissional com uma das partes e a evidência de um interesse financeiro no resultado da mediação. Relativamente à existência de uma relação profissional com uma das partes, o legislador poderia ter quantificado um impedimento temporal para os mediadores nesta sede. Esta é a opção da Recomendação da Comissão n.º 98/257/CE, de 30 de março<sup>24</sup>, cujo Ponto I prescreve que o mediador, quando seja nomeado ou remunerado por uma empresa ou associação profissional, não deve ter exercido funções na mesma, nem para nenhum dos seus membros, nos três anos anteriores à sua entrada em funções.

### V PRINCÍPIO DA COMPETÊNCIA E DA RESPONSABILIDADE – ART. 8.º

Norteados pelo objetivo de promover a qualidade da mediação, estabelece o legislador, no art. 8.º, o princípio da competência, podendo os mediadores adquirir formação teórico-prática nesta área específica, nomeadamente através de cursos realizados por entidades formadoras certificadas pelo Ministério da Justiça, nos termos prescritos no art. 24.º e regulamentados na Portaria n.º 345/2013, de 27 de novembro.

Estas normas espelham o ensejo do legislador no sentido de promover a qualidade da mediação, tal como exigia a Diretiva 2008/52/CE no seu artigo 4.º, n.º 2. Contudo, atendendo ao teor literal do artigo 8.º, n.º 1, a formação especializada em mediação parece prescrita como mera possibilidade e não como uma exigência obrigatória, o que, nesse sentido, reduz a efetividade da promo-

<sup>24</sup> Publicada no Jornal Oficial das Comunidades Europeias L 115, de 17 de abril de 1998.

ção da qualificação dos mediadores. Não obstante esta aparente ausência de imperatividade no que concerne à formação dos mediadores, o certo é que o artigo 26.º, alínea h), impõe o dever do mediador zelar pelo seu nível de formação e de qualificação.

Por outro lado, apesar de o legislador não referir expressamente qualquer consequência direta para o facto de o mediador não adquirir as competências adequadas ao exercício da sua atividade<sup>25</sup>, a verdade é que os mediadores que não frequentem ações de formação ministradas por entidades certificadas não podem integrar a lista de mediadores organizada pelo Ministério da Justiça, tal como se define na Portaria n.º 344/2013, de 27 de novembro, artigo 3.º, n.º 1, alínea b) e, consequentemente, os acordos por si obtidos não terão força executiva nos termos do artigo 9.º, n.º 1, alínea e).

O n.º 2 do artigo 8.º, por seu turno, regula a responsabilidade civil do mediador por violação dos deveres inerentes ao exercício da sua atividade, designadamente os plasmados na Lei n.º 29/2013, bem como por incumprimento dos atos constitutivos e reguladores dos sistemas públicos de mediação. A existência de um regime de responsabilidade do mediador é essencial, não podendo ser visto como um obstáculo à sua atividade ou como medida persecutória deste profissional, mas antes como fator de profissionalização da própria atividade do mediador, como, de resto, se verifica nas restantes profissões do foro. Contudo, a consagração do instituto da responsabilidade civil no âmbito da mediação pode revelar-se de difícil aplicação probatória, devendo ter sido consagrada a responsabilidade disciplinária, como aliás se verifica no âmbito dos sistemas públicos de mediação, nos artigos 43.º e 44.º da Lei n.º 29/2013.

## VI PRINCÍPIO DA EXECUTORIEDADE – ART. 9.º

Por último, consagra-se no art. 9.º a executoriedade dos acordos de mediação como princípio basilar atinente a este procedimento. Aplaudimos a opção do legislador por se considerar não apenas viável à luz do nosso ordenamento jurídico, como também imperiosa à consagração da efeti-

<sup>25</sup> Neste sentido, veja-se o parecer emitido pela Comissão de Regulação do Acesso a Profissões ao projeto que antecedeu a presente Lei n.º 29/2013, disponível no seguinte endereço eletrónico, acedido em 17 de maio de 2013, <http://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalleIniciativa.aspx?ID=37369>.

vidade da mediação como método de resolução de conflitos<sup>26</sup>.

A executoriedade do acordo de mediação depende, contudo, da verificação cumulativa dos requisitos enunciados no n.º 1, do art. 9.º, em concreto: (1) que o litígio possa ser objeto de mediação; (2) que a lei não exija homologação judicial no caso concreto; (3) que as partes tenham capacidade para a sua celebração; (4) que a mediação se realize nos termos legalmente previstos; (5) que o conteúdo do acordo de mediação não viole a ordem pública; (6) que o mediador do acordo final tenha sido um profissional inscrito na lista de mediadores de conflitos organizada pelo Ministério da Justiça. Verificados os requisitos legais, o acordo de mediação constituirá título executivo extravagante, podendo ser executado em caso de incumprimento das estipulações estabelecidas pelos mediados.

No Capítulo III relativo à mediação civil e comercial, a Lei n.º 29/2013 consagra no art. 14.º a possibilidade de homologação do acordo obtido em mediação. Esta disposição legal não entra em contradição com o estabelecido no art. 9.º, na medida em que constitui uma mera possibilidade outorgada às partes (e não uma obrigação), a qual tem a vantagem processual de conferir ao acordo homologado o valor de sentença (art. 705.º do CPC), restringindo-se, desta forma, os fundamentos de oposição à sua execução, nos termos do art. 729.º do CPC<sup>27</sup>.

Relativamente ao critério de homologação do acordo obtido em mediação, prescreve o art. 14.º, n.º 3, que deve verificar-se *se o mesmo respeita a litígio que possa ser objeto de mediação, a capacidade das partes para a sua celebração, se respeita os princípios gerais de direito, se respeita a boa-fé, se não constitui um abuso do direito e o seu conteúdo não viola a ordem pública*. Consta-se, assim, um maior grau de exigência nesta sede, ao

<sup>26</sup> Defendemos a consagração da executoriedade dos acordos de mediação em MARQUES CEBOLA, Cátia (2011). *La mediación: un nuevo instrumento de la administración de la Justicia para la solución de conflictos*, Tese de Doutoramento apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Salamanca, pp. 159-169, disponível no seguinte endereço eletrónico <<http://es.youscribe.com/catalogue/recursos-pedagogicos/conocimientos/ciencias-humanas-y-sociales/la-mediacion-un-nuevo-instrumento-de-la-administracion-de-la-1787158>>.

<sup>27</sup> Cfr. GOUVEIA, Mariana França (2010). “Algumas questões jurídicas a propósito da mediação”, *Mediação e criação de consensos: os novos instrumentos de empoderamento do cidadão na União Europeia*, edit. José Vasconcelos-Sousa, 1ª ed., MEDIARCOM/MinervaCoimbra, p. 235.

indicarem-se como critérios de homologação a boa-fé e o abuso de direito, os quais não constam como requisitos de executoriedade no art. 9.º.

#### 4.2 MEDIAÇÃO CIVIL E COMERCIAL

A Lei n.º 29/2013 vem consagrar no seu Capítulo III as regras reguladoras da mediação civil e comercial, bem como da mediação pré-judicial (até agora previstas nos revogados arts. 249.º-A e seguintes do CPC). Exclui do âmbito da aplicação do predito capítulo a mediação familiar, laboral e penal, numa tentativa de evitar uma contradição com as regras em vigor para os sistemas públicos nestas matérias<sup>28</sup>.

Na impossibilidade de analisarmos de forma aprofundada todas as normas constantes do Capítulo III da Lei n.º 29/2013, cingiremos o presente estudo a duas questões que merecem a nossa atenção pelo carácter inovador face aos congéneres normativos europeus.

##### I. CRITÉRIO DE MEDIABILIDADE

Por mediabilidade entende-se a suscetibilidade de um conflito ser objeto de mediação, reportando-se, portanto, ao âmbito material deste mecanismo<sup>29</sup>. Os arts. 249.º-A e seguintes do CPC eram omissos nesta matéria, estando o âmbito de aplicação da mediação plasmado de forma específica em cada um dos sistemas públicos vigentes, os quais se mantêm intocados, por força do n.º 2 do art. 10.º.

Em matéria civil e comercial, vem agora o legislador estabelecer, no art. 11.º da Lei n.º 29/2013, que apenas podem ser submetidos a mediação litígios que *respeitem a interesses de natureza patrimonial*, ou seja, que possam ser avaliáveis em dinheiro. Acrescenta que, não revestindo cariz pecuniário, apenas poderão ser objeto de me-

dição direitos controvertidos relativamente aos quais possam as partes *celebrar transação* (estando excluídos, deste modo, os direitos de que os respetivos titulares não podem dispor, bem como as questões respeitantes a negócios jurídicos ilícitos, nos termos do art. 1249.º do CC).

Não se acolhe, desta forma, o critério da *in-disponibilidade* de direitos, adotado pela Diretiva 2008/52/CE, bem como pela maioria dos Estados membros<sup>30</sup>, consagrando-se, em termos similares, a solução vertida na Lei n.º 63/2011, de 14 de dezembro, em sede de arbitragem<sup>31</sup>.

##### II. CLÁUSULAS DE MEDIAÇÃO

A vontade de submeter um litígio a mediação deve ser expressa por ambas as partes, vigorando de forma plena o princípio da voluntariedade, tal como referido anteriormente. O acordo para se prosseguir um procedimento de mediação é, em regra, manifestado após o surgimento do conflito, no que o legislador designou de *protocolo de mediação*<sup>32</sup> (vide art. 16.º, n.º 2).

Contudo, permite a Lei no seu art. 12.º que as partes no âmbito de um contrato prevejam, através de cláusula compromissória, a submissão de litígios futuros a mediação, que eventualmente resultem da predita relação contratual entretida pelas partes. Tal estipulação contratual assume a designação de convenção de mediação e deve ser reduzida a escrito, admitindo-se, todavia, uma panóplia diversificada de formas de redação (v.g. documento escrito, troca de cartas, telegramas, telefaxes ou mesmo os hodiernos *emails*<sup>33</sup>). A falta de observância da forma escrita conduz à nulidade desta convenção, nos termos do art. 12.º, n.º 3.

No que concerne aos efeitos da convenção da mediação, designadamente se a mesma for

28 Não se refere, todavia, a sistemas de mediação vigentes em âmbitos específicos, como a mediação de consumo, ou a atividade exercida pelo mediador do crédito, que pelas suas especificidades tem um enquadramento legal autónomo que pode agora estar em dissonância com o prescrito na atual Lei de mediação. Sobre esta questão vejam-se os pareceres à Proposta de Lei de Mediação da Direção-geral do Consumidor e da CMVM, disponíveis no seguinte endereço eletrónico, acedido em 17 de maio de 2013, <<http://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalheIniciativa.aspx?ID=37369>>.

29 Sobre esta temática, veja-se, entre outros, GOUVEIA, Mariana França (2011). *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, 1ª ed., Almedina, pp. 67-69.

30 Analisámos os critérios de mediabilidade no espaço europeu em MARQUES CEBOLA, Cátia (2013). *La Mediación*, ob. cit., pp. 96-102.

31 Sobre a arbitrabilidade na nova Lei n.º 63/2011, veja-se, entre outros, AA.VV. (2012). *Lei de Arbitragem Voluntária Anotada*, 1ª ed., Almedina, pp. 15-17.

32 O legislador opta por diferenciar as designações “protocolo de mediação” – art. 16.º, n.º 2 (relativo à aceitação inicial do procedimento de mediação) e “acordo de mediação” – art. 20.º (relativo ao pacto final de resolução do conflito obtido pelas partes), o que nos parece adequado por corresponderem a momentos contratuais distintos.

33 Consagra-se, assim, em sede de mediação, um regime similar ao plasmado na Lei n.º 63/2011, para as cláusulas arbitrais. Sobre a convenção de arbitragem, veja-se, entre outros, GOUVEIA, Mariana França (2014). *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, 3ª ed., Almedina, pp. 82-83.

preterida por interposição de uma ação judicial, sem prévia tentativa de resolução do conflito por recurso a um mediador, opta o legislador português por consagrar a suspensão da instância, devendo o juiz do processo remeter as partes para mediação. A preterição da convenção de mediação não é, contudo, de conhecimento oficioso, devendo o réu deduzir a respetiva exceção aquando da apresentação da sua contestação.

É a solução que nos parece mais adequada atendendo ao carácter autocompositivo da mediação<sup>34</sup>. Efetivamente, suspendendo-se a instância, as partes são remetidas para mediação, tal como estipularam voluntariamente no contrato que celebraram, regressando ao processo judicial se verificarem ser infrutífera a tentativa de resolução do litígio através de acordo. Por outro lado, se as partes obtiverem acordo na mediação, poderão, no âmbito do processo já existente, submeter a homologação o pacto obtido, promovendo-se a sempre almejada economia processual.

O legislador esqueceu, contudo, de salvaguardar a situação da cláusula de mediação ser manifestamente nula, ou mesmo da nulidade do contrato no qual aquela estipulação se insere, por exemplo, por incapacidade das partes<sup>35</sup>.

### 4.3 ESTATUTO DO MEDIADOR DE CONFLITOS

O mediador é o elemento fundamental de qualquer mediação. O carácter distintivo deste procedimento advém, entre outras particularidades, do papel desempenhado pelo mediador no âmbito da tentativa de resolução do conflito através de acordo das partes.

Não obstante a progressiva aplicação deste mecanismo no nosso ordenamento jurídico e a sua crescente regulamentação, é ainda precoce a afirmação categórica da existência da “profissão de mediador”. Na verdade, a generalidade dos profissionais que desempenham funções de mediador em Portugal fazem-no de forma complementar com outras atividades, não se dedicando exclusivamente à prática da mediação<sup>36</sup>.

Esta realidade é consequência da própria “juventude” aplicativa da mediação em Portugal e repercute-se na ausência de uma organização profissional, globalizante para todos os que se dedicam a esta nova atividade, como seria, por exemplo, a criação de uma ordem dos mediadores<sup>37</sup>.

Desta feita, é importante o enquadramento da atividade do mediador de conflitos na Lei n.º 29/2013, no âmbito de um capítulo específico, ainda que, em alguns aspetos, as prescrições do nosso legislador nos pareçam insuficientes. Efetivamente, nesta matéria parece-nos que ficou precluída a oportunidade de se ter definido, genérica e uniformemente, quais os requisitos para o exercício da atividade de mediador. Esta prescrição torna-se ainda mais relevante face à ausência, anteriormente mencionada, de uma organização corporativa que controle em termos globais o acesso a esta profissão.

Indicam-se nos arts. 25.º e 26.º, respetivamente, os direitos e deveres do mediador de conflitos abrangendo, de forma geral, as principais prerrogativas e obrigações que devem caber a este profissional no exercício da mediação.

Ressalva-se, no âmbito dos direitos atribuídos, a autonomia do mediador relativamente à metodologia e procedimentos a adotar nas sessões de mediação, ainda que limitados pelas prescrições legais e normas deontológicas. A importância da liberdade de atuação do mediador, em termos das técnicas empregues em cada mediação, é fundamental face à própria flexibilidade que caracteriza este mecanismo e que deve ser preservada, perante a diversidade de conflitos suscetíveis de serem mediados. Em cada momento de uma sessão de mediação compete ao mediador socorrer-se das várias técnicas que deverá dominar, norteado pelo objetivo de fomentar o diálogo entre as partes e possibilitar, por essa via, a resolução do conflito por acordo.

Por esta razão, consideramos que o legislador excedeu os limites da regulamentação necessária da mediação quando, no art. 16.º, n.º 3, al. f), prescreve que o protocolo de mediação deve conter *as regras do procedimento de mediação acordadas entre as partes e o mediador*. Parece-nos precoce e desnecessário exigir que previamente ao decurso de cada mediação se estabeleçam as regras de um procedimento que, por definição, é flexível. **Claro que sempre** haverá aspetos que poderão ser

<sup>37</sup> A existência de várias associações de mediadores com regras, estatutos e funcionamento díspares pode dificultar a afirmação junto do público em geral deste novo profissional.

<sup>34</sup> Cfr. MARQUES CEBOLA, Cátia (2013). *La Mediación*, ob. cit., pp. 124-138.

<sup>35</sup> Sobre esta omissão legal, veja-se o parecer emitido pelo Conselho Superior do Ministério Público sobre o Projeto de Diploma que estabelece o regime jurídico da mediação, disponível no seguinte endereço eletrónico, acedido em 17 de maio de 2013, <<http://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalleIniciativa.aspx?ID=37369>>.

<sup>36</sup> Cfr. GOUVEIA, Mariana França (2011). *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, ob. cit., p. 49.

acordados com as partes, como o respeito mútuo ou a duração das sessões de mediação. Mas, se interpretada de forma estrita, esta norma poderá coartar indevidamente a liberdade do mediador ao exigir-se a fixação das regras de procedimento no protocolo de mediação<sup>38</sup>.

No que concerne aos deveres do mediador, enalteçamos o respeito por normas éticas e deontológicas previstas na Lei n.º 29/2013, bem como no *Código Europeu de Conduta para Mediadores da Comissão Europeia*. Seria, contudo, profícua a existência de um código deontológico adaptado ao contexto português e aplicável a todos os mediadores em Portugal, cujo controlo deveria estar adstrito a uma entidade externa, composta por especialistas na matéria, à semelhança do que se verifica com o Conselho Consultivo para a Mediação austríaco (*Beirat*)<sup>39</sup>, ou com a *Commission Fédérale de Médiation* belga<sup>40</sup>.

Ainda no âmbito do estatuto do mediador parece-nos relevante a consagração de um regime de responsabilidade profissional, vigente, de resto, em qualquer profissão<sup>41</sup>. Em causa estará permitir que os cidadãos que recorram ao procedimento de mediação possam sentir que a atividade dos mediadores não é incólume, regendo-se por regras e princípios objeto de uma supervisão pertinente e adequada.

Também nesta matéria o legislador português não logrou prescrever um regime uniforme e coerente. Na verdade, tal como referimos ante-

38 Discutindo a regulação da atividade dos mediadores, veja-se BOON, Andrew, *et al.* (2007). "Regulating Mediators?", *Legal Ethics*, v. 10, n.º 1, pp. 26-50.

39 Nos termos do art. 4.º da Lei de Mediação austríaca (*Zivilrechts-Mediations-Gesetz*, BGBl I 2003/29) o Conselho Consultivo para a Mediação é composto por 12 membros, de entre os quais representantes de organizações profissionais dos psicólogos, juizes, membros dos Ministérios da Educação, Saúde, Proteção do consumidor, assim como, membros da Camara dos Notários ou investigadores na área científica da mediação. Cfr. KNÖTZL, Bettina e ZACH Evelyn (2007). "Taking the Best from Mediation Regulations", *Arbitration International*, Vol. 23, n.º 4, p. 680.

40 Conforme estipula o art. 1.727 do Código Judicial belga, a Comissão Federal de Mediação será composta por uma comissão geral, da qual fazem parte seis especialistas em mediação, concretamente dois notários, dois advogados, dois representantes de mediadores que não exerçam advocacia, nem sejam notários. Analisando esta Comissão, veja-se DEMEYERE, Luc (2006). "The Belgium Law on Mediation: An Early Overview", *Dispute Resolution Journal*, American Bar Association, v. 61, n.º 4, pp. 89-92.

41 A Lei n.º 5/2012, de 6 de julho, em Espanha, no seu art. 11.º, n.º 3, exige como condição de exercício da atividade de mediadores que estes subscrevam um seguro de responsabilidade civil.

riormente, prevê-se a fiscalização do exercício da atividade de mediação apenas para os mediadores de conflitos que exerçam a sua atividade no âmbito dos sistemas públicos existentes (art. 43.º). Na decorrência de queixa ou reclamação, o dirigente máximo do sistema de mediação em causa, depois de ouvido o mediador implicado, tomará a sua decisão, que poderá mesmo traduzir-se na aplicação da sanção de expulsão das listas de mediadores (art. 44.º).

Contudo, fora dos sistemas públicos de mediação, limita-se o legislador a prescrever no art. 8.º, n.º 2, a responsabilidade civil do mediador por violação dos deveres de exercício da respetiva atividade. Neste contexto, os mediados terão de recorrer ao sistema judicial para obter o ressarcimento dos danos causados pelo mediador, com as inerentes dificuldades de prova, em concreto ao nível do nexo de causalidade entre a prática do mediador e das consequências sofridas<sup>42</sup>. Aguarda-se a regulamentação pelo Governo de um *mechanismo legal de fiscalização do exercício da atividade da mediação privada*, como prevê o art. 48.º da Lei n.º 29/2013.

Também nesta sede consideramos que a instituição de uma entidade externa ou um conselho consultivo, que assumisse a responsabilidade de avaliar as reclamações dirigidas a más práticas profissionais por parte de todo e qualquer mediador, seria a melhor via a seguir, pelo menos até ao surgimento de uma ordem corporativa, que integre, de forma geral, estes mesmos profissionais.

#### 4.4 SISTEMAS PÚBLICOS DE MEDIAÇÃO

Por fim, consagra-se o Capítulo V da Lei n.º 29/2013 aos sistemas públicos de mediação, estabelecendo-se o seu enquadramento genérico para a uniformização de práticas quer ao nível dos sistemas já existentes, em matéria familiar<sup>43</sup>, laboral<sup>44</sup> e penal<sup>45</sup>, quer em futuras iniciativas similares.

Os preditos sistemas correspondem a experiências de institucionalização da mediação, cuja gestão o legislador vem atribuir a entidades públicas (arts. 30.º e 31.º), que terão, designadamente

42 Analisámos as várias vertentes da responsabilidade dos mediadores em MARQUES CEBOLA, Cátia (2013). *La Mediación*, ob. cit., pp. 245-252.

43 Regulamentado pelo Despacho n.º 18 778/2007, de 22 de Agosto.

44 Instituído através de um Protocolo de Criação celebrado a 5 de maio de 2006 entre o Ministério da Justiça e várias entidades sindicais e patronais.

45 Criado pela Lei n.º 21/2007, de 12 de Junho.

te, funções fiscalizadoras da atividade dos mediadores, nos termos já explicitados.

O figurino dos sistemas públicos portugueses constitui uma realidade *sui generis* no panorama europeu. Em matérias sensíveis como a mediação penal ou de menores, cujos efeitos têm inegáveis repercussões na sociedade, a instituição de sistemas públicos de mediação parece-nos uma boa prática reguladora.

## 5 CONCLUSÃO

A mediação vai, paulatinamente, assumindo protagonismo no panorama socio-jurídico português, constituindo hoje o cerne das preocupações dos que tentam vencer a batalha da sua afirmação como método de resolução de conflitos. Elegemos, por isso, como tema do presente trabalho, a regulamentação da mediação, tomando como objeto de estudo a atual Lei de mediação em Portugal.

Defendemos a essencialidade da regulamentação normativa do procedimento de mediação, como fator da sua promoção junto dos cidadãos e dos operadores jurídicos em geral. Contudo, as particularidades deste mecanismo, designadamente a sua capacidade de adaptação a diferentes conflitos, exigirão uma regulamentação contextualizada, atendendo ao ordenamento jurídico a que se dirige.

Em Portugal, a Lei n.º 29/2013 visou estabelecer um quadro normativo basilar e uniforme relativamente à mediação no nosso país. Contudo, a almejada uniformidade fica preterida em questões essenciais como, por exemplo, a fiscalização dos mediadores privados. Ficou assim por estabelecer, designadamente, um regime geral da responsabilidade profissional dos mediadores.

Por outro lado, haverá âmbitos de ação que, pelas especificidades inerentes, terão dificuldades em adaptar-se às novas exigências normativas da Lei n.º 29/2013. Estarão aqui em causa as figuras do mediador do crédito ou do mediador de conflitos de consumo, relativamente às quais poderá haver necessidade de um regime específico.

Outras questões jurídicas mereceriam uma reflexão aprofundada, não esgotando o presente trabalho a análise deste novo normativo. Independentemente das críticas técnicas e jurídicas que possam ser tecidas ao diploma em estudo, não pode deixar de elogiar-se a existência de um documento autónomo de enquadramento da me-

dição, regulando-se quer os sistemas públicos, quer a mediação privada. Espera-se que a nova Lei traduza uma aposta governativa na implementação da mediação no nosso ordenamento jurídico e constitua o ensejo para um novo fulgor aplicativo deste mecanismo em Portugal.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALEXANDER, Nadja (2006). *Global Trends in Mediation*, 2ª ed., Kluwer Law International.
- ALEXANDER, Nadja (2009). *International and Comparative Mediation – Legal Perspectives*, Kluwer Law International.
- ALEXANDER, Nadja. “Mediation and the Art of Regulation”, *QUT Law and Justice Journal*, Vol. 8, n.º 1, 2008. Disponível em <[http://www.law.qut.edu.au/ljj/editions/v8n1/pdf/2\\_Mediation\\_and\\_the\\_Art\\_of\\_Regulation\\_ALEXANDER.pdf](http://www.law.qut.edu.au/ljj/editions/v8n1/pdf/2_Mediation_and_the_Art_of_Regulation_ALEXANDER.pdf)>. Acesso em: out. 2010.
- BONDER, Nilton. *O segredo judaico de resolução de problemas*, 10ª ed., Imago, 1995.
- CAMPOS, Joana. “O princípio da confidencialidade na mediação”, *Scientia Iuridica*, Tomo LVIII, n.º 318. 2009.
- DEMEYERE, Luc. “The Belgium Law on Mediation: An Early Overview”, *Dispute Resolution Journal*, American Bar Association, v. 61, n. 4. 2006.
- DIOP, Denis; STEINBRECHER, Alexander, “Ein Mediationsgesetz für Deutschland: Impuls für die Wirtschaftsmediation?”, *Betriebs-Berater*, n. 3, 2011.
- GETTY, Michael B.; MOYER, Thomas J.; RAMO, Roberta Cooper (1998). “Preface to Symposium on Drafting a Uniform/Model Mediation Act”, *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, v. 13, n. 3.
- GOLDBERG, Stephen B.; SANDER, Frank E. A.; ROGERS, Nancy H.; COLE, Sarah Rudolph. *Dispute Resolution. Negotiation, Mediation, and Other Processes*, 5ª ed., Aspen Publishers, Nova York, 2007.
- GOUVEIA, Mariana França. “Algumas questões jurídicas a propósito da mediação”, *Mediação e criação de consensos: os novos instrumentos de empoderamento do cidadão na União Europeia*, edit. José Vasconcelos-Sousa, 1ª ed., MEDIARCOM/Minerva-Coimbra, 2011.
- GOUVEIA, Mariana França. *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, 1ª ed., Almedina, 2011.
- HENSSLER, Martin, “Der Durchbruch für die Mediation in Deutschland?”, *Der Betrieb*, n. 3, 2011.
- KNÖTZL, Bettina; ZACH, Evelyn. “Taking the Best from Mediation Regulations”, *Arbitration International*, v. 23, n. 4. 2007.

- LEE, Jaime Alison; GIESLER, Carl. "Confidentiality in Mediation", *Harvard Negotiation Law Review*, v. 3. 1998.
- MARQUES CEBOLA, Cátia (2010). "A mediação pré-judicial em Portugal: análise do novo regime jurídico", *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 70, v. I/IV, pp. 441-459.
- MARQUES CEBOLA, Cátia (2013). *La Mediación*, 1ª ed., Marcial Pons.
- MARQUES CEBOLA, Cátia. *La mediación: un nuevo instrumento de la administración de la Justicia para la solución de conflictos*, Tese de Doutoramento apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Salamanca. 2011.
- NAVARRO CONTRERAS, Enrique (2006). "El proyecto de Directiva de Mediación y la Mediación Comercial Internacional", *Métodos alternativos de solución de conflictos: perspectiva multidisciplinar*, Dir. Marta Gonzalo Quiroga, Editorial Dykinson.
- UMA. Uniform Mediation Act, disponível em <<http://www.law.upenn.edu/bll/archives/ulc/mediat/medam01.htm>>. Acesso em: out. 2010.
- PAUL, Christoph C., "Mediationsgesetz - Anhörung im Rechtsausschuss des Deutschen Bundestages", *Zeitschrift für Konfliktmanagement*, n.º 4, 2011.
- HESS, Burkhard, "Perspektiven der gerichtlichen Mediation in Deutschland", *Zeitschrift für Zivilprozess*, v. 124, n. 2, 2011.
- VEZZULLA, J.C. Reflexões a partir da mediação para chegar à mediação. *Revista Brasileira de Direito*, 4, p. 35-52, 2009.
- WAGNER, Gerhard, "Der Referentenentwurf eines Mediationsgesetzes", *Zeitschrift für Konfliktmanagement*, n. 6, 2010.

## *Regulating mediation: yes or no? The Mediation Law in Portugal*

### **ABSTRACT**

The mediation regulatory task is complex due to its flexibility in terms of procedures and instruments. In this paper we intend to analyze the balance between the mediation flexibility and the necessary uniformity, taking into account the worldwide different mediation regulatory models. Following the international regulation trend on this matter, Portugal has approved a general Mediation Law, whose main principles and rules we analyze in this paper.

**Keywords:** Mediation. Diversity-Consistency Dilemma. Regulatory Models. Mediation Principles. Portugal.

**Recebido em:** 10/07/2015

**Aprovado em:** 26/11/2015