

CÁTIA MARQUES CEBOLA
(COORDENADORA)

A LEI DA MEDIAÇÃO DE CONFLITOS

ESTUDOS SOBRE A SUA APLICAÇÃO

PREFÁCIO DE
MARIA JOSÉ CAPELO


ALMEDINA

A Lei da Mediação de Conflitos

ESTUDOS SOBRE A SUA APLICAÇÃO

A Lei da Mediação de Conflitos

ESTUDOS SOBRE A SUA APLICAÇÃO

Coordenação

Cátia Marques Cebola

Prefácio

Maria José Capelo

Autores

Ana Maria Maia Gonçalves, Anabela Quintanilha, Bárbara Magalhães, Beatriz de Macedo Vitorino, Catarina Castro Oliveira, Cátia Marques Cebola, Diana Leiras, François Bogacz, Gilda Santos, Giuseppe de Palo, Isabel Celeste Fonseca, Joana Campos Carvalho, Josefina Castro, Lurdes Varregoso Mesquita, Margarida Santos, Maria João Castelo-Branco, Maria José Capelo, Mariana Soares David, Marta Moniz Faria Lobo San-Bento, Rosa Saavedra, Rossana Martingo Cruz, Sara Luís Dias, Susana Sardinha Monteiro

A LEI DA MEDIAÇÃO DE CONFLITOS

ESTUDOS SOBRE A SUA APLICAÇÃO

COORDENAÇÃO

Cátia Marques Cebola

EDITOR

EDIÇÕES ALMEDINA, S.A.

Avenida Emídio Navarro, 81, 3D

3000-151 Coimbra

Tel.: 239 851 904 · Fax: 239 851 901

www.almedina.net · editora@almedina.net

DESIGN DE CAPA

FBA.

PRÉ-IMPRESSÃO

EDIÇÕES ALMEDINA, S.A.

Agosto, 2023

ISBN

978-989-40-1389-1

Os dados e as opiniões inseridos na presente publicação são da exclusiva responsabilidade do(s) seu(s) autor(es). Toda a reprodução desta obra, por fotocópia ou outro qualquer processo, sem prévia autorização escrita do Editor, é ilícita e passível de procedimento judicial contra o infractor.



GRUPOALMEDINA



Fundação
para a Ciência
e a Tecnologia



IJP PORTUGALENSE INSTITUTE
FOR LEGAL RESEARCH



NOTAS BIOGRÁFICAS DAS(OS) AUTORAS(ES)

ANA MARIA MAIA GONÇALVES

Integra como mediadora de conflitos vários painéis dos principais institutos internacionais de mediação, sendo mediadora certificada pelo ICFML, ADRg e IMI. Possui mais de 30 anos de experiência como professora, mediadora, gestora organizacional e líder empresarial no mundo corporativo internacional. Em 2011 fundou o Instituto de Certificação e Formação de Mediadores Lusófonos (ICFML), o principal órgão independente de definição de padrões profissionais para mediadores nos países lusófonos. É coordenadora pedagógica de várias formações levadas a cabo na Universidade Católica Portuguesa – Escola de Direito do Porto. É mediadora no Global Mediation Panel of the Office of the Ombudsman da ONU e membro do NCTDR (National Center for Technology and Dispute Resolution). É co-fundadora da Alliance of Mediators for Universal Disclosure, uma iniciativa global de promoção da adesão ao UDPM (Universal Disclosure Protocol for Mediation) por profissionais de ADR e ODR.

ANABELA QUINTANILHA

É mestre em Direito com Especialização em Justiça Alternativa. Advogada a exercer na área do Direito da Família e das Crianças. Pós-graduada em Proteção de Menores. Mediadora de conflitos familiares, civis e comerciais. Formadora. Sócia-gerente da MEDIARMAIS – Formação, Mediação e Coaching, Lda.

BÁRBARA MAGALHÃES

Licenciou-se em Direito em 2007, na Universidade Portucalense Infante D. Henrique. Em 2009, concluiu o mestrado na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra e em 2015 prestou as provas de doutoramento em Direito na Universidade Portucalense Infante D. Henrique, com a apresentação de uma tese intitulada “A arbitrabilidade do ato administrativo”. É docente na Universidade Portucalense e na Escola de Direito da Universidade do Minho. A par da docência, desempenha

funções de árbitro no centro de arbitragem administrativa – CAAD. É ainda investigadora integrada no IJP – Instituto Jurídico Portucalense, no âmbito do qual integra vários projetos de investigação.

BEATRIZ DE MACEDO VITORINO

É consultora júnior na Moraes Leitão, Galvão Teles, Soares da Silva & Associados, doutoranda em ciências jurídicas e assistente convidada na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. É, ainda, investigadora do Centro de Investigação de Direito Privado, assessora do Conselho Executivo da Concórdia – Centro de Conciliação, Mediação de Conflitos e Arbitragem e membro do Conselho de Redação da *Ius Dictum* – Revista de Teoria Geral do Direito.

CATARINA CASTRO OLIVEIRA

É advogada, formadora, mediadora de conflitos no âmbito familiar, laboral, civil e comercial, advance relationship Coach, master PNL, focalizadora de círculos de dança.

CÁTIA MARQUES CEBOLA

É professora no Politécnico de Leiria e investigadora no polo de Leiria do Instituto Jurídico Portucalense. Licenciada e mestre em Direito pela Universidade de Coimbra e doutorada pela Universidade de Salamanca, com a tese “La Mediación: un nuevo instrumento de la Administración de la Justicia para la solución de conflictos” que granjeou o Prémio Extraordinário de Doutoramento. Frequentou o Curso de Mediação da Harvard Law School. É autora de vários artigos e livros especializados na área da resolução extrajudicial de conflitos. Desde 2022 é presidente internacional do Instituto de Certificação e Formação de Mediadores Lusófonos (ICFML).

DIANA LEIRAS

É licenciada e mestre em Solicitadoria pelo Instituto Politécnico do Cávado e do Ave (2010 e 2013), e doutorada em Direito pela Universidade de Santiago de Compostela (2019). Investigadora integrada do Instituto Jurídico Portucalense, no qual é membro do Grupo de Investigação em “Processo”. Tem participado em congressos e publicado artigos nas áreas do Direito Processual Civil e Direito Civil. Professora Adjunta Convidada do Instituto Politécnico do Cávado e do Ave. Solicitadora e formadora da Ordem dos Solicitadores e dos Agentes de Execução, sendo também Presidente da Delegação Distrital de Braga desta associação pública (2022-2025).

FRANÇOIS BOGACZ

Lidera a equipa de Aprendizagem e Inovação da Singapore Management University (SMU) Executive Education, e supervisiona o design e a realização de ações de formação presenciais, virtuais e híbridas, com forte ênfase em gerar um impacto mensurável e sustentável nos participantes e nas organizações. Tem uma extensa experiência de liderança em várias empresas multinacionais e *startups* de tecnologia como gestor de marketing. Em 2011 fundou uma das primeiras empresas dedicadas a disseminar as descobertas sobre como funciona o cérebro do ponto de vista emocional, social e cognitivo. Facilitou workshops sobre esse tema no continente americano, bem como na Europa, Austrália e Ásia. É um mediador certificado pelo ADR Group, ICFML e IMI e está a conduzir a sua pesquisa de doutoramento sobre as emoções em conflitos e como a mediação pode impactar positivamente as partes em disputa.

GILDA SANTOS

É licenciada, mestre e doutora em Criminologia pela Faculdade de Direito da Universidade do Porto. Desempenha, atualmente, funções como Professora Auxiliar na Faculdade de Direito da Universidade do Porto – Escola de Criminologia, sendo também investigadora do CJS – Centro de Investigação Interdisciplinar sobre “Crime, Justiça e Segurança” da mesma Faculdade. Gilda Santos é, desde 2014, Secretária-Geral da AICLP – Associação Internacional de Criminologia de Língua Portuguesa.

GIUSEPPE DE PALO

É Presidente da Fundação *Dialogue Through Conflict* (DTC). Foi Ombudsman da *United Nations Funds and Programmes*. Durante a sua carreira contribuiu para a resolução de mais de 2.500 litígios, mediando casos em mais de 60 países. Antes de entrar para a ONU, foi presidente do conselho de administração do *ADR Center*. Iniciou a sua carreira académica em 1995 e, em 2002, tornou-se professor internacional de direito e resolução alternativa de litígios na *Mitchell Hamline School of Law*, onde lecionou cursos de negociação, negociação avançada e negociação intercultural. Entre 2004 e 2015, trabalhou para algumas das maiores organizações internacionais promovendo o conhecimento e a utilização da mediação e da arbitragem em todo o mundo (incluindo no Afeganistão, Sérvia, Quênia, Barbados, Nigéria, Turquia, bem como em todo o Médio Oriente e na União Europeia). Prestou aconselhamento especializado a parlamentos nacionais e supranacionais e aconselhou os ministros da Justiça e da Economia de vários países sobre a política de resolução de litígios. Escreveu extensivamente sobre mediação e algumas das suas publicações foram traduzidas em várias línguas. É licenciado pelas escolas de direito da Universidade de Bolonha

(JD, 1991) e da Universidade da Califórnia em Berkeley (LLM, 1995). Possui também uma licenciatura em Ciências Políticas pela Universidade de Urbino (1994).

ISABEL CELESTE FONSECA

É doutorada em ciências jurídico-políticas, pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, desde 2007. Docente da Escola de Direito da Universidade do Minho (EDUM), desde 1996. É diretora do Mestrado em Direito Administrativo, desde 2011. Investigadora do JusGov, Center for Research in Justice and Governance, e Investigadora Principal no projeto NORTE-01-0145-FEDER-000063, “Smart Cities and Law, E.Governance and Rights: Contributing to the definition and implementation of a Global Strategy for Smart Cities”. Membro dos Conselhos de redação das Revistas Cadernos de Justiça Administrativa, Revista de Direito Administrativo, Revista de Direito Local e da European Review of Digital Administration and Law (ERDAL (<http://www.erdalreview.eu>) e da Portuguese Law Review (PoLaR) (<http://www.portugueselawreview.pt>). Cofundadora da Associação de Estudos de Direito Regional e Local, AEDREL, e do Núcleo de Estudos de Direito ius publicum, NEDIP (Associação de jovens investigadores de direito público da Escola de Direito da Universidade do Minho). É autora de monografias e artigos científicos nos domínios do direito público, em especial na área do direito administrativo.

JOANA CAMPOS CARVALHO

É doutorada em Direito pela NOVA School of Law, onde leciona atualmente as disciplinas de Mediação – Técnicas e Processo e Direito dos Contratos. É coordenadora da área da mediação do NOVA Dispute Resolution Forum e investigadora do CEDIS – Centro de Investigação e Desenvolvimento sobre Direito e Sociedade e do NOVA Consumer Lab. É, ainda, mediadora e árbitra no CASA – Centro de Arbitragem do Setor Automóvel.

JOSEFINA CASTRO

É mestre em Criminologia pela Faculdade de Direito da Universidade do Porto e docente na Faculdade de Direito da Universidade Lusíada do Porto. É investigadora do Centro de Estudos Jurídicos, Económicos e Ambientais da Universidade Lusíada (CEJEA) e do Centro de Investigação Interdisciplinar da Escola de Criminologia da Faculdade de Direito da Universidade do Porto – Crime, Justiça e Segurança (CJS). Nesse âmbito, tem participado em projetos de investigação, a nível nacional e internacional, na área da justiça restaurativa e da mediação em matéria penal.

LURDES VARREGOSO MESQUITA

É doutora em Direito; professora adjunta convidada do Politécnico do Porto; professora auxiliar do Departamento de Direito da Universidade Portucalense; investigadora do Instituto Jurídico Portucalense. É Autora de monografias, capítulos em livros e artigos científicos, na área do Direito Processual Civil e da Resolução Alternativa de Litígios.

MARGARIDA SANTOS

É licenciada, mestre e doutora em Criminologia pela Faculdade de Direito da Universidade do Porto. Exerce funções como professora auxiliar convidada na Faculdade de Direito da Universidade do Porto – Escola de Criminologia e na Universidade Lusíada – Porto. É investigadora e coordenadora de duas linhas de investigação dos centros de investigação CJS (FDUP) e CEJEA (UL). Participa em vários projetos de investigação, entre os quais, o projeto internacional “Étude internationale et interdisciplinaire de l’effectivité des médiations pénales: place et évolution dans les systèmes pénaux”.

MARIA JOÃO CASTELO-BRANCO

É advogada, mediadora, coach e formadora. Presidente da FMC – Federação Nacional de Mediação de Conflitos. Sócia-gerente da MEDIARMAIS – Formação, Mediação e Coaching, Lda.

MARIA JOSÉ CAPELO

É Professora da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra desde 1990, onde se licenciou, obteve grau de Mestre e de Doutor em Ciências Jurídico-Processuais. É investigadora do Instituto Jurídico da Faculdade de Direito de Coimbra (integrou o Conselho Coordenador nos anos de 2017 a 2022); Membro do Instituto Ibero-Americano de Derecho Procesal; Colaboradora internacional da ProcNet – Rede Internacional de Pesquisa Justiça Civil e Processo Contemporâneo (Brasil). As suas áreas preferenciais de investigação prendem-se com o direito processual civil (declarativo e executivo), meios adequados de resolução de litígios, tutela processual do consumidor e ação coletiva. Proferiu conferências e tem estudos publicados nestas matérias.

MARIANA SOARES DAVID

É advogada e mediadora certificada. Integra a equipa de contencioso e arbitragem da sociedade de advogados Morais Leitão, Galvão Teles e Soares da Silva. É também mediadora e “advogada master em mediação” certificada pelo Instituto de Certifi-

cação e Formação de Mediadores Lusófonos (ICFML), e pertence à lista de mediadores certificados pelo International Mediation Institute (IMI). Integra ainda a lista de mediadores do Ministério da Justiça e pertence à lista de mediadores de vários centros de arbitragem e mediação. Pertence igualmente à *Task Force de “ADR and Arbitration”* da *International Chamber of Commerce (ICC)*, em representação da delegação portuguesa da ICC, e à recente Comissão de Mediação do Centro de Arbitragem Comercial. É autora de várias publicações sobre esta temática.

MARTA MONIZ FARIA LOBO SAN-BENTO

Nasceu a 17/4/1975, em São Miguel, Açores. Licenciada em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, assume, desde 2016, o cargo de Diretora de Serviços do Gabinete para a Resolução Alternativa de Litígios (Direção-Geral da Política de Justiça). Desde 2007 é docente colaboradora em diversos cursos de pós-graduação na área do direito da família e da criança, designadamente junto do Centro de Direito da Família da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra e da Faculdade de Ciências Humanas da Universidade Católica de Lisboa. Assume participação diversa em produção técnico-jurídica na área do direito da família e da criança e da mediação.

ROSA SAAVEDRA

É doutorada em Psicologia da Justiça. Assessora Técnica da Direção da Associação Portuguesa de Apoio à Vítima. Professora Auxiliar Convidada na Faculdade de Direito da Universidade do Porto. Membro efetivo do CJS – Centro de Investigação Interdisciplinar em Crime, Justiça e Segurança da Escola de Criminologia da mesma faculdade. Mediadora Penal no âmbito do Sistema de Mediação Penal implementado pelo Gabinete de Resolução Alternativa de Litígios do Ministério da Justiça. Os seus interesses de investigação e intervenção têm estado centrados na implementação e avaliação de programas de prevenção da violência e nos procedimentos de avaliação de risco junto de vítimas particularmente vulneráveis.

ROSSANA MARTINGO CRUZ

É professora auxiliar da Escola de Direito da Universidade do Minho. Licenciou-se em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade do Porto; é mestre em Direito da Família e das Pessoas na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra; e doutora em Ciências Jurídico-Privatísticas na Escola de Direito da Universidade do Minho. Foi bolseira no *Max-Planck-Institut für Ausländisches und Internationales Privatrecht*, Hamburgo, Alemanha. É membro da *International Society of Family Law*.

SARA LUÍS DIAS

É doutora em Direito – ramo empresarial, pela Universidade de Santiago de Compostela e mestre em Direito Tributário e Fiscal pela Universidade do Minho. É advogada (sócia) na Yolanda Busse, Oehen Mendes & Associados, S.P., R.L. e professora adjunta convidada no IPCA. Investigadora integrada no JUSGOV e revisora externa em revistas de Direito (RJP e RED), participa como oradora em diversas conferências/congressos/seminários e é autora de vários artigos em revistas e livros nas áreas do Direito Tributário e Direito da Insolvência.

SUSANA SARDINHA MONTEIRO

É professora adjunta da Escola Superior de Educação e Ciências Sociais (ESECS) do Politécnico de Leiria e investigadora integrada no IJP-Polo de Leiria. Doutorada em Direito pela Universidad de Extremadura, Espanha, com a apresentação da tese de doutoramento “La configuración jurídico-política de la ciudadanía de la Unión Europea: Europa de los ciudadanos e Identidad Europea”, é mestre em Ciências Jurídico-Comunitárias pela Universidade Católica Portuguesa e licenciada em Direito pela Universidade Autónoma de Lisboa. Tem como principais áreas de investigação o Direito da União Europeia e a Resolução Alternativa de Conflitos, áreas em que tem publicado diversos artigos em livros e revistas e participado em conferências, de âmbito nacional e internacional.

LISTA DE ABREVIATURAS

AA.VV.	Autores Vários
Ac.	Acórdão
ADR	<i>Alternative Dispute Resolution</i>
al.	alínea
als.	alíneas
art.	artigo
arts.	artigos
CC	Código Civil
cf.	conferir
cfr.	confrontar
Coord.	Coordenação
CPTA	Código de Processo nos Tribunais Administrativos
CPC	Código de Processo Civil
CRP	Constituição da República Portuguesa
CT	Código do Trabalho
DL	Decreto-Lei
DN	Despacho Normativo
DR	Diário da República
ed.	edição
edit.	editor(es)
<i>e.g.</i>	<i>exempli gratia</i>
<i>i.e.</i>	isto é
n.º	número
n.ºs	números
p.	página
pp.	páginas
RAL	Resolução Alternativa de Litígios
Proc.	processo

SMF	Sistema de Mediação Familiar
SML	Sistema de Mediação Laboral
SMP	Sistema de Mediação Penal
STA	Supremo Tribunal Administrativo
STJ	Supremo Tribunal de Justiça
<i>s.d.</i>	sem data
<i>ss.</i>	seguintes
TRC	Tribunal da Relação de Coimbra
TRE	Tribunal da Relação de Évora
TRG	Tribunal da Relação de Guimarães
TRL	Tribunal da Relação de Lisboa
TRP	Tribunal da Relação do Porto
<i>vd.</i>	<i>vide</i>
Vol.	Volume

NOTAS PRÉVIAS

Esta obra constitui um dos *outputs* desenvolvidos no âmbito do projeto de investigação MEDLAW, com o apoio financeiro da Fundação para a Ciência e Tecnologia no âmbito do financiamento base atribuído ao polo de Leiria do Instituto Jurídico Portucalense [ref. UIDB/04112/2020].

A sequência dos capítulos e estrutura da obra pretendeu corresponder à divisão da própria Lei da Mediação portuguesa, objeto de análise, em quatro áreas fundamentais: princípios da mediação; procedimento de mediação; estatuto jurídico-profissional dos mediadores; e sistemas públicos da mediação. Abrangem-se ainda capítulos referentes a novas áreas da mediação e um último capítulo sobre a temática da investigação científica no âmbito da mediação.

Os textos foram redigidos de acordo com o novo ou com o antigo acordo ortográfico por opção dos respetivos autores de cada capítulo.

Não obstante a apresentação de uma lista de abreviaturas geral no início da obra, respeitaram-se as abreviaturas específicas adotadas por cada autor e devidamente assinaladas no respetivo capítulo.

Colocaram-se em itálico citações *ipsis verbis* de normas legais ou em língua estrangeira ou, ainda, de estrangeirismos. Estão também em itálico determinadas expressões ou partes de frases por opção expressa dos autores respetivos.

PREFÁCIO

Com muito gosto aceitei prefaciар esta obra coletiva, que ora sai a lume sob a eficaz e sábia coordenação da Senhora Professora Doutora Cátia Marques Cebola.

Decorridos que estão dez anos da Lei da Mediação (Lei n.º 29/2013, de 19 de abril) justifica-se plenamente uma reflexão sobre as repercussões e a eficiência deste regime.

Perante um elevado número de litígios, com diferentes características e múltiplos reflexos no modo de funcionamento de uma sociedade, é inevitável o relevo que assume a configuração dos mecanismos adequados à resolução de cada concreto litígio, como a definição dos princípios gerais que os devem reger.

Tal como se propugna na presente obra, seria útil a criação de uma plataforma digital aglutinadora de todos os mecanismos extrajudiciais de resolução de litígios, cuja consulta permitisse ao litigante uma opção livre e esclarecida por um dos meios, aquele que melhor se adequasse ao seu concreto caso.

Ao longo da presente obra são delineadas, de forma clara, as vantagens da mediação (tais como a executoriedade do acordo de mediação), assim como surgem bem identificados os estímulos à utilização deste alternativo meio de resolução de conflitos.

Como forma de superar a dicotomia mediação voluntária/obrigatória, avança-se com a proposta de um modelo *easy opt-out mediation*, com inspiração em soluções de outros ordenamentos (com destaque para o regime italiano). Privilegia-se a “sessão informativa da mediação” por efeito da qual as partes ficam cientes dos fins e do procedimento da mediação, assegurando-lhes, porém, a prerrogativa de optar por outra via de resolução de conflitos.

Em prol de um regime flexível, a natureza supletiva ou imperativa das normas, que integram a Lei da Mediação, é oportunamente dissecada com

base na ponderação conjunta do princípio da autonomia da vontade e dos interesses subjacentes aos preceitos.

Na concatenação dos meios judiciais e extrajudiciais, são pertinentes a análise e a reflexão sobre o regime da suspensão dos prazos de caducidade e de prescrição por efeito da mediação pré-judicial e o papel de controle do mediador no uso destas ferramentas.

Sustenta-se que uma das fórmulas do sucesso de uma eficaz articulação entre meios judiciais e autocompositivos deverá passar pela incorporação da mediação nos tribunais judiciais, proporcionando várias “portas” a quem procura a Justiça. No entanto, denuncia-se a indeterminação em torno do atual mecanismo de “remessa do processo para a mediação” (artigo 273.º do Código de Processo Civil).

No campo da mediação transfronteiriça, enunciam-se os benefícios e as desvantagens de uma adesão de Portugal à recente Convenção de Mediação de Singapura, anotando-se o facto de este instrumento ter a mais valia de contornar a questão da inexecutabilidade dos acordos internacionais decorrentes de mediação.

Para além destes pontos assinalados, a leitura desta obra proporciona-nos uma visão ampla e rica sobre todas as dimensões e projeções deste mecanismo de resolução de litígios em campos que não se reconduzem a matérias civis e comerciais. Assim, afigura-se muito interessante que se tenha ponderado a eventual aplicabilidade do regime da Lei n.º 29/2013 aos litígios jurídico-administrativos, equacionando a “mediabilidade” e “conciliabilidade” desta categoria de conflitos, tanto à luz do artigo 87.º-C do Código de Processo dos Tribunais Administrativos como do âmbito e extensão da “reserva de juiz”. Problematisa-se também a inadaptação à área do direito administrativo de alguns princípios consagrados na Lei da Mediação primordialmente gizada para os litígios de direito privado. A merecer, por isso, um olhar especial por parte do Legislador.

Em matéria penal, alerta-se para a necessidade de se sindicar a eficácia e sucesso dos programas de justiça restaurativa relativamente a vítimas e ofensores.

No que diz respeito aos sistemas públicos de mediação, em matéria de mediação familiar, colocam-se em evidência a celeridade, a acessibilidade e a segurança que a caracterizam, para além de se mencionarem os instrumentos de fiscalização da atividade de mediadores. Por outro lado, quanto ao sistema público de mediação laboral, elencam-se os respetivos atributos

da mediação na preservação das relações laborais, sinalizando-se, todavia, a sua escassa aplicação na prevenção e tratamento da conflitualidade laboral.

Em áreas como o direito da insolvência, após ser desbravado o regime extrajudicial de recuperação de empresas, apontam-se as características e as funções da figura do mediador de recuperação de empresa, mas denuncia-se a pouca adesão das empresas a este profissional.

Seja no direito da família, como noutros âmbitos submetidos à técnica da mediação, sublinha-se a relevância da formação contínua dos mediadores e sufraga-se a promoção do associativismo.

Em síntese, a presente obra revela as qualidades da mediação enquanto instrumento capaz de almejar uma pacificação célere e efetiva dos conflitos que vão surgindo. Tem o inegável mérito de nos expor o passado da mediação, de destacar os principais problemas e desafios do presente, anunciando-nos os caminhos possíveis (e desejáveis) do futuro da mediação.

Mais do que a perfeição das ferramentas previstas na Lei da Mediação e da qualidade dos mediadores, somos de opinião que o êxito da mediação dependerá do modo como os litigantes encarem esta técnica de resolução de conflitos e nela confiem. Por isso, a aposta na divulgação das características e fins da mediação junto dos potenciais interessados reveste particular importância. A realização de sessões de pré-mediação, em contexto judicial ou extrajudicial, e uma ponderada e flexível inserção do momento autocompositivo no âmbito de um procedimento judicial, sem ferir irreversivelmente os valores da confidencialidade e da voluntariedade inerentes à mediação, poderão contribuir para uma mudança do paradigma da Justiça.

Coimbra, junho de 2023

MARIA JOSÉ CAPELO

Capítulo 1

Mediação de Conflitos em Portugal: Passado, Presente e Futuro

CÁTIA MARQUES CEBOLA

Professora na ESTG do Politécnico de Leiria

Investigadora integrada do IJP – Polo de Leiria

Presidente Internacional do ICFML

SUMÁRIO: 1. Considerações introdutórias. 2. O passado (recente) da mediação de conflitos em Portugal em termos legislativos. 3. O presente e a atual Lei da Mediação em Portugal: análise crítica à normatividade vigente. 4. Reflexões finais: para onde podemos (ou devemos) caminhar no futuro? *i)* Da incorporação da mediação nos tribunais judiciais: a criação de verdadeiros tribunais multiportas em Portugal. *ii)* Da criação de uma plataforma digital aglutinadora de todos os meios extrajudiciais de resolução de conflitos: um “*chatgpt*” para a RAL em Portugal. *iii)* Novos âmbitos legais e regulamentares para a mediação de conflitos em Portugal.

RESUMO: No dealbar da presente década, a mediação em Portugal não constitui, ainda, uma via de resolução de conflitos em franco florescimento. Mas também não se apresenta como um procedimento sem perspectivas de desenvolvimento futuro, mas antes reveste valências capazes de lhe darem um papel relevante na realização da justiça no nosso ordenamento jurídico. Inserido numa obra que pretende refletir sobre a Lei da Mediação – a Lei n.º 29/2013, de 19 de abril – o presente capítulo traça a evolução legislativa da mediação em Portugal a partir da década de 90 do século XX por forma a compreender-se o caminho percorrido até ao momento atual. Analisam-se seguidamente os aspetos positivos desta Lei, dando-se conta de possíveis melhoramentos pontuais, não se considerando, contudo, ser necessária uma nova legislação nesta sede uma vez que a Lei da Mediação portuguesa mantém a sua robustez aplicativa, bem como responde em grande medida aos desafios futuros, não evidenciando qualquer obsolescência em termos de conteúdo normativo. O capítulo termina com um conjunto de propostas destinadas a fomentar o papel da mediação no sistema jurídico português, visando-se promover, em última análise, uma mudança transformadora na realização e efetivação da justiça em Portugal.

ABSTRACT: Mediation in Portugal, though not yet a burgeoning force, holds considerable potential for future growth and development within the internal legal landscape. This chapter, situated within a broader examination of Portugal's Mediation Law (Law No 29/2013 of 19 April), traces the legislative history of mediation in Portugal from its early experiences in the 1990s to the present day. In doing so, it sheds light on the successes and potential areas for enhancement in the current legal framework. While acknowledging the need for improvements, the chapter argues against the necessity for new legislation, asserting that Portugal's existing Mediation Law remains resilient, relevant, and well-equipped to address upcoming challenges. The chapter concludes by offering a series of proposals aimed at fostering mediation's role within the Portuguese legal system, promoting a transformative shift in the delivery of justice in our system.

1. Considerações introdutórias

A mediação de conflitos, enquanto tentativa de resolução de um diferendo por acordo através da intermediação de um terceiro externo ao mesmo, deverá ser tão antiga quanto o nascimento do próprio reino de Portugal, ainda que assumindo carácter informal ou não institucionalizado. O período temporal em análise na presente obra é, todavia, mais restrito e tem como foco principal o quadro legal da mediação plasmado na Lei n.º 29/2013, de 19 de abril (doravante referida por Lei da Mediação ou apenas por Lei n.º 29/2013).

Sem embargo, é relevante perceber o caminho prévio percorrido pelo legislador português até à publicação desta Lei, por forma a analisar a repercussão que essa evolução legislativa incutiu no seu conteúdo normativo.

Se em termos comunitários o Conselho de Tampere de 1999 constituiu um ponto de viragem na aposta política relativamente à implementação de meios extrajudiciais alternativos à via judicial¹, em Portugal o XIV Governo Constitucional assumia como linha de ação no seu Programa de 1999 a criação de meios extrajudiciais de conflitos².

No âmbito legislativo, será a Diretiva 2008/52/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 21 de maio de 2008, relativa a certos aspetos da mediação civil e comercial, que se apresenta como o marco legislativo neste âmbito

¹ Ver as Conclusões da Presidência do Conselho de Tampere de 1999, em concreto a Conclusão 30, na qual o Conselho Europeu estabelece o intento de ver criados pelos Estados-Membros procedimentos extrajudiciais alternativos. Cfr. http://www.europarl.europa.eu/summits/tam_pt.htm, consultado a 10.12.2022.

² Cfr. Elisabete Pinto da Costa (2017, pp. 75-107).

no espaço europeu³. Em Portugal, não obstante algumas iniciativas prévias, como veremos, o ponto de fulcral importância na aplicação da mediação no ordenamento jurídico português verifica-se em 2001 com a criação da DGAE (Direcção-Geral da Administração Extrajudicial)⁴ e a publicação da regulamentação dos Julgados de Paz, através da Lei n.º 78/2001, de 13 de julho⁵, uma vez que constituiu o ponto de partida para o desenvolvimento neste âmbito de sistemas públicos no nosso país.

Neste capítulo inicial analisaremos primeiramente alguns dos principais marcos da evolução da mediação de conflitos em Portugal até à atual Lei n.º 29/2013, de 19 de abril.

Num segundo ponto debruçar-nos-emos sobre o conteúdo normativo desta Lei apontando os aspetos positivos e os menos bem sucedidos, no ensejo de poder contribuir para a sua eventual alteração, ainda que cirurgicamente, e melhoramento aplicativo.

Terminaremos este capítulo com alguns apontamentos sobre o futuro da mediação em Portugal num exercício de mera prognose e imbuído de algum idealismo utópico, não só porque a realidade hodierna se confronta com ocorrências inesperadas, que têm mesmo redundado em verdadeiras crises (sanitárias, económicas e bélicas), como também a evolução tecnológica alcançou hoje níveis que apenas pensámos cogitável enquanto ficção científica, o que abre um mundo de possibilidades inimagináveis a todos os níveis e a que a resolução de conflitos não ficará naturalmente alheia.

³ Publicada no Jornal Oficial da União Europeia L 136, de 24 de maio de 2008 e doravante referida neste capítulo apenas por Diretiva 2008/52/CE. Pronunciando-se sobre esta Diretiva, veja-se, entre outros, Paula Costa e Silva (2009, pp. 80-83). Sobre a sua aplicação, veja-se, a título de exemplo, o Relatório de 2017 sobre a aplicação da Diretiva 2008/52/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 21 de maio de 2001, sobre certos aspetos da mediação em matéria civil e comercial (Diretiva «Mediação») [2016/2066(INI)] e disponível em https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-8-2017-0238_PT.html, consultado a 20.12.2022. Além da Diretiva 2008/52/CE, deve ainda fazer-se notar no contexto europeu a publicação do Código de Conduta Europeu para Mediadores, em 2004, para o qual remete a própria Lei da Mediação de 2013, no seu artigo 26.º, alínea k).

⁴ A DGAE foi criada pelo Decreto-Lei n.º 90/2001, de 23 de março, e veio a ser sucedida pelo Gabinete para a Resolução Alternativa de Litígios (GRAL), através do Decreto-Lei n.º 127/2007, de 27 de abril. O Decreto-Lei n.º 163/2012, de 31 de julho, transformou o GRAL numa unidade orgânica da Direcção-Geral da Política de Justiça (DGPJ).

⁵ Alterada, uma única vez, pela Lei n.º 54/2013, de 31 de julho, após e em virtude da publicação da Lei n.º 29/2013, de 19 de abril.

2. O passado (recente) da mediação de conflitos em Portugal em termos legislativos

É a segunda revisão da Constituição da República Portuguesa⁶ que, em 1989, vem aditar um n.º 4 ao então novo artigo 205.º (atualmente artigo 202.º, n.º 4) nos termos do qual “[a] lei poderá institucionalizar instrumentos e formas de composição não jurisdicional de conflitos”. Ficou, desta forma, consagrada a base constitucional dos meios extrajudiciais de resolução de conflitos de carácter autocompositivo nos quais a mediação se integra⁷.

Antes desta data, a mediação já tinha merecido previsão legal em alguns âmbitos concretos. Estamos a referir-nos ao Decreto-Lei n.º 164-A/76, de 28 de fevereiro, que veio regulamentar as relações coletivas de trabalho, e que introduziu no seu artigo 14.º, com a epígrafe “Mediação”, a possibilidade de “[a] todo o tempo as partes pode[re]m acordar em submeter a mediação nos termos que definirem ou, na falta dessa definição, nos termos dos números seguintes, os conflitos colectivos que resultem da celebração ou revisão de uma convenção colectiva”⁸. Na mediação aqui introduzida⁹, o legislador assaca ao mediador o papel de apresentar às partes uma proposta de resolução do conflito, o que não cor-

⁶ Através da Lei Constitucional n.º 1/89, de 8 de julho, publicada no Diário da República n.º 155/1989, I.º Suplemento, Série I.

⁷ Se a autocomposição de conflitos representa a resolução do diferendo através de um acordo construído (ou pelo menos aceite) pelos próprios envolvidos na disputa (sendo as partes que buscam a justacomposição dos interesses antagónicos que se contrapõem no conflito que os envolve), já a heterocomposição de conflitos pressupõe a imposição de uma decisão relativamente ao litígio, que é emanada por (pelo menos) um terceiro, a qual as partes terão de respeitar, sob pena de incumprimento e eventual posterior execução. Assim, na heterocomposição as partes renunciam ao poder de solucionar por si o diferendo que as opõe e transmitem (em regra voluntariamente) esse poder a um terceiro. Esta distinção assenta, assim, no sujeito que concorre para a resolução do conflito, sendo que nas formas autocompositivas são as próprias partes (com ou sem a ajuda de um terceiro) que obtêm o acordo que põe fim à disputa e, nos meios heterocompositivos, a decisão do diferendo é imposta por (pelo menos) um terceiro. Cfr. João Pedroso *et al.* (2001, p. 34) e Cátia Marques Cebola (2013, pp. 29-30).

⁸ A mediação de conflitos coletivos de trabalho mantém previsão no Código do Trabalho aprovado pela Lei n.º 7/2009, de 12 de fevereiro, de acordo com o que se prescreve nos artigos 526.º a 528.º.

⁹ E que não tinha consagração na anterior regulamentação plasmada no Decreto-Lei n.º 49212, de 28 de agosto de 1969.

responderá ao modelo facilitativo que, em geral, é hoje predominantemente aplicado¹⁰.

Também na área da resolução de conflitos de consumo, desde a criação do primeiro centro de arbitragem neste âmbito em Lisboa, no ano de 1989, o procedimento integrava uma fase de mediação, prévia ao julgamento arbitral da reclamação apresentada pelo consumidor. No entanto, a mediação aqui implementada não tinha ainda o carácter profissional e técnico que hoje granjeia. Na verdade, os mediadores que promoviam a tentativa de obtenção de um acordo entre consumidor e agente económico não tinham formação especializada em mediação [situação que, de resto, se vai mantendo (com algumas exceções) nos centros de arbitragem de conflitos de consumo em Portugal]¹¹.

Será, pois, na área familiar que se vislumbrou a primeira institucionalização da mediação de conflitos mais próxima da atual conceptualização e aplicação prática generalizada no nosso ordenamento. Com efeito, veio em 1997 o Despacho n.º 12368/97, de 9 de dezembro¹², criar o Gabinete de Mediação Familiar, inicialmente com competência limitada aos conflitos relativos ao exercício do poder paternal e de âmbito territorial restrito a Lisboa e Porto¹³. Em 1994-95 decorreu o primeiro curso de formação técnica em mediação familiar (no Centro de Estudos Judiciários em colaboração com o Instituto Português de Mediação Familiar, criado em 1990)¹⁴ e, portanto, os mediadores a prestar serviços naquele Gabinete detinham, pela primeira vez em

¹⁰ Considerando que o modelo de mediador “facilitativo” é o consagrado na Lei n.º 29/2013, de 19 de abril, veja-se Mariana França Gouveia (2014, p. 49). Sobre a distinção entre mediação facilitativa [ou facilitadora, na qual o mediador limita a sua intervenção a tentar (r)estabelecer a comunicação entre as partes para que estas possam por si construir o acordo para o conflito] e mediação avaliativa (ou avaliadora, na qual o papel do mediador será mais ativo uma vez que este pode apresentar propostas de acordo às partes, mantendo estas o poder de aceitar ou não), ver, por todos, Cátia Marques Cebola (2013, pp. 197-201).

¹¹ Sobre a arbitragem de consumo em Portugal na década de noventa e, em concreto, sobre a fase de resolução do litígio por mediação, veja-se João Pedroso e Cristina Cruz (2000). Para uma visão mais atual sobre os centros de arbitragem de conflitos de consumo em Portugal, veja-se, Cátia Marques Cebola (2022, pp. 23-48). Sobre o sistema de justiça arbitral de consumo em Portugal pode ver-se também Jorge Morais Carvalho; João Pedro Pinto-Ferreira; Joana Campos Carvalho (2017) e, ainda, Carlos Filipe Costa (2022, pp. 325-382).

¹² Publicado em Diário da República, n.º 283, II Série, de 9 de dezembro de 1997.

¹³ Sobre a mediação familiar em Portugal ver, por todos, Rossana Martingo Cruz (2018).

¹⁴ Ver <https://www.ipmediacaofamiliar.org/home>, consultado a 20.12.2022.

Portugal, formação especializada para intervir num processo resolutivo de litígios por mediação.

O ano de 1999 é especialmente profícuo em previsões legislativas pontuais da mediação de conflitos em diferentes contextos. Assim, referiu-se à mediação o Decreto-Lei n.º 146/99, de 4 de maio, que veio estabelecer os princípios e regras a que devem obedecer a criação e o funcionamento de entidades privadas de resolução extrajudicial de conflitos de consumo¹⁵.

¹⁵ No âmbito dos conflitos de consumo, a aposta legal em Portugal nesta matéria sempre foi mais lata por força do sistema arbitral que constitui, nesta sede, a nossa matriz e, portanto, o legislador refere-se, em geral, aos meios extrajudiciais para a resolução de conflitos de consumo em sentido amplo, abarcando neste conceito a arbitragem, mas também a mediação e a conciliação que são fases prévias ao julgamento arbitral de acordo com os regulamentos destas entidades. Neste sentido, a Lei n.º 144/2015, de 8 de setembro, que transpõe a Diretiva 2013/11/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 21 de maio de 2013, sobre a resolução alternativa de litígios de consumo, e estabeleceu o enquadramento jurídico dos mecanismos de resolução extrajudicial de litígios de consumo em Portugal (revogando os Decretos-Leis n.ºs 146/99, de 4 de maio, e 60/2011, de 6 de maio), abrange, de acordo com o artigo 3.º, alínea j), como “*«Procedimentos de RAL», a mediação, a conciliação, e a arbitragem*”. Cfr. Cátia Marques Cebola (2016, pp. 251-273). Também quanto aos serviços públicos essenciais, o legislador prescreveu no artigo 15.º, n.º 1, da Lei n.º 23/96, de 26 de julho (aditado pela Lei n.º 6/2011, de 10 de março) que “*estão sujeitos a arbitragem necessária quando, por opção expressa dos utentes que sejam pessoas singulares, sejam submetidos à apreciação do tribunal arbitral dos centros de arbitragem de conflitos de consumo legalmente autorizados*”. No mesmo sentido e por força da Lei n.º 63/2019, de 16 de agosto, o artigo 14.º, n.ºs 2 e 3, da Lei n.º 24/96, de 31 de julho, veio estabelecer para litígios de consumo não superiores a 5.000 euros a mesma obrigatoriedade unilateral (ou seja, só vincula os agentes económicos quando o consumidor opta por apresentar a reclamação no centro de arbitragem de conflitos de consumo competente). Ora, novamente, como vimos, o processo nestes centros abrange uma fase prévia de mediação e, assim, este mecanismo é alvo de referência legal neste contexto. A mesma lógica legislativa encontramos no âmbito dos contratos de crédito ao consumo, em geral, bem como para aquisição de imóveis destinados a habitação, de acordo com o artigo 32.º do Decreto-Lei n.º 133/2009, de 2 de junho, e com o artigo 38.º do Decreto-Lei n.º 74-A/2017, de 23 de junho, respetivamente. Sobre este tema, ver, entre outros, Cátia Marques Cebola (2022 pp. 23-48). Não obstante a referência genérica aos meios extrajudiciais em matéria de conflitos de consumo, é de realçar a prescrição legal que veio a ser feita em sede de venda de bens de consumo no artigo 5.º-A do Decreto-Lei n.º 67/2003, de 8 de abril (introduzido pelo DL n.º 84/2008, de 21 de maio) e segundo o qual “[a] tentativa de resolução extrajudicial do litígio inicia-se com a ocorrência de um dos seguintes factos: a) As partes acordem no sentido de submeter o conflito a mediação ou conciliação; b) A mediação ou a conciliação seja determinada no âmbito de processo judicial; c) Se constitua a obrigação de recorrer à mediação ou conciliação” (n.º 5). Conforme assinala Jorge Morais de Carvalho (2011, p. 275), “introduziu-se

Relativamente aos menores, a Lei n.º 166/99, de 14 de setembro, aprovou a Lei Tutelar Educativa (que se mantém em vigor) e introduziu no artigo 42.º a possibilidade de “*a autoridade judiciária pode[r] determinar a cooperação de entidades públicas ou privadas de mediação*” (n.º 1), e a “*mediação te[r] lugar por iniciativa da autoridade judiciária, do menor, seus pais, representante legal, pessoa que tenha a sua guarda de facto ou defensor*” (n.º 2). Na mesma sede e ano, a Lei n.º 133/99, de 28 de agosto, veio aditar o artigo 147.º-D ao Decreto-Lei n.º 314/78, de 27 de outubro, respeitante à Organização Tutelar de Menores (hoje revogado¹⁶), que, com a epígrafe “*Mediação*”, estabeleceu a possibilidade de o juiz determinar a intervenção de serviços públicos ou privados de mediação, prescrevendo que “[e]m qualquer estado da causa e sempre que o entenda conveniente, designadamente em processo de regulação do exercício do poder paternal, oficiosamente, com o consentimento dos interessados, ou a requerimento destes, pode o juiz determinar a intervenção de serviços públicos ou privados de mediação” (n.º 1), sendo que o juiz homologaria o acordo “*obtido por via de mediação se este satisfizer o interesse do menor*” (n.º 2).

Por fim, o Decreto-Lei n.º 486/99, de 13 de novembro, que aprovou o Código dos Valores Mobiliários (ainda vigente), estabeleceu, nos artigos 33.º e 34.º, a organização pela Comissão do Mercado de Valores Mobiliários (CMVM) de um “*serviço destinado à mediação voluntária de conflitos entre investi-*

no direito português, pela primeira vez, através desta norma, a possibilidade de o juiz impor o recurso à mediação no âmbito de um processo judicial”. Este diploma foi revogado pelo Decreto-Lei n.º 84/2021, de 18 de outubro, que regula atualmente os direitos do consumidor na compra e venda de bens, conteúdos e serviços digitais, transpondo as Diretivas (UE) 2019/771 e (UE) 2019/770, mas que manteve no artigo 17.º, n.º 3, a previsão legal do acima referido artigo 5.º-A, n.º 5. Ainda no âmbito do crédito bancário é de referir a criação da figura do Mediador do Crédito, pelo Decreto-Lei n.º 144/2009, de 17 de junho, instituída junto do Banco de Portugal, tendo por missão, segundo o artigo 3.º deste diploma, “*a defesa e a promoção dos direitos, garantias e interesses legítimos de quaisquer pessoas ou entidades que sejam parte em relações de crédito, bem como contribuir para melhorar o acesso ao crédito junto do sistema financeiro*”. A análise desta norma permite-nos desde logo colocar muitas reservas à designação desta figura como um verdadeiro mediador de conflitos atendendo à imparcialidade exigida a este profissional e que, portanto, não se coaduna com a defesa dos interesses das partes ou com o objetivo de “melhorar o acesso ao crédito”. Para evitar confusões indesejáveis, advoga-se que a alteração da designação desta figura para “Provedor do cliente bancário”. Sobre o mediador do crédito, *vide*, entre outros, Cátia Marques Cebola (2013, pp. 159- 181).

¹⁶ Pela Lei n.º 141/2015, de 8 de setembro, que aprovou o Regime Geral do Processo Tutelar Cível.

*dores não profissionais, por uma parte, e intermediários financeiros, consultores para investimento, entidades gestoras de mercados regulamentados ou de sistemas de negociação multilateral ou organizado ou emitentes, por outra*¹⁷. De acordo com o n.º 2 do artigo 33.º, os “mediadores são designados pelo conselho diretivo da CMVM, podendo a escolha recair em pessoas pertencentes aos seus quadros ou noutras personalidades de reconhecida idoneidade e competência”. Segundo Jorge Morais Carvalho, o artigo 34.º do Código dos Valores Mobiliários aprovado em 1999 “foi a primeira norma do nosso ordenamento jurídico a regular aspectos específicos do processo de mediação, embora circunscritos ao domínio dos valores mobiliários”¹⁸.

A doutrina é, no entanto, unânime em apontar o ano de 2001 como o marco histórico recente para a mediação em Portugal, com a publicação da Lei n.º 78/2001, de 13 de julho, que regulou em Portugal os *Julgados de Paz*, uma vez que o processo nestas entidades integrou desde o início uma fase prévia de tentativa de resolução de conflitos por mediação¹⁹. Neste sentido, o artigo 49.º daquela Lei, com a epígrafe “*Pré-mediação*”, estabelece no seu n.º 1 que “[r]ecebido o pedido e iniciado o processo no julgado de paz, é realizada uma pré-mediação, desde que qualquer uma ou ambas as partes não tenham previamente afastado esta possibilidade”. Para corresponder aos intentos desta norma, é criado em Portugal o primeiro sistema público de mediação que se caracteriza pela sua gestão por uma entidade pública, no caso a Direção-Geral da Política de Justiça (DGPJ), assumindo esta como principais funções: i) elaborar as listas de mediadores especializados em mediação para os vários julgados de paz; ii) remunerar os mediadores nomeados (dependendo da fase do processo em que terminou a mediação na qual intervieram)²⁰; iii) acreditar cursos (hoje, como veremos, entidades de formação) de desenvolvimento de competências para a mediação nos julgados de paz²¹.

¹⁷ Versão atual com as alterações introduzidas pelo Decreto-Lei n.º 52/2006, de 15 de março e pelo Decreto-Lei n.º 357-A/2007, de 31 de outubro (tendo o artigo 33.º sofrido ainda as alterações introduzidas pelo Decreto-Lei n.º 18/2013, de 6 de fevereiro e pela Lei n.º 35/2018, de 20 de julho).

¹⁸ Cfr. Jorge Morais Carvalho (2011, p. 273).

¹⁹ Ver, por todos, Ana Maria Costa e Silva e Patrícia Guiomar (2022).

²⁰ De acordo com o Despacho n.º 22312/2005, de 14 de outubro, publicado no Diário da República, II Série, de 26 de outubro de 2005.

²¹ Cfr. a Portaria n.º 1112/2005, de 28 de outubro (que revogou a Portaria n.º 436/2002, de 22 de abril), mas também a Portaria n.º 283/2018, de 19 de outubro, que aprova o atual Regula-

Em 2006-2007 três novos sistemas públicos são implementados²². Com competência especializada em conflitos laborais, é criado em 2006 o *Sistema de Mediação Laboral* (SML), através da assinatura, a 5 de maio desse ano, do Protocolo de Acordo entre o Ministério da Justiça e a Confederação da Indústria Portuguesa (CIP), a Confederação do Comércio e Serviços de Portugal (CCP), a Confederação do Turismo Português (CTP), a Confederação dos Agricultores de Portugal (CAP), a Confederação Geral dos Trabalhadores Portugueses – Intersindical Nacional (CGTP – IN) e a União Geral dos Trabalhadores (UGT)²³. Novamente, este sistema caracteriza-se pela participação do Ministério da Justiça (DGPJ-GRAL) na receção dos pedidos de mediação que reencaminha para mediadores qualificados, constantes de uma lista elaborada também por aquela entidade e pela sua correspondente remuneração.

Em 2007, a Lei n.º 21/2007, de 12 de junho, cria o *Sistema Público de Mediação Penal* (SMP)²⁴ que, não obstante ter iniciado o seu funcionamento a título experimental, mantém-se em vigor até aos dias de hoje, tendo, sem embargo, escassa aplicação de acordo com as estatísticas do Ministério da Justiça²⁵.

mento dos Procedimentos de Seleção de Mediadores de Conflitos habilitados a prestar serviços de mediação nos julgados de paz.

²² Antes de 2006 é ainda de realçar a Lei n.º 34/2004, de 29 de julho, que, na sua redação original, “incluía a mediação no âmbito da modalidade de protecção jurídica de consulta jurídica (artigo 14.º, n.º 2), não tendo em conta que se pode tratar de um processo, com características bem distintas de simples consulta” [cfr. Jorge Morais Carvalho (2011, p. 274)]. Este diploma foi alterado pela Lei n.º 47/2007, de 28 de agosto, que fez desaparecer a referência à mediação naquele artigo 14.º, n.º 2, e, no artigo 17.º, n.º 1, passou a prescrever que o “*regime de apoio judiciário aplica-se (...), nos julgados de paz e noutras estruturas de resolução alternativa de litígios a definir por portaria do membro do Governo responsável pela área da justiça*”. Foi a Portaria n.º 10/2008, de 3 de janeiro, que veio regulamentar a Lei de Acesso ao Direito e estabelecer no Anexo I, a que faz referência o seu artigo 9.º, que as estruturas de resolução alternativa de litígios em que se aplica o regime do apoio judiciário são os julgados de paz, os sistemas públicos de mediação laboral, penal e familiar, e os centros de arbitragem de conflitos de consumo.

²³ Sobre o funcionamento do sistema de mediação laboral, ver, entre outros, Susana Sardinha Monteiro (2022, pp. 9-41) e ainda o capítulo 10 desta obra da autoria da mesma autora.

²⁴ Em execução do artigo 10.º da Decisão-Quadro do Conselho n.º 2001/220/JAI, de 15 de março, relativa ao estatuto da vítima em processo penal.

²⁵ Estatísticas sobre os sistemas públicos de mediação em Portugal podem ser consultadas em https://estatisticas.justica.gov.pt/sites/siej/pt-pt/Paginas/Mediacao.aspx?pk_vid=0234d4b6

Também em 2007, o Gabinete de Mediação Familiar²⁶, criado em 1997, cede lugar ao *Sistema Público de Mediação Familiar* (SMF), através do Despacho do Secretário de Estado da Justiça n.º 18778/2007, de 22 de agosto²⁷, que vem alargar não só o âmbito territorial daquele Gabinete a todo o país, como também amplia a sua competência material, abrangendo-se agora todas as questões conflituais resultantes de relações familiares (estando atualmente regulado pelo Despacho Normativo n.º 13/2018, de 9 de novembro²⁸).

O segundo marco legislativo na regulamentação da mediação ocorre em 2009 quando por ocasião da aprovação do regime jurídico do processo de inventário pela Lei n.º 29/2009, de 29 de junho, o seu artigo 79.º vem aditar ao Código de Processo Civil (CPC), vigente à data, quatro novas normas, em concreto os artigos 249.º-A a 249.º-C e o artigo 279.º-A. Com este aditamento pretendeu o legislador português proceder à transposição da Diretiva 2008/52/CE, do Parlamento e do Conselho, de 21 de março, relativa a certos aspetos da mediação civil e comercial. Já neste momento teríamos preferido que o legislador optasse pela promulgação de uma lei autónoma para a mediação²⁹. De todo o modo, este constituiu um marco relevante pois o legislador veio regulamentar no CPC aspetos importantes da aplicação da mediação, em concreto: a suspensão dos prazos de prescrição e caducidade pelo recurso a um mediador de conflitos a partir da data em que for solicitada a sua intervenção (artigo 249.º-A); a homologação por um juiz do acordo

fc8281b61679740254358d42, consultado a 22.12.2022. Sobre o sistema de mediação penal, veja-se, entre outros, André Lamas Leite (2008).

²⁶ O Despacho do Ministro da Justiça n.º 12368/97, de 9 de dezembro, criou o Gabinete de Mediação Familiar.

²⁷ Publicado no Diário da República, II Série, de 22 de agosto de 2007.

²⁸ O novo Despacho passa ainda a incorporar o Regulamento dos Procedimentos de Seleção de Mediadores para prestar Serviços de Mediação no Sistema de Mediação Familiar. Em sede familiar é ainda de notar, após a criação do SMF, a previsão legal do artigo 1774.º do Código Civil que, alterado pela Lei n.º 61/2008, de 31 de outubro, passa a prescrever que “[a]ntes do início do processo de divórcio, a conservatória do registo civil ou o tribunal devem informar os cônjuges sobre a existência e os objectivos dos serviços de mediação familiar”. No mesmo sentido, o artigo 14.º, n.º 3, do Decreto-Lei n.º 272/2001, de 13 de outubro (alterado pela Lei n.º 61/2008, de 31 de outubro), sobre os processos da competência do Ministério Público e das Conservatórias de Registo Civil, incumbe ao conservador o dever de informar “os cônjuges da existência dos serviços de mediação familiar”.

²⁹ Cfr. Cátia Marques Cebola (2010, pp. 441-459). No mesmo sentido Dário Moura Vicente (2009, p. 143).

obtido em mediação pré-judicial se as partes o requererem (artigo 249.º-B); a confidencialidade (artigo 249.º-C) e a suspensão da instância para remessa do processo para mediação por determinação do juiz (salvo quando alguma das partes se opuser) ou quando as partes, em conjunto, o requeiram (artigo 279.º-A)³⁰.

A correta transposição da Diretiva 2008/52/CE não era igualmente pacífica atendendo a que a Portaria n.º 203/2011, de 20 de maio, veio prescrever que “[p]ara efeitos do disposto nos artigos 249.º-A, 249.º-B, 249.º-C e 279.º do Código do Processo Civil, [em vigor à data, seriam] sistemas de mediação: a) Os sistemas públicos de mediação já existentes ou a criar; e b) Os serviços de mediação de outro Estado membro, desde que a respectiva actividade seja legalmente reconhecida no ordenamento jurídico onde se encontram inseridos”. Parecia, assim, que as normas introduzidas no Código de Processo Civil apenas teriam aplicação aos sistemas públicos de mediação, excluindo-se do seu âmbito a mediação privada, em concreto nas áreas civil e comercial que a Diretiva visava³¹.

Veio, assim, a Lei n.º 29/2013, de 19 de abril, regulamentar de forma expressa, pela primeira vez em Portugal, a mediação privada, mantendo a possibilidade de criação e vigência de sistemas públicos de mediação. O legislador estabelece, deste modo, num único diploma, os princípios gerais aplicáveis a qualquer mediação que ocorra em território nacional (Capítulo II); as regras procedimentais (Capítulo III, sob a epígrafe “*Mediação Civil e Comercial*”); o regime jurídico dos mediadores (Capítulo IV); e, por fim, o regime jurídico dos sistemas públicos de mediação (Capítulo V). Na sequência desta Lei e dando regulamentação a algumas das suas prescrições, foram ainda publicadas a Portaria n.º 344/2013, de 27 de novembro e a Portaria n.º 345/2013, de 27 de novembro, relativas, respetivamente, à organização de uma lista de mediadores de conflitos privados e à certificação de entidades formadoras de cursos de mediação de conflitos. Estava criado o quadro normativo geral da mediação pública e privada em Portugal, que se mantém até hoje e que se irá analisar de forma geral no ponto seguinte.

Na sequência da Lei da Mediação de 2013, foram promovidas alterações à Lei n.º 78/2001, de 13 de julho, dos julgados de paz, pela Lei n.º 54/2013,

³⁰ Única norma desta transposição que se manteve em vigor com a reforma introduzida pela Lei n.º 41/2013, de 26 de junho, que aprovou o atual Código de Processo Civil, estando hoje vertida no artigo 273.º do CPC.

³¹ Também dando conta das (in)compatibilidades da regulamentação portuguesa da mediação de 2009 com a Diretiva 2008/52/CE, veja-se Jan Peter Schmidt (2013, p. 811).

de 31 de julho, que, no que à mediação importa, alterou, designadamente: i) o artigo 16.º, n.º 3, fazendo desaparecer a limitação da competência do serviço de mediação dos julgados de paz quando os conflitos tenham por objeto direitos indisponíveis, uma vez que o artigo 11.º da Lei da Mediação passou a consagrar no n.º 1 o critério da patrimonialidade para os litígios em matéria civil e comercial, apenas intervindo a transigibilidade como parâmetro de mediabilidade se o conflito não tiver valor económico³², de acordo com o n.º 2; ii) o artigo 30.º relativo aos mediadores, em concreto o n.º 2, para remeter expressamente para a Lei da Mediação quanto aos princípios aplicáveis ao procedimento de mediação; iii) o artigo 31.º quanto aos requisitos para ser mediador nos julgados de paz, uma vez que o sistema de acreditação pela DGPJ deixou de incidir individualmente sobre cada curso de mediação de conflitos³³, passando as entidades formadoras que ministrem este tipo de cursos a solicitar a sua certificação de acordo com a Portaria n.º 345/2013, de 27 de novembro. Foram ainda revogados, por forma a não colidir com as prescrições normativas da Lei da Mediação: a alínea g) do artigo 31.º; o artigo 35.º; o n.º 4 do artigo 50.º; o artigo 52.º; e os n.ºs 2 a 6 do artigo 53.º da Lei n.º 78/2001, de 13 de julho.

Neste contexto há também a referir a Portaria n.º 283/2018, de 19 de outubro, que aprovou o Regulamento dos procedimentos de seleção de mediadores de conflitos a prestar serviço nos julgados de paz, revogando nesta matéria a anterior Portaria n.º 282/2010, de 25 de maio, pelo que, e de acordo com o seu artigo 7.º, a “*seleção assenta, exclusivamente, na análise do cumprimento dos requisitos de admissão ao procedimento de seleção, sendo admitidos e inscritos nas listas a que se candidatam os candidatos que preencham tais requisitos*”. Ou seja, deixa de existir um concurso público para acesso às listas de mediadores públicos restrito a um determinado número de vagas fixado por edital, bastando agora a abertura de um processo de seleção para que todos os mediadores que apresentem a sua candidatura e preencham os requisitos plasmados para cada sistema público, e constantes de cada edital, sejam admitidos³⁴. O artigo 2.º da Portaria n.º 283/2018, de 19 de outubro, veio ainda definir a DGPJ como

³² Com exceção dos litígios em matéria familiar, laboral e penal, por força da exclusão do artigo 10.º, n.º 2, da Lei n.º 29/2013, de 19 de abril.

³³ De acordo com o definido na Portaria n.º 237/2010, de 29 de abril, agora revogada.

³⁴ Os procedimentos de seleção de mediadores de conflitos para os julgados de paz desde 2019 podem consultar-se em <https://dgpj.justica.gov.pt/Resolucao-de-Litigios/Mediacao/Selecao-de-Mediadores-de-Conflitos-desde-2019>, consultado a 27.12.2022.

o serviço do Ministério da Justiça ao qual compete a fiscalização da atividade dos mediadores que exerçam funções nos julgados de paz, nos termos do n.º 6 do artigo 33.º da Lei n.º 78/2001, de 13 de julho.

A Lei da Mediação de conflitos de 2013 veio igualmente suscitar alterações na regulação do sistema público de mediação familiar através do Despacho Normativo n.º 13/2018, de 9 de novembro. Por exemplo, quanto aos princípios da mediação familiar, o artigo 2.º deste Despacho remete agora para a Lei n.º 29/2013, de 19 de abril, por forma a manter a coerência normativa e não criar discrepâncias face ao plasmado neste contexto. Também quanto aos mediadores familiares do SMF, o Anexo daquele Despacho estabelece o *Regulamento dos Procedimentos de Seleção de Mediadores para prestar Serviços de Mediação no Sistema de Mediação Familiar*, consagrando a mesma lógica de admissão às listas respetivas que vimos ter sido introduzida para os mediadores dos julgados de paz, isto é, o concurso público cede lugar a um mero procedimento de candidatura e verificação dos requisitos exigidos.

As alterações protagonizadas no âmbito dos sistemas públicos de mediação familiar e dos julgados de paz, visando garantir a harmonia entre a Lei da Mediação de 2013 e os respetivos atos regulatórios, deveriam ser estendidas aos sistemas públicos de mediação laboral e penal, evitando-se a desatualização normativa nestes contextos.

No âmbito administrativo, a Lei n.º 29/2013, de 19 de abril, passou também a ser aplicável, por força do n.º 5 do artigo 87.º-C do Código de Processo nos Tribunais Administrativos (CPTA)³⁵, aos litígios jurídico-administrativos respeitantes a direitos disponíveis. Com efeito, o Decreto-Lei n.º 214-G/2015, de 2 de outubro, introduziu o artigo 87.º-C do CPTA, nos termos do qual se passou a prescrever que “[q]uando a causa couber no âmbito dos poderes de disposição das partes, pode ter lugar, em qualquer estado do processo, tentativa de conciliação ou mediação, desde que as partes conjuntamente o requeiram ou o juiz a considere oportuna, mas as partes não podem ser convocadas exclusivamente para esse fim mais do que uma vez”. Esta norma, em concreto o seu n.º 5 na sua redação original, levantava dúvidas sobre qual o regime aplicável para a mediação administrativa aqui prescrita, dúvidas que se vieram a dissipar (ou a ampliar)³⁶

³⁵ Aprovado pela Lei n.º 15/2002, de 22 de fevereiro, sucessivamente alterada.

³⁶ Na verdade, a Lei da Mediação não foi pensada para a litigiosidade em sede administrativa, pelo que a sua aplicação neste contexto pode levantar muitas questões. Analisando esta temática veja-se nesta obra os capítulos 12 e 13, da autoria de Isabel Celeste Fonseca e Bárbara Magalhães, respetivamente.

em 2019, quando a Lei n.º 118/2019, de 17 de setembro, veio expressamente declarar no n.º 5 do artigo 87.º-C do CPTA que “[a] *mediação processa-se nos termos previstos na lei processual civil e no regime jurídico da mediação civil e comercial, com as necessárias adaptações*”³⁷.

O panorama legal da mediação de conflitos no nosso ordenamento jurídico nos nossos dias não ficaria, todavia, completo sem a referência à Lei n.º 8/2018, de 2 de março, que criou o Regime Extrajudicial de Recuperação de Empresas (RERE), cujo processo pode incorporar a participação da nova figura do mediador de recuperação de empresas (conforme melhor se prescreve no artigo 14.º, n.º 1, desta Lei), cujo estatuto jurídico vem plasmado na Lei n.º 6/2018, de 22 de fevereiro³⁸. Deste quadro legal geral resulta que a mediação de recuperação de empresas assume em Portugal as características de um sistema público institucionalizado, gerido pelo IAPMEI, entidade responsável pela organização das listas de mediadores nesta sede, bem como pela fiscalização da sua atuação³⁹. Dá-se igualmente cumprimento ao desígnio de manter a criação de sistemas públicos de mediação em Portugal que, como veremos, se poderiam estender a outras áreas vitais como a matéria ambiental ou mesmo administrativa.

3. O presente e a atual Lei da Mediação em Portugal: análise crítica à normatividade vigente

Volvidos dez anos sobre a aprovação da Lei da Mediação em Portugal, e no dealbar de uma nova década que antecipa os maiores desafios ao sistema de justiça português, é fundamental refletir sobre o quadro normativo da

³⁷ Sobre esta matéria voltaremos a debruçar-nos no ponto 3, *iii*), deste capítulo.

³⁸ Neste âmbito deve ainda atender-se à Portaria n.º 309/2018, de 3 de dezembro, que estabelece o regime aplicável à certificação de entidades formadoras de cursos para mediadores de recuperação de empresas; ao Decreto-Lei n.º 26/2019, 14 de fevereiro, que determina o montante das taxas para efeitos de inscrição nas listas oficiais de mediadores de recuperação de empresas organizadas pelo IAPMEI e regula os termos da remuneração do mediador de recuperação de empresas; bem como à Portaria n.º 315/2018, de 10 de dezembro, que fixa o montante do capital mínimo coberto pelo seguro de responsabilidade civil obrigatória para os mediadores de recuperação de empresas. Sobre a mediação de recuperação de empresas veja-se, nesta obra, o capítulo 14, da autoria de Sara Luís Dias.

³⁹ A certificação de entidades formadoras de cursos de mediação de recuperação de empresas continua a manter-se na égide das competências da DGPJ, de acordo com a Portaria n.º 309/2018, de 3 de dezembro.

mediação, por forma a que este procedimento possa ser pensado por cidadãos e mandatários como a primeira opção na escolha da via de resolução de conflitos, dando garantias e tendo potencialidades de sucesso.

Nesta senda é importante afirmar desde já que a Lei da Mediação portuguesa, mantém a sua robustez aplicativa, bem como responde em grande medida aos desafios futuros, não evidenciando qualquer obsolescência em termos de conteúdo normativo. Acresce que, a Lei n.º 29/2013, de 19 de abril, consagra diversos aspetos que nos merecem os maiores elogios, como a executividade dos acordos de mediação⁴⁰ (de acordo com o seu artigo 9.º); a previsão expressa e regulação dos efeitos das cláusulas de mediação (artigo 12.º); ou a possibilidade de acordos de mediação provisórios e a correspondente continuidade da suspensão dos prazos de prescrição e caducidade durante a sua execução (nos termos do artigo 22.º).

Não obstante, há certamente algumas alterações pontuais e correções que o tempo e a sua aplicação prática mostraram que podem aperfeiçoar este diploma, sem, contudo, justificarem, pelo menos para já, a aprovação de uma nova Lei. Haverá sim que trabalhar o quadro normativo existente com vista a potenciar a aplicação da mediação.

Com efeito, a incipiente utilização do processo de mediação em Portugal (pelo menos que seja patente em estatísticas ou estudos conhecidos) não se deve a opções legislativas menos consensuais ou a graves lacunas da Lei da Mediação. A aprovação de uma nova Lei da Mediação não logrará alterar a cultura judiciária portuguesa e, antes pelo contrário, reiniciará o processo de adaptação a novas exigências legais, perdendo-se a experiência já granjeada nos últimos anos. Neste sentido, devem focar-se esforços na difusão da normatividade existente e nos eventuais ajustamentos à atual Lei para que se possa ampliar o recurso à mediação em Portugal.

Um dos primeiros aspetos que gostaríamos de realçar, em sede de possíveis alterações, respeita à estrutura da Lei da Mediação e, em concreto, aos capítulos em que se divide este documento legal. O artigo 1.º da Lei n.º 29/2013 dá conta, desde logo, da divisão das suas normas em quatro grandes capítulos:

⁴⁰ Ver capítulo 3 nesta obra da autoria de Lurdes Varregoso Mesquita. Sobre esta temática veja-se ainda, entre outros, Lurdes Varregoso Mesquita (2017, pp. 13-38); Lurdes Varregoso Mesquita e Cátia Marques Cebola (2020, pp. 55-72).

- “a) Os princípios gerais aplicáveis à mediação realizada em Portugal;
- b) O regime jurídico da mediação civil e comercial;
- c) O regime jurídico dos mediadores;
- d) O regime jurídico dos sistemas públicos de mediação.”

É a designação do capítulo III – “O regime jurídico da mediação civil e comercial” – que nos suscita os primeiros reparos, isto porque, na verdade, este capítulo verdadeiramente encerra normas relativas ao procedimento de mediação, muitas das quais aplicáveis quer no âmbito privado, quer nos sistemas públicos de mediação (por exemplo, o artigo 13.º sobre a suspensão dos prazos de prescrição ou caducidade aquando do recurso à mediação⁴¹). A expressa referência à mediação civil e comercial na epígrafe deste capítulo III terá pretendido dar expresse cumprimento às exigências impostas pela Diretiva 2008/52/CE, precisamente, *relativa a certos aspectos da mediação em matéria civil e comercial*. Na verdade, era duvidosa a transposição das normas europeias no âmbito dos revogados artigos 249.º-A a 249.º-C do CPC⁴², porquanto a Portaria n.º 203/2011, de 20 de maio, restringia, como já referimos, a aplicação destes preceitos aos sistemas públicos de mediação, que, até àquele momento, para além dos julgados de paz, se limitavam somente às matérias familiar, laboral e penal. Desta forma, antes da Lei n.º 29/2013, verificava-se inexistir regulamentação da mediação relativamente aos conflitos civis e comerciais que não caíssem no âmbito de aplicação dos preditos sistemas e, por essa razão, era questionável se a Diretiva europeia de 2008 teria sido objeto de total transposição.

Contudo, não estamos certos de que a correta transposição da Diretiva 2008/52/CE exigisse a criação de um capítulo autónomo especificamente regulador da mediação civil e comercial, ou pelo menos com esta epígrafe. Na verdade, os intentos uniformizadores declarados pelo legislador no capítulo II (que, de acordo com o artigo 3.º, se aplicará a “*todas as mediações realizadas em Portugal, independentemente da natureza do litígio*”), deveriam ter sido estendidos ao capítulo III, cujas normas procedimentais se aplicam, de facto, aos processos de mediação em geral (salvaguardadas naturalmente determinadas especificidades, em concreto no que respeita aos sistemas

⁴¹ Sobre esta temática ver o capítulo 6 desta obra da autoria de Diana Leiras.

⁴² Artigo 49.º, alínea a), da Lei n.º 29/2013.

públicos)⁴³. Dito de outro modo, perde sentido a epígrafe do capítulo III referir-se à mediação civil e comercial quando, na verdade, o mesmo integra normas procedimentais gerais aplicáveis de forma generalizada aos processos de mediação (como sejam as normas relativas ao protocolo de mediação ou à presença das partes e sua representação) sendo que, especificamente em relação à matéria civil e comercial, verdadeiramente apenas o artigo 11.º da Lei da Mediação terá esse âmbito aplicativo concreto (ressalvadas as exceções plasmadas no artigo 10.º quanto às matérias familiar, laboral e penal). Assim, numa eventual futura alteração da Lei n.º 29/2013 considera-se que o capítulo III passe a ter como epígrafe “*O procedimento de mediação*” (até agora constante da secção III deste capítulo) para corresponder ao que de facto se prescreve no mesmo.

Ainda em termos estruturais e relativamente à vocação universal do capítulo II sobre os princípios da mediação, aplicáveis, de acordo com o artigo 3.º, a todas as mediações realizadas em Portugal, considera-se que a mesma deve admitir exceções. Com efeito, a experiência da mediação em âmbitos específicos, como as matérias administrativas ou ambientais, pode justificar diferenças aplicativas dos princípios da mediação constantes no capítulo II da Lei n.º 29/2013. Pense-se, por exemplo, no cumprimento das exigências do princípio da confidencialidade prescritas no artigo 5.º da Lei n.º 29/2013 numa mediação administrativa. De acordo com aquela norma, será confidencial o acordo de mediação que eventualmente venha a resultar da mediação envolvendo matérias e entidades públicas. Contudo, o interesse e o carácter público das matérias em causa propugnam que qualquer cidadão possa ter conhecimento do conteúdo do acordo, até como forma de sindicar publicamente a atuação das entidades administrativas envolvidas. Concomitantemente, seria de admitir no artigo 3.º exceções às exigências normativas inerentes aos princípios da mediação sempre que as especificidades do âmbito aplicativo o exigissem⁴⁴.

⁴³ Denote-se que a regulação de aspetos procedimentais da mediação deve sempre respeitar a sua inerente flexibilidade e a necessária autonomia do mediador. Analisando o dilema diversidade-coerência e o equilíbrio necessário entre regular a mediação sem preterir a sua flexibilidade veja-se o capítulo 5 desta obra da autoria de Joana Campos Carvalho. Cfr. ainda sobre esta temática Cátia Marques Cebola (2015, pp. 53-65).

⁴⁴ Dando conta das limitações aplicativas da Lei da Mediação em matéria ambiental ver Cátia Marques Cebola, Dulce Lopes, Lia Vasconcelos e Úrsula Caser (2020).

O regime da responsabilidade dos mediadores deveria merecer igualmente por parte do legislador alguma atenção pelas incoerências normativas que veio a encerrar após a publicação da Portaria n.º 344/2013, de 27 de novembro. Com efeito, se em matéria de responsabilidade civil a Lei da Mediação assaca o mesmo princípio a mediadores públicos e privados, remetendo para as regras gerais do Código Civil, já quanto à responsabilidade deontológica ou profissional prescreve-se um regime distinto⁴⁵.

Assim, para os mediadores públicos regem os artigos 43.º e 44.º da Lei da Mediação, competindo às entidades gestoras de cada sistema público “*na sequência de queixa ou reclamação apresentada contra os mediadores de conflitos (...), ou por iniciativa própria, no exercício de supervisão contínua (...) fiscalizar a sua atividade*” e, em respeito pelo princípio da proporcionalidade, aplicar, “*se for o caso, conforme a gravidade do ato em causa*”, uma das medidas plasmadas no artigo 44.º – repreensão, suspensão ou exclusão das listas do respetivo sistema público.

Relativamente aos mediadores privados foi o artigo 7.º da Portaria n.º 344/2013, de 27 de novembro, que veio estabelecer, após a promulgação da Lei da Mediação, o regime da sua responsabilidade deontológica ou profissional. Nos termos desta norma, em concreto do seu número 3, compete ao diretor-geral da DGPJ decidir se o mediador de conflitos privado, na sequência da violação de quaisquer deveres ou proibições no exercício da sua atividade, deve ser excluído da lista regulada por aquela Portaria, podendo, em caso de exclusão, requerer a sua reinscrição na mesma volvidos dois anos. Da análise desta norma resulta que a competência para fiscalizar os mediadores públicos e privados é similar e pertence ao diretor-geral da DGPJ⁴⁶. Contudo, em termos de sanções e não obstante a aplicação dos princípios da adequação e da proporcionalidade, o certo é que o legislador não prescreve a repreensão ou a suspensão da lista dos mediadores privados. Além de que a exclusão prevista no artigo 7.º em análise corresponderá, verdadeiramente, a uma suspensão atendendo a que se restringe apenas a 2 anos. Acresce ainda que não resulta claro se a sanção aplicável a um mediador privado se estende

⁴⁵ Analisando o regime da responsabilidade dos mediadores, veja-se, entre outros, Dulce Lopes e Afonso Patrão (2016, pp. 63-65 e 228-233).

⁴⁶ Até 2018 a DGPJ era a única entidade com competência nesta matéria. Contudo, com a aprovação do estatuto jurídico do mediador de recuperação de empresas, pela Lei n.º 6/2018, de 22 de fevereiro, nesta sede é o IAPMEI a entidade competente para fiscalizar estes mediadores inscritos na respetiva lista (artigo 12.º).

ao exercício da sua atividade num sistema público. É certo que, de acordo com o artigo 43.º da Lei da Mediação, o diretor-geral da DGPJ pode por sua iniciativa, “*no exercício de supervisão contínua sobre os respetivos sistemas públicos de mediação*”, desencadear um processo contra um mediador público e o fundamento desta decisão pode ser o conhecimento dos factos ocorridos no âmbito da sua atuação como mediador privado, mas terão de estar em causa violações a princípios gerais (como a confidencialidade), sendo mais duvidoso que tal decisão possa assentar na mera violação de um tramite legal previsto num artigo do capítulo III da Lei da Mediação (como seria, por exemplo, a falta da assinatura pelo mediador privado do protocolo de mediação nos termos do artigo 16.º). Os problemas aplicativos em análise justificariam que, numa futura alteração à Lei da Mediação, a matéria da responsabilidade do mediador ficasse consagrada de forma uniforme, para mediadores públicos e privados, no seu capítulo IV.

Estes são os aspetos principais que poderiam merecer, no nosso ponto de vista, um retoque legislativo, sem que tal coloque em causa o mérito da Lei da Mediação que, conforme se afirmou, é normativamente coerente e sistematicamente bem construída.

4. Reflexões finais: para onde podemos (ou devemos) caminhar no futuro?

O que deixamos dito atrás permite-nos concluir, deste modo, que não será a ausência de um quadro regulatório para a mediação em Portugal, completo e robusto, o factor que vota este procedimento à sua utilização ainda escassa. É certo que dificilmente será possível conhecer com rigor o número de processos de mediação privada levados a cabo em território português, por força do princípio da confidencialidade e da liberdade de atuação e de exercício da atividade dos mediadores de conflitos. Mas os números dos sistemas públicos de mediação, não obstante a evolução positiva na área familiar e nos julgados de paz, evidenciam ainda uma reduzida adesão a este mecanismo.

Com efeito, e tomando por base apenas os dados⁴⁷ de 2022, nos julgados de paz dos 5927 processos entrados, apenas 693 terminaram na fase de mediação, o que representa uma taxa de aplicação deste procedimento de cerca de 11,6%. No sistema de mediação familiar deram entrada na DGPJ

⁴⁷ Sendo os dados mais recentes à data em que se publica esta obra e que estão disponíveis em <https://estatisticas.justica.gov.pt/sites/siej/pt-pt/Paginas/JulgadosPaz.aspx>, consultado a 07.07.2023.

890 pedidos de mediação, sendo que apenas foram aceites 371, dos quais 160 resultaram em acordo, mas ocorreram 57 pré-mediações que findaram sem assinatura do protocolo de mediação (e, portanto, pelo menos uma das partes não quis prosseguir para mediação, após ouvir o mediador explicar as principais regras aplicáveis ao procedimento). No sistema de mediação laboral deram entrada 92 pedidos, mas apenas em 8 houve aceitação do pedido pela outra parte, sendo que somente 3 terminaram com acordo. Relativamente à mediação penal não existem números da sua aplicação o que reduz este sistema público à sua total inutilização⁴⁸.

Os dados revelam, portanto, que há ainda um caminho a percorrer para que a mediação seja verdadeiramente considerada por cidadãos e pelos seus mandatários aquando da decisão do mecanismo a seguir na resolução de cada litígio e que é premente a adoção de medidas concretas de promoção da sua aplicação. Seguidamente daremos conta de algumas propostas que consideramos poderem responder a este desiderato.

i) Da incorporação da mediação nos tribunais judiciais: a criação de verdadeiros tribunais multiportas em Portugal

Em sede de sistemas públicos e face à experiência vivenciada desde a sua criação, pensamos que podem ser adotadas algumas medidas de promoção do recurso à mediação.

Neste contexto tem vindo a exortar-se que a fase de pré-mediação passe a ser obrigatória antes de intentada uma ação judicial ou antes de realizado o julgamento⁴⁹. Continuamos a considerar que a introdução de qualquer elemento de obrigatoriedade contraria a natureza voluntária da mediação e pode conduzir a resultados contraproducentes, ainda que admitamos que o teor literal do artigo 4.º da Lei da Mediação permita, de facto, que se institua a pré-mediação como pressuposto processual, uma vez que apenas a mediação propriamente dita (entendendo-se esta como a fase após a assinatura do protocolo de mediação, nos termos do artigo 16.º da Lei n.º 29/2013) terá de ser voluntária. O principal argumento aduzido por quem defende a obrigatoriedade da pré-mediação assenta no facto de a mediação ser ainda

⁴⁸ Sobre a mediação penal ver nesta obra o capítulo 11 da autoria de Margarida Santos, Rosa Saavedra, Gilda Santos e Josefina Castro.

⁴⁹ Propondo nesta sede o modelo *easy opt-out* para a mediação, veja-se nesta obra o capítulo 2 da autoria de Giuseppe De Palo.

desconhecida dos cidadãos em geral e, portanto, esta medida promoveria a sua difusão⁵⁰.

Contudo, a experiência em outros ordenamentos jurídicos não tem corroborado este argumento. Na Argentina, por exemplo, a pré-mediação obrigatória foi instituída pela *Ley 24.573 de mediación y conciliación*, promulgada a 25 de outubro de 1995, visando-se precisamente difundir a mediação, tendo sido pensado eliminar a sua obrigatoriedade quando este mecanismo estivesse enraizado socialmente. Contudo, a *Ley n.º 26.589 de Mediación y Conciliación*, de 3 de maio de 2010 (15 anos depois) manteve a mesma obrigatoriedade pelo que o conhecimento generalizado pela população não terá tido os efeitos desejados⁵¹.

E a mesma situação ocorreu em Itália quando o Decreto Legislativo n.º 28, de 4 de março de 2010, prescreveu que nas matérias elencadas no seu artigo 5.º, n.º 1, (de que são exemplo as questões de condomínio; direitos reais, divisão de coisa comum, heranças, responsabilidade médica, difamação por meios de comunicação social, contratos de seguro, bancários e financeiros), o recurso à mediação seria condição de admissibilidade da ação para início do correspondente processo judicial. Os intentos iniciais do legislador italiano não passaram no crivo do Tribunal Constitucional deste país que, na Sentença n.º 272/2012, declarou inconstitucional o *supra* mencionado artigo 5.º, n.º 1. Tal decisão não demoveu o Governo italiano nesta matéria que, através do Decreto Legislativo n.º 69, de 21 de junho de 2013, e o Decreto Legislativo n.º 130, de 6 de agosto 2015, alterou o predito artigo 5.º do Decreto Legislativo n.º 28, de 4 de março de 2010, mantendo a obrigatoriedade na mediação, mas agora restrita à participação numa reunião inicial (pré-mediação) de esclarecimento sobre o procedimento e regras aplicáveis. Trata-se, assim, de um *sistema de opt-out*, no qual os mediados são obrigados a estar presentes numa sessão informativa de pré-mediação, depois da qual poderão optar por não continuar para a mediação, por contraposição a um *sistema de opt-in*, vigente em Portugal, que pressupõe o consentimento

⁵⁰ Neste sentido ver a proposta de alteração à Lei da Mediação apresentada pela Federação Nacional de Mediação de Conflitos, disponível em <https://fmcgeral2018.wixsite.com/federacao/pareceres>, consultado a 12.12.2022.

⁵¹ Sobre a obrigatoriedade *versus* a voluntariedade da mediação na Argentina veja-se, entre outros, Leandro J. Giannini (2014, pp. 1-7).

de todos os mediados para a realização da própria sessão de pré-mediação⁵². Introduziu ainda o carácter experimental desta medida que apenas vigoraria por 4 anos até 2018, período durante o qual se monitorizaria estatisticamente a sua implementação⁵³. Todavia, e apesar dos dados estatísticos não terem variado muito desde 2013, (ou talvez por não terem revelado um aumento significativo na aceitação da mediação) o regime mantém-se até hoje.

Estes dois exemplos demonstram que não será a mera obrigatoriedade da pré-mediação que pode alterar a cultura e o paradigma demasiado judicializado da resolução de litígios num determinado ordenamento jurídico. Assim, continuamos a propugnar outro tipo de medidas de promoção do recurso à mediação. A título exemplificativo, no âmbito dos julgados de paz o envio do “convite” via notificação postal para que as partes compareçam em determinada data para uma sessão de pré-mediação⁵⁴, deveria ser substituído por um convite verbalizado, levado a cabo telefonicamente por um mediador do sistema público respetivo, ou por quem detenha formação especializada em mediação, de modo a que pudesse ser explicado oralmente às partes em que consistia a mediação e quais as regras aplicáveis, podendo igualmente ser esclarecidas as dúvidas que as partes tivessem. Pensamos que este convite personalizado, de “viva voz” e individualizado, previamente à própria sessão de pré-mediação, poderia captar uma atenção acrescida pelas partes e permitir uma maior adesão a este mecanismo.

Outra medida passaria por introduzir a mediação nos tribunais judiciais, dando corpo à conhecida ideia de Frank Sander de tribunais multiportas⁵⁵, nos quais os vários procedimentos de resolução de conflitos convivem numa lógica de complementaridade. Assim, a par com os sistemas públicos de mediação familiar e laboral, poder-se-ia disponibilizar um serviço de media-

⁵² Nesta obra, no capítulo 2, Giuseppe De Palo propõe o modelo de mediação *easy opt-out*, defendendo que havendo obrigatoriedade de recurso à mediação será necessário mais do que uma mera sessão informativa para que as partes e os seus mandatários possam “sentir” o mediador em ação e, dessa forma, decidirem verdadeiramente se querem continuar ou abandonar o processo.

⁵³ Dados estatísticos sobre a mediação em Itália estão disponíveis em <https://webstat.giustizia.it/SitePages/StatisticheGiudiziarie/civile/Mediazione%20Civile.aspx>, consultado a 12.12.2022. Sobre a evolução do regime de pré-mediação obrigatória em Itália ver, entre outros, Vittorio Indovina (2020, pp. 69-111) e Giovanni Matteucci (2022).

⁵⁴ Vide artigos 43.º, n.º 7, e 45.º, n.º 2, da Lei n.º 78/2001, de 13 de julho.

⁵⁵ Cfr. Frank Sander (1979, pp. 65-87).

ção especializado a operar nas instalações dos próprios tribunais de família e menores e dos tribunais do trabalho, durante o seu horário de funcionamento, no qual um mediador, com formação específica, estaria disponível sempre que as partes o solicitassem ou logo que o juiz suspendesse a instância para as partes recorrerem à mediação. Em matéria laboral defende-se inclusive que a tentativa de conciliação na audiência de partes, prevista no artigo 55.º, n.º 2, do Código de Processo do Trabalho (CPT)⁵⁶ e levada a cabo pelo juiz do processo, pudesse dar lugar a uma tentativa de mediação do litígio por este serviço de mediação a introduzir no próprio tribunal judicial. O processo do trabalho já obriga, no artigo 70.º do CPT, a que na audiência final se realize uma tentativa de conciliação pelo juiz, pelo que nos parece de maior adequabilidade que, na fase prévia de audiência de partes, a tentativa de conciliação seja promovida por alguém distinto do juiz do processo e com formação especializada em mediação laboral. Poder-se-ia implementar um projeto piloto em dois tribunais de trabalho por forma a analisar o impacto da tentativa prévia de mediação do conflito e, em função dos resultados, analisar da sua extensão a todos os tribunais de trabalho e eventual substituição do atual sistema público de mediação laboral, com parca utilização, por um sistema incorporado no próprio processo e tribunais de trabalho.

ii) Da criação de uma plataforma digital aglutinadora de todos os meios extrajudiciais de resolução de conflitos: um “chatgpt” para a RAL em Portugal

Outro factor que pode não contribuir para a difusão da mediação e, em geral, dos meios extrajudiciais de resolução de conflitos, é a existência de uma oferta difusa e, de alguma forma, confusa para o cidadão comum. Ou seja, há, na verdade, em Portugal um conjunto amplo de meios extrajudiciais de resolução de conflitos, desde os julgados de paz, aos centros de arbitragem institucionalizados e aos tribunais arbitrais ad-hoc, ou, de índole auto-compositiva, dos sistemas públicos de mediação aos mediadores privados. Este leque de possibilidades, muitas vezes “concorrentes” ou coincidentes na sua competência material, pode criar confusões na hora de escolher o meio adequado por parte de um cidadão ou mesmo pelo seu mandatário. Assim, consideramos que deveria ser implementado um sistema de base digital, com uma forte componente tecnológica, que funcionasse como

⁵⁶ Aprovado pelo Decreto-Lei n.º 480/99, de 9 de novembro, subsequentemente alterado.

ponto único de acesso aos vários meios extrajudiciais [à semelhança do que ocorre com a Plataforma de Resolução de Litígios em Linha (RLL) na UE⁵⁷] e que permitisse adicionalmente auxiliar os cidadãos a selecionar o meio adequado à sua disputa.

Nesta sede está inclusivamente já em implementação a designada Plataforma RAL+ que visa a “[r]eformulação dos sistemas de informação e processos de suporte à tramitação processual no contexto dos meios de resolução alternativa de litígios (tendo) como objetivos: desenvolver uma nova plataforma informática para o funcionamento dos julgados de paz e dos centros de arbitragem de conflitos de consumo”⁵⁸. Do exposto, parece resultar que esta plataforma pretende apenas estar disponível para que julgados de paz e centros de arbitragem de conflitos de consumo tramitem digitalmente os seus processos de forma centralizada.

Faltará conhecer melhor o funcionamento da mesma para poder alvitrar sobre as suas valências. De todo modo, elogiando o intento de modernizar e reforçar o uso das tecnologias no sector da justiça, pensamos que nos dias de hoje já seria possível avançar um pouco mais nas funções a desempenhar por esta plataforma em implementação. Com efeito, além de assumir-se como um ponto único de acesso a todas as vias e mecanismos extrajudiciais de resolução de conflitos em Portugal, esta plataforma deveria disponibilizar igualmente ferramentas de informação e auxílio na escolha do meio adequado a cada conflito e a cada parte. Partindo da base teórico-conceptual proposta por Frank Sander – *fitting the forum to the fuss and the fuss to the forum*⁵⁹ – e com recurso a ferramentas digitais assentes em formulários de pergunta e resposta (tão em voga hodiernamente pela revolução que programas como o “*Chatgpt*”⁶⁰ vieram introduzir), a plataforma deveria indicar ao utilizador o(s) meio(s) a que poderia recorrer.

⁵⁷ Ainda que o sucesso desta Plataforma ODR seja questionável, conforme já tivemos oportunidade de dar conta em Cátia Marques Cebola (2022, pp. 156-194). Pode aceder-se a esta Plataforma ODR da UE em <https://ec.europa.eu/consumers/odr/main/index.cfm?event=main.home2.show&lng=PT>, consultado a 20.12.2023.

⁵⁸ Cfr. <https://dgpj.justica.gov.pt/Instrumentos-de-Gestao/Projetos-cofinanciados-pela-UE/Plataforma-RAL->, consultado a 20.12.2023.

⁵⁹ Ver Frank E. A. Sander e Lukasz Rozdeiczner (2006, pp. 1- 41).

⁶⁰ Ver o seu website em <https://chat.openai.com/chat>, consultado a 20.12.2023.

Atualmente já existem experiências reais com plataformas deste tipo. A título de exemplo, veja-se o *Civil Resolution Tribunal* (CRT)⁶¹, implementado na Columbia Britânica, província canadense que se transformou na primeira jurisdição do mundo a oferecer um tribunal online totalmente integrado no sistema público de justiça⁶². Tendo entrado em funcionamento em julho de 2016 e inspirado no sistema Modria de Colin Rule⁶³, o CRT integra uma fase inicial de seleção do meio adequado à resolução do conflito trazido pelo cidadão, através do recurso à ferramenta “*Solution Explorer*”. Com base num formulário de perguntas colocadas ao utilizador sobre o seu conflito e tendo em conta as respostas dadas, a *Solution Explorer* indica as diferentes opções de resolução do litígio e indica, inclusive, os prós e os contras de cada opção e como dar início a cada procedimento. A *Solution Explorer* foi, assim, projetada para ser uma ferramenta *user-friendly* e acessível permitindo que as partes explorem diferentes opções para a resolução da sua disputa.

Transpondo este projeto para a realidade portuguesa e em concreto para a Plataforma RAL+, desconhecendo-se se a mesma pode vir a adaptar-se a esta proposta, considera-se que seria inovador e totalmente pertinente que o sistema português integrasse naquela plataforma uma ferramenta similar à *Solution Explorer* do CRT canadense. Com um mecanismo eletrónico similar, os cidadãos portugueses teriam todos os meios extrajudiciais de resolução de conflitos disponíveis numa única janela digital, através da qual poderiam apresentar o seu conflito, características, número de partes, objetivos (celeridade, gratuidade, obtenção de título executivo, etc.) e receber como resposta quais os meios disponíveis e quais as vantagens, custos e regras procedimentais aplicáveis, permitindo a escolha do meio que o reclamante considerasse melhor posicionado para a resolução da sua disputa. Pense-

⁶¹ Aprovado pelo *Civil Resolution Tribunal Act* SBC 2012 (CRTA). Sobre este tribunal veja-se o seu website <https://civilresolutionbc.ca/>, consultado a 27.12.2023. Para um estudo mais detalhado deste tribunal, ver, entre outros, Shannon Salter (2017, pp. 112-129) ou Ethan Katsh e Orna Rabinovich-Einy (2017, pp. 165-215).

⁶² Outros exemplos de tribunais em linha são conhecidos nos Países Baixos, Austrália, Reino Unido, China e Estónia. Para os três primeiros, veja-se Peter Kenneth Cashman e Eliza Ginnivan (2019, pp. 39-79); sobre as experiências da China e da Estónia, cfr. Huang-Chih Sung (2020, pp. 1-15); Tanel Kerikmäe e Evelin Pärn-Lee (2021, pp. 561-572).

⁶³ Sobre a Plataforma Modria, veja-se a entrevista a Colin Rule disponível em https://www.judiciary.uk/wp-content/uploads/2015/02/colin_rule_modria_os_for_odr.pdf, consultado a 10.09.2021.

mos como exemplo num conflito relativo a um contrato de arrendamento celebrado entre um consumidor e uma imobiliária, cujo imóvel se situa em Coimbra, e respeitante a obras no locado, estando em causa um valor de 4.000 euros: neste caso a plataforma poderia indicar como competentes o julgado de paz de Coimbra, o centro de arbitragem de conflitos de consumo da mesma cidade, ou mesmo o recurso a um mediador privado, dando indicações sobre os custos (ou inexistência dos mesmos no caso do centro de arbitragem), regras processuais gerais, resultado final, entre outras informações relevantes. Tendo em conta as indicações fornecidas, o cidadão reclamante selecionaria a via que considerasse melhor e, conseqüentemente, a plataforma poderia remeter o utilizador para a via escolhida (possibilitando, como a Plataforma RAL+ já permite), a submissão da reclamação ou pedido no mecanismo selecionado pelo reclamante.

Desta forma, será previsível que em muitos casos a resposta dada pela plataforma seja a mediação de conflitos (privada ou pública, consoante a matéria inerente ao conflito) e, concomitantemente, os utilizadores, sejam cidadãos ou mandatários, teriam acesso a informação sobre este procedimento, bem como às suas vantagens, promovendo-se, por esta via, a sua utilização. Por outro lado, sem extinguir ou eliminar os meios extrajudiciais já implementados, permitir-se-ia que o cidadão tivesse acesso aos mesmos de forma simples, estruturada e esclarecida, o que concorreria para uma oferta eficaz de todos os mecanismos de realização da justiça.

iii) Novos âmbitos legais e regulamentares para a mediação de conflitos em Portugal

Por fim, terminamos com uma última reflexão relativamente à aplicação da mediação em âmbitos específicos como, por exemplo, o domínio administrativo.

A reforma do Código de Processo nos Tribunais Administrativos (CPTA) protagonizada pelo Decreto -Lei n.º 214 -G/2015, de 2 de outubro, aditou, como já indicámos, o artigo 87.º-C, nos termos do qual “[q]uando a causa couber no âmbito dos poderes de disposição das partes, pode ter lugar, em qualquer estado do processo, tentativa de conciliação ou mediação, desde que as partes conjuntamente o requeiram ou o juiz a considere oportuna, mas as partes não podem ser convocadas exclusivamente para esse fim mais do que uma vez” (n.º 1). O n.º 5 deste artigo, na sua versão originária, indicava que “[a] mediação processa-se nos termos definidos em diploma próprio”, restando a dúvida que regime próprio seria aplicável, ou

seja, se estaria para ser publicada uma lei específica para a mediação administrativa ou se deveria aplicar-se nesta sede a Lei n.º 29/2013, de 19 de abril. Esta dúvida ficou esclarecida em 2019, quando a Lei n.º 118/2019, de 17 de setembro, alterou este n.º 5 e passou a prescrever que [a] *mediação processual -se nos termos previstos na lei processual civil e no regime jurídico da mediação civil e comercial, com as necessárias adaptações*”.

Ora, a solução plasmada agora no n.º 5 do artigo 87.º-C do CPTA não nos merece elogio. Com efeito, a mediação administrativa contempla especificidades que justificam uma regulamentação própria⁶⁴. A título de exemplo é importante determinar como vincular as entidades administrativas ao acordo final que se venha a obter em sede de mediação, para que o mesmo e o próprio processo de mediação administrativa não sejam inócuos e os *stakeholders* possam confiar no recurso a este mecanismo. Será relevante igualmente regulamentar de forma específica o dever de confidencialidade neste campo específico, uma vez que o interesse público inerente às matérias administrativas justificaria que, pelo menos, o acordo final de mediação não esteja coberto pelo manto da confidencialidade e pudesse ser conhecido pelos cidadãos. Mas também em termos de competência material haveria que evoluir para além do critério da disponibilidade de direitos consagrado no artigo 87.º-C, n.º 1, do CPTA, que restringirá em muito o campo de aplicação da mediação, sem razão verdadeiramente atendível, pelo menos do nosso ponto de vista. Esta restrição responde a uma conceção tradicional do direito administrativo, de eventual perfil demasiado conservador face à própria evolução que este ramo do direito tem granjeado, marcada por uma tendência de privatização das relações juspublicistas e de aproximação aos cidadãos, com a abertura à participação destes na conformação das decisões que lhes respeitam. Haverá mecanismos de controle suscetíveis de ultrapassar os receios de abertura da litigiosidade administrativa à mediação, como a possível homologação necessária dos acordos de mediação obtidos por um juiz de direito, ou o conhecimento público de todos os acordos em que a Administração Pública participasse. O que não se considera pertinente é continuar a bloquear o acesso à mediação administrativa, restringindo a sua aplicação a direitos disponíveis, quando o direito administrativo caminha (e bem) para

⁶⁴ Ver AA.VV. (2019) e Cátia Marques Cebola, Dulce Lopes, Lia Vasconcelos e Úrsula Caser (2020).

a sua progressiva aproximação aos cidadãos⁶⁵. Outro caminho poderia passar pela criação de um sistema público de mediação administrativa, com a formação de mediadores especializados nesta matéria e no âmbito do qual se poderia ir progressivamente ensaiando o seu âmbito de aplicação a questões jurídico-administrativas.

Ficam desta forma alinhavadas algumas medidas, de implementação relativamente simples e que poderiam alavancar a aplicação da mediação em Portugal. Resta-nos esperar que daqui a dez anos numa obra de objetivos similares à presente não se continue a lamentar a pouca aplicação da mediação no nosso ordenamento jurídico e que a mudança de paradigma na realização da justiça, caracterizada por agregar todos os meios de resolução de conflitos, seja uma realidade.

Referências bibliográficas

- AA.VV. (2019). *A Mediação Administrativa – Contributos sobre as (im)possibilidades*, Isabel Celeste M. Fonseca (coord.), Almedina.
- CARVALHO, Jorge Morais (2011). “A consagração legal da mediação em Portugal”. *Revista Julgar*, n.º 15, Associação Sindical dos Juizes Portugueses, pp. 277-280.
- CARVALHO, Jorge Morais; PINTO-FERREIRA, João Pedro; CARVALHO, Joana Campos (2017). *Manual de Resolução Alternativa de Litígios de Consumo*, Almedina.
- CASHMAN, Peter Kenneth; GINNIVAN, Eliza (2019). “Digital Justice: Online Resolution of Minor Civil Disputes and the Use of Digital Technology in Complex Litigation and Class Actions”. *Macquarie Law Journal*, Vol. 19, pp. 39-79.
- CEBOLA, Cátia Marques (2010). “A mediação pré-judicial em Portugal: análise do novo regime jurídico”. *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 70, Vol. I/IV, Lisboa, jan/dez, pp. 441-459.
- CEBOLA, Cátia Marques (2013). “Serviços financeiros: litígios e resolução extrajudicial”. *Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo*, Vol. III, n.º 9, março, pp. 159-181.
- CEBOLA, Cátia Marques (2013). *La Mediación*, Marcial Pons.
- CEBOLA, Cátia Marques (2015). “Regulamentar a Mediação: um olhar sobre a nova Lei de Mediação em Portugal”. *Revista Brasileira de Direito*, Vol. 11, n.º 2, pp 53-65.
- CEBOLA, Cátia Marques (2016). “The Implementation of the Consumer ADR Directive in Portugal: The Necessary Reform or Missed Opportunity?”. *The New Regulatory*

⁶⁵ Analisando a mediação administrativa à luz do ordenamento jurídico espanhol veja-se, entre outros, Fernando Martín Diz (2018).

- Framework for Consumer Dispute Resolution*, Pablo Cortés (edit.), Oxford University Press, pp. 251-273.
- CEBOLA, Cátia Marques (2022). “A Plataforma ODR na União Europeia: 5 anos depois e um longo caminho ainda a percorrer”. *Atas do Congresso “Meios de resolução alternativa de litígios online”*, Rossana Martingo Cruz; Francisco Andrade; Marco Gonçalves (coord.), UMinho, pp. 156-194, disponível em <https://repositorium.sdum.uminho.pt/handle/1822/78234>, consultado a 23.12.2022.
- CEBOLA, Cátia Marques; LOPES, Dulce; VASCONCELOS, Lia; CASER, Úrsula (2020). *Mediação Ambiental — Da lei à prática*, 1.^a ed., Gestlegal.
- COSTA, Carlos Filipe (2022). “Regulamento Harmonizado dos centros de arbitragem de conflito de consumo – uma proposta de revisão”. *Data Venia*, Ano 10, n.º 13, pp. 325-382.
- COSTA, Elisabete Pinto da (2017). “A mediação de conflitos em Portugal. Sistemas Públicos de Mediação (familiar, penal e laboral e nos Julgados de Paz) e Mediação Privada”. *O Estado da Justiça*, Edições Universitárias Lusófonas, pp. 75-108.
- CRUZ, Rossana Martingo (2018). *A Mediação Familiar como Meio Complementar de Justiça – Algumas Questões*, Almedina.
- DE PALO, Giuseppe, et al. (2014). *Rebooting the Mediation Directive: Assessing the limited impact of its implementation and proposing measures to increase the number of mediations in the EU*, Parlamento Europeu, Bruxelas.
- GIANNINI, Leandro J. (2014). “Experiencia argentina en la mediación obligatoria”. *La Ley*, Ano LXXVIII, n.º 25, pp. 1-7.
- GOUVEIA, Mariana França (2014). *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, 3.^a ed., Almedina.
- INDOVINA, Vittorio (2020). “When Mandatory Mediation Meets the Adversarial Legal Culture of Lawyers: An Empirical Study in Italy”. *Harvard Negotiation Law Review*, Vol. 26, pp. 69-111.
- KERIKMÄE, Tanel; PÄRN-LEE, Evelin (2021). “Legal dilemmas of Estonian artificial intelligence strategy: in between of e-society and global race”. *AI & Society*, n.º 36, pp. 561-572.
- LEITE, André Lamas (2008). *A mediação penal de adultos – Um novo «paradigma» de justiça? Análise crítica da Lei n.º 21/2007, de 12 de Junho*, Coimbra Editora.
- LOPES, Dulce; PATRÃO, Afonso (2016). *Lei da Mediação Comentada*, 2.^a ed., Almedina.
- MARTÍN DIZ, Fernando (2018). *Mediación en el ámbito contencioso-administrativo*, Editorial Aranzadi.
- MATTEUCCI, Giovanni (2022). “Compulsory Civil Mediation in Italy 2011/ 2021”. *Mediate.com*, disponível em <https://mediate.com/compulsory-civil-mediation-in-italy-2011-2021/>, consultado a 23.12.2022.

- MESQUITA, Lurdes Varregoso (2017). “Mediação civil e comercial: as modalidades pré-judicial e intra-processual como elemento motivador”. *Maia Jurídica. Revista de Direito*, Ano 8, n.º 1 (jan.-jun.), pp.13-38.
- MESQUITA, Lurdes Varregoso; CEBOLA, Cátia Marques (2020). “Exequibilidade do Acordo de Mediação”. *Casos Práticos: Solicitadoria: Processo Executivo*, Lurdes Varregoso Mesquita, Nuno Abranches Pinto e Cátia Marques Cebola (coord.), Almedina, pp. 55-72.
- MONTEIRO, Susana Sardinha (2022). “Mediação Laboral”. *Resolução Alternativa de Litígios – Casos Práticos*, Cátia Marques Cebola (coord.), Gestlegal, pp. 9-41.
- PALO, Giuseppe de, *et al.* (2014). “Voluntary Mediation Being the True Oxymoron of Dispute Resolution Policy”. *Mediate.com*, disponível em <http://www.mediate.com/articles/PaoloGavrila.cfm>, consultado a 23.12.2023.
- PALO, Giuseppe de, *et al.* (2014). *Rebooting’ the Mediation Directive: assessing the limited impact of its implementation and proposing measures to increase the number of mediations in the EU*, Policy Department C: Citizens’ Rights and Constitutional Affairs.
- PEDROSO, João, *et al.* (2001). *Percursos da informalização e da desjudicialização – por caminhos da reforma da administração da justiça (análise comparada)*, Observatório Permanente da Justiça – Centro de Estudos Sociais, Coimbra.
- PEDROSO, João; CRUZ, Cristina (2000). *A arbitragem institucional: um novo modelo de administração de justiça – o caso dos conflitos de consumo*, Centro de Estudos Sociais, Coimbra.
- RABINOVICH-EINY, Orna; KATSH, Ethan (2017). “The New New Courts”. *American University Law Review*, Vol. 67, pp. 165-215, disponível em SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3508460>
- SALTER, Shannon (2017). “Online Dispute Resolution and Justice System Integration: British Columbia’s Civil Resolution Tribunal”. *Windsor Yearbook of Access to Justice*, Vol. 34, n.º 1, pp. 112-129.
- SANDER, Frank (1979). “Varieties of Dispute Processing”. *The Pound Conference: Perspectives on Justice in the Future*, A. Leo Levin y Russell R. Wheeler (edit.), West, pp. 65-87.
- SANDER, Frank E. A.; ROZDEICZER, Lukasz (2006). “Matching Cases and Dispute Resolution Procedures: Detailed Analysis Leading to a Mediation-Centered Approach”. *Harvard Negotiation Law Review*, Vol. 11, pp. 1- 41.
- SCHMIDT, Jan Peter (2013). “Mediation in Portugal: Growing Up in a Sheltered Home”. *Mediation Principles and Regulation in Comparative Perspective*, Klaus J. Hopt e Felix Steffek (edit.), Oxford University Press, pp. 809-837.
- SILVA, Paula Costa e (2009). *A nova face da justiça – os meios extrajudiciais de resolução de controvérsias*, Coimbra Editora.

- SILVA, Ana Maria Costa; GUIOMAR, Patrícia (2022). “A mediação em Portugal: ensaio sobre a (des)construção de um percurso”. *Configurações* [Online], N.º 30, disponível em <http://journals.openedition.org/configuracoes/16294>, consultado a 22.03.2023.
- SUNG, Huang-Chih (2020). “Can Online Courts Promote Access to Justice? A Case Study of the Internet Courts in China”. *Computer Law & Security Review*, Vol. 39, pp. 1-15.
- VICENTE, Dário Moura (2009). “A Directiva sobre a mediação em matéria civil e comercial e a sua transposição para a ordem jurídica portuguesa”. *Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação*, Ano II, Associação Portuguesa de Arbitragem, Almedina, pp. 125-148.

Capítulo 2

Mediando a própria mediação: o modelo *easy opt-out* resolve a eterna querela entre a voluntariedade ou a obrigatoriedade da mediação¹

GIUSEPPE DE PALO

Presidente da Fundação *Dialogue Through Conflict* (DTC)²

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. O quão simples é o funcionamento do modelo *easy opt-out mediation*. 3. Em busca de promover a mediação. 3.1. A Diretiva da União Europeia. 3.2. O paradoxo da mediação na União Europeia. 3.3. *Rebooting Study* de 2013. 4. O modelo de mediação *easy opt-out* em ação no cenário mundial. 5. Conclusão: porquê agora?

RESUMO: Este capítulo discute a conveniência de formas moderadas de regulação da mediação, a fim de encontrar o justo equilíbrio entre a manutenção do princípio da voluntariedade e, ao mesmo tempo, a redução do recurso ao processo judicial, aumentando assim a eficácia do sistema de justiça civil. O artigo centra-se no debate em torno da exigência de as partes em litígio considerarem a mediação antes de recorrerem ao

¹ Este artigo foi originalmente publicado em inglês no *Cardozo Journal Of Conflict Resolution*, Vol. 22, n.º 3, 2021, pp. 543 e ss. A tradução que aqui se apresenta foi autorizada pelo autor e ficou a cargo de Júlio Moreira, tendo sido revista pela coordenadora da obra, sendo da nossa inteira responsabilidade.

² A Fundação *Dialogue Through Conflict* (DTC) é dedicada a “*Empowering People, Organizations and Governments to Reach Their Full Potential Through More Constructive Interaction*”. Um dos projetos do plano de ação da Fundação DTC é a *Sustainable Conflict Global Initiative* (SCGI), que visa alcançar um consenso internacional sobre o princípio legal de que a mediação deve ser seriamente tentada, pelo menos, numa percentagem mínima de todos os casos judicializados e considerados apropriados para esta via. A SCGI reconhece que o uso crescente da mediação irá, entre outras coisas, contribuir para os objetivos de assegurar o acesso universal à justiça e de alcançar sociedades pacíficas e inclusivas, objetivos estes propostos pelas Nações Unidas nos ODS – Objetivos de Desenvolvimento Sustentável, que deverão ser alcançados até 2030. A SCGI salienta que nenhum dos objetivos da Agenda da ONU pode ser alcançado, ou tão facilmente alcançado, quando os conflitos em todo o mundo não são geridos da forma mais eficaz e eficiente possível.

sistema judicial. O autor argumenta que um maior recurso à mediação não só beneficia as partes individuais envolvidas, como também alivia a sobrecarga dos tribunais, garantindo o acesso à justiça para todos. Apesar das reconhecidas vantagens da mediação, persistem divergências quanto ao facto de a participação dever ser puramente voluntária ou, em certa medida, obrigatória. O autor propõe um modelo de “*easy opt-out mediation*” em que as partes podem optar livremente por abandonar o processo se este se tornar incómodo ou inadequado para as mesmas. Ao proporcionar uma compreensão do processo e dos seus benefícios através da participação, mesmo as pessoas inicialmente resistentes à mediação podem beneficiar da sua eficácia.

ABSTRACT: This chapter discusses the desirability of mild forms of mediation regulation, to strike the right balance between maintaining the principle of voluntariness intact and, at the same time, reducing resorting to litigation and therefore boosting the efficiency of the civil justice system. The article focuses on the debate surrounding the requirement for disputing parties to consider mediation before resorting to the judicial system. The author argues that increased use of mediation not only benefits the individual parties involved but also alleviates the burden on overwhelmed judicial systems, ensuring access to justice for all. Despite the recognized advantages of mediation, disagreements persist on whether participation should be purely voluntary or mandated to some degree. The author proposes an “easy opt-out mediation” model, where parties can freely choose to abandon the process if it becomes uncomfortable or unsuitable for them. By providing an understanding of the process and its benefits through participation, even those initially resistant to mediation, can benefit from its effectiveness.

1. Introdução

Os últimos anos impuseram que nos confrontássemos com a noção de “voluntário” e sobre a questão de saber se a sociedade deveria impor comportamentos que os especialistas reconhecem como benéficos para os indivíduos e para a sociedade ou se, pelo contrário, deveria permitir que as pessoas escolham tais comportamentos “voluntariamente”. Embora nem sempre falemos do conceito de voluntariedade no seu nível mais basilar, a maioria de nós concordaria, penso eu, que antes de se poder escolher agir é preciso saber algo sobre a ação solicitada e como esta pode beneficiá-lo. É também necessário que confirme consigo mesmo: o que pensa que “sabe” é correto? Sem informações precisas, a noção de voluntariedade não tem qualquer significado e resulta, muitas vezes, numa não ação ou rejeição irracional.

Neste artigo não vou falar sobre o uso de máscaras. Vou, no entanto, abordar outro assunto controverso, há muito debatido no âmbito de discussões

sobre a promoção do bem-estar global: se deve requerer-se às partes em disputa que apreendam o que é a mediação para que considerem a sua utilização antes de recorrer ao seu sistema judicial local, tantas vezes sobrecarregado. Ainda que esta controvérsia possa não atingir imediatamente o leitor como fundamental para as noções de bem-estar humano, da mesma forma que o uso de máscara durante a pandemia, as discordâncias são certamente uma parte fundamental da experiência humana³. Infelizmente, à medida que enfrentámos os desafios de 2021, os acontecimentos em Washington, D.C., durante a primeira semana do ano, recordaram-nos de forma muito clara esta realidade.

Falando um pouco da minha experiência, entre 2015 e 2022 fui o *Ombudsman for United Nations Funds and Programmes* – um gabinete encarregado de ajudar a prevenir e resolver disputas relacionadas com o trabalho dentro de cinco organizações da ONU (PNUD, UNICEF, UNFPA, UNOPS, e a UN Women)⁴. Um quarto de século antes de entrar para a ONU, tornei-me um profissional a tempo inteiro, professor e defensor da resolução alternativa de litígios (ADR). As minhas décadas de experiência com a resolução de litígios convenceram-me de que, quando devidamente informadas sobre o processo de mediação e os seus benefícios, as partes que pelo menos consideraram o seu uso têm muito mais probabilidades de alcançar uma resolução satisfatória para a sua disputa, mesmo que no final terminem no sistema judicial⁵. Numerosos estudos têm não só apoiado esta observação, mas tam-

³ No Relatório de 2020 da Unidade de Apoio à Mediação (MSU) do Departamento de Assuntos Políticos e de Consolidação da Paz (DPPA) da ONU refere-se que “*Many of today’s internal conflicts feature a deadly mix of fragmented actors and political interests, with strong interconnections across the regional, national and local levels. Within and beyond the United Nations, there is clear recognition that mediation has to move beyond political and military elites and more effectively include efforts at the local level to help build peace from the ground up*”. Cfr. ONU – DPPA (2020). *UN Support To Local Mediation: Challenges And Opportunities*, disponível em https://peacemaker.un.org/sites/peacemaker.un.org/files/UN%20Support%20to%20Local%20Mediation_Challenges%20and%20Opportunities_1.pdf, consultado a 17.11.2020.

⁴ Para mais informações sobre o trabalho desenvolvido por estas organizações, ver *Welcome to the Office of the Ombudsman for U.N. Funds & Programmes*, disponível em <https://fpombudsman.org/>, consultado a 11.05.2021.

⁵ No Relatório *Doing Business* de 2020 do Banco Mundial é sublinhado que “[ADR as an alternative to litigation] gives the parties more control over the resolution of disputes and in most cases increases their satisfaction with outcomes”. Ver World Bank Report (2020), *Enforcing Contracts*:

bém demonstrado que, entre outros benefícios⁶, a mediação é mais rentável e tende a resolver disputas mais rapidamente do que o sistema judicial⁷.

Para além disso, os benefícios de uma maior utilização da mediação vão muito além das partes individuais numa disputa, estendendo-se, por exemplo, ao sistema judicial. Os tribunais em inúmeros países de todo o mundo há muito que lutam, com sucesso limitado, para gerir o número de processos em crescimento que sobrecarregam os seus sistemas e que resultam em atrasos substanciais⁸. Citando um ditado atribuído a diversos autores, “*Justice*

Good Practices, disponível em <https://subnational.doingbusiness.org/en/data/exploretopics/enforcing-contracts/good-practices#Using>, consultado a 20.04.2021.

⁶ Os benefícios da mediação foram há muito reconhecidos e apregoados por inúmeros autores, e este artigo não os repetirá, mas, em vez disso, fornecerá alguns exemplos e fontes de suporte. Neste sentido, ver, *e.g.*, Dorcas Quek (2010, pp. 479, 482), listando vários benefícios da mediação reconhecidos em diferentes estudos, incluindo-se a oportunidade para as partes “*tell their side of the story*”, fazerem diretamente parte da determinação do resultado do processo, melhorarem as suas capacidades de comunicação, bem como aumentarem as taxas de resolução e de cumprimento dos acordos alcançados face às decisões judiciais.

⁷ No mesmo trabalho, o autor afirma “*Especially in smaller cases, having a neutral mediator or arbitrator saves businesses time and money in resolving commercial disputes and provides greater control over outcomes and confidentiality*”, *cfr.* Dorcas Quek (2010, pp. 479-482). Além disso, há um reconhecimento geral de que a mediação é apropriada para uma ampla variedade de conflitos, enumerando-se, entre outros, as negociações coletivas, as disputas laborais, os desacordos contratuais, as reclamações de seguros, as disputas imobiliárias, os conflitos de construção, as disputas entre senhorios e arrendatários, as disputas entre consumidores e empresários, as disputas entre agricultores e arrendatários, as pequenas reclamações, o planeamento do uso do solo comunitário, as reclamações de estacionamento, as reclamações de urbanismo, as reclamações de ruído, os múltiplos tipos de divórcio e questões de guarda de menores, os crimes menores não violentos, e as disputas interpessoais, tais como conflitos entre companheiros de quarto ou conflitos intra-familiares. Esta enumeração é apresentada em *How Courts Work: Mediation*, disponível em https://www.americanbar.org/groups/public_education/resources/law_related_education_network/how_courts_work/mediation_whenuse/, consultado a 9.09.2019.

⁸ Nos tribunais federais dos EUA, o tempo médio para a resolução dos processos civis que terminaram em julgamento, tendo em conta um período de 12 meses que finalizou a 30 de junho de 2020, foi superior a 2 anos: 26,9 meses. Ver *Statistical Tables for the Federal Judiciary, Table C-5-U.S. District Courts—Civil Statistical Tables for the Federal Judiciary*, disponível em <https://www.uscourts.gov/statistics/table/c-5/statistical-tables-federal-judiciary/2020/06/30>, consultado a 30.06.2020. Em pelo menos seis países da UE, o tempo estimado necessário para resolver um processo litigioso, civil ou comercial, foi, ao nível da primeira instância, de mais de um ano em 2018 (ano para o qual as estatísticas mais recentes estavam disponíveis).

delayed is justice denied”, especialmente para quem não tem dinheiro ou poder na sociedade.

Promover a mediação como alternativa ao sistema judicial alivia os encargos dos tribunais, proporciona aos participantes um processo mais *user-friendly*, gera possivelmente melhores resultados e, como consequência, ajuda a garantir o acesso à justiça para todos⁹.

Apesar do reconhecimento destes benefícios, numerosos esforços ao longo dos anos para promover a mediação frequentemente falharam ou ficaram muito aquém dos objetivos pretendidos, devido em grande parte a desacordos sobre se a participação na mediação deveria ser “puramente”

Ver *The 2020 EU Justice Scoreboard* (figura 6) da Comissão Europeia, disponível em https://commission.europa.eu/system/files/2020-08/justice_scoreboard_2020_en.pdf, acedido em agosto de 2020. Para alguns Estados-Membros, em 2018, o tempo para a resolução do processo foi alargado em vários anos tendo em conta os recursos da sentença para a segunda e terceira instâncias (ver *Ibidem*, figura 7).

⁹ De entre os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável – ODS, adotados em 2015 para serem alcançados até 2030 em todos os países membros das Nações Unidas, encontra-se a “Paz, Justiça, e Instituições Fortes” e uma das metas globais subjacentes a este objetivo geral é “assegurar a igualdade de acesso à justiça para todos”, cfr. *Sustainable Development Goals*, UNDP, disponível em <https://www.undp.org/content/undp/en/home/sustainable-development-goals.html>, consultado a 11.05.2021. Relativamente às técnicas de resolução de conflitos que possam conduzir à justiça, a Assembleia Geral das Nações Unidas declarou repetidamente que a mediação deve ser o principal método de resolução de conflitos sempre que tal for possível. Para um resumo de algumas das ações da Assembleia, ver *The General Assembly and Mediation, U.N. Peacemaker*, disponível em <https://peacemaker.un.org/peacemaking-mandate/general-assembly>, acedido a 21.01.2021. A *UN Mediation Support Unit* foi criada em 2006. Reconhecendo a necessidade de uma abordagem mais profissional da mediação, as Nações Unidas reforçaram a sua capacidade operacional para implementar e apoiar os esforços de mediação. Uma inovação chave a este respeito concretizou-se na criação da *UN Mediation Support Unit* (MSU) dentro da *Policy and Mediation Division* (PMD) do *UN Department of Political and Peacebuilding Affairs* (DPPA) da ONU e, dentro desta unidade, a criação da *Standby Team of Senior Mediation Advisers*. Com o objetivo de apoiar atores relevantes para alcançar uma paz justa e sustentável através da resolução pacífica de disputas, a unidade envolve-se e apoia uma vasta panóplia de atividades operacionais e projetos, trabalhando em estreita colaboração com um conjunto de parceiros, cfr. *Mediation Support Unit, U.N. Peacemaker*, disponível em <https://peacemaker.un.org/mediation-support>, consultado a 21.01.2021. Para acesso a um relatório recente sobre as atividades de mediação da ONU, ver *U.N. Secretary General, United Nations Activities In Support Of Mediation*, disponível em https://peacemaker.un.org/sites/peacemaker.un.org/files/DPA%20Report%20REV9%20ENG%20WEB_0.PDF, consultado a 27.06.2017.

voluntária¹⁰. A mediação baseia-se, evidentemente, no conceito de voluntariedade: as partes optam por se reunir para ver se conseguem chegar a um acordo com a ajuda de uma terceira parte, neutra e sem poder impositivo. Uma análise dos esforços concertados para promover o uso da mediação mostra, no entanto, que as únicas medidas que tiveram sucesso significativo envolveram algum tipo de obrigatoriedade¹¹. Coloca-se, então, a questão: a mediação é ainda voluntária se tiver de se exigir que as pessoas participem até certo ponto? A minha resposta, em parte, é que os governos e a sociedade têm, ao longo dos anos, tornado obrigatórios uma série de comportamentos em nome do bem-estar público a que as pessoas têm resistido: uso de máscara, uso de cinto de segurança, capacetes para motociclistas, e afins. Assim,

¹⁰ Expressando preocupação sobre a “pressão indesejada” às partes para mediar os seus conflitos e salientando a importância de a mediação ser consensual, cfr. Jacqueline Nolan-Haley (2015, pp. 731, 737). Nancy Welsh (2011, pp. 108-111) afirma que “*Some commentators have urged that courts and other institutions should never make mediation mandatory because this represents a violation of the parties’ self-determination and may have the effect of coercing settlements and reducing actual or perceived access to the courts. Other commentators are less categorical, expressing support for a time-limited mandatory mediation programme in order to force lawyers and other repeat players to learn how to participate in the process*”. Nesta área, todavia, como noutros aspetos da mediação, uma palavra como voluntária, obrigatória, ou consentimento pode ter um vasto leque de significados, dependendo do modelo de mediação idealizado, da forma como as partes chegam a uma mediação e do processo exato concebido. Discutindo preocupações sobre a mediação obrigatória e descrevendo variações importantes e potencialmente úteis que permitem às partes adaptar o âmbito do que será submetido a uma mediação obrigatória, ver também Nancy Welsh (2011, p. 108). Uma das vantagens do modelo *easy-opt out* é que a sua configuração ajuda a assegurar que as partes só avançam com a mediação quando realmente concordam com ela.

¹¹ Para os EUA., ver Nancy Welsh (2011, p. 110) a qual afirma que “*Many courts in the United States have... adopted mandatory mediation programmes. In general, such adoptions occurred after courts realized that purely voluntary programmes were receiving little usage*”. Na UE, o *Rebooting Study*, analisado em pormenor mais abaixo neste capítulo, mostrou que vários incentivos não obrigatórios destinados a promover a utilização da mediação em vários Estados-Membros (por exemplo, melhorar a qualidade da mediação através de uma maior regulamentação ou assegurar a confidencialidade) não aumentaram a utilização da mediação num grau significativo. Ver também Giuseppe De Palo e Romina Canessa (2015, pp. 713-720). O *Rebooting Study* determinou, contudo, que “*the introduction of a mandatory system would be desirable [in the view of the mediation practitioners surveyed in the Study] and did correspond to a higher frequency of mediations taking place*”, cfr. Giuseppe De Palo e Romina Canessa (2015, p. 720).

os deveres e obrigações em nome do bem-estar público, por si só, fazem parte da nossa sociedade.

Mas a minha resposta complementar é que quando está em causa a mediação e a sua obrigatoriedade, estou a propor algo muito mais limitado e muito mais “voluntário” do que os exemplos que mencionei. Um utilizador de máscara de uso obrigatório não pode escolher deitar fora a máscara no meio da mercearia quando esta se torna desconfortável, nem pode um motociclista lançar o capacete para a beira da estrada durante uma viagem quando faz demasiado calor ou já não se sente confortável. Contudo, no modelo de mediação *easy opt-out* que proponho as pessoas que cumprem o dever subjacente podem fazer exatamente o que o utilizador da máscara obrigatória e o motociclista estão proibidos de fazer. Com o modelo *easy opt-out*, uma vez explicado como a mediação poderia funcionar, as partes em conflito, ao participarem numa sessão para experienciarem o processo, podem escolher livremente abandonar a mediação – imediatamente, se não sentirem que é a via correta, ou em qualquer outro momento do caminho caso se torne desconfortável¹².

Então, porquê recomendar um processo que as pessoas podem facilmente optar por abandonar? Na verdade, uma vez abertos os olhos para os benefícios do processo, mesmo as pessoas que lhe resistiram, beneficiam do mesmo, sendo “arrastadas pelo poder da mediação e esquecendo-se de como lá chegaram inicialmente”¹³. Por essa razão, já me referi à mediação como a “Bela Adormecida” da resolução de disputas, esperando que o verdadeiro Príncipe Encantado a desperte¹⁴. Tal como no conto de fadas, a espera do Príncipe Encantado tem sido longa e frequentemente frustrante. E, ao contrário do conto de fadas, mas ainda melhor, a nossa Bela Adormecida dos tempos modernos pode decidir se este Príncipe Encantado é mesmo a pessoa certa para ela.

¹² Dorcas Quek, entre outros, ao discutir o conceito de mediação obrigatória, abordaram essencialmente o mesmo conceito que aqui suscito, distinguindo entre coerção “para” a mediação (“*into mediation*”) e coerção “dentro” (ou “na”) mediação (“*within mediation*”), sendo esta última inaceitável. Ver Dorcas Quek (2010, pp. 485-486) citando Frank E. A. Sander, H. William Allen & Debra Hensler (1996, pp. 885- 886). Ver ainda Tsormpatzoglou Stavros (2013, p. 6).

¹³ Ver Tsormpatzoglou Stavros (2013, p. 15), citando Frank E. A. Sander (2007).

¹⁴ Ver Giuseppe De Palo e Romina Canessa (2015, pp. 713-730).

Neste artigo, em primeiro lugar vou discutir mais pormenorizadamente o modelo “*easy opt-out mediation*”, o “Príncipe Encantado” da nossa estória cujo avanço tem sido em grande parte travado até agora. De seguida, irei rever alguns dos esforços históricos para promover a mediação. Concentrar-me-ei nos esforços da UE durante as últimas décadas, devido ao meu conhecimento direto sobre os mesmos e porque são ilustrativos de vários aspetos do debate nesta matéria. Depois falarei de várias histórias de sucesso da mediação, todas envolvendo algum nível de obrigatoriedade. Finalmente, irei abordar o porquê de agora ser o momento de dar ao Príncipe Encantado outra oportunidade de trazer a nossa Bela Adormecida de volta à vida. No final, espero ter demonstrado que a longa querela entre os que são a favor e os que são contra a mediação obrigatória tem, de facto, uma terceira e melhor opção com a qual todos podem concordar, ficando esta disputa mediada com sucesso!

2. O quão simples é o funcionamento do modelo *easy opt-out mediation*

Considerando os benefícios da mediação, tanto para as partes individuais como para a sociedade em geral, há muito que tenho defendido um sistema onde as partes, como regra geral e para certas categorias de conflitos, devem pelo menos sentar-se para uma sessão com um mediador antes de iniciarem um processo judicial. Após esta primeira sessão, são livres de optar por não participar no processo de mediação, sem consequências negativas, e de iniciar um processo judicial. Tornar obrigatória esta primeira sessão para garantir o acesso à justiça pode não se enquadrar naturalmente na ideia de que a mediação é um processo fundamentalmente voluntário. Evidentemente, tudo depende de como se compreende o acesso à justiça e a voluntariedade. Mas creio que não precisamos de novas definições de voluntariedade ou do direito de acesso à justiça, para acomodar o modelo de mediação *easy opt-out*. De facto, o modelo enquadra-se perfeitamente no conceito tradicional de voluntariedade, na medida em que todas as partes devem ser informadas sobre o processo de mediação antes de decidirem se querem participar no mesmo. Para tal, basta que as partes sejam apenas obrigadas a participarem numa sessão inicial com um mediador. Pense na experiência num restaurante: não gostaria de ter a oportunidade de experimentar o ambiente, observar o pessoal e, mais importante, provar algumas amostras dos pratos de comida antes de confirmar a sua encomenda?

Para que este primeiro encontro cumpra o seu papel essencial deve, portanto, ser mais do que uma mera “sessão informativa de mediação”. O que é a mediação e o que pode ou não fazer pelas partes, são aspetos que estas

devem descobrir antes de se envolverem no processo, especialmente através dos seus advogados¹⁵. O primeiro encontro que proponho deve focar-se na viabilidade da mediação no caso em questão e realiza-se com o próprio mediador escolhido pelas partes, e não por um “conselheiro de mediação” ou um mero funcionário. Durante esta reunião as partes precisam, entre outras coisas, de falar, pelo menos em certa medida, sobre os méritos do caso; de ver o seu mediador em ação; de avaliar a atitude da outra parte; e de ouvir a versão da história e os argumentos jurídicos do adversário. Este modelo pressupõe também que o processo de mediação esteja formalmente em curso, protegendo-se assim plenamente a confidencialidade das declarações iniciais trocadas, um aspeto fundamental da mediação.

No final desta reunião inicial, as partes são inteiramente livres de decidir se querem continuar com o processo de mediação já em curso ou se querem retirar-se com um custo reduzido e sem consequências negativas (o que significa, se me permitem uma última utilização da analogia do restaurante, que podem sair do estabelecimento tendo pago apenas o que provaram). Chamo a este modelo *easy opt-out* porque, como é óbvio, qualquer pessoa pode abandonar a mediação em qualquer altura. Fazê-lo quando possa haver penalizações, ou depois de ter pago integralmente por uma sessão completa de mediação, pode não ser assim tão “*easy*”. Por outras palavras, uma vez que ninguém é obrigado a seguir com a mediação até ao fim, mas apenas a fazer um esforço inicial sério, comparecendo a uma primeira reunião, o processo é, em todos os aspetos importantes, voluntário. Esse esforço inicial, na minha experiência, é fundamental porque proporciona uma oportunidade estruturada para que as partes tomem uma decisão mais informada sobre a forma de resolver o seu litígio.

Além disso, este modelo é igualmente conducente não só a um melhor acesso à justiça, mas também ao (conceito mais restrito de) acesso aos tribunais, tal como tradicionalmente entendido. Esta primeira reunião de mediação propriamente dita é muito mais do que uma mera reunião de informação, como referido, ou a base para uma certificação formal pelos litigantes de que as opções de ADR foram seriamente exploradas antes do processo judicial. Funciona como um “filtro” altamente eficaz, removendo ou estreii-

¹⁵ O papel dos advogados na mediação pode ser altamente variável e ultrapassa o âmbito deste capítulo. No entanto, em geral, as mediações decorrem com ou sem advogados, consoante a preferência das partes.

tando as questões tanto quanto possível sem intervenção judicial e, assim, libertando o tempo e os recursos dos tribunais¹⁶.

Referindo-nos ao título deste capítulo, o modelo *easy opt-out* é a “mediação da mediação”: o modelo é a síntese de dois elementos inquestionáveis, essencialmente diferentes e aparentemente irreconciliáveis¹⁷. Um elemento é o princípio jurídico fundamental de que ninguém pode ser obrigado a fazer um acordo. O outro elemento é uma evidência empírica: não importa quão fortemente incentivada (por exemplo, economicamente ou através de meros convites dos tribunais), a mediação voluntária nunca é utilizada com frequência¹⁸.

3. Em busca de promover a mediação

À luz dos méritos do modelo que descrevi, por que razão tem sido uma batalha penosa para o nosso Príncipe Encantado ter sucesso? A mediação, de alguma forma, há muito que faz parte da cultura humana e diferentes sociedades e governos têm, ao longo dos séculos, recorrido a esta via na resolução de conflitos, colocando as partes em disputa a encontrar a sua própria solu-

¹⁶ No Relatório *Doing Business* de 2020 do Banco Mundial é sublinhado que “*ADR should be seen not as something that can replace traditional litigation but as a tool that can assist courts in resolving disputes in a timely, cost-effective and transparent way. ADR mechanisms can improve efficiency in the court system as a whole by helping to reduce case backlogs and bottlenecks. They can reduce delays where these are caused by complex formal procedures or inadequate court resources—and reduce high costs where these are the result of formal procedures, high filing fees and court delays. Economies with a system that integrates courts and ADR tend to have a more reliable judiciary, benefiting the courts, the parties involved and the economy as a whole*”, cfr. World Bank (2020). *Doing Business*, disponível em <https://www.doingbusiness.org/en/doingbusiness>, consultado a 20.04.2021.

¹⁷ Uma vez que o modelo *easy opt-out* se revela mais capaz de aproveitar o potencial multifacetado da mediação, mantendo ao mesmo tempo a sua natureza voluntária, no Gabinete do Provedor da *UN Funds and Programmes* esforçamo-nos por pôr em prática este modelo em relação a disputas no local de trabalho. Na minha opinião pessoal, estamos apenas a praticar o que pregamos.

¹⁸ Dando apenas um exemplo, no Reino Unido um tribunal judicial de comarca ofereceu às partes a escolha da mediação em 4.500 casos. As partes só optaram por esta via em 160 casos. Em contraste, quando as *Civil Procedure Rules* permitiram aos tribunais sancionar as partes relativamente a litígios comerciais em que se recusaram a mediar, o uso da mediação aumentou 141%. Cfr. Dorcas Quek (2010, p. 483) e ver também texto e fontes que acompanham a nota 11 supra.

ção¹⁹. Está, por isso, longe de ser um conceito estranho em qualquer parte do mundo²⁰.

Uma revisão completa da história da mediação está, todavia, muito para além do âmbito do presente artigo. Como este artigo se concentra na questão de saber até que ponto algum aspeto do uso da mediação pode ser obrigatório e a inerente controvérsia que esta questão provocou, faz sentido centrarmo-nos num exemplo particular que ilustra esta contenda. Assim, irei rever os esforços concertados levados a cabo na União Europeia (UE) em termos legislativos desde a viragem do século para tentar aumentar significativamente o recurso à mediação, bem como fazer o acompanhamento dos debates promovidos sobre se deve ser utilizado qualquer tipo de obrigatoriedade para o fazer²¹.

3.1. A Diretiva da União Europeia

A nossa história começa, portanto, em 1999, quando os líderes políticos da UE se reuniram em Tampere, na Finlândia, e decidiram formalmente que os ADR em litígios civis e comerciais eram benéficos e deveriam ser promovidos através de legislação. A UE levou cerca de nove anos, mas em maio de 2008 foi formalmente adotada a Diretiva de Mediação da UE, com um período de três anos para os Estados-Membros a implementarem²². A Diretiva estabeleceu apenas normas regulamentares mínimas para a legislação em matéria de mediação, que deveriam então ser “transpostas” pelos Estados-Membros para os seus sistemas jurídicos nacionais. Assim, os Estados-Membros tinham a liberdade de adotar este quadro normativo conforme o desejassem – podendo incluir a imposição de um conjunto de normas mais exigentes – desde que a abordagem regulatória escolhida atingisse os objetivos da Diretiva.

O objetivo primordial da Diretiva, tal como afirmado no artigo 1.º, consistia em *“facilitar o acesso à resolução alternativa de disputas e em promover a*

¹⁹ Analisando várias formas de ADR, incluindo formas de mediação, em várias sociedades tradicionais e antigas, ver Jerome T. Barrett e Joseph Barrett (2004, pp. 1-180).

²⁰ Analisando o “fenómeno global” do uso da mediação a nível mundial num conjunto de questões, ver Jacqueline Nolan-Haley (2015, pp. 732-734).

²¹ Para uma visão geral da história da mediação nos Estados Unidos, ver Jay Folberg (2015, pp. 35-39), bem como Carrie Menkel-Meadow (2013, pp. 419-454).

²² Diretiva 2008/52/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 21 de maio de 2008, relativa a certos aspetos da mediação em matéria civil e comercial (doravante Diretiva 2008/52/CE).

resolução amigável de litígios, incentivando o recurso à mediação e assegurando uma relação equilibrada entre a mediação e o processo judicial”²³. Subsequentemente, enquanto observadores procuravam dar-lhe um significado prático, o conceito de equilíbrio incorporado no artigo 1.º tornou-se a base para a teoria do *Balanced Relationship Target Number*, ou a BRTN²⁴. A BRTN sugere que, nos termos do artigo 1.º, para cada país da UE deveria haver, do número total de litígios civis submetidos anualmente aos tribunais judiciais, um número ou percentagem mínima de casos que, em vez de julgados, deveriam ser mediados, a fim de se alcançar o equilíbrio que a Diretiva procurava entre a mediação e o processo judicial²⁵. Relativamente a esse número ou percentagem, a BRTN tem sido a única forma quantificável proposta para verificar se a relação equilibrada exigida pela Diretiva foi alcançada. A não determinação desse número ou percentagem, e naturalmente a sua não concretização, tornaria teoricamente um Estado-Membro vulnerável a ações judiciais ao abrigo da Diretiva.

Para atingir o objetivo da referida relação equilibrada, a Diretiva estabeleceu várias regras como as respeitantes aos padrões de qualidade da mediação, à permissão de se encaminharem processos judiciais para mediação, à garantia de execução dos acordos obtidos em mediação e à proteção da confidencialidade do processo. Cada Estado-Membro, contudo, foi autorizado a escolher os instrumentos jurídicos adequados para alcançar a sua própria BRTN, com base em vários dados macroeconómicos, tais como a eficácia do seu sistema público de justiça e outros critérios relevantes.

No artigo 5.º, n.º 2, a Diretiva concedeu aos Estados-Membros a opção de tornar a mediação obrigatória, desde que o direito dos cidadãos de acesso à justiça não fosse violado²⁶. Os Estados que não pretendessem implementar a mediação obrigatória poderiam, em vez disso, recorrer a instrumentos de regulação, tais como sessões de informação obrigatórias ou incentivos financeiros. Contudo, se esses instrumentos se revelassem ineficazes, a Diretiva, ao abrigo da teoria do BRTN, iria exigir que os Estados-Membros fizessem as alterações regulamentares necessárias para que o objetivo último da Diretiva fosse uma realidade.

²³ Ver artigo 1.º da Diretiva 2008/52/CE.

²⁴ Para uma discussão sobre esta teoria, ver Giuseppe De Palo e Mary B. Trevor (2012, pp. 8-10).

²⁵ Artigo 1.º da Diretiva 2008/52/CE.

²⁶ Artigo 5.º, n.º 2, da Diretiva 2008/52/CE.

3.2. O paradoxo da mediação na União Europeia

O Parlamento Europeu manifestou preocupação com a implementação da Diretiva pela primeira vez em 2011. Três anos após a sua promulgação, a avaliação que mediu o impacto da Diretiva mostrou resultados muito decepcionantes. Nessa avaliação, o Parlamento Europeu tomou nota dos países que apresentaram melhores desempenhos em termos de número de mediações. A maior parte destes países só registava alguns milhares de mediações por ano²⁷.

Nesse mesmo ano, o Parlamento encomendou um estudo, “*Quantifying the Cost of Not Using Mediation – a Data Analysis*” (doravante “*Quantifying Study*”)²⁸. O “*Quantifying Study*” baseou-se na premissa de que, para além dos valores individuais e sociais que promove, a mediação pode poupar simultaneamente tempo e dinheiro em comparação com o processo judicial. O ponto de referência do “*Quantifying Study*” foi o relatório anual *Doing Business* do Banco Mundial e especialmente o índice *Enforcing Contracts*²⁹. O índice *Enforcing Contracts* mede a eficiência dos sistemas de justiça civil de 189 países na resolução de um tipo específico de litígio comercial – em particular, o tempo e os custos de resolução desses litígios³⁰. No “*Quantifying Study*” foi solicitado a especialistas de toda a UE que estimassem quanto custaria e quanto tempo levaria para mediar a mesma disputa no seu país. Isto permitiria uma comparação efetiva entre o tempo e o custo do processo judicial em relação à mediação³¹.

O “*Quantifying Study*” calculou, então, o ponto de equilíbrio da eficácia da mediação, representando a taxa mínima de sucesso da mediação que

²⁷ Resolução do Parlamento Europeu, de 13 de setembro de 2011, sobre a aplicação da Diretiva sobre a mediação nos Estados-Membros, seu impacto na mediação e acompanhamento pelos tribunais (2011/2026(INI)), P7_TA(2011)0361, disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52011IP0361&from=MT>

²⁸ Giuseppe De Palo, *et. al* (2011). *Quantifying The Cost of Not Using Mediation*, disponível em <https://www.europarl.europa.eu/document/activities/cont/201105/20110518ATT19592/20110518ATT19592EN.pdf>. Relatório preparado sob requerimento da Comissão dos Assuntos Jurídicos do Parlamento Europeu (doravante “*Quantifying Study*”).

²⁹ Cfr. World Bank GRP, *Doing Business*, 2009, disponível em <https://www.doingbusiness.org/content/dam/doingBusiness/media/Annual-Reports/English/DB09-FullReport.pdf>.

³⁰ *Ibidem*.

³¹ Giuseppe De Palo, *et al.* (2014). *Rebooting The Mediation Directive*, disponível em [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2014/493042/IPOL-JURI_ET\(2014\)493042_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2014/493042/IPOL-JURI_ET(2014)493042_EN.pdf) (doravante *Rebooting Study*).

permitiria ainda assim poupar tempo e custos em cada Estado-Membro. O “*Quantifying Study*” concluiu que o ponto de equilíbrio para a economia de tempo era de 19% e o ponto de equilíbrio para a poupança de custos era de 24%, quando se calculava a média dos dados de todos os Estados-Membros. Portanto, mesmo com taxas de sucesso da mediação muito baixas, a redução de tempo e de custos poderia ser alcançada.

Estes números levaram ao reconhecimento do “*Paradoxo da Mediação na União Europeia*”: se o aumento do uso da mediação traz uma economia tão significativa de tempo e de custos para as partes (bem como para o sistema judicial e para os contribuintes), porque é que os Estados-Membros estavam a registar taxas de recurso à mediação tão baixas? Aparentemente, as partes e os Estados-Membros estavam a agir de forma irracional, mantendo-se iguais os demais factores. Mas, na realidade, os demais factores não eram iguais. Havia, e ainda há, muitos, talvez incontáveis, factores que têm impacto na forma como a mediação é utilizada – como mais importantes podemos mencionar as regras reguladoras do “ambiente” da mediação, regras de incentivo, preocupações sobre a qualidade do serviço e profissionalismo, e níveis de consciencialização entre as partes. Alguns afirmaram que embora o “*Quantifying Study*” fosse instrutivo no que diz respeito à poupança de tempo e dinheiro, foi realizado demasiado cedo, uma vez que os Estados-Membros tinham até maio de 2011 para implementar a Diretiva nos seus sistemas jurídicos nacionais (pese embora muitos Estados já tivessem, de facto, realizado essa transposição).

O Parlamento Europeu reexaminou a questão da falta de impacto da Diretiva no final de 2012, quando o seu Comité de Assuntos Jurídicos, durante uma audiência formal, perguntou à Comissão Europeia³² se deveriam ser tomadas medidas legais contra os Estados-Membros por não terem de facto implementado a Diretiva de modo a atingir o seu claro objetivo. Três anos e meio após a sua promulgação, e um ano e meio após o prazo para a sua transposição, a mediação ainda estava a ser utilizada em menos de um caso por cada mil processos judiciais. A Comissão Europeia respondeu, uma

³² Parlamento Europeu, *Question for Oral Answer O-000169/2012 to the Commission*, disponível em https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/O-7-2012-000169_EN.pdf. A Comissão Europeia é o organismo responsável pelo controlo da devida implementação da legislação da UE nos Estados-Membros.

vez mais, que era ainda demasiado cedo para avaliar o impacto da Diretiva de Mediação³³.

Enquanto o impacto mensurável da Diretiva estava a ser debatido em 2012 na Europa, variações no conceito de BRTN estavam a ser experimentadas noutras partes do mundo. Por exemplo, o Conselho Consultivo da Divisão Comercial do Condado de Nova Iorque (*New York County's Commercial Division Advisory Council*) recomendou uma experiência de dezoito meses de mediação obrigatória em processos comerciais, através da qual um em cada cinco casos deveria ir para mediação. O programa experimental de mediação obrigatória nos tribunais comerciais de Nova Iorque foi implementado na sequência de um relatório de 2012 emitido pelo Juiz Chefe da *Task Force* de Contencioso Comercial no século XXI³⁴. E Nova Iorque não estava sozinha; os tribunais dos EUA já tinham experimentado vários modelos de mediação obrigatória no final do século XX³⁵.

Em 2013, o Parlamento Europeu ficou tão convencido de que a mediação e os ADR em geral não estavam a ter o lugar merecido na UE, que o preâmbulo da nova Directiva relativa aos ADR no domínio da defesa do consumidor previa que “[i]t is regrettable that ADR has not been correctly established and is not running satisfactorily in all geographical areas or business sectors in the Union”³⁶.

³³ Debates do Parlamento Europeu: Questão 16 (11 de dezembro de 2012), disponível em https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/CRE-7-2012-12-11-ITM-016_EN.html.

³⁴ Cfr. *Report and Recommendations of the Chief Judge of the State of New York, N.Y. ST. BAR ASS'N* 28 (de junho de 2012), disponível em <https://www.nycourts.gov/LegacyPDFS/courts/com-div/PDFs/ChiefJudgesTaskForceOnCommercialLitigationInThe21stpdf.pdf>. A experiência entrou em vigor em julho de 2014. Para conhecer a situação atual em Nova Iorque, ver *Court System to Implement Presumptive, Early Alternative Dispute Resolution for Civil Cases*, N.Y. ST. UNIFIED CT. SYS. (maio de 2019), disponível em https://ww2.nycourts.gov/sites/default/files/document/files/2019-05/PR19_09_0.pdf (anunciando uma iniciativa de “presunção de ADR” em todo o sistema, segundo a qual “parties in civil cases will be referred to mediation or some other form of alternative dispute resolution (ADR) as the first step in the case proceeding in court... with a focus on court-sponsored mediation”).

³⁵ Ver Holly A. Streeter-Schaeffer (2001, p. 367). Ver também Richard Birke e Louis Ellen Teitz (2022, pp. 181,185), sublinhando que “The mandatory nature of these programs produced many critics, but experience showed that even reluctant parties benefited from the process”.

³⁶ Diretiva 2013/11/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 21 de maio de 2013, sobre a resolução alternativa de litígios de consumo, que altera o Regulamento (CE) n.º 2006/2004, e a Diretiva 2009/22/CE (doravante Diretiva 2013/11/UE).

Esta nova Diretiva ADR para os consumidores mostrou a frustração da UE com o impacto limitado e com o movimento legislativo dos ADR na UE.

3.3. *Rebooting Study* de 2013

No seguimento da frustração sobre o impacto limitado da adoção dos ADR nos quadros normativos nacionais dos Estados-Membros, e não convencido pelos argumentos da Comissão sobre ser ainda “demasiado cedo” para avaliar o impacto da Diretiva, o Parlamento Europeu encomendou, em 2013, um estudo que analisava a implementação da Diretiva – *the Rebooting Study*³⁷. Especificamente, o Parlamento Europeu convidou especialistas a apresentarem propostas centradas nas seguintes questões:

- 1) As regras da Diretiva em matéria de confidencialidade são consideradas por alguns Estados-Membros como não sendo suficientemente rigorosas;
- 2) Opiniões divergentes sobre o papel das profissões jurídicas envolvidas nos procedimentos de mediação;
- 3) Incerteza quanto ao âmbito exato das exceções ao dever de sigilo e confidencialidade; e
- 4) A forma como as disposições da Diretiva relativa à mediação, que prevêem a possibilidade de os tribunais remeterem as partes para a mediação, podem ter afetado o direito processual nacional.

O objetivo do “*Rebooting Study*” era examinar o *status* da mediação nos Estados-Membros e determinar a origem dos baixos níveis de utilização da mediação. Para tal, o estudo foi dividido em quatro partes principais:

- 1) Atualização do inquérito de 2011 “*Costs of Not Using Mediation Survey*”³⁸;
- 2) Análise da legislação de implementação da Diretiva da Mediação nos Estados-Membros;
- 3) Propostas de medidas legislativas para aumentar o uso da mediação em toda a UE; e
- 4) Propostas de medidas não legislativas para aumentar a utilização da mediação em toda a UE.

O Parlamento, para proteger a integridade do estudo, insistiu que quaisquer recomendações subsequentes ao estudo deveriam refletir o ponto de vista do maior número possível de *stakeholders*. Para alcançar este fim, foi

³⁷ Giuseppe De Palo, *et al.* (2014).

³⁸ Giuseppe De Palo, *et. al* (2011).

desenvolvido e testado por especialistas seniores um inquérito de quarenta e cinco perguntas. O inquérito foi então disponibilizado em formato online e a equipa do estudo convidou mediadores, advogados e associações empresariais para responderem às questões colocadas. No total, foram recebidas 1.226 respostas completas, com contribuições de todos os países da UE. Destas, 816 foram recebidas a tempo de serem incluídas na versão publicada do estudo.

Recorrendo à mesma metodologia do estudo *Rebooting Study* de 2011, foi pedido aos inquiridos do estudo de 2013 que estimassem o número de mediações civis e comerciais que ocorrem anualmente no seu país. Utilizando a duração média dos processos judiciais na UE (com base no índice *Doing Business Report's Enforcing Contracts* do Banco Mundial usado no “*Quantifying Study*”) e a duração média dos processos de mediação (como relatado pelos inquiridos no questionário do *Rebooting Study* de 2013), estimou-se a economia de tempo para atualizar o “*Quantifying Study*”. Para cada litígio, se todos os processo na UE fossem primeiramente submetidos a uma mediação e o procedimento tivesse êxito em 50% desses casos, o número médio de dias poupados seria de 240 dias; se a mediação tivesse êxito em 70% dos casos, a poupança aumentaria até 354 dias.

A mesma metodologia foi aplicada à redução de custos. A poupança de dinheiro por cada litígio foi multiplicada pelo número de litígios anuais na UE, resultando numa poupança de cerca de trinta a quarenta mil milhões de euros, existindo uma taxa de sucesso de 50%. A poupança seria evidentemente muito maior se a taxa de resolução do litígio por mediação fosse superior a 50%.

É importante notar que quase nenhum país da UE tem uma contagem oficial de mediações. Como resultado, as estimativas fornecidas pelos Estados-Membros consultados (que eram na realidade bem consistentes) foram estimadas em média para cada país da UE, com os resultados no espaço comunitário a variar bastante de Estado-Membro para Estado-Membro. No final de 2013, apenas quatro países – Itália, Reino Unido, Países Baixos e Dinamarca – comunicaram mais de 10.000 casos de mediação/ano. A maioria dos países, treze, reportou menos de 500 casos por ano. Apenas um país, a Itália, registou mais de 200.000 casos de mediação por ano. A experiência italiana será discutida em pormenor a seguir.

Na segunda parte do estudo, foi pedido aos inquiridos que classificassem uma série de características regulamentares favoráveis à mediação na sua legislação nacional, numa escala de fraca a forte. A premissa deste

questionário era a de que quando existissem características regulamentares pró-mediação na legislação nacional, haveria mais mediações. Por conseguinte, os países com menos mediações poderiam adoptar características regulamentares comuns aos países favoráveis à mediação para aumentar o número de mediações. No entanto, estas características regulamentares acabaram por não parecer ser factores significativos ou decisivos para aumentar o recurso à mediação. Mesmo em países onde estas características já existiam na sua forma mais forte, o número de mediações era ainda muito baixo. O aumento dos requisitos de qualidade da mediação, por exemplo, ou o reforço da proteção da confidencialidade, não foram considerados como tendo um impacto significativo.

O Estudo pediu então aos inquiridos que indicassem qual seria a medida legislativa mais eficaz para aumentar o número de mediações. De acordo com os resultados da classificação acima descritos, a maioria dos inquiridos no estudo indicou que as atuais medidas legislativas em vigor para promover a mediação, mesmo quando consideradas fortes, não estavam a funcionar. Mesmo os países que implementaram incentivos à mediação não registaram um aumento do número de mediações. Em resumo, o *Rebooting Study* revelou que as características regulamentares então em vigor para promover a mediação não eram fatores decisivos para favorecer a utilização da mesma.

Em contrapartida, os inquiridos indicaram que a introdução de um sistema obrigatório seria desejável e corresponderia a um maior número de mediações. Duzentos e setenta inquiridos consideraram a mediação obrigatória para certos casos como a medida legislativa mais eficaz, enquanto opções como sanções económicas ou remessas judiciais obrigatórias receberam apenas cerca de uma centena de votos. De facto, se combinarmos a pontuação das sessões de informação obrigatórias sobre a mediação (212 votos) com a mediação obrigatória num modelo *easy opt-out* (85 votos), o total equivale a 297 votos – quase o triplo do número de votos recebidos para a segunda medida mais popular³⁹.

A diferença entre as duas opções reside no facto de que as sessões de informação obrigatórias são do tipo *opt-in*; ou seja, as partes primeiro têm

³⁹ A razão para combinar as pontuações é que as duas medidas são muito semelhantes, uma vez que ambas impõem a consideração obrigatória da mediação em certos casos, por oposição à mediação totalmente obrigatória. Em conjunto, demonstram que é altamente desejável haver elementos obrigatórios na mediação.

de se sentar com o mediador, ou com um conselheiro de mediação, e só depois podem decidir se devem iniciar um processo de mediação formal. No segundo modelo, a primeira reunião já faz parte de um processo de mediação formal. Não obstante, qualquer uma das partes pode desistir (*opt out*) no início do processo, com poucos ou nenhuns custos. Só se todas as partes estiverem de acordo é que a mediação prossegue para além dessa primeira reunião⁴⁰. Destes diferentes elementos de obrigatoriedade, um sistema de mediação obrigatória mitigado pela cláusula de auto-exclusão (*opt-out*) pareceu ser o mais desejável no *Rebooting Study*. Para além disso, os países que implementaram sistemas de *opt-in* continuam a registar números muito baixos de mediações. Por exemplo, a Roménia até há pouco tempo exigia que as partes participassem numa sessão de informação obrigatória, depois da qual podiam então optar por seguir para uma mediação formal, contudo, os inquiridos romenos relataram menos de 2.000 mediações por ano.

Finalmente, na quarta parte do *Rebooting Study*, foi pedido aos inquiridos que classificassem, numa escala de 1 a 5, o impacto provável, em termos de aumento do número de mediações de um determinado número de medidas não legislativas, tais como o aumento ou a melhoria da formação em mediação e a implementação de projetos-piloto. A maioria dos 1.226 participantes no estudo indicou que o impacto das medidas não-legislativas seria muito inferior ao das medidas legislativas.

Devido ao fracasso documentado da maioria dos modelos regulamentares na UE para promover o uso da mediação – que era o objetivo primordial da Diretiva de 2008 – o estudo concluiu que a União Europeia deveria tomar duas medidas para melhorar a situação nesta matéria. Primeiro, a mediação

⁴⁰ Um exemplo clássico da diferença entre modelos *opt-in* e *opt-out* na definição de políticas é o estudo de 2003 de Johnson e Goldstein sobre programas de doação de órgãos (“2003 Study”). Eric J. Johnson e Daniel Goldstein (2003, p. 1338) analisaram a percentagem de pessoas dispostas a doar os seus órgãos em caso de morte. O “2003 Study” descobriu que a diferença chave na participação foi a forma como a escolha para participar na doação de órgãos foi apresentada. Onde o processo de candidatura incluía o requisito de marcar a opção “*opt-in*” para doar, as taxas de participação variaram entre 4,25% e 27,5%. Em contraste, onde o processo de candidatura incluía o requisito de marcar a opção “*opt-out*” para doar, as taxas de participação na doação eram muito próximas dos 100%, com a exceção de um país para o qual a taxa de participação era de 85%. As implicações políticas do estudo de Johnson e Goldstein são bastante evidentes: a opção de *opt-out* salva muito mais vidas do que a opção de *opt-in*. A diferença mostra o poder e os resultados muito díspares que podem resultar entre os sistemas *opt-in* e *opt-out*.

obrigatória com a possibilidade imediata de *opt-out* deveria ser introduzida na Diretiva relativa à mediação na sua revisão agendada para 2016 e, depois, este modelo deveria ser também introduzido em outros instrumentos jurídicos da UE em matéria de ADR, embora temporariamente a título experimental⁴¹.

Em alternativa, o estudo propôs que a UE afirmasse a teoria do BRTN. A vantagem desta abordagem residia no facto de a mesma não exigir qualquer alteração legislativa. Com base no número muito reduzido de mediações realizadas na Europa, poder-se-ia concluir que quase todos os Estados-Membros tinham a obrigação legal, ao abrigo da legislação comunitária em vigor, de aumentar esse número. Se reafirmado, o BRTN exigiria que cada Estado-Membro, utilizando qualquer política pró-mediação à sua escolha, determinasse de forma clara um objetivo que representasse uma percentagem mínima de mediações a realizar anualmente, de modo a alcançar o BRTN de acordo com o artigo 1.º da Diretiva da Mediação.

Avançando rapidamente para o presente momento, a Diretiva de 2008 não foi revista em 2016 e mantém-se na sua versão original. Há indicações, no entanto, de que grupos pró-mediação se preparam para levantar novamente a questão da sua alteração. A necessidade de mais mediação surgiu, em particular, aquando dos esforços em lidar com a pandemia de COVID-19. A título de exemplo, um decreto do governo italiano no estado de emergência, convertido em lei em junho de 2020, alargou a obrigatoriedade dos litigantes de tentarem a mediação antes de poderem aceder ao sistema judicial a todas as obrigações contratuais decorrentes das medidas restritivas adotadas pelo Governo para fazer face à pandemia⁴².

Ao longo dos anos que se seguiram à sua publicação, o *Rebooting Study* tem sido, repetidamente, um ponto de referência na literatura internacional sobre mediação e influenciou em muito o início do debate em torno da “eficiência” da mediação. Este estudo destacou com sucesso a necessidade de avaliar se os Estados-Membros tinham alcançado o equilíbrio entre a mediação e o processo judicial visado pela Diretiva. Apesar dos anos decorridos, não foi desenvolvido qualquer estudo ou instrumento para além do BRTN

⁴¹ Ver Relatório de 2016 da Comissão ao Parlamento Europeu sobre a aplicação da Diretiva 2008/52/CE. Ver também o Relatório de 2017 do Parlamento Europeu sobre a *Implementação da Diretiva 2008/52/CE*. Ambos os relatórios analisam as razões do sucesso limitado da Diretiva da Mediação e mencionam as discussões sobre a mediação obrigatória.

⁴² Marco Marinaro (2020, pp. 79 e ss.).

que sugira algo mais que possa fornecer dados fiáveis. E, claro, o *Rebooting Study* trouxe à luz do dia a recomendação de mediadores reais de que os modelos mandatários são mais eficazes do que as medidas voluntárias para aumentar o uso da mediação.

Como acontece com qualquer estudo, é evidente que o *Rebooting Study* foi objecto de críticas e de um escrutínio rigoroso. A sua metodologia foi posta em causa, apesar da extensa documentação sobre a mesma e da confiança nas pessoas “no terreno” quando se tratou do impacto real das políticas de mediação nos diferentes países da UE. Ao interpretarem mal as suas recomendações sobre a extensão e a natureza de qualquer obrigatoriedade, alguns acusaram o estudo de forçar a mediação e de exigir que os litigantes pagassem taxas que, de outra forma, não teriam de pagar – ignorando as prováveis poupanças sistémicas e individuais que resultam do uso da mediação. Outros argumentaram que mais educação pública sobre a mediação era a melhor forma de aumentar a sua utilização, ignorando a extensa evidência de longo prazo de que tal educação, por si só, faz pouca diferença no número de pessoas que tentam a mediação.

4. O modelo de mediação *easy opt-out* em ação no cenário mundial

As considerações anteriores revelam que vários sistemas jurídicos internacionais demonstraram vontade de promover a prática da mediação em grande escala e, para concretizar este objetivo, introduziram uma série de requisitos para a mediação nos seus sistemas judiciais ou legislativos. Mas poucos progressos reais foram feitos sem nenhuma obrigatoriedade, pelo que vários sistemas introduziram, de facto, aspetos obrigatórios apesar de alguma controvérsia gerada. Olhando apenas para alguns exemplos, a natureza da obrigatoriedade tem variado muito, tanto nos Estados Unidos⁴³ como na UE, ao longo das últimas duas a três décadas. Também na Austrália, tanto a remessa obrigatória do tribunal para mediação como a mediação pré-judicial obrigatória foram bem implementadas mesmo antes dos movimentos de muitos dos países aqui mencionados⁴⁴. Tal como com a Diretiva da UE, muitos dos

⁴³ Ver, Nancy Welsh (2011). Ver também Holly A. Streeter-Schaeffer (2001); Richard Birke e Louis Ellen Teitz (2022).

⁴⁴ Ver Alan Limbury (2018). Limbury sublinha que: “*Australian experience shows that, so long as the ‘outcome’ is voluntary, it matters not that the ‘process’ is mandatory*”. Este autor observa ainda que as percentagens de acordos na mediação obrigatória e voluntária são semelhantes. Ver também, *Commercial Mediation in Australia*, Linklaters (de 1 de abril de 2020), disponível em

esforços feitos têm-se deparado com obstáculos, muitas vezes pelas mesmas razões que impediram o progresso da Diretiva.

O modelo de mediação *opt-out* assume-se, então, como um recém-chegado ao palco mundial da mediação “obrigatória”, com, creio eu, o potencial para superar muitos destes obstáculos (*e.g.*, levar a mediação a mais litígios). Nesta seção serão abordados quatro países que utilizam este modelo – Itália, Turquia, Grécia e Azerbaijão. O modelo principal é o sistema italiano, pese embora a Itália tenha tido os seus altos e baixos relativamente aos seus esforços para aumentar o uso da mediação antes de se estabelecer, com sucesso significativo, um sistema de mediação *easy opt-out*. Estes modelos ensinam que a prática da mediação induzida por legislação, bem como os controlos públicos e privados sobre a mesma, geram níveis de qualidade mais rapidamente e de forma mais eficaz, face a infundáveis discussões sobre a qualidade em si. Nenhuma discussão, por si só, irá alguma vez gerar um número significativo de mediações para permitir que a prática de mediação melhore ao longo do tempo; esta foi, pelo menos, a minha experiência quando trabalhei para grandes organizações internacionais de apoio à promoção da mediação em várias partes do mundo, antes de me juntar às Nações Unidas⁴⁵.

Em Itália, antes de 2011, e apesar da legislação a favor da mediação⁴⁶ publicada desde 1993, não havia praticamente mediações comerciais (obrigatórias ou voluntárias). A situação mudou drasticamente em 2011, quando um decreto governamental tornou a mediação uma condição prévia ao jul-

<https://www.linklaters.com/en/insights/publications/commercial-mediation-a-global-review/commercial-mediation-a-global-review/australia>, onde se refere que “*Statistics show that there is a strong settlement rate for matters referred to mediation. For example, in the 2018-2019 financial year, 72% of matters were resolved prior to trial by court-referred mediation in the Federal Circuit Court of Australia [citação omitida]. Even if a matter does not settle at mediation, it is common for a settlement to be reached post-mediation before the matter proceeds to trial. The mediation often assists in narrowing the issues in dispute between the parties and can act as a catalyst for subsequent settlement*”.

⁴⁵ No contexto da ONU, ainda não foi implementado um genuíno sistema de *opt-out*, mas há evidências de movimentos nessa direção, pelo menos baseado na experiência de algumas das suas agências. A título de exemplo, o nosso último Relatório Anual relativo a 2019 refere o desenvolvimento do projeto de mediação interna na UNICEF, que espero que em breve seja adotado pelas restantes quatro agências da ONU servidas pelo meu Gabinete. Cfr. U.N. Funds & Programmes (2020, pp. 17-19).

⁴⁶ Ver *Legge n.º 580, 29 Dicembre 1993*, de Itália.

gamento judicial em determinados casos, tais como contratos bancários e de seguros, bens imobiliários e negligência médica⁴⁷. Com aquele decreto, várias centenas de milhares de mediações foram iniciadas anualmente, sendo que 20% respeitaram a casos em que a mediação era voluntária.

No final de 2012, a taxa de mediações diminuiu drasticamente de 200.000 para cerca de 2.000 por ano após o Tribunal Constitucional ter decidido que era necessário uma lei parlamentar – e não um decreto governamental – para exigir que os litigantes tentassem a mediação antes de irem a tribunal⁴⁸. A constitucionalidade, *per si*, da mediação obrigatória não foi, portanto, abordada pela decisão, que deixou a questão nas mãos do legislador.

Com o número de mediações a cair vertiginosamente, incluindo quase todas as mediações voluntárias, em setembro de 2013 Itália reintroduziu a mediação obrigatória⁴⁹, desta vez através de um ato legislativo do Parlamento italiano. Adicionalmente, a lei suprimiu a obrigação de participar e pagar por um processo de mediação completo nas categorias de casos acima mencionadas⁵⁰. Nos termos da nova lei, as partes passaram a ter de participar apenas numa primeira reunião com o mediador, sob pena de poderem ser objeto de determinadas sanções⁵¹. Na primeira reunião, no entanto, qualquer parte pode decidir suspender imediatamente a mediação pagando apenas uma taxa nominal (cerca de 50 a 100 dólares americanos), sem consequências negativas⁵². Sob este sistema, agora em vigor há nove anos, Itália regista mais de 150.000 mediações por ano⁵³.

A experiência italiana demonstra o efeito de filtragem positivo que mencionei anteriormente. Quando as partes decidem ultrapassar a reunião ini-

⁴⁷ Ver estatísticas da justiça sobre a mediação obrigatória em Itália a 31 dezembro de 2012, disponibilizadas em <https://webstat.giustizia.it/Analisi%20e%20ricerche/Mediazione%20civile%20-%20Anno%202012.pdf>, que revelavam o número de casos pendentes no momento antes da introdução do Decreto 28/2010 e a situação no final de 2012.

⁴⁸ Sentença do Tribunal Constitucional Italiano n.º 272, de 24 de outubro de 2012.

⁴⁹ Decreto Legislativo n.º 28, de 4 de março de 2010 (Itália).

⁵⁰ *Ibidem*, artigo 5.º.

⁵¹ *Ibidem*.

⁵² *Ibidem*.

⁵³ Ver *Studi, analisi e ricerche della DG-Stat* (“*Studies, analyses, and investigations of DG-Stat*”), disponível em <https://webstat.giustizia.it/SitePages/StatisticheGiudiziarie/civile/Mediazione%20Civile.aspx>, consultado em abril de 2021.

cial, a taxa de obtenção de acordo é de cerca de 50%⁵⁴. Esta percentagem é impressionante porque estas partes poderiam ter negociado um acordo cara a cara (mas não tentaram ou tentaram e falharam), e acabaram em mediação apenas por ser um requisito pré-contencioso. Obrigados a “suportar” apenas uma “tentativa de mediação” simples, rápida e barata, estes litigantes acabam por se manter no processo, conseguindo alcançar um acordo mediado em metade dos casos e, assim, retiraram estes processos dos números que pesam sobre o sistema judicial. Como tenho afirmado, se levarmos o cavalo até ao rio, se a água for boa, e soubermos que o cavalo tem sede, o mais provável é que o cavalo beba e com muito gosto.

A experiência italiana também constitui um exemplo concreto de que a introdução de elementos obrigatórios, mais concretamente a mediação obrigatória com a possibilidade de as partes optarem por não participar (por outras palavras, o modelo *easy opt-out*), irá provavelmente aumentar o número de mediações num país. A experiência demonstrou igualmente que o número de mediações voluntárias pode também ser aumentado com a introdução da mediação obrigatória. Em Itália, por exemplo, quando a mediação obrigatória foi introduzida pela primeira vez para certas disputas, o número global de mediações – incluindo as mediações voluntárias – aumentou⁵⁵.

É importante notar também que o sistema italiano foi elogiado como um modelo a seguir. Na sequência da apresentação do “*Rebooting Study*” no Parlamento Europeu, a ex-Vice-Presidente do Parlamento Europeu e relatora da Diretiva da Mediação, Arlene McCarthy, escreveu uma carta pública à

⁵⁴ Ver estatísticas da justiça sobre a mediação obrigatória em Itália a 31 dezembro de 2012, disponibilizadas em <https://webstat.giustizia.it/Analisi%20e%20ricerche/Mediazione%20civile%20-%20Anno%202012.pdf>

⁵⁵ Ver estatísticas da justiça sobre a mediação obrigatória em Itália a 31 dezembro de 2012, disponibilizadas em <https://webstat.giustizia.it/Analisi%20e%20ricerche/Mediazione%20civile%20-%20Anno%202012.pdf>. Ver também as estatísticas do período de 1 de janeiro a 31 de dezembro de 2020, disponíveis em <https://webstat.giustizia.it>. A queda nos casos mostrados no gráfico da página 13, deve-se ao facto de em 2012, com a Sentença n.º 272, de 6 de dezembro, o Tribunal Constitucional ter contestado a constitucionalidade da forma como a regulamentação relativa à mediação obrigatória foi adotada. A mediação obrigatória foi reintroduzida, com algumas alterações face à regulamentação original, pelo chamado “Decreto del fare”, Decreto-Lei n.º 69, de 21 de junho de 2013, contendo “Disposições urgentes para o relançamento da economia”, convertido em lei com modificações pela Lei n.º 98 de 9 de agosto de 2013.

então Ministra da Justiça de Itália, indicando que o modelo *opt-out* de mediação italiano era “*an example the entire EU should learn from*”⁵⁶.

Não é de surpreender que o chamado modelo italiano de mediação tenha moldado a legislação sobre a mediação da Turquia e, mais tarde, também da Grécia. Olhando primeiro para a Turquia, este país adotou gradualmente várias leis que exigem o recurso à mediação como condição prévia à instauração de uma ação judicial, utilizando o modelo *opt-out*. A mediação é agora obrigatória para litígios laborais, comerciais e, a partir de 2020, conflitos de consumo⁵⁷. Um rápido olhar sobre as estatísticas turcas, antes e depois da entrada em vigor da nova lei, ilustra como é simples criar um mercado de mediação de dimensão razoável⁵⁸, ou seja, um mercado em que o número de litígios mediados não seja uma fração minúscula dos litígios objeto de um processo judicial. Sem um mercado deste tipo, todas as discussões sobre a qualidade da mediação, a acreditação, etc., não parecem muito significativas.

A Grécia também modelou explicitamente a sua lei tendo por base o sistema de mediação italiano⁵⁹, ao instituir “*a mandatory initial mediation session for a broad category of cases*”⁶⁰, incluindo conflitos familiares, certos litígios contratuais, e uma vasta gama de outros litígios civis. Tal como em Itália, as partes devem comparecer a uma primeira reunião, mas não são obrigadas a prosseguir com a mediação caso optem por não o fazer⁶¹. As partes podem

⁵⁶ Carta de Arlene McCarthy, membro do Parlamento Europeu, a Anna Maria Cancellieri, Ministra da Justiça de Itália (de 13 de janeiro de 2014).

⁵⁷ Ver Tuba Bilecik (2019). Ver também Vahit Bicak (2020).

⁵⁸ Segundo Bicak (2020), na Turquia, “*According to statistics published by the Ministry of Justice for the year 2019, 239,927 voluntary mediations were filed compared to 885,668 mandatory mediations. Of the mandatory cases, 739,255 were labour dispute cases and 146,413 were commercial disputes. There is no published data related to consumer disputes as mandatory mediation for consumer disputes was only adopted at the beginning of 2020. As a comparison, the total number of cases submitted to judicial courts has reached 6,897,000 in 2019.*”

⁵⁹ Lei grega n.º 4640/2019, Memorando Explicativo, de 30 de novembro de 2019.

⁶⁰ Vassiliki Koumpli (2020).

⁶¹ Embora seja cedo para julgar o impacto do novo modelo grego, um observador afirmou que: “*The new law takes a further step towards institutionalization of mediation and its embodiment in the civil procedural system. Mediation is no longer a purely informal and autonomous process, but it constitutes a part of the legal order and an important regulatory tool. The middle way introduced by the newly enacted scheme bridges the gap between mandatory and voluntary mediation in an attempt not to excessively obstruct the parties’ right to access to justice. And, indeed, even if one accepts that mandatory elements in mediation may erode aspects of voluntariness and autonomy, there is no doubt that such*

também submeter voluntariamente a maioria dos litígios à mediação. Num país onde as sondagens revelam um nível significativo de desconfiança em relação ao sistema judicial, o Ministro da Justiça declarou, logo após a promulgação da lei que: *“Mediation has already produced the first positive results and 15% of the new cases introduced in the initial mandatory session are resolved out of court, while respectively a huge percentage of over 75% of those who voluntarily resort to mediation for commercial and civil disputes, manage to reach in agreement, saving time and money for the smooth resumption of their economic activity”*.

Em março de 2019, o Azerbaijão adoptou um modelo de mediação *opt-out* para conflitos familiares, laborais e comerciais⁶². Os tribunais do Azerbaijão ficaram *“overwhelmed with huge number[s] of incoming cases with very strict deadlines for adoption of decisions”*⁶³. Embora a mediação não tivesse feito parte anteriormente da cultura jurídica do Azerbaijão de forma significativa, *“[t]he Mediation Law is expected to drastically change and shape the dispute resolution culture in Azerbaijan within a short period of time”*⁶⁴.

Considerando os resultados positivos da mediação obrigatória e de outros incentivos em vários países, o que surpreende a maioria dos analistas é a razão pela qual a mediação obrigatória em Itália só abrange cerca de 10% de todos os processos de litígios civis⁶⁵. Como os leitores podem deduzir, o número de mediações que ocorrem onde não existe tal obrigatoriedade (nomeadamente, nos restantes 90% dos casos), é extremamente baixo. Por muito difícil que ainda pareça para muitos entusiastas da mediação, esta diferença acentuada nos números põe de parte a afirmação de que a mediação é sobretudo uma questão cultural. A cultura e a promoção da mediação são obviamente questões importantes, mas certamente não as principais. De facto, como pode o mesmo país ter inúmeras mediações em certos tipos de litígios (nos quais a mediação é obrigatória), e tão poucas ou nenhuma nou-

elements can be a useful tool to encourage mediation on a wider scale. In this respect, the Greek quasi-compulsory scheme could be considered as a temporary expedient to encourage wider use of mediation in general so that it eventually becomes a “complementary” dispute resolution means. It remains to be seen whether it will fulfil its goal, i.e. reduce court workload and save resources in the administration of justice by being seen by the parties and their lawyers as an opportunity to effectively resolve their disputes out of court, or if it will be regarded as a mere procedural formality”.

⁶² Ruslan Mirzayev (2019).

⁶³ Ruslan Mirzayev (2019).

⁶⁴ Ruslan Mirzayev (2019).

⁶⁵ Leonardo D’Urso (2018, pp. 49, 57).

tros tipos (onde a mediação não é obrigatória), quando os litigantes, e especialmente os advogados, são frequentemente os mesmos? A questão primordial é política, como explicaram os vencedores do Prémio Nobel Kahneman, Tversky e Thaler⁶⁶, apoiados, no caso da mediação, pela legislação.

5. Conclusão: porquê agora?

A mediação é valiosa, qualquer que seja a sua duração ou o resultado. Anos de experiência e experimentação demonstraram que a mediação é, até certo ponto, suscetível de beneficiar todas as partes que nela participam, independentemente do seu resultado. De facto, uma mediação “falhada” raramente é, na realidade, um verdadeiro fracasso. A mediação pode não resultar num acordo naquele dia, mas a discussão de questões, cara a cara, pode tornar mais provável a resolução do problema no futuro. Em alternativa, o acordo poderá, pelo menos, ser alcançado relativamente a alguns pontos, deixando menos aspetos para litigar e, conseqüentemente, custos mais baixos a suportar. Pessoalmente, posso ter tido muita sorte, mas após 25 anos de prática de mediação nunca ouvi, de um único participante, que a mediação tinha sido “uma perda de tempo”.

Mas porquê insistir agora na mediação *easy opt-out*, quando, apesar das suas claras vantagens, esta (e outras formas de mediação designada obrigatória) tem lutado para obter aceitação? Porque é que o nosso Príncipe Encantado tem agora mais hipóteses de sucesso? Há muitas respostas a esta pergunta, mas vou abordar apenas algumas. Primeiro, a prática: todas as razões para a sua aplicação continuam a ser válidas. Os tribunais continuam sobrecarregados⁶⁷; a justiça continua demorada para muitos⁶⁸; pelo que aumentar a aplicação da mediação é uma excelente forma de ajudar a superar estes problemas e, por vezes, produzir resultados qualitativamente superiores para as partes. Para além disso, como analisado neste capítulo, temos agora modelos que nos podem ajudar a descobrir, num determinado local e à luz das suas necessidades, como a mediação *easy opt-out*, ou alguma variação deste modelo, pode funcionar.

Em segundo lugar, a natureza humana: há investigação abundante e sólida de que os seres humanos estão “programados” para tomar piores decisões perante litígios, independentemente dos incentivos económicos que,

⁶⁶ Ver Richard H. Thaler & Cass R. Sunstein (2009).

⁶⁷ Ver nota 8 *supra*.

⁶⁸ *Ibidem*.

num determinado sistema, possam tornar o processo judicial mais apetecível do que a mediação para determinados atores nesse sistema.

Em “*Nudge*”, Richard Thaler e o co-autor Cass Sunstein, explicaram, de uma forma acessível, os vieses irracionais e os erros cognitivos que nos levam a tomar decisões inadequadas⁶⁹. Diante deles, Daniel Kahneman e Amos Tversky também nos deram uma visão aprofundada (e para mim de alguma forma preocupante) sobre a forma como as pessoas tomam verdadeiramente decisões face à incerteza⁷⁰. Como diria qualquer advogado que se preze: há sempre alguma incerteza num julgamento, mesmo quando os factos e a lei parecem claramente favoráveis a um dos litigantes. As teorias de tomada de decisão são, portanto, essenciais para a resolução de conflitos.

Thaler e Sunstein sugerem que o caminho para ultrapassar estes desvios e erros, é modificar o contexto em que as decisões são apresentadas, ao qual se referem como “arquitetura de escolha”⁷¹. Ao fazer escolhas, as pessoas estão inclinadas a escolher a opção padrão em vez da opção que as obriga a agir e a fazer esforços⁷². Se o contexto em que as decisões são apresentadas – a arquitetura – for alterado, as pessoas podem ser afastadas de decisões inadequadas baseadas em desvios e erros, mas ainda assim manter a sua autonomia e autodeterminação⁷³.

Seguindo esta linha de pensamento, a mediação voluntária (por mais incentivada que seja) representa um modelo de *opt-in*: as partes precisam agir para que o processo avance. Se não fizerem nada, a via de ação habitual são os tribunais. No modelo *easy opt-out*, ao contrário, as partes são livres de não se envolverem na mediação, mas o mais provável é que a sua inércia as faça avançar com a mediação. Na verdade, as partes devem envidar esforços para contornar a mediação se quiserem iniciar imediatamente o processo judicial. Devem ter de enfrentar possíveis sanções, apresentar as suas motivações para convencer o juiz de que a mediação teria provavelmente falhado, perder potenciais benefícios, etc.

⁶⁹ Richard H. Thaler & Cass R. Sunstein (2009).

⁷⁰ Dois psiquiatras que colaboraram frequentemente em projetos, Kahneman e Tversky, desenvolveram a “*Prospect Theory*”, a qual analisa a forma como as pessoas tomam decisões em situações de risco e incerteza.

⁷¹ Richard H. Thaler & Cass R. Sunstein (2009, p. 81).

⁷² Richard H. Thaler & Cass R. Sunstein (2009, p. 81). Ver também Eric J. Johnson e Daniel Goldstein (2003).

⁷³ Richard H. Thaler & Cass R. Sunstein (2009, p. 83).

Terceiro, política: a nível político, não deve gerar grande preocupação se, como resultado do mecanismo *easy opt-out* que aqui sugiro, muitos processos saírem da via da mediação. Um objetivo importante do modelo é, de facto, filtrar mais eficazmente os casos que são ou não são adequados para a mediação. Além disso, embora estes casos de mediação “falhados” representem de facto um custo, de um ponto de vista sistémico (pondo de lado a questão relevante sobre o que significa realmente “falhar” na mediação), o custo (normalmente moderado) de cada uma destas mediações frustradas deve ser ponderado em relação às poupanças (normalmente muito mais elevadas) atribuídas a cada mediação bem sucedida que não teria tido lugar sem essa reunião inicial⁷⁴.

Finalmente, o estado do mundo: os desenvolvimentos registados em todo o mundo nos últimos anos sublinham a necessidade de os seres humanos melhorarem as suas capacidades de resolução de conflitos a todos os níveis da sociedade⁷⁵. É certo que esta necessidade existe desde que os seres humanos surgiram no nosso planeta. Mas, à medida que o mundo se tornou mais pequeno e as pessoas se tornaram mais interdependentes e mais facilmente capazes de afetar o bem-estar dos outros (intencionalmente ou não, como demonstrado de várias formas pela pandemia), tornou-se cada vez mais importante perceber o que fazer quando estamos em desacordo. Seja a nível da comunidade local, onde uma acusação de assédio ou uma disputa pela guarda de uma criança pode ir primeiro para a mediação, ou a nível do comércio internacional, onde a adoção da Convenção de Singapura sobre Mediação, em 2018, procurou facilitar o “*international trade and (...) promot[e] (...) mediation as an alternative and effective method of resolving trade disputes*”⁷⁶, ou a nível da comunidade internacional, onde a ONU estabeleceu o objetivo de assegurar “*equal access to justice for all*” até 2030, devemos procurar utilizar todas as ferramentas (razoáveis) que pudermos para avançarmos juntos.

⁷⁴ A importância desta análise custo/benefício é ilustrada por dois estudos conduzidos pelo Parlamento Europeu. Ver Guiseppe De Palo, *et al.* (2014) e Guiseppe De Palo, *et al.* (2011).

⁷⁵ Ver U.N., DPPA – Mediation Support Unit em <https://peacemaker.un.org/mediation-support>, consultado a 27.06.2017)

⁷⁶ Cfr. https://uncitral.un.org/en/texts/mediation/conventions/international_settlement_agreements, consultado a 12.03.2023.

Referências bibliográficas

- BARRETT, Jerome T.; BARRETT, Joseph (2004). *A History Of Alternative Dispute Resolution*, Jossey-Bass.
- BICAK, Vahit (2020). *The Mediation Scene in Turkey*, SAGE Mediation Blog, disponível em <https://sagemediation.sg/blog/the-mediation-scene-in-turkey/>, consultado a 13.02.2023.
- BILECIK, Tuba (2019). *Turkish Mandatory Mediation Expands Into Commercial Disputes*, Kluwer Mediation Blog, disponível em <http://mediationblog.kluwerarbitration.com/2019/01/30/turkish-mandatory-mediation-expands-into-commercial-disputes/>, consultado a 13.02.2023.
- BIRKE, Richard; TEITZ, Louis Ellen (2002). “U.S. Mediation in 2001: The Path That Brought America to Uniform Laws and Mediation in Cyberspace”. *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 50 (suplemento), pp. 181-213.
- DE PALO, Giuseppe; CANESSA, Romina (2015). “Sleeping? Comatose? Only Mandatory Consideration of Mediation Can Awake Sleeping Beauty in the European Union”. *Cardozo Journal Conflict Resolution*, Vol. 16, n.º 3, pp. 713-730.
- DE PALO, Giuseppe; TREVOR, Mary B. (2012). “Introduction”. *EU Mediation Law & Practice*, Giuseppe De Palo & Mary B. Trevor (edits.), Oxford University Press, pp. 1-10.
- DE PALO, Giuseppe, *et al.* (2011). *Quantifying The Cost of Not Using Mediation*, Directorate General for Internal Policies – Parlamento Europeu, disponível em <https://www.europarl.europa.eu/document/activities/cont/201105/20110518ATT19592/20110518ATT19592EN.pdf>, consultado a 13.02.2023.
- DE PALO, Giuseppe, *et al.* (2014). *Rebooting The Mediation Directive*, Directorate General for Internal Policies – Parlamento Europeu, disponível em [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2014/493042/IPOL-JURI_ET\(2014\)493042_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2014/493042/IPOL-JURI_ET(2014)493042_EN.pdf), consultado a 13.02.2023.
- D’URSO, Leonardo (2018). “Italy’s “Required Initial Mediation Session”: Bridging the Gap Between Mandatory and Voluntary Mediation”. *Alternatives to the High Cost of Litigation*, Vol. 36, n.º 4, pp. 49-58.
- FOLBERG, Jay (2015). “Development of Mediation Practice in the United States”. *Iuris Dictio*, Ano 16, Vol. 17, pp. 35-39.
- JOHNSON, Eric J.; GOLDSTEIN, Daniel G. (2003). “Do Defaults Save Lives?”. *Science*, Vol. 302, pp. 1338-1339.
- KOUMPLI, Vassiliki (2020). *Greece: Institutionalizing Mediation through Mandatory Initial Mediation Session (Law n.º 4640/2019)*, Kluwer Mediation Blog, disponível em <https://mediationblog.kluwerarbitration.com/2020/01/20/greece-institutionalizing-mediation-through-mandatory-initial-mediation-session-law-4640-2019/#>:

- ~:text=the%20Greek%20Mandatory%20Mediation%20%20Scheme,court%20judgment%20for%20its%20resolution, consultado a 13.02.2023.
- LIMBURY, Alan (2018). *Compulsory Mediation – The Australian Experience*, Kluwer Mediation Blog, disponível em <http://mediationblog.kluwerarbitration.com/2018/10/22/compulsory-mediation-australian-experience/>, consultado a 13.02.2023.
- MARINARO, Marco (2020). “Obblighi contrattuali: la mediazione per risolvere le liti post-emergenza”. *Guida al Diritto del 25 luglio 2020*, pp. 79 e ss.
- MENKEL-MEADOW Carrie (2013). «Regulation of Dispute Resolution in the United States of America: From the Formal to the Informal to the ‘Semi-formal’». *Regulating Dispute Resolution: ADR and Access to Justice at the Crossroads*, Felix Steffek, Hannes Unberath, Hazel Genn, Reinhard Greger & Carrie Menkel-Meadow (eds.), Hart, pp. 419-454.
- MIRZAYEV, Ruslan (2019). *After Italy and Turkey, Azerbaijan Also Follows The Opt-Out Mediation Model*, Kluwer Mediation Blog, disponível em <https://mediationblog.kluwerarbitration.com/2019/05/01/after-italy-and-turkey-azerbaijan-also-follows-the-opt-out-mediation-model/>, consultado a 13.02.2023.
- NOLAN-HALEY, Jacqueline (2015). “Mediation: The Best and Worst of Times”. *Cardozo Journal Conflict Resolution*, Vol. 16, n.º 3, pp. 731-740.
- ONU-DPPA (2020). *UN Support To Local Mediation: Challenges And Opportunities*, disponível em https://peacemaker.un.org/sites/peacemaker.un.org/files/UN%20Support%20to%20Local%20Mediation_Challenges%20and%20Opportunities_1.pdf, consultado a 17.11.2020.
- QUEK, Dorcas (2010). “Mandatory Mediation: An Oxymoron? Examining the Feasibility of Implementing a Court-Mandated Mediation Program”. *Cardozo Journal Conflict Resolution*, Vol. 11, n.º 2, pp. 479-509.
- SANDER, Frank E. A. (2007). “Another View of Mandatory Mediation”. *Dispute Resolution Magazine*, Vol. 13, n.º 2, p. 16.
- SANDER, Frank E. A.; ALLEN, H. William; HENSLER, Debra (1996). “Judicial (Mis) use of ADR? A Debate”. *University of Toledo Law Review*, Vol. 27 pp. 885-895.
- STAVROS, Tsormpatzoglou (2013). *Compulsory mediation: A contradiction?*, Tese de Mestrado, International Hellenic University.
- STREETER-SCHAEFFER, Holly A. (2001). “A Look at Court-Mandated Civil Mediation”. *Drake Law Review*, Vol. 49, n.º 2, pp. 367-389.
- THALER, Richard. H.; SUNSTEIN, Cass R. (2009). *Nudge: Improving Decisions About Health, Wealth, And Happiness*, Penguin Books.
- U.N. FUNDS & PROGRAMMES (2020). *2019 Annual Report Of The Office Of The Ombudsman For United Nations Funds And Programmes*, disponível em <https://fpom>

budsman.org/wp-content/uploads/2020/04/Annual-Report-2019-1.pdf, consultado a 13.02.2023.

WELSH, Nancy (2011). "Mandatory Mediation and its Variations". *Investor-State Disputes: Prevention and Alternative to Arbitration, Vol. 2, Proceedings of the Washington and Lee University and UNCTAD Joint Symposium on International Investment and Alternative Dispute Resolution*, Susan Franck & Anna Joubin-Bret (edit.), Texas A&M Law Scholarship, pp. 108-113.

WORLD BANK (2009). *Doing Business*, disponível em: <https://www.doingbusiness.org/content/dam/doingBusiness/media/Annual-Reports/English/DB09-FullReport.pdf>, consultado a 13.02.2023.

WORLD BANK (2020). *Doing Business*, disponível em <https://openknowledge.worldbank.org/server/api/core/bitstreams/75ea67f9-4bcb-5766-ada6-6963a992d64c/content>, consultado a 13.02.2023.

Capítulo 3

Executoriedade do acordo de mediação em matéria civil e comercial – um princípio em múltiplas facetas

LURDES VARREGOSO MESQUITA

Professora Adjunta do Instituto Politécnico do Porto

Professora Auxiliar da Universidade Portucalense

Investigadora do Instituto Jurídico Portucalense – IJP

SUMÁRIO: 1. Considerações introdutórias ao regime legal da mediação no sistema português. 1.1. Estado da arte no período prévio à Lei da Mediação. 1.2. A (pseudo) lei geral da mediação, aprovada pela Lei n.º 29/2013, de 19 de abril. 1.3. Âmbito da mediação civil e comercial na Lei da Mediação. 1.4. A previsão da executoriedade do acordo de mediação na Lei da Mediação. 2. Força executória do acordo de mediação em matéria civil e comercial, até à entrada em vigor da Lei da Mediação. 3. Força executória do acordo de mediação em matéria civil e comercial, na vigência da Lei da Mediação. 3.1. Âmbito de aplicação e requisitos da executoriedade do acordo de mediação em matéria civil e comercial, à luz do artigo 9.º da Lei da Mediação. 3.2. Outras formas de atribuição de força executória aos acordos de mediação em matéria civil e comercial. 4. Acordo de mediação em litígios transfronteiriços – objeto e executoriedade. 5. Execução do acordo de mediação. 6. Conclusões.

RESUMO: Começando por apresentar o contexto e evolução legislativa da mediação civil e comercial no ordenamento português, o presente texto procura fazer uma reflexão expositiva e crítica do regime da executoriedade do acordo de mediação em matéria civil e comercial, à luz da Lei n.º 29/2013, de 19 de abril, mostrando as motivações do novo regime e as diferenças face ao período anterior à vigência da Lei da Mediação. Nesta matéria, ficam demonstradas as várias vias de formação do título executivo associado à celebração de um acordo de mediação e os respetivos requisitos formais e materiais. A multiplicidade de facetas em que se apresenta a atribuição de força executória a um acordo de mediação garante alguma autonomia às partes, o que lhes é favorável, apesar de alguma dispersão normativa associada, que se procura clarificar. É ainda abordada a força executiva do acordo de mediação em litígios transfronteiriços. Por fim, uma nota sobre a execução do acordo de mediação à luz da lei processual executiva portuguesa.

ABSTRACT: The present text begins by presenting the context and legislative evolution of civil and commercial mediation in the Portuguese legal system, and aims to make an expository and critical reflection on the regime of enforceability of the mediation agreement in civil and commercial matters, under Law 29/2013 of 19 April, showing the motivations of the new regime and also the differences to the previous period of the Mediation Law. In this subject, we demonstrate the several ways of forming the enforcement order by entering into a mediation agreement and its formal and material requirements. This multiplicity of facets of the attribution of enforceability to a mediation agreement guarantees some autonomy to the parties, which is favourable to them, despite some normative dispersion associated, which we are looking to clarify. The enforceability of the mediation agreement in cross-border litigation is also addressed. Finally, a note on the execution of the mediation agreement under Portuguese enforcement procedural law.

1. Considerações introdutórias ao regime legal da mediação no sistema português

A administração da justiça e o direito de acesso à justiça apresentam-se, atualmente, de forma mais consentânea com um sistema heterogéneo, integrado e participativo. Além dos tribunais judiciais, a Constituição da República Portuguesa admite a existência de tribunais arbitrais e de julgados de paz, assim como considera que a lei possa institucionalizar instrumentos e formas de composição não jurisdicional de conflitos, onde se enquadra a mediação (artigos 202.º, n.º 4; 209.º, n.º 1 e 2, da CRP). A verdade é que foi a crise na justiça e o congestionamento dos tribunais que trouxeram os *Alternative Dispute Resolution* (ADR)¹ para o centro da discussão, procurando encontrar formas céleres e mais adequadas à resolução de cada tipo de litígio, que fossem mecanismos de proximidade, informais, participados, e nos quais as partes tivessem um maior domínio sobre o procedimento e, no caso dos meios consensuais, também sobre a solução. Neste contexto, a mediação ganhou o seu merecido espaço, apesar de alguma resistência inicial que, embora atenuada, ainda persiste, como é normal suceder nos ordenamentos da *civil law*².

¹ Usa-se a expressão ADR por ser a forma clássica de referência aos mecanismos extrajudiciais de resolução de litígios, aqui também entendidos como meios adequados de resolução de litígios.

² “*In terms of legal practice and legislative activity, mediation is arguably the fastest growing form of ADR in the world. ... Experiencing rapid growth worldwide, mediation is now an integrated part of many*

1.1. Estado da arte no período prévio à Lei da Mediação

Entre nós, a mediação dá os primeiros passos na área da mediação familiar³, mas é com a criação dos julgados de paz, em 2001, que a mediação civil e comercial passa a ter consagração legal, assumindo a modalidade endo-processual, ou seja, como uma «fase» do próprio processo, embora de natureza voluntária. Proposta a ação num julgado de paz, os serviços administrativos prestam informação sobre a mediação e convidam as partes para uma sessão de pré-mediação (artigos 43.º, n.º 7 e 47.º, n.º 3, da Lei n.º 78/2001, de 13 de julho⁴). Caso a mediação tenha lugar e seja alcançado o acordo, este é homologado pelo juiz de paz (artigos 49.º a 56.º, LJP). Sem prejuízo, os serviços de mediação dos julgados de paz podem também ser usados para a mediação de outros litígios, mesmo fora do âmbito de competência desses tribunais (artigo 16.º, n.º 3, LJP).

Entretanto, foram sendo criados os sistemas públicos de mediação – familiar⁵, laboral⁶ e penal⁷ – mas o regime jurídico da mediação continuava a ter consagração na LJP, nos artigos 16.º, 30.º a 36.º, 49.º a 56.º, da Lei n.º 78/2001,

common law jurisdictions such as the US, Australia and England. In contrast, civil law jurisdictions such as Germany and Austria have displayed, until recently, a greater reluctance to embrace the practice of mediation to resolve legal disputes”. Cfr. Nadja Alexander (2001, p. 110).

³ Foram iniciativas privadas que promoveram o desenvolvimento e funcionamento da mediação familiar, designadamente através da constituição, em 1993, do Instituto Português de Mediação Familiar e, também, da Associação Nacional para a Mediação Familiar. Só mais tarde, em 1997, é que o Estado cria o Gabinete de Mediação Familiar, que trabalhou em articulação com os tribunais e com a Ordem dos Advogados, garantindo um serviço público e gratuito de mediação familiar. Este Gabinete foi criado pelo Despacho n.º 12 368/97, de 9 de dezembro, do Ministério da Justiça, entretanto revogado pela alínea a) do artigo 13.º do Despacho n.º 18 778/2007, aquando da constituição do sistema público de mediação familiar, atualmente regulamentado pelo Despacho n.º 13/2018, de 22 de outubro.

⁴ Com as alterações introduzidas pela Lei n.º 54/2013, de 31 de julho. Doravante, designada Lei dos Julgados de Paz e, abreviadamente, LJP.

⁵ Como se disse, está regulada no Despacho n.º 13/2018, de 22 de outubro, sendo que se articula com os artigos 24.º e 39.º do Regime Geral do Processo Tutelar Cível, aprovado pela Lei n.º 141/2015, de 08 de setembro; e, ainda, com o artigo 1774.º do Código Civil, na matéria do divórcio e separação judicial de pessoas e bens.

⁶ Criada através de Protocolos, celebrados em 5 de maio de 2006, entre associações patronais e sindicais.

⁷ Cujo regime legal está consagrado na Lei n.º 21/2007, de 12 de junho, aprovada na sequência da Decisão Quadro n.º 2001/220/JAI, do Conselho da União Europeia, relativa ao estatuto da vítima em processo penal, onde se previa que os Estados-Membros deviam promover a

na sua versão originária, complementada pela Portaria n.º 1112/2005, de 28 de outubro, que aprovou o Regulamento dos Serviços de Mediação nos Julgados de Paz. E esse regime era aplicado, subsidiariamente, a todos os sistemas de mediação especializada, naquilo que não contrariasse o regime especial.

E foi este quadro legal incipiente, disperso e desconexo, sem qualquer previsão expressa da mediação privada, que se manteve até 2013. Uma realidade que, só por si, não foi benéfica para a consolidação da mediação como instrumento de resolução de litígios.

Neste contexto, é aprovada, em 2008, a Diretiva 2008/52/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 21 de maio, relativa a certos aspetos da mediação em matéria civil e comercial⁸, que impulsionou muitos aspetos que revigoraram o regime da mediação em geral e, em particular, da mediação civil e comercial. Embora tivesse por objeto a harmonização de questões essenciais da mediação na resolução de litígios civis e comerciais, de natureza transfronteiriça^{9/10} – atento o princípio da subsidiariedade que impera em matéria de cooperação judiciária na União Europeia – o certo é que a Diretiva foi responsável por trazer a mediação para o centro da discussão em muitos ordenamentos europeus, provocando a introdução dessa matéria em alguns sistemas onde era inexistente e, noutros casos, o seu aperfeiçoamento¹¹.

mediação em processos crime. Apesar da iniciativa legislativa, a mediação penal, que ainda funciona em termos experimentais, não revelou ter êxito.

⁸ Publicada no Jornal Oficial da União Europeia L 136, de 24 de maio de 2008.

⁹ Como resulta do artigo 1.º do diploma, o seu objeto são os litígios transfronteiriços em matéria civil e comercial, exceto no que se refere aos direitos e obrigações de que as partes não possam dispor ao abrigo do direito aplicável, não abrangendo, nomeadamente, as matérias fiscais, aduaneiras ou administrativas, nem a responsabilidade do Estado por atos ou omissões no exercício da autoridade do Estado (*acta jure imperii*). No mesmo sentido, afirmava o Considerando 8 da Diretiva 2008/52/CE: “O disposto na presente directiva deverá aplicar-se apenas à mediação em litígios transfronteiriços, mas nada deverá impedir os Estados-Membros de aplicar igualmente estas disposições a processos de mediação internos”.

¹⁰ A preocupação com a harmonização destas matérias existe também a nível internacional. Sobre esta questão, ver Lurdes Varregoso Mesquita e Cátia Marques Cebola (2021).

¹¹ Como se concluiu no Relatório da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho e ao Comité Económico e Social Europeu, sobre a aplicação da Diretiva 2008/52/CE, “afigura-se que a aplicação da Diretiva «Mediação» teve um impacto significativo na legislação de muitos Estados-Membros. Além de estabelecer alguns requisitos essenciais para o recurso

No ordenamento português, a transposição da Diretiva foi feita em 2009, através da Lei n.º 29/2009, de 29 de junho, numa primeira tentativa de acomodar as direttrizes da União Europeia. Como veio a constatar-se, foi uma tentativa infeliz. Desde logo, aconteceu de forma descontextualizada, pela mão da lei que, à data, aprovava o Regime Jurídico do Processo de Inventário e que nunca chegou a entrar em vigor em relação a essa matéria. Sendo essa mesma lei a introduzir alterações ao antigo Código de Processo Civil, através do aditamento dos artigos 249.º-A, 249.º-B, 249.º-C e 279.º. O legislador dava assim por cumprida a transposição da Diretiva. Contudo, tratou-se, notoriamente, de uma medida deficitária, que introduziu normas avulsas, isoladas e desprovidas de um regime geral da mediação que as sustentasse. Por isso, não tardou a emendar a mão. Ao dar início à revisão do Código de Processo Civil, a partir de 2011, o legislador pensou também em rever a matéria da mediação e criar um diploma que agregasse o seu regime legal¹². É deste modo que, em 2013, é aprovada a Lei da Mediação, através da Lei n.º 29/2013, de 19 de abril, e, pouco depois, o novo Código de Processo Civil, pela Lei n.º 41/2013, de 26 de junho. Neste novo Código de Processo Civil, manteve-se a disposição relativa à mediação intra-processual, agora inserida no artigo 273.^{o13}.

à mediação em litígios transfronteiriços em matéria civil e comercial, aquela diretiva impulsionou a implantação da mediação também num contexto puramente nacional em toda a UE. Tal deve-se, em especial, ao facto de a maior parte dos Estados-Membros ter alargado o âmbito de aplicação das suas medidas de transposição da Diretiva «Mediação» para o direito nacional. Em geral, esta diretiva contribuiu com o valor acrescentado da UE, sensibilizando os legisladores nacionais para as vantagens da mediação, introduzindo sistemas de mediação ou desencadeando a expansão dos sistemas de mediação vigentes”. Cfr. COM(2016) 542 final, Bruxelas, 26.8.2016, p. 12.

¹² Na Proposta de Lei 116/XII, a exposição de motivos afirma “*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 des congestionamento 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*”.

¹³ O facto de o Código de Processo Civil ter sido aprovado em data posterior à Lei da Mediação e a circunstância de o legislador ser pouco rigoroso, determinou que o artigo 45.º desta Lei faça menção ao artigo 279.º-A do antigo Código de Processo Civil, a propósito da homolo-

1.2. A (pseudo) lei geral da mediação, aprovada pela Lei n.º 29/2013, de 19 de abril

O legislador assumiu que a aprovação da Lei da Mediação permitiria combater a dispersão normativa nesta matéria, assim como dignificar e incentivar a resolução alternativa de litígios pela via da mediação. Temos dúvidas de que tenha conseguido alcançar qualquer um destes propósitos.

Como já tivemos oportunidade de afirmar¹⁴, embora a Lei da Mediação se assumia como de carácter geral, o que na verdade se constata é que nela não se encontram exaustivamente tratados todos os tipos de mediação, nem todas as matérias que se julgam essenciais a um regime geral da mediação. Aliás, apenas um único capítulo – o dos princípios gerais aplicáveis à mediação¹⁵ – é de aplicação a qualquer tipo de mediação, independentemente da sua natureza, conforme dispõe o artigo 3.º. Por outro lado, os sistemas públicos de mediação têm consagração na Lei da Mediação mas, na generalidade das matérias, o regime é definido por remissão para os respetivos atos constitutivos ou regulatórios de cada sistema. É caso para dizer que se vai mantendo a dispersão que pretensamente se quis evitar com a dita lei geral da mediação. Além disso, embora o diploma verse sobre o estatuto do mediador de conflitos de forma mais abrangente e completa, nos seus artigos 23.º a 29.º, continua a faltar um enquadramento profissional regulamentado para o exercício da profissão no sector privado.

Acrescente-se, ainda, que é pouco rigorosa a determinação do seu âmbito de aplicação no espaço. O artigo 10.º, n.º 1, afirma que “*é aplicável à mediação de litígios em matéria civil e comercial realizada em Portugal*” numa expressão do princípio da *lex fori*. Porém, não se encontra expressa a necessidade de o litígio – objeto da mediação – dever ter algum elemento de conexão com o território português mas, por princípio, assim deve ser. Por outro lado, não se esclarece qual o elemento de conexão relevante para efeitos de admissibilidade da mediação à luz da Lei da Mediação portuguesa.

gação de acordo de mediação celebrado na pendência de processo judicial, quando devia ter passado a referir o artigo 273.º do novo Código de Processo Civil.

¹⁴ Cfr. Lurdes Varregoso Mesquita (2017, pp. 17-20).

¹⁵ De acordo com a sistematização da Lei, os princípios gerais aplicáveis à mediação realizada em Portugal correspondem ao capítulo II. Os capítulos seguintes são relativos: ao regime jurídico da mediação civil e comercial (capítulo III); ao regime jurídico dos mediadores (capítulo IV) e ao regime jurídico dos sistemas públicos de mediação (capítulo V).

Enquanto, por exemplo, a lei espanhola determina que é necessário que pelo menos uma das partes tenha domicílio em Espanha e que a mediação se realize em território espanhol (artigo 2.1 da *Ley 5/2012, de 6 de julio*), a lei portuguesa é omissa.

Em face dessa omissão, podem equacionar-se diferentes hipóteses de solução: *i*) desde que iniciado um procedimento de mediação com designação de um mediador que exerce funções em Portugal, independentemente de o litígio e de as partes terem alguma conexão com o território português, a mediação é realizada, à luz da lei portuguesa, e celebrado acordo; *ii*) considerando que estamos na presença de matéria de natureza processual, e por analogia à matéria da competência, quer internacional, quer interna, e ao critério geral que vigora numa e noutra, será de respeitar o foro do *domicílio do réu*, devidamente adaptado ao carácter voluntário e não adversatório da mediação. Por esta última solução, a resolução de um litígio através da mediação regulada na lei portuguesa é admissível e segue os procedimentos do nosso ordenamento, desde que um dos requerentes tenha domicílio em território português. Julga-se ser este o caminho mais aceitável para salvaguarda da eficácia dos acordos obtidos por via da mediação realizada em território português.

1.3. Âmbito da mediação civil e comercial na Lei da Mediação

Onde a novidade foi efetiva, para além do já mencionado capítulo dos princípios gerais e da expressa assunção da mediação privada, foi no que a nova lei dispôs sobre a mediação civil e comercial, nos termos dos artigos 10.º a 22.º da Lei n.º 29/2013.

No que respeita ao âmbito de aplicação material destas disposições, o legislador não se afastou do que ditava a Diretiva 2008/52/CE quando previu, no Considerando 10, que “[a] *presente directiva deverá ser aplicável em matéria civil e comercial. Todavia, não se deverá aplicar aos direitos e obrigações sobre os quais as partes, nos termos do direito aplicável, não sejam livres de decidir por si só. Esses direitos e obrigações são particularmente frequentes em questões de direito da família e de direito do trabalho*”.

Assim, por um lado, o artigo 10.º, n.º 2, da Lei da Mediação esclarece que são mediáveis os litígios de natureza civil e comercial¹⁶, com exclusão dos

¹⁶ Porém, não deve ser esquecida a advertência de Silvia Barona Vilar (2013, p. 123), no sentido de que, estando em causa um litígio transfronteiriço, a interpretação do que se considera «matéria civil e comercial» deve ser feita com recurso à jurisprudência do Tribunal de Justiça

relativos às matérias de família e laborais, que ficam a coberto dos respetivos sistemas públicos de mediação, sendo igualmente afastados, pela sua natureza, os litígios de natureza penal, administrativa e tributária. E, por outro, acrescenta que desses litígios de natureza civil e comercial são mediáveis aqueles que envolvem interesses de natureza patrimonial, logo disponíveis, e aqueles que mesmo não envolvendo esses interesses possam considerar-se disponíveis, ou seja, suscetíveis de transação (artigo 11.º da Lei n.º 29/2013). É clara a opção por um duplo critério, o da patrimonialidade e o da disponibilidade¹⁷. Sobre esta questão, reitera-se aqui a posição já adotada anteriormente¹⁸, no sentido de que é correta a posição do legislador quando opta por assumir que não se pode afastar a mediabilidade da transigibilidade¹⁹. Aqueles direitos que não estão ao alcance da livre vontade das partes, nem mesmo nas instâncias judiciais, também não o podem estar na mediação. Ou seja, a transigibilidade é um traço fundamental. Se a mediação se baseia na transação, enquanto contrato civil com efeitos processuais – conforme previsto no artigo 1248.º do Código Civil – um litígio apenas será mediável na medida em que a celebração dessa transação seja admissível e cumpra os limites legais. Afastar este critério é contrariar o instrumento adequado para a composição do litígio.

Continuamos a entender que é incongruente permitir a mediação sem qualquer limitação, quando isso poderá dar origem a acordos não executórios. Admitir que o acordo de mediação tenha o conteúdo que as partes entenderem, sem restrições, de modo que o controlo da eventual inexecutoriedade por indisponibilidade dos direitos objeto do acordo fosse apenas controlado em fase de execução é tornar o sistema inútil e congestionar os tribunais de processos inviáveis²⁰.

da União Europeia, com uma leitura própria e adequada aos cânones da União Europeia, afastando-se qualquer interpretação que seja exclusivamente consentânea com os ordenamentos jurídicos internos de cada Estado-Membro.

¹⁷ À semelhança, aliás, do critério utilizado na Lei da Arbitragem Voluntária (Lei n.º 63/2011, de 16 de dezembro), numa manifesta intenção de harmonização sistemática em relação às matérias mediáveis e arbitráveis.

¹⁸ Cfr. Lurdes Varregoso Mesquita (2017, pp. 20-22).

¹⁹ Acerca desta discussão, ver Dulce Lopes e Afonso Patrão (2014, pp. 67-73).

²⁰ Neste sentido, Lurdes Varregoso Mesquita (2017, p. 21). No sentido de que o controlo das garantias pode concentrar-se a jusante, em sede de execução, cfr. Dulce Lopes e Afonso Patrão (2014, p. 73).

Sobre os aspetos relacionados com a mediação civil e comercial, versam os já citados artigos 10.º a 22.º da Lei n.º 29/2013, designadamente no que respeita ao procedimento de mediação, à convenção de mediação e à mediação pré-judicial, incluindo os efeitos da mediação na contagem dos prazos de prescrição e caducidade, dando assim cumprimento à transposição da Diretiva 2008/52/CE. Quanto à força executória dos acordos de mediação nesta matéria, a mesma ficou assegurada por via da homologação judicial do acordo, quando fosse o caso, ou através do artigo 9.º da Lei da Mediação, enquanto princípio geral, independentemente da homologação.

1.4. A previsão da executoriedade do acordo de mediação na Lei da Mediação

Cumprindo o desígnio de que “[a] mediação não deverá ser considerada uma alternativa inferior ao processo judicial pelo facto de o cumprimento dos acordos resultantes da mediação depender da boa vontade das partes” e que “[p]or conseguinte, os Estados-Membros deverão assegurar que as partes de um acordo escrito, obtido por via de mediação, possam solicitar que o conteúdo do seu acordo seja declarado executório”²¹, o legislador português fez incluir na Lei da Mediação, no referido artigo 9.º, um princípio geral – que denominou princípio da executoriedade – de acordo com o qual atribui força executiva ao acordo de mediação, sem necessidade de homologação judicial, determinando as exigências formais e substanciais para o efeito²².

De acordo com a orientação europeia, conforme resultava da Diretiva da Mediação, a executoriedade era essencial para consolidar a confiança na mediação e deveria seguir os seguintes contornos: a força executória do acordo de mediação poderia funcionar *ope leges* ou, consoante os casos, emanar de homologação judicial ou ato autêntico de autoridade competente; a

²¹ Considerando 19 da Diretiva 2008/52/CE.

²² Através deste artigo 9.º da Lei da Mediação, o legislador português cumpre a transposição do disposto no artigo 6.º da referida Diretiva 2008/52/CE, onde se impunha aos Estados-Membros: “assegurar que as partes, ou uma das partes com o consentimento expresso das outras, tenham a possibilidade de requerer que o conteúdo de um acordo escrito, obtido por via de mediação, seja declarado executório. O conteúdo de tal acordo deve ser declarado executório salvo se, no caso em questão, o conteúdo desse acordo for contrário ao direito do Estado-Membro onde é feito o pedido ou se o direito desse Estado-Membro não prever a sua executoriedade”; e, ainda, que “[o] conteúdo de um acordo pode ser dotado de força executória mediante sentença, decisão ou acto autêntico de um tribunal ou de outra autoridade competente, de acordo com o direito do Estado-Membro em que o pedido é apresentado”.

atribuição de força executória ao acordo de mediação, quando dependente de ato judicial ou não judicial, deveria resultar da vontade das partes, através de requerimento conjunto ou de uma com o consentimento da outra; tendo em conta o Considerando 22 da Diretiva, as regras em vigor nos Estados-Membros relativas à execução de acordos resultantes da mediação não são afetadas; o critério do respeito pela ordem pública é considerado fundamental na atribuição da força executória. Ora, como se verá, o legislador português não deixou de cumprir o que se impunha, à semelhança dos demais Estados-Membros²³.

Antes de desenvolver a temática da força executória do acordo de mediação em matéria civil e comercial, antecipamos duas notas. A primeira para referir que a expressa previsão da executoriedade do acordo de mediação na Lei da Mediação não quis significar que a força executória de um acordo de mediação fosse uma completa novidade, antes ganhou diferentes contornos. A segunda para reforçar que é ilusório pensar que os mecanismos consensuais de resolução de litígios «sobrevivem» em completo alheamento dos instrumentos coercitivos, por mais paradoxal que possa parecer esta afirmação. É bem verdade que “(...) *la génesis acerca del cumplimiento del acuerdo de mediación y su entronque con la voluntad de los sujetos de someterse a mediación, no siempre encuentra acomodo en un evidente deseo, de esas mismas partes, de cumplir el acuerdo de mediación en sus propios términos*”²⁴.

O já citado Relatório da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho e ao Comité Económico e Social Europeu, sobre a aplicação da Diretiva 2008/52/CE, aponta que “[a] maioria das partes interessadas considera eficazes as práticas relativas à executoriedade dos acordos obtidos por mediação. Alegaram que muito raramente é necessário fazer executar um acordo

²³ A este propósito, o já citado Relatório da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho e ao Comité Económico e Social Europeu, sobre a aplicação da Diretiva 2008/52/CE, refere que “[t]odos os Estados-Membros preveem a executoriedade dos acordos obtidos por mediação, em conformidade com a Diretiva «Mediação», tendo alguns superado os seus requisitos: a Bélgica, a República Checa, a Hungria e Itália não requerem expressamente o consentimento de todas as partes no litígio para o pedido de executoriedade do acordo obtido por mediação. Na Grécia e na Eslováquia, o pedido de executoriedade pode ser apresentado por uma das partes sem o consentimento expresso das outras. Nos termos da lei polaca, ao assinarem o acordo, as partes dão o seu consentimento ao pedido de aprovação pelo tribunal da execução do mesmo”. Cfr. COM(2016) 542 final, Bruxelas, 26.8.2016, p. 10.

²⁴ Antonio María Lorca Navarrete (2012, p. 194).

obtido por mediação. Em sua opinião, a própria natureza da mediação reforça a possibilidade de as partes, uma vez obtida a sua aprovação, virem a cumprir o acordo”. Porém, aqueles “que consideram as práticas ineficazes, entendem que os acordos obtidos por mediação devem ter força executória, independentemente da vontade das partes”. E acrescentam que “a fim de garantir a eficácia da mediação, a melhor prática poderia consistir em permitir que uma das partes peça a declaração de executoriedade do acordo, mesmo sem o consentimento expresso da outra”²⁵.

2. Força executória do acordo de mediação em matéria civil e comercial, até à entrada em vigor da Lei da Mediação

Em momento anterior à entrada em vigor da Lei da Mediação, ou seja, até 20 de maio de 2013, não havia qualquer referência expressa à executoriedade do acordo de mediação. Isso não significava, porém, a ausência de solução. Considerando a generosidade do ordenamento português na atribuição de força executiva aos documentos escritos, a lei processual civil dava facilmente cobertura à formação de um título executivo.

Em todo o caso, é conveniente distinguir a forma pela qual foi obtido e formalizado o acordo de mediação. Vejamos.

i) Acordo de mediação celebrado no âmbito de procedimento de mediação endoprocessual, inserido em ação que correu termos num julgado de paz

O artigo 56.º da LJP dispunha – como hoje ainda dispõe – que “[s]e as partes chegarem a acordo, é este reduzido a escrito e assinado por todos os intervenientes, para imediata homologação pelo juiz de paz, tendo valor de sentença”. Assim sendo, na medida em que a obrigação assumida fosse de pagar uma quantia, entregar uma coisa ou realizar uma prestação (positiva ou negativa) e, por isso, dissesse respeito a uma obrigação passível de realização coerciva, a sentença homologatória constituía – como atualmente constitui – título executivo, nos termos da alínea *a*) do n.º 1 do artigo 46.º do antigo Código de Processo Civil (que tem correspondência com o artigo 703.º do novo Código de Processo Civil).

²⁵ Cfr. Relatório da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho e ao Comité Económico e Social Europeu, sobre a aplicação da Diretiva 2008/52/CE, p. 10.

ii) Acordo de mediação obtido em mediação extraprocessual

Se o acordo fosse celebrado como resultado de um procedimento de mediação em matéria civil ou comercial realizado à margem de um processo (judicial ou no julgado de paz)²⁶, quer esse acordo adotasse a forma de documento autêntico ou de documento particular autenticado, quer a de mero documento particular – que à data tinha força executória – poderia constituir título executivo, ao abrigo das alíneas *b)* e *c)* do n.º 1 do artigo 46.º do antigo Código de Processo Civil [que têm correspondência, em parte, com o artigo 703.º, alíneas *b)* e *c)*, do novo Código de Processo Civil], desde que, no caso dos documentos elaborados ou autenticados, por notário ou por outras entidades ou profissionais com competência para tal, houvesse sido constituída ou reconhecida qualquer obrigação; ou, no caso dos documentos particulares, estes estivessem assinados pelo devedor e deles resultasse a constituição ou reconhecimento de obrigações pecuniárias, cujo montante fosse determinado ou determinável por simples cálculo aritmético de acordo com as cláusulas dele constantes, ou de obrigação de entrega de coisa ou de prestação de facto.

Em face do exposto, bem se pode concluir que, antes da entrada em vigor da Lei da Mediação e mesmo depois, até à entrada em vigor do novo Código de Processo Civil, a 1 de setembro de 2013, a exequibilidade dos acordos de mediação civil e comercial não constituía um problema no ordenamento português, devido à abertura do elenco de títulos executivos admitidos na lei processual²⁷. Contudo, o atual Código de Processo Civil veio introduzir alterações nesta matéria, porquanto os documentos particulares, nos termos e condições acima referidas – que seriam a forma habitualmente utilizada

²⁶ Antes da entrada em vigor da Lei da Mediação, a lei não se referia expressamente à mediação privada, mas esta funcionava mesmo não se encontrando regulada. Por outro lado, como já se disse, os serviços de mediação dos julgados de paz podiam (e podem), ao abrigo do artigo 16.º, n.º 3, da LJP, mediar litígios «avulsos», ou seja, sem que estejam associados a uma ação declarativa proposta nesse tribunal. Nessa medida, os acordos de mediação aqui alcançados não eram sujeitos a homologação pelo juiz de paz.

²⁷ Noutros ordenamentos, como o espanhol, também havia a preocupação de encontrar soluções. Ainda não se encontrava vigente a Lei da Mediação Espanhola – que só veio a ser aprovada pelo *Real Decreto-ley 5/2012, de 5 de marzo* – e Marta Blanco Carrasco (2009, p. 216) já defendia, neste mesmo sentido, que o acordo de mediação – a que atribuía a natureza de «negócio jurídico mediado» – fosse submetido a escritura pública, com vista a obter eficácia executiva.

num acordo de mediação – deixaram de ser título executivo²⁸. Contudo, importa salientar que os acordos de mediação celebrados por documento particular com força executiva, à luz do antigo Código de Processo Civil, mantêm a sua exequibilidade, em face da declaração de inconstitucionalidade com força obrigatória geral do artigo 703.º do Código de Processo Civil, conjugado com o artigo 6.º, n.º 3, da Lei n.º 41/2013, de 26 de junho, na interpretação de acordo com a qual a nova disposição, que retirou exequibilidade aos documentos particulares, era aplicável a documentos particulares emitidos em data anterior à sua entrada em vigor²⁹.

Foi por isso oportuno e conveniente que a Lei da Mediação introduzisse a questão da executoriedade dos acordos de mediação, criando um título executivo extraordinário.

3. Força executória do acordo de mediação em matéria civil e comercial, na vigência da Lei da Mediação

Após a entrada em vigor da Lei da Mediação, a matéria da exequibilidade do acordo de mediação passa a ter consagração no artigo 9.º da Lei n.º 29/2013, onde é consagrado o designado “princípio da executoriedade”. Considerando as alterações legislativas na matéria dos títulos executivos, já supra referidas, e face à necessidade de apurar as garantias associadas à formação do novo «tipo» de título executivo, seguindo as orientações da Directiva 2008/52/CE, era expectável a «novidade».

²⁸ Contrariando a tendência natural no ordenamento português, o legislador de 2013 optou por uma diminuição dos títulos executivos negociais. Justificou-o com a necessidade de evitar o enxameamento das execuções com enxertos declarativos e, reflexamente, quis reforçar o uso do procedimento de injunção. Afirmou, claramente, que pretendia incentivar o recurso ao procedimento de injunção e expurgar das execuções os enxertos declarativos a que, de modo recorrente, davam azo as execuções baseadas em documento particular, os quais desvirtuavam a verdadeira função do processo executivo, cfr. Exposição de Motivos à Proposta de Lei n.º 113/XII, PL 521/2012, 2012.II.22, pp. 19-20, disponível em: <https://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalheIniciativa.aspx?BID=37372> [consultado a 30.12.2022].

²⁹ Cfr. Acórdão do Tribunal Constitucional 408/2015, de 14 de Outubro. Através dele se “declara, com força obrigatória geral, a inconstitucionalidade da norma que aplica o artigo 703.º do Código de Processo Civil, aprovado em anexo à Lei n.º 41/2013, de 26 de junho, a documentos particulares emitidos em data anterior à sua entrada em vigor, então exequíveis por força do artigo 46.º, n.º 1, alínea c), do Código de Processo Civil de 1961, constante dos artigos 703.º do Código de Processo Civil e 6.º, n.º 3, da Lei n.º 41/2013, de 26 de junho”.

3.1. Âmbito de aplicação e requisitos da executoriedade do acordo de mediação em matéria civil e comercial, à luz do artigo 9.º da Lei da Mediação

Neste enquadramento, a lei atribui força executiva a um documento particular – o acordo de mediação – desde que reunido um conjunto de condições, independentemente da homologação judicial. A exequibilidade resulta da conjugação do artigo 9.º da Lei da Mediação com a alínea *d*) do n.º 1 do artigo 703.º do Código de Processo Civil. Significa isto que, por força da lei e sem que seja necessário qualquer ato adicional das partes³⁰, o acordo de mediação serve de base, em caso de incumprimento, para a propositura da correspondente ação executiva, que será de pagamento de quantia certa, de entrega de coisa certa ou de prestação de facto, consoante a obrigação que conste do título executivo (cfr. artigo 10.º, n.ºs 5 e 6, do Código de Processo Civil).

Atendendo ao âmbito aqui em estudo, estamos a falar da atribuição de força executiva aos acordos de mediação em matéria civil e comercial celebrados no sistema privado de mediação, nos serviços de mediação dos julgados de paz – quando utilizados autonomamente, ou seja, sem que as partes mediadas tenham ali proposto uma ação – ou, ainda, no caso da mediação intra-processual, sempre que as partes entendam não submeter o acordo de mediação à homologação judicial³¹. Em qualquer destas situações, julga-se

³⁰ Embora a Diretiva 2008/52/CE tenha dado abertura na definição dos contornos de executoriedade do acordo de mediação, no entendimento de Paula Costa e Silva (2009, pp. 81-83) o legislador europeu deu um sinal no sentido de que a força executória de um acordo de mediação devia ficar dependente de um ato voluntário das partes que, em qualquer caso, deveriam apresentar esse pedido a uma autoridade, contrariando a possibilidade de criação de um título executivo independentemente da vontade das partes.

³¹ Esta situação reporta-nos ao regime da mediação intraprocessual, isto é, a mediação que tem lugar na pendência de um processo que corre termos no tribunal – a pedido das partes ou sugerida pelo juiz às partes, que consentem – conforme previsto no artigo 273.º do Código de Processo Civil. Esta modalidade de mediação foi outro dos objetivos da Diretiva 2008/52/CE, nos termos do artigo 5.º, n.º 1, no sentido de criar um regime processual em que “*o tribunal perante o qual fosse proposta uma acção pudesse, quando tal se revelasse adequado e tendo em conta todas as circunstâncias do caso, convidar as partes a recorrerem à mediação para resolverem o litígio. Podia também ser o tribunal a convidar as partes a assistir a uma sessão de informação sobre a utilização da mediação, se tais sessões se realizassem e fossem facilmente acessíveis*”.

Quando as partes são remetidas para a mediação, a instância suspende-se, ao que a lei impõe um prazo máximo de três meses. Corridos os respetivos trâmites da mediação, cessará a sus-

que a lei não obriga à homologação do acordo de mediação, estando assim cumprida uma das condições do referido artigo 9.º.

Quanto às demais condições, a lei determina que³²: *i)* o acordo diga respeito a litígio que possa ser objeto de mediação; *ii)* as partes tenham capacidade para a sua celebração; *iii)* o procedimento de mediação tenha sido realizado no estrito cumprimento da lei; *iv)* o conteúdo do acordo não viole a ordem pública; *v)* o mediador de conflitos se encontre inscrito na lista de mediadores de conflitos organizada pelo Ministério da Justiça, salvo se se tratar de um sistema público de mediação.

Uma nota sobre cada um destes pontos:

- i)* O litígio a que o acordo porá fim tem que ser mediável, à luz do critério estabelecido no artigo 11.º da Lei da Mediação. Já acima se expôs que devem estar em causa direitos de natureza patrimonial ou, ainda que não o sejam, que a lei permita às partes transigir sobre eles. Prevalece, assim, o critério da transigibilidade³³.
- ii)* Considerando que o acordo de mediação é, na sua base, um negócio jurídico, as declarações de vontade devem emanar daquele que, sendo pessoa singular, possua capacidade de exercício de direitos; ou, sendo pessoa coletiva, se encontre legalmente representada.
- iii)* Se o acordo de mediação é o resultado de um procedimento de mediação e este procedimento se encontra regulado por lei, em nome da defesa das garantias dos mediados, então os efeitos do acordo,

penção da instância, automaticamente e sem necessidade de qualquer ato do juiz ou da secretaria, quando não seja alcançado o acordo e disso o mediador dê conhecimento ao tribunal, preferencialmente por via eletrónica. Nos casos em que as partes cheguem a acordo, este é remetido ao tribunal, preferencialmente por via electrónica, seguindo-se os termos definidos na lei para a homologação dos acordos de mediação (artigo 273.º, n.ºs 4 e 5, do Código de Processo Civil; e artigo 14.º *ex vi* artigo 45.º da Lei da Mediação).

Embora a submissão do acordo a homologação pareça ser um imperativo legal, entendemos que deve prevalecer a autonomia da vontade das partes e, nesse sentido, terem o domínio sobre a decisão de submeter, ou não, o acordo a homologação judicial. Caso decidam manter o acordo de mediação e cessar o processo judicial, será aplicável a causa de extinção da instância por inutilidade superveniente da lide [cfr. artigo 277.º, alínea *e*), do Código de Processo Civil]. Em sentido diferente, ver Maria França Gouveia (2018, pp. 88-89).

³² Na análise destas condições, seguiremos de perto as posições já defendidas por Lurdes Vargoso Mesquita e Cátia Marques Cebola (2020, pp. 55-72).

³³ Cfr. *supra*, ponto 1.3.

incluindo a força executória, só se produzem se o procedimento não estiver ferido de nenhum vício, formal ou substancial. Por um lado, tem que se ter dado cumprimento a todas as fases da mediação (pré-mediação e sessões de mediação), as partes e o mediador têm que ter assinado o protocolo de mediação, assim como o acordo de mediação, e todo o procedimento tem que se ter pautado pelos princípios gerais da mediação, designadamente a voluntariedade, a confidencialidade, a igualdade, a independência, a imparcialidade, além do direito à informação esclarecida de tudo quanto pudesse influenciar a decisão dos mediados. Porém, considerando a flexibilidade do procedimento de mediação e também o princípio da confidencialidade, a posterior sindicância deste requisito cingir-se-á ao que possa conhecer-se.

- iv) Sobre a violação da cláusula geral de ordem pública, esta é uma limitação que tem especial interesse quando estão em causa acordos de mediação recebidos de outro Estado-Membro, em litígios transfronteiriços. Trata-se, aliás, de uma limitação admitida pela própria Diretiva 2008/52/CE, no n.º 1 do artigo 6.º e no seu Considerando 19, ao dizer “[o]s Estados-Membros só deverão poder recusar declarar esse acordo executório se o seu conteúdo for contrário ao direito interno, incluindo o direito internacional privado, ou se o seu direito não prever o carácter executório do conteúdo do acordo específico. Tal poderá acontecer se a obrigação especificada no acordo não tiver, pela sua natureza, carácter executório”. No entanto, não deixa de ser uma exigência de aplicação geral, sindicável, cuja falta retira a força executória ao acordo de mediação. A cláusula geral de ordem pública é o «filtro» que assegura o respeito e conformidade com os princípios gerais e os direitos fundamentais, liberdades e garantias do ordenamento jurídico, tanto de natureza processual como material.
- v) Nos termos do n.º 3 do artigo 9.º da Lei da Mediação, as qualificações e demais requisitos de inscrição na lista, incluindo dos mediadores nacionais de Estados-Membros da União Europeia ou do espaço económico europeu provenientes de outros Estados-Membros, bem como o serviço do Ministério da Justiça competente para a organização da lista e a forma de acesso e divulgação da mesma, são definidos na Portaria n.º 344/2013, de 27 de novembro, que indica o serviço competente para organizar a lista de mediadores de conflitos, bem como os requisitos de inscrição, a forma de acesso e divulgação da mesma. Nessa conformidade, a entidade competente é a Direção-

-Geral da Política de Justiça (DGPJ), que procedeu à organização e publicação da lista de mediadores privados³⁴. Assim, para exercer a mediação privada não é obrigatório estar inscrito na lista de mediadores privados organizada pela DGPJ, mas os mediadores não inscritos, que disso devem dar conta às partes, não estão aptos a subscrever acordos de mediação dotados de força executória, o que fragiliza a sua intervenção. Com esta exigência, o legislador acaba por promover a inscrição dos mediadores nas listas sufragadas pelo Ministério da Justiça.

3.2. Outras formas de atribuição de força executória aos acordos de mediação em matéria civil e comercial

A força executória de um acordo de mediação pode ser atribuída por outras formas, para além da que resulta do já exposto regime previsto no artigo 9.º da Lei da Mediação. Uma das vias é a homologação por sentença do acordo de mediação e a outra é a celebração do acordo de mediação por uma forma mais solene, seja por documento exarado pelo notário, seja por documento particular autenticado por notário ou por outro profissional com competência para o ato, designadamente Advogado ou Solicitador.

No entanto, independentemente da forma adotada, mantêm-se condições subjetivas e objetivas idênticas às que o legislador associou à executoriedade direta, por meio do referido artigo 9.º.

i) Título judicial através da homologação por sentença do acordo de mediação

Este caso pode suceder por homologação do acordo de mediação celebrado na pendência de processo declarativo, seja num tribunal judicial, por força do artigo 273.º do Código de Processo Civil, seja num julgado de paz, ao abrigo do artigo 56.º, n.º 1, da LJP; ou, por iniciativa das partes, em consequência de mediação pré-judicial, nos termos do artigo 14.º da Lei da Mediação.

Na primeira situação, a mediação ocorre e o acordo é celebrado em sede de mediação intraprocessual³⁵ e, na segunda, no âmbito da mediação endoprocessual, na medida em que a mediação é uma fase do próprio processo. Num caso e noutro, os termos a seguir no ato homologatório do acordo, além

³⁴ Disponível em <https://dgpj.justica.gov.pt/Resolucao-de-Litigios/Mediacao/Lista-de-mediadores-privados>.

³⁵ Ver, supra, nota 31.

do disposto nas disposições próprias destas matérias³⁶, são ainda os previstos no artigo 290.º, n.º 3, do Código de Processo Civil, pelo que compete ao juiz *“examinar se, pelo seu objeto e pela qualidade das pessoas que nela intervieram, a transação é válida, e, no caso afirmativo, assim é declarado por sentença, condenando-se ou absolvendo-se nos seus precisos termos”*. Sem prejuízo, como defende Luís Filipe Pires de Sousa³⁷, numa afirmação feita a propósito da homologação de acordo obtido em conciliação, mas que se julga extensível à homologação de qualquer transação, independentemente do meio que esteve subjacente à sua celebração, «[n]a definição sobre o âmbito do controle material sobre o conteúdo do acordo releva o novo regime instituído pela Lei da Mediação. Nos termos do Artigo 14.º, n.º 3, da Lei da Mediação, a homologação do acordo obtido tem por finalidade verificar se o acordo “respeita os princípios gerais de direito, se respeita a boa-fé, se não constitui um abuso de direito e o seu conteúdo não viola a ordem pública.” Esta norma aplica-se à tentativa de conciliação por interpretação enunciativa (argumento a pari, identidade de razão) e por força da unidade do sistema Jurídico (Artigo 9.º, n.º 1, do Código Civil)».

Por fim, a terceira situação enunciada insere-se no regime da mediação pré-judicial, representativa de um mecanismo que assegura a ligação da mediação à via judicial, num sinal de segurança para as partes. Começando por contextualizar, o artigo 14.º da Lei da Mediação prevê a faculdade de as partes requererem a homologação do acordo obtido em mediação pré-judicial, essencialmente como forma de articulação entre a mediação e os meios judiciais, com vista a reforçar o valor executório do documento^{38/39}.

³⁶ Cfr. art. 273.º do CPC e art. 14.º da LM, *ex vi* art. 45.º da LM.

³⁷ Luís Filipe Pires de Sousa (2019, p. 68).

³⁸ O requerimento de homologação é apresentado conjuntamente pelas partes, preferencialmente por via eletrónica, nos termos da Portaria n.º 280/2013, de 26 de agosto. Como já tivemos oportunidade de afirmar, “[a] exigência de apresentação conjunta não é desadequada. Julga-se, aliás, que é a solução adaptada ao perfil não adversatório da mediação. Mas se, na verdade, a homologação apenas interessar a uma das partes, os custos com a homologação deviam ser suportados por ela ou pensar-se na isenção dos custos processuais para estes casos. Por outro lado, como aliás resulta da Directiva, a apresentação do pedido de homologação deve poder ser apresentado por uma parte com o consentimento da outra parte e não apenas com a obrigatoria subscrição conjunta do requerimento. Sobre o modo de apresentação do requerimento, a lei determina a utilização, preferencial, da via electrónica (artigo 14.º, n.º 2, da Lei da Mediação). Esta solução deve ser interpretada à luz do regime processual previsto no nosso ordenamento interno para os actos das partes (artigo 144.º, do Código de Processo

E por via da sentença homologatória do acordo de mediação fica constituído um título executivo equiparado à sentença, o que no ordenamento português é um aspeto significativo, na medida em que as execuções baseadas em sentença iniciam-se com penhora imediata, caso em que o executado só é citado após a penhora.

A sentença homologatória do acordo de mediação não é uma mera sentença de preceito. Apresentado o requerimento de homologação, ao que as partes juntam o respetivo acordo de mediação, o juiz deve verificar se o litígio em causa podia ser objeto de mediação, se as partes têm capacidade, se o acordo alcançado respeita os princípios gerais de direito, se respeita a boa-fé, se não constitui um abuso do direito e se o seu conteúdo não viola a ordem pública (artigo 14.º, n.º 3, da Lei da Mediação). Aparentemente, são aqui elencadas mais condições do que as que constam do artigo 9.º da Lei da Mediação, ou seja, além do respeito pela cláusula geral de ordem pública, a norma refere expressamente o respeito pelos princípios gerais de direito, pelo princípio da boa fé e rejeita o abuso de direito. Contudo, como conclui Mariana França Gouveia⁴⁰, na realidade não há diferença, porquanto o cumprimento da cláusula geral de ordem pública implica o respeito pelos

Civil). Neste sentido, a prática do acto por via electrónica apenas se torna obrigatório se as partes tiverem constituído mandatário. Contudo, está consagrada a dispensa da prática do acto por via electrónica quando se trate de «causa» que não importe a constituição de mandatário, como efectivamente sucede na mediação, e a parte não esteja patrocinada (artigo 144.º, n.º 7, do Código de Processo Civil). Nesse caso, os actos processuais também podem ser apresentados a juízo pelas formas tradicionais, ou seja: a) Entrega na secretaria judicial, valendo como data da prática do ato processual a da respectiva entrega; b) Remessa pelo correio, sob registo, valendo como data da prática do ato processual a da efectivação do respectivo registo postal; c) Envio através de telecópia, valendo como data da prática do ato processual a da expedição. Será demasiado oneroso criar um regime que obrigue as partes a constituírem mandatário apenas para efeitos de homologação do acordo de mediação. Poderá aceitar-se que seja o próprio mediador a apresentar o requerimento de homologação, em representação de ambas as partes, se, ao mesmo tempo, tiver condições de exercer o mandato forense, caso contrário, o mediador fica à margem deste regime de homologação do acordo.” Cfr. Lurdes Varregoso Mesquita (2017, pp. 34-35).

³⁹ Quanto à competência para a homologação, cabe aos tribunais judiciais, sem limitação em razão do território, mas condicionada em razão da matéria, de modo que o requerimento pode ser apresentado em qualquer tribunal, desde que competente em razão da matéria (artigo 14.º, n.º 2, da Lei da Mediação).

⁴⁰ Cfr. Mariana França Gouveia (2014, pp. 91-93).

princípios gerais de direito, onde se inclui o princípio da boa-fé, que por sua vez afasta o abuso de direito.

ii) Título extrajudicial através da celebração do acordo de mediação por documento autêntico ou documento particular autenticado

Em face do que se disse até aqui, parece estarem esgotadas as formas de atribuição de força executiva a um acordo de mediação. Porém, exploramos uma outra hipótese, através da aplicação da alínea *b)* do n.º 1 do artigo 703.º do Código de Processo Civil, onde se determina que são títulos executivos os “*documentos exarados ou autenticados, por notário ou por outras entidades ou profissionais com competência para tal, que importem constituição ou reconhecimento de qualquer obrigação*”. Aparentemente, esta possibilidade colide com a atribuição de força executiva ao acordo de mediação que resulta da alínea *d)* do n.º 1 do citado artigo 703.º, conjugado com o artigo 9.º da Lei da Mediação. Mas haverá alguma situação em que o acordo de mediação não possa considerar-se título executivo pela referida alínea *d)* e possa sê-lo pela alínea *b)*, adotando a forma de documento autêntico ou documento particular autenticado? Considera-se que sim, exclusivamente no caso de se tratar de acordo obtido em sede de mediação privada e o requisito em falta ser a ausência de intervenção de mediador de conflitos inscrito na lista de mediadores de conflitos organizada pelo Ministério da Justiça⁴¹. Em tudo o mais, por se tratar de condições de natureza material inultrapassáveis, mantém-se a exigência.

4. Acordo de mediação em litígios transfronteiriços – objeto e executoriedade

A razão de existir da Diretiva 2008/52/CE relativa a certos aspetos da mediação em matéria civil e comercial foi “*facilitar o acesso à resolução alternativa de litígios e em promover a resolução amigável de litígios, incentivando o recurso à mediação e assegurando uma relação equilibrada entre a mediação e o processo judicial*” (artigo 1.º da Diretiva), sendo que se dirigia expressamente aos litígios transfronteiriços em matéria civil e comercial. Ou seja, “*deverá aplicar-se aos processos em que duas ou mais partes num litígio transfronteiriço procurem voluntariamente chegar a um acordo amigável sobre a resolução do seu litígio, com a assistência de um mediador*” (Considerando 10).

⁴¹ No mesmo sentido, Mariana França Gouveia (2018, pp. 94-96) afirma que o artigo 9.º da Lei da Mediação não exclui outras formas de conferir executoriedade ao acordo.

Sobre o que são litígios transfronteiriços, para este efeito, a lei portuguesa não trata de conceptualizar⁴². Nessa medida, teremos de recorrer aos conceitos presentes na Diretiva.

De acordo com o diploma europeu, considera-se litígio transfronteiriço um litígio em que pelo menos uma das partes tenha domicílio ou residência habitual num Estado-Membro distinto do de qualquer das outras partes, à data em que: a) *As partes decidam, por acordo, recorrer à mediação após a ocorrência de um litígio*; b) *A mediação seja ordenada por um tribunal*; c) *A obrigação de recorrer à mediação se constitua ao abrigo do direito interno, ou*; d) *Para efeitos do artigo 5.º [recurso à mediação em processo pendente], seja dirigido um convite às partes*. O critério utilizado é subjetivo, pois são as partes, através do seu domicílio ou residência habitual em Estados-Membros diferentes, que convertem a natureza do litígio em transfronteiriço, e não os factos que integram o litígio, que poderão até ter todos ocorrido no mesmo Estado-Membro.

No que respeita à executoriedade dos acordos de mediação celebrados para pôr fim a um litígio transfronteiriço, o que o legislador pretendeu foi a livre circulação desses documentos, sem necessidade de outros atos complementares, para efeitos de execução noutro Estado-Membro diverso daquele em que tenha decorrido o procedimento de mediação. O mesmo que dizer, por paralelo ao regime do reconhecimento e execução de sentenças estrangeiras, a abolição do «exequatur». Para isso, de modo a respeitar o princípio do reconhecimento mútuo e estabelecer a confiança entre os vários ordenamentos jurídicos da União Europeia, estabeleceu um conjunto de matérias a harmonizar, incluindo a questão da executoriedade do acordo de mediação. E, nessa sequência, consagrou que os acordos de mediação considerados título executivo num ordenamento jurídico eram automaticamente reconhecidos, como tal, noutro Estado-Membro.

É assim que o legislador português, em cumprimento da Diretiva, estabelece que “[t]em 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, se o ordenamento jurídico desse Estado também lhe atribuir força executiva” (artigo 9.º, n.º 4, da Lei da Mediação).

⁴² No ordenamento espanhol, por exemplo, consagra-se expressamente a noção de litígio transfronteiriço, através de um conceito mais amplo, em que basta que uma das partes tenha domicílio no território de outro Estado-Membro no momento em que decidem e formalizam o recurso à mediação, independentemente de o litígio ser anterior ou posterior à fixação do domicílio noutro Estado (artigo 3.1 do *Real Decreto-ley* 5/2012, de 6 de julho).

De acordo com a Lei da Mediação, há duas vias de atribuição de executoriedade, em Portugal, a acordos de mediação obtidos noutro Estado-Membro:

- Uma, por aplicação do princípio geral da executoriedade, com sujeição aos requisitos internos das alíneas *a)* e *d)* do n.º 1 do artigo 9.º, da Lei da Mediação e com respeito pela reciprocidade, ou seja, desde que o ordenamento jurídico do Estado de origem também atribua força executiva ao acordo de mediação que se pretende executar nos tribunais portugueses, enquanto Estado de destino (artigo 9.º, n.º 4);
- Outra, por sujeição do acordo de mediação obtido em procedimento de mediação estrangeiro à homologação judicial num tribunal português, nos termos do artigo 15.º da Lei da Mediação, desde que os mesmos respeitem os princípios e as normas do ordenamento jurídico do Estado de origem.

5. Execução do acordo de mediação

Nesta matéria, como é próprio, a regra base é a de que a execução segue as regras relativas à ação executiva em vigor em cada Estado-Membro, mesmo quando esse Estado é o Estado de destino e se executa um acordo de mediação de litígio transfronteiriço.

Assim sendo, não podendo haver execução sem título executivo (artigo 10.º, n.º 5, do Código de Processo Civil) as condições de executoriedade do acordo de mediação devem ser sindicadas em sede de ação executiva. Designadamente, em execução para pagamento de quantia certa, essa função compete: *i)* ao juiz de execução, em sede de despacho liminar, se a execução correr sob forma comum ordinária, que constitui a regra (artigos 726.º, 546.º e 550.º, n.º 1, do Código de Processo Civil); *ii)* ao juiz de execução mediante despacho provocado pelo agente execução que, em caso de dúvida ou falta de requisitos de exequibilidade, suscita a sua intervenção, nos termos do artigo 855.º, n.º 2, alínea *b)*, do Código de Processo Civil, quando a execução correr sob forma comum sumária⁴³. Em qualquer caso, a falta ou insuficiência do título executivo são fundamento de oposição à execução, mediante embargos de execução deduzidos pelo executado, após a sua citação [artigo 729.º, alínea *a)*, e artigo 731.º, do Código de Processo Civil].

⁴³ Aplicar-se-á a forma sumária quando o acordo de mediação for extrajudicial e tiver por objeto uma obrigação pecuniária vencida de valor até ao dobro do valor da alçada do tribunal de primeira instância, ou seja, que não exceda 10.000,00 euros, salvo se se verificar alguma das situações previstas no n.º 3 do artigo 550.º do Código de Processo Civil.

6. Conclusões

A mediação ainda é o meio de resolução de litígios que nos permite um compromisso entre a solução e as razões do conflito. Efetivamente, “[e]studiar todas las cosas por sus últimas causas según la luz natural de la razón, que diría un tomista, podría ayudarnos a obtener un mejor entendimiento de nuestros propios actos y de los demás. Negociar comprendiendo el porqué de las actuaciones y posiciones propias y ajenas debiera servir para ayudarnos a diseñar la estrategia, los criterios de decisión y las tácticas más favorables al acuerdo e a nuestros intereses en un proceso negociador”⁴⁴. Desde logo por isso, há casos em que a mediação é, inquestionavelmente, o meio mais adequado para pôr fim ao litígio. Na sua zona de atuação favorável, a mediação servirá melhor os interesses das partes. Porém, só será assim se o legislador mostrar sinais de que trata o regime legal da mediação e dos mediadores de forma sistematicamente coerente, rigorosa e clara. Isso ditará a confiança dos potenciais mediados e do sistema no seu todo.

Neste contexto, o processo civil deve servir de aliado da mediação. Como afirmou o legislador europeu, para promover o recurso à mediação e garantir que as partes que a ela recorrem possam confiar num quadro jurídico previsível, é necessário prever um enquadramento normativo que aborde, em especial, aspetos fundamentais do processo civil (Considerando 7 da Diretiva 2008/52/CE).

A Lei da Mediação, apesar de falaciosa quanto aos seus objetivos de lei geral sobre a matéria, permitiu que a mediação, sobretudo em matéria civil e comercial, ganhasse algum espaço no ordenamento jurídico português. E proporcionou a criação de condições de maior segurança para os litigantes – resultantes da suspensão dos prazos de prescrição e caducidade, bem como das condições de executoriedade dos acordos de mediação – que contribuem positivamente e de modo incentivador para este meio de resolução extrajudicial de litígios. Porém, como é sobejamente sabido, o desafio não é apenas de política legislativa ou, simplesmente, técnico-jurídico, antes se afigura, sobretudo, cultural. Não há como trazer a mediação para o seio da Justiça, para a realidade processual-civil, sem levar a mediação à consciência dos cidadãos e dos profissionais do foro⁴⁵.

⁴⁴ Paulino Fajardo Martos (2011, pp. 47-48).

⁴⁵ Como expressam os resultados do Relatório da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho e ao Comité Económico e Social Europeu, sobre a aplicação da Diretiva 2008/52/CE (p. 4): “Todavia, na prática, detetaram-se algumas dificuldades no funcionamento dos sistemas

Apesar deste constrangimento endêmico, com que todos nos confrontamos e que leva tempo a ultrapassar – seguramente, dez anos não foram suficientes – as questões técnico-jurídicas relacionadas com a executoriedade dos acordos de mediação estão bem solucionadas no ordenamento jurídico português. Não é por falta de certeza na possibilidade de recurso à via executiva que qualquer mediado deixará de celebrar um acordo de mediação. É necessário, no entanto, que sejam criadas condições, a montante, que incentivem os cidadãos a procurar a mediação como mecanismo para solucionar os conflitos, no qual acreditem e que julguem eficaz.

Referências bibliográficas

- ALEXANDER, Nadja (2001). “From common law to civil law jurisdictions: Court ADR on the move in Germany”. *ADR Bulletin: The Monthly Newsletter on Dispute Resolution*, Research Collection School of Law, Vol. 4, n.º 8, pp. 110-113, disponível em https://ink.library.smu.edu.sg/sol_research/1892/, consultado a 29.12.2022.
- BARONA VILAR, Silvia (2013). *Mediación en asuntos civiles y mercantiles en España – Tras la aprobación de la Ley 5/2012, de 6 de julio*, Tirant lo Blanch.
- BLANCO CARRASCO, Marta (2009). *Mediación y Sistemas Alternativos de Resolución de Conflictos – Una Visión Jurídica*, Editorial Reus.
- FAJARDO MARTOS, Paulino (2011). “Cooperar vs. Litigar. La Filosofía de la Cultura de Paz”. *Mediación y Resolución de Conflictos: Técnicas y Ámbitos*, Helena Soleto Muñoz (Dir.), Editorial Tecnos, pp. 47-55.
- GOUVEIA, Mariana França (2018). *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, Almedina.
- LOPES, Dulce; PATRÃO, Afonso (2014). *Lei da Mediação Comentada*, Almedina.
- LORCA NAVARRETE, Antonio María (2012). *La Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles – Real Decreto-ley 5/2012, de 5 de marzo*, Instituto Vasco de Derecho Procesal.

de mediação nacionais. As dificuldades relacionam-se, principalmente, com a falta da «cultura» de mediação nos Estados-Membros, a falta de conhecimentos sobre a forma de tratar os processos transfronteiriços, o baixo nível de conhecimentos sobre a mediação e o funcionamento dos mecanismos de controlo da qualidade dos mediadores. Vários participantes na consulta pública argumentaram que a mediação não era ainda suficientemente conhecida e que era necessária uma «mudança cultural» para que os cidadãos confiem no sistema de mediação. Por outro lado, salientaram que os juízes e os tribunais se mantinham relutantes em remeter as partes para a mediação. Os inquiridos na consulta pública reconheceram a importância da mediação, particularmente em questões de família (em especial, no âmbito de processos sobre a custódia dos filhos, os direitos de visita e os casos de rapto de crianças), e nos litígios comerciais”.

- MESQUITA, Lurdes Varregoso (2017). “Mediação civil e comercial: as modalidades pré-judicial e intra-processual como elemento motivador”. *Maia Jurídica. Revista de Direito*, Maia, Ano 8, n.º 1 (Jan.-Jun.), pp.13-38.
- MESQUITA, Lurdes Varregoso; CEBOLA, Cátia Marques (2020). “Exequibilidade do Acordo de Mediação”. *Casos Práticos: Solicitadoria: Processo Executivo*, Lurdes Varregoso Mesquita, Nuno Abranches Pinto, e Cátia Marques Cebola (Coord.), Almedina, pp. 55-72.
- MESQUITA, Lurdes Varregoso; CEBOLA, Cátia Marques (2021). “Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional: mediación mercantil ante la globalización. Impacto internacional y rectos futuros de la Ley Modelo de la CNUDMI y de la Convención de Singapur”. *Anuario español de Derecho internacional privado*, J. C. Fernández Rozas (Dir.), Tomo XXI, Iprolex, pp.713-730.
- SILVA, Paula Costa e Silva (2009). *A Nova Face da Justiça – Os Meios Extrajudiciais de Resolução de Controvérsias*, Coimbra Editora.
- SOUSA, Luís Filipe Pires de (2019). “O Empenho Ativo do Juiz na Obtenção de uma Solução de Equidade em Sede de Tentativa de Conciliação”. *A Mediação e a Conciliação nos Conflitos Cíveis e Comerciais*, Centro de Estudos Judiciários, 2019, pp. 53-74, disponível em <https://cej.justica.gov.pt/LinkClick.aspx?fileticket=efOXYdGy2lo%3d&portalid=30>, consultado a 30.12.2022.

Capítulo 4

Convenção de medição de Singapura: Da conveniência da adesão de Portugal

MARIANA SOARES DAVID

Advogada Sénior

Morais Leitão, Galvão Teles, Soares da Silva e Associados

BEATRIZ DE MACEDO VITORINO

Consultora Júnior

Morais Leitão, Galvão Teles, Soares da Silva e Associados

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Conceito de mediação: da lei portuguesa à Convenção de Mediação de Singapura. 3. Mediação em Portugal: em especial quanto à executividade dos acordos. 3.1. Evolução legislativa. 3.2. Regime vigente. 4. A Convenção de Mediação de Singapura. 4.1. Contexto histórico. 4.2. As principais características da Convenção de Mediação de Singapura. 4.2.1. Natureza jurídica da Convenção e requisitos de entrada em vigor. 4.2.2. Regime jurídico da Convenção. 4.3. Os Estados aderentes. 4.3.1. A adesão internacional e o caso da União Europeia. 4.3.2. Reservas e desenvolvimentos legislativos no Estados aderentes. 5. Possíveis vantagens e desvantagens da adesão à Convenção. 6. Conclusões.

RESUMO: Em 2019 foi aberta a assinatura a Convenção sobre a Execução de Acordos de Mediação, aprovada pela UNCITRAL e pela Assembleia Geral das Nações Unidas (a Convenção de Mediação de Singapura), que visa ultrapassar uma das principais críticas comumente feitas à mediação: a inexecutabilidade dos acordos internacionais decorrentes de mediação. Embora já mais de cinquenta Estados tenham assinado a Convenção, ainda é cedo para que se possa proceder a uma análise cabal dos seus potenciais efeitos. Não obstante, a evolução da adesão internacional a esta Convenção deve ser acompanhada com grande expectativa. Inspirada na Convenção de Nova Iorque e no impacto que esta teve na arbitragem internacional, a Convenção de Singapura pode “catapultar” o recurso à mediação, facilitando o reconhecimento e a execução de acordos internacionais decorrentes de mediação. No presente capítulo – escrito num momento em que a adesão da União Europeia à Convenção de Singapura ainda é incerta (designadamente, por não se saber se os Estados-Membros poderão tomar tal iniciativa isolada-

mente ou se deverão esperar por uma adesão conjunta dos vários Estados-Membros) –, confrontam-se as potenciais vantagens e desvantagens da adesão de Portugal a esta Convenção, atendendo às novidades que a Convenção de Singapura trará face ao regime de mediação atualmente vigente em Portugal. Este texto visa, pois, contribuir para a clarificação do conceito de mediação na comunidade jurídica portuguesa, dar conta das tendências recentes em termos de regulação da mediação e perspetivar o futuro da mediação a partir da Convenção de Mediação de Singapura, quer no espaço português, quer no domínio internacional. Em nossa opinião, as potenciais vantagens justificam a adesão a esta Convenção.

ABSTRACT: In 2019, the United Nations Convention on International Settlement Agreements Resulting from Mediation, approved by UNCITRAL and the United Nations General Assembly (the Singapore Mediation Convention), was opened for signature. The Convention aims to overcome one of the main criticisms commonly made of mediation: the unenforceability of international agreements arising from mediation. Although more than fifty States have already signed the Convention, it is still soon to conduct a thorough analysis of its effects. Nonetheless, the evolution of international accession to this Convention should be followed with great expectation. Inspired by the New York Convention and by its impact on international arbitration, the Singapore Mediation Convention may well transform the use of mediation, as it simplifies the recognition and enforcement of international settlement agreements. In this paper –, written at a time when the accession of the European Union to the Convention is still uncertain (namely, for being uncertain whether Member States will be able to take such an initiative by themselves or if they will have to wait for a joint accession of all Member States) –, we will confront the potential advantages and disadvantages of the accession of Portugal to the Convention, taking into account the novelties of the Singapore Mediation Convention will when compared to the mediation regime currently in force in Portugal. The aim of this paper is to contribute to the clarification of the concept of mediation in the Portuguese legal community, to shed some light on the recent mediation regulation trends and to envision the future of mediation with reference to the Singapore Mediation Convention, both in the Portuguese legal order and in the international context. In our opinion, the potential advantages justify the adherence to this Convention.

1. Introdução

O presente capítulo visa realizar uma breve análise da Convenção sobre a Execução de Acordos de Mediação, aprovada pela UNCITRAL e pela Assembleia Geral das Nações Unidas, aberta à assinatura pelos Estados numa cerimónia realizada em Singapura em agosto de 2019 (também designada “Convenção de Mediação de Singapura” ou, aqui, simplesmente “Con-

venção”), com o propósito de avaliar a conveniência ou não da adesão à aludida Convenção, por parte do Estado português.

Para o efeito, começaremos por definir o conceito de mediação, debruçando-nos seguidamente sobre a evolução da mediação como meio de resolução alternativa de litígios em Portugal e sobre o seu atual regime vigente, analisando, num terceiro momento, a referida Convenção (em particular, o seu contexto histórico, os seus principais objetivos e preceitos e a adesão internacional que tem recebido), para que então possamos formular uma opinião quanto à conveniência ou não da adesão de Portugal.

2. Conceito de mediação: da lei portuguesa à Convenção de Mediação de Singapura

Enquanto o conceito de mediação não é de simples ou consensual definição, muitos têm sido os desenvolvimentos e os esforços feitos no sentido de a estandardizar, quer por instrumentos de legislação nacional vinculativa, quer por instrumentos internacionais vinculativos, quer pelos regulamentos de mediação dos centros institucionalizados que a administram.

Nos termos do artigo 2.º, n.º 3, da Convenção de Mediação de Singapura, a mediação corresponde a um *“processo, independentemente da expressão usada ou da base a partir da qual o processo decorra, através do qual as partes procuram atingir um acordo amigável para a sua disputa, com a assistência de uma terceira pessoa ou pessoas, sem autoridade para impor uma solução às partes”*¹. Está-se, assim, perante uma definição ampla, na medida em que o requisito fundamental é que o mediador não imponha uma solução às partes, independentemente da nomenclatura dada por estas, conforme já foi também reconhecido pelo Tribunal da Relação de Lisboa em acórdão de 18 de outubro de 2011².

Uma definição semelhante é apresentada pela Diretiva 2008/52/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 21 de maio de 2008, relativa a certos aspetos da mediação civil e comercial³ (doravante, “Diretiva da Mediação”

¹ Tradução não oficial.

² Cf., Acórdão do TRL, de 18 de outubro de 2011, Processo n.º 1398/10.8TBMTJ-A.L1-7, disponível em <http://www.dgsi.pt/>, consultado a 03.12.2022, no qual se lê: “[p]revendo as partes que as divergências que surjam na interpretação ou execução do contrato serão objeto de uma tentativa de conciliação, a submeter a uma comissão de conciliação que emitirá um parecer, ao qual as partes podem aderir ou não, encontrar-nos-emos perante um mero acordo de mediação.”

³ Publicada no Jornal Oficial da União Europeia L 136, de 24 de maio de 2008.

ou “Diretiva”), especificando-se aí que a mediação não abrange as tentativas do tribunal ou do juiz no processo para solucionar um litígio durante a tramitação do processo judicial relativo ao litígio em questão. Desta Diretiva resulta – embora não de modo tão expresso quanto sucede na Convenção – que o mediador não tem autoridade para impor uma solução às partes, já que, ainda que o processo de mediação possa ser iniciado pelas partes, sugerido ou mesmo ordenado por um tribunal ou imposto por lei, estatui-se que através da mediação as partes procuram *voluntariamente* alcançar um acordo sobre a resolução de um litígio com a assistência de um mediador⁴. Ou seja, as partes só chegarão a acordo se e nos termos em que desejarem.

Veja-se que o mesmo sucede na Lei da Mediação, aprovada pela Lei n.º 29/2013, de 19 de abril, posterior, portanto, à Diretiva. Esta define, no seu artigo 2.º, mediação como “*a forma de resolução alternativa de litígios, realizada por entidades públicas ou privadas, através do qual duas ou mais partes em litígio procuram voluntariamente alcançar um acordo com assistência de um mediador de conflitos*”⁵, sendo este definido como o “*terceiro, imparcial e independente, desprovido de poderes de imposição aos mediados, que os auxilia na tentativa de construção de um acordo final sobre o objeto do litígio*”. Pois bem, o artigo 4.º da Lei da Mediação consagra o princípio da voluntariedade, nos termos do qual o procedimento de mediação é voluntário, “*sendo necessário obter o consentimento esclarecido e informado das partes para a realização da mediação, cabendo-lhes a responsabilidade pelas decisões tomadas no decurso do procedimento*” e não podendo a recusa das partes em iniciar ou prosseguir o procedimento consubstanciar violação do dever de cooperação nos termos previstos no Código de Processo Civil.

⁴ Cf., artigo 3.º da Diretiva 2008/52/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 21 de maio de 2008, relativa a certos aspetos da mediação em matéria civil e comercial.

⁵ Já na Lei dos Julgados de Paz, aprovada pela Lei n.º 78/2001, de 13 de julho, a mediação era definida, até 2013 (ano em que o respetivo artigo 35.º foi revogado), como “*uma modalidade extrajudicial de resolução de litígios, de carácter privado, informal, confidencial, voluntário e natureza não contenciosa, em que as partes, com a sua participação ativa e direta, são auxiliadas por um mediador a encontrar, por si próprias, uma solução negociada e amigável para o conflito que as compõe*”. Esta definição era passível de críticas, pois, como notava Dário Moura Vicente, não abrangia a modalidade pública de mediação, levada a efeito por órgãos administrativos, e também porque certas disposições legais regulam minuciosamente o processo de mediação, nem sempre sendo este, portanto, informal. Vide Dário Moura Vicente (2006, p. 1081).

A doutrina tem debatido se a mediação deve ser meramente facilitadora (*facilitative mediation*), focando-se o mediador na reabertura das partes ao diálogo e na assistência da comunicação entre as partes, ou se também deve ser interventiva (*evaluative mediation*), podendo o mediador assumir uma posição mais ativa quanto ao mérito da questão, designadamente apresentando propostas de acordo ou uma avaliação não vinculativa do conflito⁶. Não adentrando por esta questão, note-se somente que, no ordenamento jurídico português, se entende comumente que é adotada a noção puramente facilitadora, de um lado, pelo facto de o artigo 26.º, alínea b), da Lei da Mediação proibir a imposição de acordos pelos mediadores⁷ e, de outro lado, pela consagração expressa, em vários contextos, da conciliação, enquanto processo distinto da mediação⁸. De facto, ao contrário do que sucede nalguns ordenamentos jurídicos e na própria UNCITRAL⁹, no ordenamento português as duas figuras são distinguidas pela própria lei, desde logo porque apenas a conciliação pode ser conduzida pelos tribunais judiciais, em particular, pelo próprio decisor (veja-se, por exemplo, o artigo 594.º do Código de Processo Civil – doravante, “CPC”). Face ao exposto, pode questionar-se se a mediação que seja avaliadora e não meramente facilitadora deve, afinal, ser qualificada como conciliação¹⁰.

De acordo com Mariana França Gouveia, um dos princípios basilares da mediação, além da voluntariedade e de modo interligado com esta, é o controlo desta pelas partes (*empowerment*), ao qual subjaz a ideia de autorresponsabilização das partes pelo processo e pelo seu fim, quer sem acordo, quer com acordo¹¹; e outro dos pilares da mediação é o seu objetivo, na medida em que na mediação se dá preferência à pacificação social, restabelecendo a paz entre as partes, pelo que a mediação é um processo no qual se procura dar relevância aos verdadeiros interesses das partes e não aos seus direitos

⁶ Mencionando ainda uma terceira modalidade, a mediação diretiva, cf., Robert Butlien (2020, pp. 183-184).

⁷ Cf., Mariana França Gouveia (2022, p. 48).

⁸ Em sentido diverso, descartando a diferenciação, mesmo no plano legislativo português, entre as duas figuras, *vide* Dário Moura Vicente (2006, p. 1082). O autor entende que “[e]ntre a mediação e a conciliação existirá, quando muito, uma diferença de grau, mas não de natureza, na intervenção do terceiro”.

⁹ Ver, *infra*, nota de rodapé 24.

¹⁰ Cf., Mariana França Gouveia (2022, pp. 103-105). Veja-se ainda, para a distinção entre a mediação e a conciliação, Elina Zlatanska e Folake Fawehinmi (2016).

¹¹ Neste sentido, *vide* também Mariana Soares David (2017, p. 769).

decorrentes da aplicação da lei – motivo pelo qual a homologação do acordo só requer, essencialmente, o exame de princípios gerais de direito, a boa fé e a ordem pública, nos termos do artigo 14.º, n.º 3, da Lei da Mediação¹².

Uma última nota a reter é que, quando a mediação resulte da iniciativa das partes, estas começam por celebrar uma convenção de mediação, na qual estabelecem a obrigação recíproca de se sujeitarem primeiramente a um processo de mediação, antes de partir para qualquer meio jurisdicional de resolução de conflitos. A convenção de mediação distingue-se do acordo decorrente do processo de mediação. Na jurisprudência portuguesa, o Tribunal da Relação do Porto já definiu, em acórdão datado de 25 de março de 2021¹³, a convenção de mediação como “um acordo entre as partes, mediante o qual as mesmas conferem a um terceiro (o mediador) a função de auxiliar a resolução de um conflito emergente dessa relação contratual, prevalecendo esse meio de intermediação autocompositivo relativamente aos demais meios de resolução heterocompositivos, sejam os arbitrais, sejam os estaduais”. Como explicou este mesmo tribunal, a “convenção de mediação poderá ser meramente padronizada (cláusula de mediação genérica), fazendo apenas apelo à intermediação negociada do litígio e ao seu objeto, ou então ser detalhada (cláusula de mediação especificada), indicando os precisos termos a seguir no compromisso de mediação. Mas ambas podem ser graduadas, primeiro apostando-se na intermediação e depois na resolução jurisdicional (cláusula de mediação escalonada)”. Estas cláusulas de mediação escalonadas, quando preveem o recurso à arbitragem em caso de frustração da mediação, recebem comumente a designação de cláusulas “*med-arb*”.

3. Mediação em Portugal: em especial quanto à executividade dos acordos

3.1. Evolução legislativa

Apesar de se dizer que a sua origem remonta a épocas históricas muito longínquas, a mediação como a entendemos hoje é um fenómeno relativamente recente.

¹² Cf., Mariana França Gouveia (2022, pp. 50 e ss.). Afirmando ainda que a liberdade contratual é a base da mediação, pelo que esta deverá ser vista, não como uma adjudicação alternativa, mas como uma alternativa à adjudicação, cf., Jean Timsit (2003).

¹³ Cf., acórdão do TRP, de 25 de março de 2021, Processo n.º 26292/19.1T8PRT.P1, disponível em <http://www.dgsi.pt/>, consultado a 03.12.2022.

Em Portugal, a mediação surgiu em 1999 em vários domínios: no domínio do direito do consumo e da organização tutelar de menores, respetivamente com o Decreto-Lei n.º 146/99, de 4 de maio, e com a Lei n.º 133/99, de 28 de agosto, mas também no Código dos Valores Mobiliários, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 486/99, de 13 de novembro. A propósito da executoriedade dos acordos obtidos por via de mediação no âmbito destes processos, determinava-se o seguinte, em cada um destes diplomas: no âmbito de conflitos de consumo, a decisão obtida no contexto de processos de resolução alternativa de litígios poderia constituir título executivo, desde que cumpridos os requisitos fixados pelo direito processual civil (cf. Decreto-Lei n.º 146/99); em matéria de tutela de menores, o juiz que houvesse determinado a intervenção de serviços de mediação poderia homologar o acordo assim obtido, desde que entendesse que este satisfaria o interesse do menor (cf. Lei n.º 133/99); no quadro de conflitos entre investidores não institucionais e intermediários financeiros, consultores autónomos, entidades gestoras de mercados de valores mobiliários ou emitentes, o acordo resultante da mediação, quando escrito, teria a natureza de transação extrajudicial (cf. versão original do Código dos Valores Mobiliários).

Mais tarde, surgiram referências à mediação nos domínios civil e comercial (por via dos Julgados de Paz, criados em 2001 pela Lei n.º 78/2001, de 13 de julho¹⁴, como tribunais alternativos aos tribunais judiciais do Estado, bem como nos domínios familiar, (por via do Despacho do Secretário de Estado da Justiça n.º 18778/2007, de 13 de julho, que reestruturou o âmbito territorial e material da mediação familiar, já existente, ainda que com outra configuração, desde 1999), laboral (com a criação do sistema de mediação laboral, através de um protocolo celebrado entre o Ministério da Justiça e

¹⁴ No artigo 16.º da Lei n.º 78/2001, de 13 de julho, relativa aos julgados de paz (doravante, “Lei dos Julgados de Paz”), prevê-se que em cada julgado de paz exista um serviço de mediação que disponibiliza a qualquer interessado a mediação como forma de resolução alternativa de litígios, com vista a “*estimular a resolução, com carácter preliminar, de litígios por acordo das partes*” (cf. n.º 2 deste artigo), admitindo o n.º 3 que o serviço de mediação seja competente para mediar quaisquer litígios que possam ser objeto de mediação, ainda que excluídos da competência do julgado de paz (esta norma foi alterada em 2013, para não excluir da mediação as matérias incidentes sobre direitos indisponíveis). Além desta lei, os serviços de mediação nos julgados de paz são ainda regulados por um regulamento aprovado por portaria – atualmente, vigora a Portaria n.º 1112/2005, de 28 de outubro, que revogou a primeira portaria reguladora da matéria, datada de 2002.

vários parceiros sociais, que entrou em funcionamento em 2006) e penal (pela Lei n.º 21/2007, de 12 de junho, em execução do artigo 10.º da Decisão Quadro n.º 2001/220/JAI, do Conselho, de 15 de março), por via dos sistemas públicos de mediação, criados entre 2006 e 2007. No que diz respeito à executividade dos acordos obtidos nestes contextos, enquanto os acordos obtidos por via de mediação nos julgados de paz seriam homologados pelo juiz de paz; os acordos obtidos no âmbito da mediação laboral produziriam efeitos sem necessidade de intervenção judicial posterior e teriam força executiva nos termos do direito processual civil; e a obtenção de acordo no âmbito de mediação em processo penal corresponderia a desistência da queixa por parte do queixoso, cabendo ao Ministério Público homologar tal desistência.

Em 2009, a Lei n.º 29/2009, de 29 de junho, veio transpor para a ordem jurídica portuguesa a já mencionada Diretiva da Mediação, do Parlamento Europeu e do Conselho, relativa a certos aspetos da mediação civil e comercial, que se aplica aos litígios transfronteiriços em que pelo menos uma das partes tenha domicílio ou residência habitual num Estado-Membro distinto do de qualquer das outras partes, verificadas que estejam as circunstâncias descritas no artigo 2.º, n.º 1, da Diretiva. A Lei n.º 29/2009 aprovou ainda o regime jurídico do processo de inventário, por via do qual o legislador introduziu pela primeira vez, no CPC, alguns artigos dedicados expressamente à mediação¹⁵.

Em 2013 entrou finalmente em vigor a atual Lei da Mediação, aprovada pela Lei n.º 29/2013, de 19 de abril, cuja primeira década se celebra nesta

¹⁵ Prevê-se, designadamente no artigo 273.º, que em qualquer estado da causa, e sempre que o entenda conveniente, o juiz pode determinar a remessa do processo para mediação, suspendendo a instância, salvo quando alguma das partes expressamente se opuser a tal remessa (n.º 1) ou que as partes podem, em conjunto, optar por resolver o litígio por mediação (n.º 2), caso em que a suspensão da instância se verificará automaticamente (n.º 3), do mesmo modo que, observando-se a impossibilidade de acordo, o mediador dará conhecimento desse facto ao tribunal, cessando automaticamente a suspensão da instância (n.º 4) e, ainda, que, alcançando-se acordo na mediação, o mesmo é remetido a tribunal, seguindo os termos definidos para a homologação dos acordos de mediação (n.º 5). Do artigo 1133.º, n.º 3, do CPC, decorre ainda que, nos processos de separação, divórcio, nulidade ou anulação de casamento, sempre que o entenda conveniente, o juiz pode determinar a remessa do processo para mediação. Para uma análise mais extensa da evolução histórica da mediação no ordenamento jurídico português até (incluindo) a entrada em vigor da Diretiva da Mediação e respetiva transposição parcial no CPC, cf., Jorge Morais Carvalho (2011, pp. 277-280).

obra, a qual veio estabelecer os princípios gerais aplicáveis à mediação realizada em Portugal, bem como os regimes jurídicos da mediação civil e comercial, dos mediadores e da mediação pública. Esta lei não sofreu, ainda, quaisquer alterações desde a sua entrada em vigor. As condições de execução dos acordos obtidos por via de mediação, quer ao abrigo da Diretiva quer ao abrigo da atual Lei da Mediação, serão analisadas no capítulo seguinte. É ainda de notar que desde a entrada em vigor desta lei, e mesmo antes desta, vários centros de resolução alternativa de litígios em Portugal têm administrado processos de mediação, criado regulamentos especializados para o efeito e promovido cláusulas-modelo para uso das partes. É o caso do Centro de Arbitragem Comercial da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa¹⁶, que remete para o Código Europeu de Conduta para Mediadores¹⁷ e cujo Regulamento de Mediação foi primeiramente aprovado em 2016 e posteriormente reformado em 2021¹⁸; do Concórdia – Centro de Conciliação, Mediação de Conflitos e Arbitragem, cujo Regulamento de Conciliação e Mediação foi aprovado em 2003 e posteriormente reformado em 2015¹⁹; do Centro de Arbitragem e de Resolução de Litígios da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, cujo Regulamento de Mediação foi aprovado em 2021²⁰; entre outros.

1.2. Regime vigente

Centrando-nos apenas no regime jurídico relativo à mediação civil e comercial, aplica-se em especial, conforme já se indicou, a Diretiva da Mediação e

¹⁶ Para as cláusulas-modelo de mediação simples, de mediação seguida de arbitragem normal e de mediação seguida de arbitragem rápida, cf., https://www.centrodearbitragem.pt/index.php?option=com_content&view=article&id=42&Itemid=151&lang=pt, consultado a 20.11.2022.

¹⁷ Disponível em https://www.centrodearbitragem.pt/images/pdfs/codigo_europeu_de_conduta_para_mediadores_13032014-1.pdf, consultado a 20.11.2022.

¹⁸ Para ambos, cf., https://www.centrodearbitragem.pt/index.php?option=com_content&view=article&id=192&Itemid=195&lang=pt, consultado a 20.11.2022.

¹⁹ Para a redação em vigor do Regulamento de Conciliação e Mediação, cf., <https://www.concordia.pt/regulamento-de-conciliacao-e-mediacao-1>, consultado a 21.11.2022 e para as cláusulas-modelo de conciliação/mediação e *med-arb*, cf., <https://www.concordia.pt/clausula-de-conciliacao-e-mediacao>, consultado a 21.11.2022.

²⁰ Disponível em <https://www.fd.ulisboa.pt/faculdade/arbitragem-e-resolucao-de-litigios/#1627549184045-564f0960-b03c>, consultado a 20.11.2022.

a Lei da Mediação. Vejamos de modo sucinto as matérias reguladas por estes diplomas e, em particular, o que aí se dispõe sobre a executoriedade, por ser esta a que mais releva para os efeitos do presente texto.

A Lei da Mediação consagra o princípio da executoriedade, quer no seu Capítulo II, como princípio geral da mediação (artigo 9.º), quer no Capítulo III, no qual se prevê a possibilidade de homologação dos acordos de mediação (artigo 14.º). A regra, em matéria de executoriedade, é a de que os acordos decorrentes de mediação não valem, por si só, como título executivo. Para que possam valer como tal, os acordos devem (i) ser sujeitos a homologação judicial, nos termos do artigo 14.º [caso em que o título executivo será a sentença de homologação, nos termos do artigo 703.º, n.º 1, alínea *a*), do CPC²¹], (ii) ser exarados ou autenticados por notário, advogado, solicitador, oficiais de registo ou câmaras de comércio e indústria²² e importar a constituição ou reconhecimento de uma obrigação, nos termos do artigo 703.º, n.º 1, alínea *b*), do CPC, ou (iii) reunir os requisitos previstos do n.º 1 do artigo 9.º.

Ora, quanto ao artigo 14.º da Lei da Mediação, determina este que a homologação dependerá da verificação da mediabilidade, da capacidade das partes, e do respeito pelos princípios gerais de direito, pela boa fé, não correspondendo o acordo obtido por mediação a abuso do direito ou a violação da ordem pública. A homologação judicial, regida por este artigo, será necessária para que sejam dotados de executoriedade (i) os acordos obtidos em mediação pré-judicial, (ii) os procedimentos de mediação realizados noutros Estados-Membros da União Europeia (nos termos do artigo 15.º da Lei da Mediação), (iii) os acordos decorrentes de mediação celebrados na pendência de processo judicial (ao abrigo do artigo 279.º-A do CPC, conforme decorre do artigo 45.º da Lei da Mediação) e (iv) os acordos de mediação obtidos nos Julgados de Paz (em conformidade com o artigo 56.º-I da Lei dos Julgados de Paz).

Já o artigo 9.º da Lei da Mediação exige, para que o acordo de mediação possa ter força executiva sem necessidade de homologação judicial, que o acordo decorrente de mediação diga respeito a litígio mediável e para o qual

²¹ No sentido de que as sentenças homologatórias cabem no conceito de sentença condenatória para efeitos de aferição da existência de um título executivo, veja-se o acórdão do TRE de 10 de abril de 2008, Processo n.º 1228/07-3, disponível em <http://www.dgsi.pt/>, consultado a 03.12.2022.

²² Vide Decreto-Lei n.º 76-A/2006, de 29 de março, artigo 38.º, n.º 1.

a lei não exija homologação judicial [al. a)]; que as partes tenham capacidade para a sua celebração [al. b)]; que o acordo tenha sido obtido por via de mediação realizada nos termos legalmente previstos [al. c)]; cujo conteúdo não viole a ordem pública [al. d)]; e em que tenha participado mediador de conflitos inscrito na lista de mediadores de conflitos organizada pelo Ministério da Justiça [al. e)]; aplicando-se igualmente este preceito a acordos decorrentes de mediação obtidos noutro Estado-Membro da União Europeia, nos termos do respetivo n.º 4. Cumpridos estes pressupostos, os acordos alcançados por via de mediação serão subsumíveis ao artigo 703.º, n.º 1, alínea d), do CPC.

A Diretiva da Mediação, por seu turno, é composta somente por 14 artigos, nos quais regula questões relacionadas com a qualidade da mediação, o recurso à mediação, a executoriedade dos acordos obtidos por via de mediação, a confidencialidade, os efeitos da mediação nos prazos de prescrição e caducidade (assegurando-se a não preclusão do acesso à justiça estadual ou arbitral) e o dever de informar o público acerca da mediação. Nos termos do artigo 6.º, n.º 1, da Diretiva, “[o]s Estados-Membros devem assegurar que as partes, ou uma das partes com o consentimento expreso das outras, tenham a possibilidade de requerer que o conteúdo de um acordo escrito, obtido por via de mediação, seja declarado executório. O conteúdo de tal acordo deve ser declarado executório salvo se, no caso em questão, o conteúdo desse acordo for contrário ao direito do Estado-Membro onde é feito o pedido ou se o direito desse Estado-Membro não previr a sua executoriedade”, determinando-se no n.º 2 que “o conteúdo de um acordo pode ser dotado de força executória mediante sentença, decisão ou ato autêntico de um tribunal ou de outra autoridade competente, de acordo com o direito do Estado-Membro em que o pedido é apresentado”. Sendo uma Diretiva, esta somente contém obrigações de resultado, não fixando os meios para o atingir. Ora, atenta a disposição aqui transposta, conclui-se que da Diretiva não decorre que os acordos concluídos em processos de mediação sejam, por si só, títulos executivos. A Diretiva limita-se a impor aos Estados-Membros a obrigação de preverem no Direito interno um modo de execução de tais acordos, seja por decisão judicial seja por ato notarial, desde que as partes, ou uma parte com o consentimento da outra, assim requeiram²³.

²³ Vide, para uma análise da Diretiva da Mediação e a sua transposição para a ordem jurídica portuguesa, Dário Moura Vicente (2009, pp. 125-148). À data da publicação do seu artigo, notava o autor que a Diretiva ficava aquém da lei portuguesa, visto que o artigo 46.º, alínea c), do CPC considerava “título de crédito” o documento particular assinado pelo devedor,

4. A Convenção de Mediação de Singapura

4.1. Contexto histórico

O projeto de Convenção foi preparado pela UNCITRAL, a Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional, um órgão subsidiário da Assembleia Geral das Nações Unidas, que desde 1966 desempenha uma função de relevo na harmonização e desenvolvimento do enquadramento jurídico do comércio internacional. Em simultâneo com a preparação desta nova Convenção de Mediação, a UNCITRAL aprovou também uma nova Lei Modelo sobre a Mediação Comercial Internacional e Acordos Internacionais resultantes de Mediação (adiante “Lei Modelo da Mediação”).

Os dois projetos foram aprovados pela UNCITRAL no dia 26 de junho de 2018, na sua 51.^a sessão anual realizada em Nova Iorque, data na qual se comemoravam os 60 anos da Convenção de Nova Iorque sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras de 1958 (adiante “CNI”), e são o produto de mais 3 anos de trabalho e debate intenso com envolvimento de 85 Estados e cerca de 35 observadores intergovernamentais e não governamentais. Foi na 47.^a sessão da Comissão da UNCITRAL, em 2014, que a Comissão, a propósito de uma recomendação dos Estados Unidos da América, acordou que o Grupo de Trabalho II (Resolução de Litígios) deveria considerar o problema do reconhecimento de acordos internacionais de resolução de litígios decorrentes de mediação e reportar os seus resultados na 48.^a sessão, em 2015. Nesta sessão, a Comissão ouviu o Grupo de Trabalho e concordou com a preparação por este grupo de convenções, provisões modelo ou diretrizes com vista ao levantamento de problemas relevantes e respetivo solucionamento. Em dezembro de 2018, a Assembleia Geral das Nações Unidas aprovou os projetos finais, após estes terem sido aprovados pela UNCITRAL em julho do mesmo ano, na sua 55.^a sessão. No início de agosto de 2019, a Convenção de Mediação de Singapura foi então aberta à assinatura pelos Estados²⁴.

que importasse constituição ou reconhecimento de obrigações pecuniárias, cujo montante fosse determinado ou determinável por simples cálculo aritmético de acordo com as cláusulas dele constantes, ou de obrigação de entrega de coisa ou de prestação de facto. Contudo, os requisitos dos títulos executivos foram, entretanto, alterados e aquela norma não encontra, atualmente, equivalente no artigo 703.º do CPC.

²⁴ Sobre este processo, cf., a informação fornecida no sítio oficial da Convenção, em <https://www.singaporeconvention.org>, consultado a 13.11.2022. Cf., também, Ayushi Saumya (2020, pp. 938-947) e Hal Abramson (2019, pp. 1037-1062).

A Lei Modelo da Mediação veio alterar a anterior Lei Modelo da UNCITRAL sobre Conciliação Comercial Internacional de 2002, com vista a ampliar o âmbito objetivo de aplicação desta lei modelo²⁵ e a adaptá-la à Convenção de Mediação de Singapura²⁶. Visa-se com este instrumento de *soft law* incentivar e guiar os Estados a reformar e modernizar a legislação relativa à mediação, fornecendo regras uniformes quanto a esta matéria, bem como incentivar o recurso à mediação e garantir uma maior previsibilidade e certeza das consequências do seu uso²⁷. Esta Lei Modelo regula questões procedimentais da mediação, como o começo e o término da mediação, a condução da mediação, a comunicação entre o mediador e as partes, confidencialidade e prova, entre outros. À data, cerca de 33 Estados já adotaram legislação baseada nesta Lei Modelo²⁸.

Já a Convenção de Mediação de Singapura representa um projeto muito mais inovador e ambicioso: a possibilidade de reconhecimento e execução de acordos internacionais resultantes de mediação em termos mais simples e uniformes, em linha com o previsto na CNI. Como se lê no sítio *on-line* oficial da Convenção, gerido pela *Singapore International Dispute Resolution Academy* (SIDRA) com o apoio do Ministério da Justiça de Singapura, esta visa facilitar o comércio internacional ao permitir às partes executar com facilidade e invocar acordos de mediação além-fronteiras²⁹. Efetivamente, esta Convenção já tem sido comparada à CNI nos efeitos que poderá ter para a mediação

²⁵ Em particular, destaca-se (i) a inclusão, no âmbito de aplicação do diploma, de “*acordos de mediação internacionais*” para além da “*mediação comercial internacional*” e a (ii) a substituição do termo “*conciliação*” por “*mediação*”, num esforço de adaptação à efetiva prática e uso destes termos e com a expectativa de que esta mudança possa facilitar a promoção e aumentar a visibilidade da Lei Modelo da Mediação, ainda que “*em implicações substantivas ou conceptuais*”. Cf., https://uncitral.un.org/en/texts/mediation/modellaw/commercial_conciliation, consultado a 13.11.2022.

²⁶ Em particular, incluindo uma nova “*Secção 3 – Acordos de mediação internacionais*”, na qual fundamentalmente se reproduz parte da Convenção de Mediação de Singapura, clarificando que os acordos de mediação que sejam considerados internacionais no momento da sua conclusão serão passíveis de execução e poderão ser invocados como prova de que determinada questão já foi resolvida por mediação.

²⁷ Neste sentido, cf., <https://uncitral.un.org>, consultado a 13.11.2022.

²⁸ Neste sentido, cf., <https://www.singaporeconvention.org/model-law/about>, consultado a 13.11.2022.

²⁹ Cf., <https://www.singaporeconvention.org/convention/about>, consultado a 13.11.2022.

comercial internacional, atendendo aos efeitos que esta teve para o fomento da arbitragem comercial internacional³⁰.

O objetivo destes dois instrumentos é acomodar os diferentes níveis de experiência em mediação nas várias jurisdições e facultar aos Estados padrões uniformes para a execução transfronteiriça de acordos internacionais resultantes de mediação. E porquê? É o próprio preâmbulo da Convenção de Mediação de Singapura que responde a esta questão: de um lado, porque se assiste a um crescimento no recurso à mediação como alternativa ao contencioso no âmbito das relações comerciais domésticas ou internacionais, de outro lado, porque o recurso à mediação com regras uniformes para o reconhecimento internacional uniforme dos acordos daí resultantes é visto pela Organização das Nações Unidas (doravante, “ONU”) como forma de desenvolvimento de um comércio internacional mais harmonioso³¹.

4.2. As principais características da Convenção de Mediação de Singapura

4.2.1. Natureza jurídica da Convenção e requisitos de entrada em vigor

Centrando-nos agora um pouco mais sobre a Convenção de Mediação de Singapura, note-se, antes de mais, que se trata de uma convenção, ou seja, de um ato internacional multilateral (assinado por vários países) que versa sobre assunto de interesse geral.

De acordo com o direito português, as normas constantes de convenções internacionais regularmente ratificadas ou aprovadas vigoram na ordem interna após a sua publicação oficial e enquanto vincularem internacionalmente o Estado Português³². Dito de outro modo, a produção de efeitos na ordem jurídica portuguesa de uma convenção internacional como esta, que

³⁰ A título de exemplo, cf., Ashutosh Ray (2019); Iris Ng (2019); Christopher To (2019, pp. 164-169). Os autores questionam mesmo se, no caso de a Convenção ter sucesso, a arbitragem poderá deixar de ser o método alternativo de resolução de litígios predileto, atendendo aos elevados custos e à litigiosidade característicos desta. Genericamente, entendem que não será assim e que os dois métodos podem funcionar em conjunto, através de sistemas *med-arb*, *arb-med* e outros.

³¹ Cf., https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/EN/Texts/UNCITRAL/Arbitration/mediation_convention_v1900316_eng.pdf, consultado a 03.12.2022.

³² Cf., artigo 8.º, n.º 2, da Constituição da República portuguesa.

reveste a forma de tratado, depende do preenchimento cumulativo de três condições:

- (i) a sua vigência na ordem internacional³³;
- (ii) a sua regular ratificação interna³⁴;
- (iii) a sua publicação em Diário da República³⁵.

4.2.2. Regime jurídico da Convenção

A Convenção de Mediação de Singapura aplica-se a acordos resultantes de um processo de mediação nos termos amplos acima descritos (*vide* Ponto 1.), desde que o acordo tenha sido concluído por escrito (cf., artigos 1.º, n.º 1, e 2.º, n.º 2), respeite a matéria comercial e assuma carácter internacional³⁶ (cf.,

³³ No caso da Convenção de Mediação de Singapura, previa-se no respetivo artigo 14.º que a sua entrada em vigor ocorresse 6 meses após a sua ratificação ou aprovação por um mínimo de 3 Estados.

³⁴ O processo de conclusão de convenções internacionais na ordem jurídica portuguesa inicia-se com a negociação e o ajuste pelo Governo. Segue-se a fase da vinculação, cujo procedimento depende da modalidade de convenção internacional adotada (tratado ou acordo). No caso dos tratados, como é o caso desta Convenção, a vinculação do Estado Português decorre da ratificação do Presidente da República, formalizada sob a forma de decreto, condicionado à aprovação prévia por resolução da Assembleia da República. Finalmente, o ato de ratificação carece ainda de referenda ministerial, sob pena de inexistência jurídica.

³⁵ A publicação em Diário da República é, portanto, condição necessária, mas não suficiente para que se inicie a vigência interna, pois a entrada em vigor de uma convenção depende da sua vigência internacional. Isso significa também que cessa a vigência interna da convenção que deixe de obrigar internacionalmente o Estado Português.

³⁶ A definição do “carácter internacional” constante do artigo 1.º, n.º 1, da Convenção, é feita por referência ao momento da celebração do acordo de mediação, devendo, em tal momento, (i) pelo menos duas partes do acordo ter sede em Estados distintos ou (ii) ser o Estado onde as partes do acordo tenham a sua sede distinto do Estado no qual uma parte substancial das obrigações decorrentes do acordo é executada ou do Estado com o qual o objeto do acordo de mediação esteja mais estreitamente conexo. Estes critérios estão também presentes no artigo 3.º, n.º 2, da Lei Modelo da Mediação, porém, não são aí exatamente iguais: enquanto na Convenção de Mediação de Singapura estes dois critérios são aferidos na data da celebração do acordo de mediação, o critério (i) *supra* é aferido na data de celebração da convenção de mediação e não se esclarece qual o momento de aferição do critério (ii). Assim, questiona-se se, no âmbito da Lei Modelo, este requisito poderá ser aferido por referência ao momento da celebração da convenção de mediação, no momento da mediação ou por opção das partes. Em qualquer dos casos, sublinha-se que esta diferença entre a definição do “carácter internacional” relevante para efeitos de cada um destes diplomas pode dar origem a situações em que uma mediação que não estava sujeita à Lei Modelo de Mediação possa beneficiar do regime

artigo 1.º, n.º 1). Contudo, a Convenção não se aplica a certo tipo de matérias, definidas no n.º 2 do artigo 1.º: [al. a)] acordos concluídos para resolução de diferendos resultantes de transações com um consumidor, para fins pessoais, familiares ou domésticos e [al. b)] acordos relacionados com direito da família, sucessório ou laboral.

A Convenção tão-pouco se aplica a acordos que possam ser executados como sentença judicial ou arbitral, nos termos do n.º 3 do artigo 1.º, quer por serem [al. a)] acordos homologados por tribunal ou concluídos no decurso de um processo, que possam ser executados como sentença no Estado desse tribunal, ou [al. b)] acordos que tenham sido registados e que possam ser executados como uma sentença arbitral. Ou seja, a execução das soluções alcançadas no âmbito judicial ou arbitral submetem-se às respetivas regras processuais. Deste modo, a Convenção limita o seu escopo de aplicação aos acordos que não estejam já cobertos por outros instrumentos internacionais, como a CNI e a Convenção de Haia de 2005 sobre Acordos de Eleição do Foro. Além do mais, deste modo, a Convenção respeita os mecanismos de execução de sentenças dos Estados.

Já o artigo 3.º, n.º 1, da Convenção de Mediação de Singapura determina que os Estados em que vigore a Convenção deverão reconhecer e executar acordos decorrentes de processos de mediação em conformidade com as respetivas normas processuais, e em conformidade com as condições previstas na Convenção. Ora, para o reconhecimento ou execução de um acordo decorrente de mediação, exige-se que as partes juntem ao respetivo pedido o acordo assinado pelas partes e a prova de que o acordo resultou de um processo de mediação (p.e., assinatura do acordo pelo mediador, documento assinado pelo mediador declarando que houve mediação, certificação pela autoridade competente de que houve mediação, ou qualquer outra prova que o Estado entenda por razoável), nos termos do artigo 4.º, n.º 1.

As situações de recusa de execução estão taxativamente elencadas no artigo 5.º da Convenção, embora de modo facultativo (o que se denota pelo uso do termo “*may*”), ou seja, a autoridade competente poderá ou não, nos casos elencados (e só nestes) recusar a execução. Isto significa que o controlo é feito pelo Estado executante, com alguma margem de discricionariedade, porque pode decidir não lançar mão de algum destes fundamentos e pode

da Convenção de Mediação de Singapura e que, pelo inverso, uma mediação sujeita à Lei Modelo de Mediação possa resultar num acordo que não beneficie do regime da Convenção de Mediação de Singapura, se o elemento de internacionalidade se perder entretanto.

decidir como interpretá-los, mas não pode ir além destes fundamentos. As situações em causa podem ser:

- (i) *relacionadas com o acordo decorrente de processo de mediação*: por exemplo, a incapacidade da parte para ser parte no acordo; a invalidade, ineficácia ou impossibilidade de cumprimento, de acordo com a lei aplicável; o facto de o acordo não ser vinculativo ou final de acordo com os seus termos;
- (ii) *relacionadas com as obrigações estabelecidas no acordo de mediação*: caso as obrigações já tenham sido cumpridas ou as obrigações não sejam claras ou compreensíveis;
- (iii) *relacionadas com o processo de mediação*: a violação séria pelo mediador dos *standards* aplicáveis à mediação ou ao mediador, sem a qual uma das partes não teria celebrado o acordo, ou a falha de revelação por parte do mediador de circunstâncias relacionadas com a sua imparcialidade ou independência, caso essa falha tenha tido impacto material ou influência indevida numa das partes, sem a qual essa parte não teria celebrado o acordo; ou
- (iv) *relacionadas com a soberania do Estado executante*, sendo estas últimas de conhecimento oficioso, quer por a execução do acordo constituir violação da ordem pública internacional desse Estado, quer por a lei do Estado onde se pretende a execução do acordo não permitir a resolução daquele litígio por mediação.

Sublinha-se, como grande novidade, o facto de não constarem, de nenhum dos motivos potenciais de rejeição da execução de acordos decorrentes de processos de mediação, aspetos formais relacionados com a homologação ou autenticação do acordo.

Ademais, a Convenção exige, no artigo 3.º, n.º 2, aos Estados que sejam membros da mesma, que permitam a invocação de um acordo de mediação que haja resolvido um litígio a título de exceção no âmbito de um novo processo judicial ou arbitral, com vista a provar que o litígio já foi resolvido, ao abrigo das normas processuais do Estado em questão e em conformidade com as normas da Convenção. Já o artigo 6.º da Convenção prevê que a autoridade competente do Estado que seja parte da Convenção possa adiar a decisão de execução do acordo de mediação caso esteja a decorrer um processo judicial/arbitral relacionado com tal acordo, caso em que a parte requerente pode pedir que seja prestada garantia tida por adequada (por exemplo, uma caução).

Por fim, acrescenta-se que o artigo 8.º da Convenção permite que os Estados que sejam parte da Convenção aponham dois tipos de reservas à Convenção: [al. *a*)] pode um Estado declarar que não aplicará a Convenção a acordos dos quais seja parte ou dos quais seja parte alguma agência governamental ou qualquer pessoa atuando em representação de uma agência governamental³⁷; e [al. *b*)] pode um Estado declarar que aplicará a Convenção somente se as partes do acordo decorrente da mediação tiverem acordado na aplicação da mesma, caso em que as partes de acordos decorrentes de mediação só ficarão vinculadas à Convenção se fizerem um *opt-in* relativamente à mesma³⁸. Admite-se ainda, no artigo 5.º, n.º 1, alínea *d*), da Convenção, que a autoridade competente rejeite a execução do acordo quanto tal seja contrário aos termos do mesmo, o que tem sido visto como a possibilidade de as partes de acordos decorrentes de mediação, mesmo que pertencentes

a Estados que sejam parte da Convenção, fazerem um *opt-out* da Convenção, com vista a respeitar o caráter voluntário da mediação³⁹. Conforme se verá no ponto 4., esta flexibilidade e abertura da Convenção têm sido criticadas por poderem colocar em causa um dos principais objetivos da Convenção: a segurança e certeza jurídica que esta pode trazer no que diz respeito à execução de acordos decorrentes de mediação. Note-se que esta possibilidade de fazer depender a aplicação da Convenção da vontade das partes, bem como de poderem os Estados afastar a aplicação da Convenção quanto a eles, é muito significativa para a caracterização desta Convenção, visto que as convenções internacionais vinculam os Estados que delas sejam parte a cumpri-las de modo vinculativo (tipicamente, implicando este caráter vinculativo simultaneamente uma vinculatividade para os agentes do comércio dos Estados signatários).

³⁷ Vendo na previsão desta hipótese uma aceitação da aplicação da Convenção a conflitos de investimento, cf., Joséphine Hage Chahine, Ettore M. Lombardi, David Lutran e Catherine Peulvé (2021, pp. 791-795). Também neste sentido depõe a Lei Modelo da Mediação, no qual a nota de rodapé ao artigo 1.º, n.º 1, explicita que o termo “comercial” deve abranger “investimento”.

³⁸ Neste sentido, *vide* Ayushi Saumya (2020, pp. 943-944).

³⁹ Neste sentido, *vide* Joséphine Hage Chahine, Ettore M. Lombardi, David Lutran e Catherine Peulvé (2021, p. 780), bem como Hal Abramson (2019, pp. 1053-1054).

4.3. Os Estados aderentes

4.3.1. A adesão internacional e o caso da União Europeia

Até ao momento, a Convenção já foi assinada por 55 Estados, situados quase todos nos continentes africano, asiático e americano. A Convenção já foi ratificada e encontra-se em vigor em 10 países, tendo entrado em vigor, em 2020, em Singapura, Fiji, Qatar, e Arábia Saudita, em 2021 no Equador e na Bielorrússia, e em 2022 na Turquia, no Cazaquistão, nas Honduras e na Geórgia⁴⁰.

Em Portugal, ainda não se assinou nem ratificou a Convenção, como, aliás, em nenhum país da União Europeia, na qual rege sobre este tema a Diretiva da Mediação (Diretiva 2008/52/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 21 de maio de 2008, relativa a certos aspetos da mediação em matéria civil e comercial), criada com o intuito de promover o acesso à justiça (que deveria incluir o acesso a modos de resolução de litígios tanto judiciais como extrajudiciais) e contribuir para o correto funcionamento do mercado interno em matéria de disponibilidade e previsibilidade de serviços de mediação, sendo esta vista como podendo proporcionar *“uma solução extrajudicial rápida e pouco onerosa para litígios em matéria civil e comercial através de procedimentos adaptados às necessidades das partes”*⁴¹.

Discute-se a adesão simultânea dos Estados-Membros da União. A União Europeia foi representada nas negociações da Convenção por Norel Rosner, da Direção-Geral de Justiça e Consumidores da Comissão Europeia. Inicialmente, a União Europeia expressou a preferência por um instrumento de *soft law*, não vinculativo. Contudo, com o progresso das negociações, a União Europeia concordou com a abordagem *“two-track”* da Convenção, em conjunto com uma Lei-Modelo, desde que alguns requisitos fossem cumpridos, o que sucedeu: o artigo 1.º, n.º 3, garante que não há sobreposição entre a Convenção e outros instrumentos internacionais, as alíneas e) e f) do artigo 5.º, n.º 1, compatibilizam-se com a visão da União Europeia sobre a conduta dos mediadores, e o artigo 8.º prevê a possibilidade de apor reservas. Não obstante, a União Europeia não assinou a Convenção, explicando Norel Ros-

⁴⁰ Dados disponíveis em https://uncitral.un.org/en/texts/mediation/conventions/international_settlement_agreements/status, consultado a 03.12.2022.

⁴¹ Cf., Considerandos 5 a 8 da Diretiva da Mediação.

ner que é necessário um procedimento prévio de análise compreensiva do instrumento⁴².

4.3.2. Reservas e desenvolvimentos legislativos no Estados aderentes

Ao abrigo do artigo 8.º da Convenção, conforme se viu, os Estados podem apor reservas à Convenção, faculdade, esta, que já tem sido exercida⁴³. Ao abrigo desta norma, a Bielorrússia e a Arábia Saudita rejeitaram a aplicação da Convenção em casos em que o respetivo Estado, alguma agência governamental ou qualquer pessoa atuando em representação de uma agência governamental seja parte num acordo de mediação. A Convenção entrou em vigor na Geórgia recentemente, em junho de 2022, tendo este Estado apostado as duas reservas possíveis à Convenção, o mesmo tendo feito o Cazaquistão.

A maioria dos países que ratificaram a Convenção procederam a alterações nas respetivas leis de fonte interna com vista a acomodar as obrigações decorrentes da Convenção. Alguns, contudo, ainda não o fizeram, como é o caso de Fiji (por atrasos provocados pela pandemia da Covid-19), das Honduras (que, porém, dispõem de uma Lei de Conciliação e Arbitragem datada de 2000, que regula, entre outros, a mediação) e do Cazaquistão (que dispõe de normas reguladoras da execução de acordos de mediação constantes de uma Lei da Mediação, bem como do respetivo CPC). Passemos em revista as alterações legislativas mais significativas levadas a cabo pelos Estados ratificantes.

Na Bielorrússia, modificou-se a lei da mediação e o código processual económico, e o código civil prevê uma obrigação de as partes recorrerem a um procedimento pré-judicial de resolução de litígios. No Equador, alterou-se o código geral de processos orgânicos e a Constituição da República do Equador veio reconhecer a mediação como um procedimento alternativo de resolução de disputas, existindo ainda várias leis que promovem o uso da mediação, nomeadamente em contexto pandémico, durante o qual a lei do apoio humanitário para combater a crise sanitária derivada da Covid-19 veio prever que a reestruturação de dívidas fosse feita por via de mediação. Na Geórgia, a lei de mediação de 2019 e o código processual civil implementaram as medidas decorrentes da Convenção. No Qatar, o Decreto n.º 79,

⁴² Sofia Estopa (2021). Da perspectiva dos Países Baixos e resumindo o processo no âmbito da União Europeia, cf., Henneke Brink (2021).

⁴³ Para todos os dados indicados, cf., <https://www.singaporeconvention.org/jurisdictions>, consultado a 20.11.2022.

de 2020, veio implementar a ratificação da Convenção de Singapura, e foi, recentemente, aprovada a lei sobre mediação civil e comercial. Na Arábia Saudita, o Decreto Real n.º 96, de 9 de abril de 2020, veio dar efeito à Convenção de Singapura, com entrada em vigor a 5 de novembro de 2020. Em Singapura, no dia 12 de setembro de 2020 entrou em vigor, não apenas a Convenção de Singapura, mas também a lei relativa à Convenção de Singapura (que implementa as obrigações de Singapura ao abrigo desta Convenção) e as regras do Supremo Tribunal de Judicatura relativas à Convenção de Singapura. Na Turquia, aprovou-se a lei relativa à aprovação da Convenção n.º 7282, que entrou em vigor a 11 de março de 2021.

5. Possíveis vantagens e desvantagens da adesão à Convenção

Viram-se já os requisitos para a executoriedade de acordos decorrentes da mediação em Portugal ou noutros Estados-Membros da União Europeia, sendo, nuns casos, exigida homologação, e noutros não, dependendo da verificação de certos requisitos. Atendendo ao facto de a executoriedade de acordos realizados em Portugal ou em Estados-Membros da União Europeia ser admissível verificadas as condições legais e considerando ainda a elevada taxa de cumprimento voluntário dos acordos de mediação, poderia dizer-se que a adesão à Convenção não é essencial.

Além disso, é certo que têm surgido vozes contrárias à regulação (internacional) da mediação, com base na diferenciação cultural, institucional e jurídica dos diversos Estados, bem como com base no facto de a mediação poder ser considerada principalmente relevante em ordenamentos nos quais a eficiência dos processos judiciais fique aquém das expectativas e necessidades das partes, mas já não onde esta não seja uma preocupação prioritária⁴⁴. Por outro lado, há também quem aponte fragilidades à Convenção de Mediação de Singapura, como (i) o facto de esta não se debruçar sobre a convenção de mediação, ou seja, sobre o contrato celebrado pelas partes por via do qual se vinculam a mediar os seus litígios, contrariamente à CNI, que prevê requisitos para o reconhecimento e execução de convenções de arbitragem⁴⁵; (ii) a formulação vaga dos requisitos de exclusão da execução⁴⁶; (iii) o facto de os Estados que sejam parte da Convenção poderem apor como reserva a possibilidade de a Convenção só se aplicar quando as partes assim determinarem,

⁴⁴ Cf., Tatiana Kyselova (2018).

⁴⁵ Cf., Ashutosh Ray (2019) e Robert Butlien (2020, p. 210).

⁴⁶ Cf., Ayushi Saumya (2020, pp. 945-946).

através de uma cláusula de *opt-in*, por esta possibilidade prejudicar a certeza jurídica que adviria da aplicação obrigatória da Convenção a todas as partes cujos acordos coubessem nos âmbitos de aplicação da Convenção; (iv) a mesma crítica sendo feita à possibilidade de as partes de acordos decorrentes de mediação inserirem uma cláusula de *opt-out* da Convenção⁴⁷. Por estes mesmos motivos, tem sido recomendada a criação de diretrizes que assistam na implementação da Convenção⁴⁸.

Porém, no nosso entendimento, esta adesão seria certamente útil e relevante, tendo em conta o reduzido âmbito de aplicação territorial da Lei da Mediação portuguesa (que, nos termos do respetivo artigo 1.º, só se aplica a mediação realizada em Portugal), bem como da Diretiva da Mediação (limitada aos Estados-Membros da União Europeia e, até à data, pouco utilizada na prática⁴⁹), no que respeita a conflitos comerciais, com potencialidade intencional. Além disso, a Convenção traz consigo inúmeras potenciais vantagens, quais sejam a promoção da harmonia internacional em matéria de mediação, o aumento de visibilidade, a sinalização de Portugal como um ordenamento jurídico “*mediation friendly*” e o investimento e adesão da advocacia decorrentes de uma maior segurança jurídica na executoriedade de acordos decorrentes de mediação que, como é sabido, podem permitir às partes prosseguir nas suas relações comerciais de modo pacífico e sem despendar custos com processos judiciais ou arbitrais (quer com a resolução do litígio, quer com a execução do acordo decorrente do processo de mediação).

Além do mais, a Convenção de Mediação de Singapura representa um inequívoco reconhecimento e investimento das Nações Unidas, através da UNCITRAL, na mediação privada, não apenas como meio alternativo de resolução de litígios, mas inclusive como forma de desenvolvimento do comércio internacional. De acordo com o Preâmbulo da Convenção, trata-se de um importante passo no caminho do “*desenvolvimento da harmonia nas relações económicas internacionais*” como consequência da mediação. Ora, se o simples investimento da UNCITRAL na mediação já é digno de nota, e irá

⁴⁷ Dando conta destas críticas, cf., Ayushi Saumya (2020, pp. 943-946).

⁴⁸ Cf., Aisha Ado Abdullahi (s.d.).

⁴⁹ Sobre o insucesso da Diretiva, veja-se o *Rebooting Report*, datado de 2014 e apresentado pela Direção-Geral para as Políticas Internas, disponível em <https://www.europarl.europa.eu>, o qual apresenta várias propostas de reforma da Diretiva, incluindo um sistema de mediação obrigatória. Para uma análise deste relatório, cf., Anna Howard (2021, pp. 11-46).

certamente despertar a atenção das comunidades jurídicas, esta afirmação catapulta a mediação para o plano comercial. Que cliente, se tivesse oportunidade de ler esta afirmação, vinda da UNCITRAL, ficaria indiferente à mediação?

Como já se afirmava no Considerando 6 da Diretiva da Mediação, “[é] *mais provável que os acordos obtidos por via de mediação sejam cumpridos voluntariamente e preservem uma relação amigável e estável entre as partes. Estas vantagens tornam-se ainda mais evidentes em situações que apresentam aspetos transfronteiriços*”⁵⁰. Ora, a elevada taxa de cumprimento voluntário dos acordos decorrentes de processos de mediação não pode, no nosso entendimento, depor no sentido de não ser necessária uma harmonização dos mecanismos de execução de tais acordos: o cumprimento voluntário e a manutenção de boas relações é uma enorme vantagem para os agentes do comércio, mas estes necessitam de segurança jurídica quanto à possibilidade e ao modo de executar tais acordos⁵¹, sem incorrer em custos acrescidos com processos destinados à homologação dos acordos.

6. Conclusões

Portugal tem ainda um longo percurso pela frente, seja na promoção da mediação empresarial junto dos advogados, dos juizes, dos árbitros e das próprias empresas (potenciais clientes), seja na formação e certificação de mais e melhores mediadores e na sua especialização por áreas jurídicas ou áreas de negócio, seja na coragem dos principais escritórios de advogados no investimento em formação de pessoas capazes de prestar aos clientes mais este serviço, nos casos em que este se adequa.

A Convenção de Mediação de Singapura pretende reforçar a confiança e a segurança jurídica no recurso à mediação. O que se espera que resulte num maior investimento e adesão da advocacia, já que o tema da executividade é, indiscutivelmente, relevante e importante para qualquer jurista e para o seu cliente. Justamente, e sendo muito embora certo que a CNI permite a execução de acordos decorrentes de processos de mediação que sejam confirmados por sentenças arbitrais, a Convenção de Mediação permite que as partes de um processo de mediação bem-sucedido não tenham de obter o reconhecimento do seu acordo, para que este seja exequível, por

⁵⁰ Cf., Considerando 6 da Diretiva 2008/52/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 21 de maio de 2008, relativa a certos aspetos da mediação em matéria civil e comercial.

⁵¹ Cf., Eunice Chua (2019, pp. 572-573).

um tribunal (judicial ou arbitral) e possam fazê-lo automaticamente, sem custos acrescidos ou maior dispêndio de tempo.

A União Europeia beneficiaria em tomar a iniciativa de adotar a Convenção em nome e com efeitos sobre todos os Estados-Membros, mas ainda que tal não ocorra, a adoção da Convenção será, a nosso ver, benéfica para Portugal. De qualquer modo, caso/quando esta entre em vigor em Portugal, não deverão os agentes do comércio e seus advogados fazer letra morta da Convenção. É possível começar já o recurso à mediação em matérias comerciais, à luz da legislação em vigor, e com a sofisticação dos comerciantes internacionais, para os advogados portugueses poderem representar cabalmente os seus interesses, deverão preparar-se para saber aconselhar um cliente num processo de mediação.

Referências bibliográficas

- ABRAMSON, Hal (2019). “The New Singapore Mediation Convention: The Process and Key Choices”. *Cardozo Journal of Conflict Resolution*, Vol. 20, n.º 4, pp. 1037-1062.
- ADBULLAHI, Aisha Ado (s.d.). *Overview of the Convention on International Settlement Agreements Resulting from Mediation (Singapore Convention)*, International Bar Association, disponível em <https://www.ibanet.org/article/946CFAF9-F0B5-41DE-85D6-CFF422FB4852>, consultado a 11.03.2023.
- BRINK, Henneke (2021). *The Singapore Convention on Mediation – Where’s Europe?*, Mediate.com.
- BUTLIEN, Robert (2020). “The Singapore Convention on Mediation: A Brave New World for International Commercial Mediation”. *Brooklyn Journal of International Law*, Vol. 46, n.º 1, pp. 183-213.
- CARVALHO, Jorge Morais (2011). “A Consagração Legal da Mediação em Portugal”. *Julgat*, n.º 15, Coimbra Editora, pp. 277-280.
- CHAHINE, Joséphine Hage; LOMBARDI, Ettore M.; LUTRAN, David; PEULVÉ, Catherine (2021). “The Acceleration of the Development of International Business Mediation after the Singapore Convention”. *European Business Law Review*, Vol. 32, n.º 4, pp. 769-800.
- CHUA, Eunice (2019). “Enforcement of International Mediation Settlements without the Singapore Convention on Mediation”. *Singapore Academy of Law Journal*, Vol. 31, número especial, pp. 572-593.
- DAVID, Mariana Soares (2017). “A mediação privada em Portugal: que futuro?”. *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 77, Vol. III/IV, pp. 742-784.

- ESTOPA, Sofia (2021). “Convenção de Singapura: O essencial”. *Nova Dispute Resolution Forum*, disponível em <https://drf.novalaw.unl.pt/convencao-de-singapura-o-essencial/>, consultado a 11.03.2023.
- GOUVEIA, Mariana França (2022). *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, 3.^a ed. Almedina.
- HOWARD, Anna (2021). *EU Cross-Border Commercial Mediation: Listening to Disputantes – Changing the Frame; Framing the Changes*, Global Trends in Dispute Resolution, Vol. 9, Kluwer Law International.
- KYSELOVA, Tatiana (2018). “Against Mediation Regulation”. *Kluwer Mediation Blog*, disponível em <https://mediationblog.kluwerarbitration.com/2018/10/30/against-meditation-regulation/>, consultado a 11.03.2023.
- NG, Iris (2019). “The Singapore Mediation Convention: What Does it Mean for Arbitration and the Future of Dispute Resolution?”. *Kluwer Arbitration Blog*, disponível em <https://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2019/08/31/the-singapore-mediation-convention-what-does-it-mean-for-arbitration-and-the-future-of-dispute-resolution/>, consultado a 11.03.2023.
- RAY, Ashutosh (2019). “Is Singapore Convention to Mediation what New York Convention is to Arbitration?”. *Kluwer Arbitration Blog*, disponível em <https://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2019/08/31/is-singapore-convention-to-mediation-what-new-york-convention-is-to-arbitration/>, consultado a 11.03.2023.
- SAUMYA, Ayushi (2020). “Singapore Convention on Mediation: A Historic Evolution of the Mediation Landscape”. *International Journal of Law Management & Humanities*, Vol. 3, n.º 5, pp. 938-947.
- TIMSIT, Jean (2003). “Mediation: An Alternative do Judgment, not an Alternative Judgment”. *Arbitration: The International Journal of Arbitration, Mediation and Dispute Management*, Vol. 69, n.º 3, CI Arb, Wolters Kluwer, pp. 159-171.
- TO, Christopher (2019). “Will the Introduction of the Singapore Mediation Convention Put an End to International Arbitration?”. *Asian Dispute Review*, Vol. 21, n.º 4, HKIAC, pp. 164-169.
- VICENTE, Dário Moura (2006). “Mediação Comercial Internacional”. *Homenagem ao Prof. Doutor André Gonçalves Pereira*, Coimbra Editora, pp. 1081-1093.
- VICENTE, Dário Moura (2009). “A directiva sobre a mediação em matéria civil e comercial e a sua transposição para a ordem jurídica portuguesa”. *Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação*, n.º 2, Almedina, pp. 125-148
- ZLATANSKA, Elina; FAWEHINMI, Folake (2016). “Mediation and Conciliation: In Pursuit of Clarity”. *Arbitration: The International Journal of Arbitration, Mediation and Dispute Management*, Vol. 82, n.º 2, CI Arb, Wolters Kluwer, pp. 146-152.

Capítulo 5

As normas processuais na lei da mediação

JOANA CAMPOS CARVALHO

Professora Convidada na NOVA School of Law

Investigadora do CEDIS

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. A regulação da mediação e o dilema diversidade-coerência. 3. Tipos de normas presentes na regulação legislativa da mediação. 4. Mediação, autonomia privada e imperatividade das normas. 5. As normas processuais na Lei da Mediação portuguesa. 5.1. Pré-mediação (artigo 16.º, n.º 1). 5.2. Primeiro contacto (artigo 16.º, n.º 1). 5.3. Forma do protocolo de mediação (artigo 16.º, n.ºs 2 e 3). 5.4. Nomeação do mediador (artigo 17.º). 5.5. Participantes na mediação (artigo 18.º). 5.6. Duração da mediação e prorrogação (artigos 19.º e 21.º). 6. Conclusões.

RESUMO: A regulação da mediação através de diplomas legislativos é necessária para o seu funcionamento adequado e a sua integração no ordenamento jurídico. Contudo, a extensão e os termos que essa regulação deve assumir devem ser discutidos, com o objetivo de alcançar soluções equilibradas. Em concreto, é necessário salvaguardar, por um lado, a flexibilidade que é característica necessária da mediação e a capacidade de inovação. Por outro lado, é necessário assegurar alguma coerência e articulação com o sistema jurídico globalmente considerado. A boa regulação da mediação há de ser a que encontra o equilíbrio na resolução deste dilema diversidade-coerência. O presente texto analisa a Lei n.º 29/2013, de 19 de abril (Lei da Mediação), classificando as suas normas em função dos objetivos perseguidos. Foca-se, depois, nas normas processuais previstas na secção III do capítulo III. As normas processuais limitam a autonomia privada das partes, na medida em que consagram soluções quanto ao decurso da mediação, que podem ser diferentes das que as partes pretendiam. Torna-se, por isso, necessário analisar essas normas processuais para concluir quanto à extensão da sua imperatividade e quanto à sua correta interpretação. Nessa análise, tem-se em conta que a autonomia privada, sendo um princípio fundamental do nosso direito privado, só pode ser limitada se, e na medida em que, essa limitação for necessária para proteção de outro interesse relevante. Quando a norma processual não protege nenhum interesse relevante deve entender-se que é supletiva. Nos casos em que protege algum interesse deve ser interpretada com o sentido que permite salvaguardar esse interesse, sacrificando o mínimo possível outros, em especial a liberdade contratual das partes e a flexibilidade da mediação.

ABSTRACT: The regulation of mediation through legislation is necessary for its proper functioning and integration in the legal system. However, the extent and terms of such regulation should be discussed, with the aim of reaching balanced solutions. Specifically, it is necessary to safeguard, on the one hand, the flexibility that is a necessary characteristic of mediation and the capacity for innovation. On the other hand, it is necessary to ensure some coherence and articulation with the legal system globally considered. The good regulation of mediation must be the one that finds the balance within this diversity-consistency dilemma. This chapter analyses Law No 29/2013, of April 19 (Mediation Law), classifying its rules according to the objectives pursued. It then focuses on the procedural rules set forth in section III of chapter III. The procedural rules limit the private autonomy of the parties, insofar as they enshrine solutions as to the course of mediation which may be different from those intended by the parties. It is therefore necessary to analyse these procedural rules to conclude whether or not they are of imperative nature and to establish their correct interpretation. In this analysis we take into account that private autonomy, being a fundamental principle of our private law, can only be limited if, and to the extent that, such limitation is necessary for the protection of other relevant interests. When the procedural rule does not protect any relevant interests, it should be understood that it is supplementary. In cases where it does protect some interest it should be interpreted in the sense that allows this interest to be safeguarded, sacrificing other interests as little as possible, especially the contractual freedom of the parties and the flexibility of mediation.

1. Introdução

A Lei n.º 29/2013, de 19 de abril, (doravante Lei da Mediação), estabelece os princípios gerais aplicáveis à mediação realizada em Portugal, bem como os regimes jurídicos da mediação civil e comercial, dos mediadores e da mediação pública.

Partindo da ideia de que a regulação da mediação por lei, como existe em Portugal, é útil e necessária, o presente capítulo pretende olhar criticamente para o conteúdo dessa regulação, em especial para as normas processuais, para concluir se são equilibradas.

No ponto 2, é explorado o conceito de equilíbrio no conteúdo da regulação da mediação, partindo do dilema diversidade-coerência.

O ponto 3 apresenta as várias categorias de normas que há ou pode haver numa lei sobre mediação, em função dos objetivos que perseguem. Destas, destacam-se as normas processuais que serão aprofundadas mais à frente.

O ponto 4 assinala a relevância da autonomia privada e, em especial, da liberdade contratual no âmbito da mediação para daí retirar conclusões quanto aos limites que tem uma regulação nesta matéria.

Finalmente, no ponto 5, são analisadas algumas das normas processuais, constantes da secção III do capítulo III da Lei da Mediação para, construindo sobre tudo o que ficou dito nos pontos anteriores, concluir acerca da sua imperatividade ou supletividade e da sua correta interpretação.

2. A regulação da mediação e o dilema diversidade-coerência

Durante bastante tempo, discutiu-se a necessidade de regulação da mediação através de legislação¹. O principal argumento contra a regulação é a natureza voluntária da mediação, não apenas no que diz respeito à participação neste meio de resolução de litígios, mas também quanto aos termos dessa participação. O princípio da autonomia privada permite às partes que celebrem os contratos que entendam, o que se estende à possibilidade de celebrar convenções de mediação livremente, aí estabelecendo o modo como a mediação decorrerá.

Neste contexto, não caberia ao Estado impor regras aplicáveis à mediação, uma vez que estas limitam a autonomia privada das partes.

A regulação pelo mercado seria suficiente, encarregando-se as leis da procura e da oferta de garantir a qualidade dos serviços de mediação (e da competência e seriedade dos mediadores), afastando os mediadores e centros que não prestam bons serviços².

À regulação pelo mercado poderia juntar-se também a autorregulação por grupos de especialistas e organizações, através da criação de códigos de conduta ou mesmo de regulamentos de centros de mediação. Estes instrumentos de autorregulação facilitam o controlo da qualidade da mediação e o trabalho das partes, que não precisam de regular por contrato todos os aspetos da mediação, bastando-lhes remeter para as normas já criadas pela indústria³.

Duas principais críticas se podem apontar à ideia de desnecessidade de regulação da mediação. Por um lado, a adequação de uma regulação pelo mercado pressupõe um acesso cabal à informação, que não se verifica neste mercado⁴. Pode ser difícil para as partes obterem informação sobre o mediador, a sua competência e comportamento ético, especialmente em casos em que o mediador é sugerido pela outra parte. Este aspeto é acentuado pelo

¹ Kimberlee K. Kovach (2005, p. 314); Simon Roberts e Michael Palmer (2005, pp. 189 e ss.).

² Nadja Alexander (2008, p. 4).

³ Nadja Alexander (2008, p. 5).

⁴ Nadja Alexander (2012, p. 17).

princípio da confidencialidade, que impede que se saiba muito do que se passa em mediações anteriores.

Por outro lado, a regulação pelo Estado tem vários objetivos, pelo que não fará sentido falar em desnecessidade de regulação estadual em bloco. Pode haver normas que visam fomentar o recurso à mediação e a sua efetividade ou outras que visam garantir a articulação da mediação com os outros meios de resolução de litígios disponíveis no ordenamento jurídico. Os diferentes tipos de normas presentes, nomeadamente, na Lei da Mediação serão explorados no ponto 2.

Na Europa, esta discussão terminou com a aprovação da Diretiva 2008/52/CE, de 21 de maio de 2008, do Parlamento Europeu e do Conselho, relativa a certos aspetos da mediação civil e comercial (doravante, Diretiva 2008/52/CE)⁵. No considerando 3 pode ler-se que “*o estabelecimento de princípios fundamentais neste domínio constitui uma etapa essencial para o desenvolvimento e funcionamento adequado dos procedimentos extrajudiciais para a resolução dos litígios em matéria civil e comercial, de forma a simplificar e melhorar o acesso à justiça*” e no considerando 5 que a “*presente diretiva deverá contribuir para o correto funcionamento do mercado interno, em especial no que diz respeito à disponibilidade de serviços de mediação*”.

Parece-nos que se justifica, contudo, continuar a discutir a questão de saber quais os exatos aspetos que uma legislação sobre mediação deve cobrir⁶.

A Diretiva 2008/52/CE deixa ampla liberdade aos Estados nessa matéria.

Esta discussão é enformada pelo chamado dilema diversidade-coerência⁷.

Este dilema refere-se à tensão entre, por um lado, a vontade (ou mesmo a necessidade) de acolher a diversidade de estilos e a liberdade das partes de modelarem o processo, salvaguardando a flexibilidade que caracteriza a mediação e fomentando a inovação e, por outro lado, a vontade e a necessidade de ter um sistema consistente e fiável, que garanta a qualidade da mediação e, portanto, a sua utilidade e utilização.

A mediação caracteriza-se por ser um procedimento flexível, o que lhe permite adequar-se a diferentes tipos de casos. Um litígio familiar e um

⁵ Publicada no Jornal Oficial da União Europeia L 136, de 24 de maio de 2008.

⁶ Nadja Alexander (2012, p. 7). Em termos práticos, esta discussão justifica-se também na medida em que tem ficado claro que a regulação existente não tem sido suficiente para que haja uma prática consistente de mediação na Europa: Giuseppe De Palo (2018, p 2).

⁷ Nadja Alexander (2008, p. 2); Cátia Marques Cebola (2015, p. 53).

litígio comercial, por exemplo, terão necessidade de um enquadramento diferente.

Além disso, há muitos modelos de mediação diferentes⁸. A título de exemplo, o objetivo da mediação pode ser a resolução (mais pragmática) do litígio (escola de Harvard)⁹, a transformação da relação entre as pessoas (mediação transformadora)¹⁰ ou a modificação das narrativas em torno do litígio (mediação narrativa)¹¹. De igual forma, os modelos distribuem-se ao longo de um contínuo¹² em que um dos extremos corresponde ao mediador mais interventivo (podendo mesmo apresentar propostas de solução) e o outro corresponde ao mediador facilitador que apenas auxilia as partes a comunicarem. O estilo de cada mediador há de situar-se numa posição ao longo deste contínuo¹³.

A diversidade é tão grande que, importando com adaptações a expressão de Riskin, os vários modelos apenas podem ser considerados mediação na mesma medida em que uma refeição no McDonald's e uma refeição no Belcanto são ambas consideradas jantar¹⁴.

Não é desejável que a regulação seja tão pormenorizada que ponha em causa esta flexibilidade, diversidade e a capacidade de inovação.

Contudo, para que a mediação tenha qualidade, seja credível e juridicamente útil é necessário introduzir normas gerais e abstratas no ordenamento jurídico que permitam a sua credibilização e utilidade.

Na tensão entre estas duas perspetivas – diversidade e coerência – há que encontrar o equilíbrio: um conjunto de normas que garantam a certeza jurídica e a qualidade sem comprometer a flexibilidade e diversidade de formas de mediar¹⁵.

⁸ Simon Roberts e Michael Palmer (2005, p. 178).

⁹ Roger Fisher, William Ury e Bruce Patton (2007).

¹⁰ Robert Baruch Bush e Joseph Folger (2005).

¹¹ John Winslade e Gerald Monk (2008).

¹² A ideia de contínuos, ao invés de dicotomias é de Leonard L. Riskin (1996, p. 17).

¹³ Henry Brown e Arthur Marriott (1999, p. 149).

¹⁴ Leonard L. Riskin (1996, p. 12).

¹⁵ Cátia Marques Cebola (2011, p. 124). Note-se que o foco aqui é a regulação legislativa – que normas devem constar de um diploma legislativo. Existem outras formas de regulação, designadamente autorregulação, que, por não terem necessidade de ser gerais podem eventualmente ser a sede certa para normas mais específicas.

3. Tipos de normas presentes na regulação legislativa da mediação

As normas que se encontram num diploma legislativo que regula a mediação, seja nacional seja supranacional, pertencem a tipos diferentes consoante a sua teleologia, isto é, a sua razão de ser.

É possível identificar quatro tipos principais diferentes¹⁶.

Em primeiro lugar, temos as normas que têm como objetivo facilitar o acesso à mediação e fomentar a sua utilização (*triggering laws*).

O exemplo mais extremo são as normas que impõem sistemas de mediação obrigatória, como, por exemplo, o artigo 5.º, n.º 1, do Decreto Legislativo italiano 28/2010, de 4 de março, que coloca a tentativa de mediação como condição para o início de uma ação judicial em alguns tipos de litígio¹⁷.

Contudo, há outras normas que fomentam a utilização da mediação sem a impor.

O artigo 5.º da Diretiva 2008/52/CE contém duas. A primeira estabelece que, quando tal se revelar adequado e tendo em conta todas as circunstâncias do caso, o tribunal pode convidar as partes a recorrerem à mediação para resolverem o litígio.

O legislador português transpôs esta norma através do artigo 273.º, n.º 1, do Código de Processo Civil (e também do artigo 1133.º, no que diz respeito à cessação do casamento), indo um pouco mais além do que a Diretiva. Esta fala em convidar as partes, o que pressupõe que o juiz sugere e as partes é que tomam a decisão. A norma portuguesa estabelece a remessa para mediação pelo juiz, salvo se alguma das partes expressamente se opuser. O princípio da voluntariedade está salvaguardado em ambos os casos, mas a norma portuguesa é um pouco mais forte. Em caso de inação das partes, a solução da diretiva parece implicar que o caso continua no tribunal e a solução da norma portuguesa leva a que o processo siga para mediação.

A outra norma do n.º 1 do artigo 5.º da Diretiva 2008/52/CE determina que “o tribunal pode também convidar as partes a assistir a uma sessão de informa-

¹⁶ Seguimos, com algumas adaptações a classificação proposta por Nadja Alexander (2008, pp. 14 e ss.).

¹⁷ Esta norma da lei italiana prevê que “*Quem pretenda iniciar uma ação em tribunal relativa a um litígio sobre condomínio, direitos reais, divisão, sucessão, pactos familiares, arrendamento, comodato, locação comercial, indemnização por danos resultantes de responsabilidade médica e sanitária e de difamação na imprensa ou noutros meios de publicidade, seguros, contratos bancários e financeiros, deve, assistido por um advogado, passar primeiro pelo procedimento de mediação previsto no presente decreto [...]*” (tradução nossa).

ção sobre a utilização da mediação, se tais sessões se realizarem e forem facilmente acessíveis”.

Esta norma não foi expressamente transposta, embora se possa assumir que, tendo em conta a forma como o nosso sistema de mediação está construído, esta possibilidade está incluída no artigo 273.º. Não há atualmente mediadores disponíveis nos tribunais, pelo que, ao remeter para mediação, as partes terão posteriormente possibilidade de ter uma sessão de informação para perceberem se querem prosseguir. Em termos de utilidade, a solução portuguesa parece-nos não cumprir o objetivo, uma vez que coloca do lado das partes a necessidade de um grande esforço para terem acesso à informação.

Em geral, em Portugal, não se percebe bem o que será a remessa para mediação em casos civis e comerciais, uma vez que não há um sistema público. O juiz escolhe aleatoriamente um mediador da lista de mediadores certificados do Ministério da Justiça? Ou diz às partes para escolherem um mediador sozinhas? Ambas as soluções parecem desajustadas para a finalidade de promover a utilização da mediação.

Entre outras, parece-nos de referir ainda, dentro deste tipo de normas que pretendem fomentar a utilização da mediação, o artigo 13.º da Lei da Mediação, que determina, para a mediação civil e comercial, que o recurso à mediação suspende os prazos de caducidade e prescrição¹⁸ dos direitos em litígio. Embora esta norma não contribua ativamente para o recurso à mediação, ela constitui uma condição necessária para a sua utilização. Se os prazos de caducidade e prescrição não se suspendessem durante o processo de mediação, tal afastaria as partes deste meio, que poderia contribuir por pôr em causa os seus direitos.

Em segundo lugar, podemos identificar normas que contribuem para a qualidade da mediação, estabelecendo requisitos para os mediadores e para a própria mediação (*standard-setting provisions*).

Em Portugal qualquer um pode atuar como mediador a título privado, independentemente da sua formação ou competência. Contudo, existe uma lista de mediadores certificados organizada pelo Ministério da Justiça [artigo 9.º, n.º 1, alínea e), da Lei da Mediação]¹⁹ e um grande incentivo a ser incluído

¹⁸ Nesta obra, a suspensão dos prazos de caducidade e de prescrição é abordada no capítulo 6, da autoria de Diana Leiras.

¹⁹ Disponível em <https://dgpj.justica.gov.pt/Resolucao-de-Litigios/Mediacao/Lista-de-mediadores-privados>.

nessa lista. Nos termos do n.º 1 do artigo 9.º da Lei da Mediação, o acordo de mediação tem força executiva se, entre outros requisitos, o mediador estiver inscrito na lista do Ministério da Justiça. Esta solução, sem obrigar os mediadores a cumprirem requisitos que indiciam a sua competência e qualidade²⁰, fomenta de forma significativa o cumprimento desses requisitos e, indiretamente, a qualidade da mediação em Portugal.

Em Portugal, o Estado certifica também as entidades que podem dar formação em mediação que seja posteriormente reconhecida para a certificação dos mediadores (artigo 24.º da Lei da Mediação). Também isso contribui para fomentar a qualidade da mediação como sistema global.

Entre as normas que fomentam a qualidade da mediação parecem-nos ser de referir também as normas que acolhem e densificam os princípios fundamentais da mediação (na Lei da Mediação portuguesa, os artigos 4.º a 8.º). Ao referir expressamente estes princípios, a lei está a contribuir para esclarecer os comportamentos esperados e os limites de atuação em mediação, contribuindo para a sua qualidade. Além disso, o incumprimento dos princípios pode, em situações limite, impedir a execução do acordo, por via da cláusula de salvaguarda da ordem pública [artigo 9.º, n.º 1, alínea *d*), da Lei da Mediação].

É incontornável também a referência a normas de qualidade de natureza não legislativa como as do Código Europeu de Conduta para Mediadores e as do Código de Conduta²¹ e o próprio sistema de certificação do IMI – International Mediation Institute.

Em terceiro lugar, podemos identificar normas que incluem direitos e deveres para as partes e para os mediadores. Estas são normas de proteção (*beneficial laws*), que têm como objetivo salvaguardar a posição dos utilizadores em mediações concretas.

Em Portugal, é possível identificar várias normas deste tipo, designadamente nos artigos 25.º e 26.º da Lei da Mediação. O incumprimento destes deveres gera responsabilidade civil nos termos gerais de direito. Essa responsabilidade será contratual sempre que os deveres tenham sido integrados no contrato celebrado entre as partes e o mediador (quer se chame protocolo de mediação ou não).

²⁰ Previstos na Portaria n.º 344/2013, de 27 de novembro.

²¹ <https://imimediation.org/practitioners/code-professional-conduct/>.

Do lado das partes, pode haver, por exemplo, incumprimento do dever de pagar a remuneração ao mediador [artigo 25.º, alínea *b*), da Lei da Mediação]. Do lado do mediador, pode haver, por exemplo, incumprimento do dever de confidencialidade se este revelar informações que estavam cobertas por este princípio [artigo 26.º, alínea *d*), da Lei da Mediação].

Estas normas visam proteger pessoas concretas, em casos concretos, e apenas indiretamente a mediação como sistema global.

Finalmente, há as normas que se enquadram no tipo “normas processuais” (*procedural rules*). Estas normas enformam o processo de mediação, regulando aspetos como o início do processo, a seleção de mediadores, o término do processo, etc.

Encontramos regras processuais na Lei Modelo da UNCITRAL sobre mediação comercial internacional e acordos internacionais resultantes de mediação²² (por exemplo, no artigo 5.º, relativo ao início do processo, artigo 6.º, referente à nomeação de mediadores, ou artigo 7.º, relativo à condução do processo). Este tipo de regras ocupa também uma parte significativa dos regulamentos de centros de mediação. A título de exemplo veja-se o regulamento de mediação da CCI – Câmara de Comércio Internacional²³ ou o regulamento de mediação do Centro de Arbitragem Comercial da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa²⁴.

Na lei da mediação portuguesa, há normas processuais aplicáveis à mediação civil e comercial. Delas nos ocuparemos no ponto seguinte.

Antes, contudo, importa introduzir mais uma categoria de normas. Trata-se de normas que visam assegurar a interação com o sistema jurídico nacional como parte de um todo (*interface laws*)²⁵. Esta categoria não soma às que até aqui referimos, antes se foca numa classificação diferente, nela se podendo incluir normas de qualquer uma das categorias acima identificadas.

É exemplo de uma norma que visa assegurar a interação com o restante ordenamento jurídico a norma do artigo 13.º da Lei da Mediação, que qualificámos acima como uma norma que fomenta a utilização da mediação. Esta norma, que determina a suspensão dos prazos de prescrição e caducidade dos direitos enquanto decorre a mediação, especialmente quando, no n.º 2,

²² Sobre a lei modelo, ver Peter Binder (2010, pp. 453 e ss.).

²³ <https://iccwbo.org/dispute-resolution-services/mediation/mediation-rules/>.

²⁴ https://www.centrodearbitragem.pt/images/pdfs/Legislacao_e_Regulamentos/2022/1abr2021-Regulamento-de-Mediacao.pdf.

²⁵ Nadja Alexander (2008, p. 16).

refere o momento em que se considera o início da suspensão, visa salvaguardar a articulação da mediação com os outros meios de resolução de litígio disponíveis em Portugal²⁶.

São exemplos também a norma do artigo 9.º, n.º 1, relativo à executividade dos acordos obtidos em mediação, e a do artigo 5.º, n.º 4, que estabelece que o conteúdo das sessões de mediação não pode ser valorado em tribunal ou em sede de arbitragem. Ambas permitem a articulação da mediação com o restante sistema.

4. Mediação, autonomia privada e imperatividade das normas

A mediação é um meio baseado na autonomia privada das partes, mantendo-se essa autonomia do início ao final do processo²⁷. Ao contrário da arbitragem, por exemplo, que é um meio de fonte contratual, mas em que depois as partes passam o poder para as mãos de um terceiro²⁸, na mediação as partes mantêm sempre o poder de decisão e o acordo que soluciona o caso é resultado do exercício da autonomia privada²⁹.

A convenção de mediação é um contrato, assim como o contrato de mediação (a que a nossa lei chama protocolo de mediação). É um contrato também o acordo a que as partes chegam, eventualmente, no final do processo.

A autonomia privada “corresponde a uma área de licitude – ou a um espaço de liberdade –, dentro do qual as pessoas [...] dispõem da possibilidade de praticar os atos que entenderem”³⁰, traduzindo-se a liberdade contratual numa das manifestações da autonomia privada. A liberdade contratual inclui a liberdade de celebração do contrato, mas também a liberdade de fixação do conteúdo contratual, a que alude expressamente o artigo 405.º do Código Civil.

A liberdade contratual pode ser limitada pelo ordenamento jurídico e é, efetivamente, em muitos casos limitada através da aplicação de normas

²⁶ Quanto à articulação da suspensão com o sistema no âmbito do direito do consumo, ver Jorge Morais Carvalho, João Pedro Pinto-Ferreira e Joana Campos Carvalho (2017, p. 154)

²⁷ Cátia Marques Cebola (2011, p. 169).

²⁸ Mariana França Gouveia (2014, p. 119); António Pedro Pinto Monteiro, Artur Flaminio da Silva, Daniela Mirante (2019, p. 66).

²⁹ Mariana França Gouveia (2014, pp. 50-51), assinala que “enquanto no tribunal tudo lhes [às partes] é afastado, em mediação tudo lhes é entregue, dependendo delas o início, o decurso e o fim da mediação”.

³⁰ Jorge Morais Carvalho (2016, p. 13).

imperativas. Contudo, tratando-se de um princípio fundamental³¹ do nosso direito privado, apenas pode ser afastada para proteger outros interesses relevantes e na medida em que contribuir para essa proteção³².

A diferença, na lei portuguesa, entre um acordo obtido em mediação e outro acordo alcançado entre as partes é que aquele pode ter força executiva, nos termos do artigo 9.º da Lei da Mediação.

A Lei da Mediação não pode prejudicar a validade de um acordo que configure um contrato válido ao abrigo das normas gerais do Direito dos Contratos, ainda que este tenha sido alcançado com o apoio de um mediador. Contudo, se as partes quiserem que esse contrato tenha força executiva têm de garantir o preenchimento dos requisitos do artigo 9.º da Lei da Mediação³³.

De entre estes requisitos, o que mais nos interessa, por dizer respeito às normas processuais, é o do artigo 9.º, alínea c): *“tem força executiva, sem necessidade de homologação judicial, o acordo de mediação [...] obtido por via de mediação realizada nos termos legalmente previstos”*.

Impõe-se, pois, esclarecer quais são os termos legalmente previstos para a mediação em Portugal. Esta questão leva-nos de volta à questão da liberdade contratual e à necessidade de perceber de que forma ela está limitada pelas normas processuais da mediação.

Parece-nos que é necessário interpretar as normas processuais da Lei da Mediação para perceber quais são imperativas, uma vez que pretendem proteger outros interesses relevantes³⁴, e quais são supletivas, e qual o seu conteúdo.

Mesmo a forma como a Lei da Mediação está construída aponta no sentido da necessidade dessa interpretação, na medida em que o princípio da executoriedade, previsto no artigo 9.º, convive com os outros princípios da

³¹ Jorge Morais Carvalho (2016, p. 31) – ver referências nota 85.

³² Jorge Morais Carvalho (2016, p. 31).

³³ Esta não é naturalmente a única forma de atribuir força executiva ao contrato que resulta da mediação. Além da possibilidade de homologação prevista no artigo 14.º da Lei da Mediação, pode utilizar-se as várias possibilidades do Código de Processo Civil, como, por exemplo, a autenticação por notário (artigo 703.º do Código de Processo Civil). Conforme assinala Mariana França Gouveia (2014, p. 94): “O artigo 9.º [da Lei da Mediação] não impõe, portanto, a exclusão de outras formas de conferir executoriedade ao acordo – o acordo obtido em mediação é um negócio privado, um contrato, os efeitos jurídicos não dependem do preenchimento dos requisitos previstos. O preceito serve, tão só, para prever mais uma hipótese de conferir força executória a um contrato celebrado entre as partes, nada mais do que isso”.

³⁴ Jorge Morais Carvalho (2016, p. 175).

Lei da Mediação. Daqui decorre a necessidade da sua articulação, a cada momento, com os outros princípios, designadamente com o princípio da voluntariedade, previsto no artigo 4.º.

Deste artigo destacamos, em especial, no n.º 1, que às partes cabe “a *responsabilidade pelas decisões tomadas no decurso do procedimento*”. Tal perspectiva exige que se analisem as normas que limitam a liberdade contratual, impondo ou impedindo determinado conteúdo contratual, interpretando-as de acordo com este princípio.

5. As normas processuais na Lei da Mediação portuguesa

A Lei da Mediação contém normas que se aplicam a qualquer mediação realizada em Portugal, como as normas relativas aos princípios. Contém também normas que se aplicam apenas a mediações civis e comerciais, como é o caso, por via da definição do âmbito de aplicação no artigo 10.º, das da secção III do capítulo III, referentes ao “*procedimento de mediação*”.

O objeto desta reflexão são as normas processuais contidas nesta secção. Iremos analisar cada uma delas, procurando perceber que interesses visam proteger, como se compatibilizam com os princípios da mediação e, em função disso, como devem ser interpretadas.

5.1. Pré-mediação (artigo 16.º, n.º 1)

O artigo 16.º regula o início do procedimento, determinando, no n.º 1, que “o *procedimento de mediação compreende um primeiro contacto para agendamento da sessão de pré-mediação, com carácter informativo, na qual o mediador de conflitos explicita o funcionamento da mediação e as regras do procedimento*”.

Esta norma consagra a figura da pré-mediação³⁵, esclarecendo que se trata de uma sessão que pretende informar as partes sobre o funcionamento e regras do processo.

Além disso, refere a sua realização como o ponto de partida do processo.

Um dos objetivos desta norma é o de garantir que as partes tomam decisões baseadas no cabal conhecimento do funcionamento da mediação³⁶. Para poder haver efetivo exercício da autonomia privada é necessário que a atuação das pessoas não seja baseada em percepções erradas ou incompletas da realidade.

³⁵ Mariana França Gouveia (2014, p. 71), assinala que a sessão de pré-mediação é um momento obrigatório em Portugal, embora não se pronuncie sobre o que configura uma pré-mediação.

³⁶ Mariana França Gouveia (2014, p. 72).

O segundo objetivo é o de garantir a igualdade entre as partes, em linha com o artigo 6.º da Lei da Mediação. Se uma das partes tem mais informação ou percebe melhor como funciona a mediação, o mediador contribui para “*garantir o equilíbrio de poderes*” se aumenta o nível de conhecimentos da outra parte.

O artigo 16.º exige também que esta informação seja prestada antes do início da própria mediação para garantir que quando esta começa já há informação e equilíbrio de poderes. Tal retira-se da expressão escolhida pela lei: “*pré-mediação*”.

Nos Julgados de Paz, por exemplo, a sessão de pré-mediação é realizada imediatamente antes da mediação. É marcado um dia para a sessão de mediação e, antes do seu início, o mediador esclarece as partes e recolhe o seu consentimento para o início da mediação. Se, depois de serem esclarecidas, as partes, ou uma delas, não desejar prosseguir com o processo, este termina.

Parece-nos que esta prática respeita integralmente o artigo 16.º.

O artigo 16.º é respeitado também se as partes acordarem, diretamente ou através da remissão para um regulamento que o preveja, que a informação sobre o funcionamento da mediação é prestada no início da sessão de mediação, designadamente na declaração de abertura, desde que o consentimento para participação na mediação ocorra após esse momento. Neste caso trata-se apenas de uma questão de terminologia³⁷. Mesmo que não se chame pré-mediação, esse momento é uma pré-mediação, na medida em que ocorre antes de as partes confirmarem o seu intuito de participar na mediação. Uma interpretação do artigo 16.º neste sentido respeita, pois, o espírito da lei, não extravasando aquilo que a letra da lei permite (artigo 9.º do Código Civil).

Este é o caso do regulamento da CCI. Prevê, em todos os casos, um momento, antes do início da mediação, em que as partes e o mediador discutem como esta vai decorrer (artigo 7.º, n.º 1). Além disso, nos casos em que as partes não tinham escolhido de antemão a aplicação do regulamento, prevê-se também que “*o Centro informa todas as outras partes da proposta e poderá assistir as partes na análise da proposta [de recurso à mediação na CCI]*”.

³⁷ Um exemplo da mesma ideia com outra terminologia pode ver-se em Henry Brown; Arthur Marriott (1999, p. 154), que isolam o momento de esclarecimento inicial do resto do processo a que chamam “*substantive mediation*”.

Embora não preveja um momento chamado pré-mediação, deve entender-se que respeita o artigo 16.º, uma vez que permite salvaguardar a sua teleologia.

O artigo 16.º é também respeitado se o momento de esclarecimento das partes ocorrer à distância, designadamente por videochamada, ou se for realizado com uma parte de cada vez. A norma não exige a presença simultânea das partes, pelo que o mediador pode explicar a uma de cada vez, se, no caso concreto, considerar que essa atuação não coloca em causa princípios da mediação como a imparcialidade ou a igualdade.

Parece-nos que uma interpretação contrária do artigo 16.º, que levasse a que se considerasse que há um incumprimento desta norma se não houver um momento separado no processo, chamado pré-mediação, desrespeita a natureza flexível da mediação, sem para tal haver razão justificativa. Retomando o dilema diversidade-coerência³⁸, implicaria sacrificar a diversidade sem que a coerência trouxesse nenhuma vantagem. De igual forma, retomando a discussão sobre a autonomia privada³⁹, implicaria impor um comportamento às partes, sem que essa imposição tenha como objetivo a proteção de outro interesse relevante.

5.2. Primeiro contacto (artigo 16.º, n.º 1)

Na parte em que o artigo 16.º, n.º 1, se refere a um primeiro contacto para o agendamento da sessão de pré-mediação, deve entender-se que a norma é supletiva.

Nenhum interesse relevante é protegido por esta norma. Trata-se apenas de um procedimento que não representa nenhum acréscimo de proteção. A sua utilidade é apenas a de servir de desbloqueador para os casos em que as partes não acordam nada, impedindo que haja um impasse no início do processo. Sendo supletiva a norma, as partes podem acordar qualquer outro procedimento como, por exemplo, que o primeiro contacto do centro é para escolha do mediador ou que a data da primeira sessão é marcada pelo mediador, cabendo às partes contactá-lo se não estiverem disponíveis nessa data, etc.

Caso as partes nada acordem, diretamente ou através da remissão para um regulamento, o mediador ou o centro ou o Julgado de Paz efetua então o

³⁸ Cfr. ponto 2.

³⁹ Cfr. ponto 4.

primeiro contacto com as partes para agendamento da sessão de pré-mediação, entendida esta figura com a amplitude que acima defendemos.

5.3. Forma do protocolo de mediação (artigo 16.º, n.ºs 2 e 3)

O artigo 16.º, n.º 2, da Lei da Mediação determina que o acordo das partes para prosseguir o processo se manifesta na assinatura de um contrato de mediação, a que a lei chama protocolo de mediação. Não analisaremos a questão do conteúdo deste acordo⁴⁰, mas queremos analisar a questão da forma.

O n.º 2 e o n.º 3 do artigo 16.º falam apenas em assinatura pelas partes, não sendo explícitos quanto à forma que este contrato deve assumir.

Não esclarecendo a lei qual a forma exigida, é necessário interpretar a expressão “*assinar*” para concluir quanto a esse ponto. A expressão “*assinar*” remete-nos para o conceito de forma escrita, pelo que consideramos que é essa a forma que o contrato de mediação deve revestir.

A convenção de mediação, prevista no artigo 12.º da Lei da Mediação, 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*”.

Esta solução, inspirada no artigo 2.º da Lei n.º 63/2011, de 14 de dezembro (doravante, Lei da Arbitragem Voluntária), visa salvaguardar a possibilidade de reflexão e a segurança jurídica⁴¹, garantindo que há um suporte ao qual as partes podem retornar para provar a existência e extensão da conven-

⁴⁰ Quanto ao conteúdo do protocolo de mediação ver Mariana França Gouveia (2014, p. 73). Defende a autora que “a extensão dos elementos que a lei exige que constem deste protocolo de mediação não deve prejudicar a necessária flexibilidade do processo de mediação. As regras serão mais complexas quanto mais complexo for o caso, ou seja, mais simples quanto mais simples for o caso. A disponibilidade é total, pelo que não deve formalizar-se por causa deste instrumento que agora a lei exige”.

⁴¹ Mariana França Gouveia (2014, pp. 132-133). A celebração de uma convenção de arbitragem faz nascer na esfera jurídica de cada uma das partes um direito potestativo de constituição do tribunal arbitral e implica a renúncia ao direito de ação judicial [António Pedro Pinto Monteiro, Artur Flaminio da Silva, Daniela Mirante (2019, p. 145)]. Embora a celebração de uma convenção de mediação em Portugal não implique consequências tão pesadas, por causa do princípio da voluntariedade, gera obrigação de recorrer à mediação e eventual responsabilidade civil em caso de incumprimento dessa obrigação. Sobre este tema, Cátia Marques Cebola (2011, pp. 177 e ss.).

ção⁴², reconhecendo simultaneamente que o tráfego jurídico, em particular na área civil e comercial, é rápido e precisa de alguma flexibilidade.

O objetivo dos n.ºs 2 e 3 do artigo 16.º, ao exigirem a assinatura do protocolo de mediação, é o de salvaguardar os mesmos interesses por trás da norma que exige a forma da convenção de mediação – certeza jurídica e possibilidade de reflexão⁴³. A segurança jurídica neste caso está especialmente ligada à circunstância de a assinatura do protocolo de mediação marcar o início da suspensão dos prazos de caducidade e prescrição dos direitos das partes, nos termos do artigo 13.º, n.º 2, da Lei da Mediação. A finalidade da formalidade do protocolo está, portanto, também ligada à necessidade de determinar ao certo o momento em que se inicia a suspensão.

Se o do n.º 2 do artigo 12.º é o grau de exigência formal que a nossa lei consagra para a convenção de mediação, não fará sentido que exija uma maior formalidade para o contrato de mediação, em que as partes apenas reafirmam o que decorre de um contrato anterior, que é a convenção de mediação, e fixam regras de operacionalização do processo.

Havendo uma definição de “*forma escrita*” no diploma e não havendo razões que justifiquem a sua restrição no caso do protocolo de mediação, parece-nos que a forma escrita a que alude o artigo 16.º através da expressão “*assinar*”, deve ser entendida com o mesmo grau de abrangência que tem a expressão “*forma escrita*” no artigo 12.º, n.º 2. Em termos de conteúdo, o documento tem naturalmente de incluir todas as informações exigidas pelo artigo, em especial do n.º 3.

5.4. Nomeação do mediador (artigo 17.º)

O artigo 17.º, n.º 1, determina que “*competem às partes acordarem na escolha de um ou mais mediadores de conflitos*”.

Esta norma processual é supletiva. O seu objetivo não é a proteção de nenhum interesse relevante, pelo que não há razão que impeça as partes de a afastarem.

Trata-se de uma manifestação do princípio da voluntariedade: às partes cabem as decisões tomadas no decurso do procedimento (artigo 4.º, n.º 1).

⁴² Em geral sobre as razões que justificam a exigência de forma escrita em contratos, Carlos Ferreira de Almeida (2022, pp. 101-102). O nosso Código Civil alerta para a necessidade de interpretar a formalidade dos contratos à luz das “*razões determinantes*” da forma (artigo 238.º, n.º 2).

⁴³ Cátia Marques Cebola (2011, p. 172).

Contudo, não esgota as possibilidades através das quais as partes podem exercer a sua liberdade de configuração do processo no que diz respeito ao mediador. Nessa medida, serve apenas como desbloqueador. Caso as partes nada digam, é a estas que cabe indicarem um ou mais mediadores. Contudo, nada as impede de acordarem, diretamente ou através da remissão para um regulamento, que o mediador é escolhido de outra forma. Podem, por exemplo, delegar a escolha num terceiro, como um centro de mediação, a quem caiba escolher um mediador das suas listas.

Embora o artigo 17.º contenha uma norma supletiva, a autonomia privada das partes está, neste caso, e em geral na delineação de regras para o processo, limitada, mas por via dos princípios da mediação. Assim, as partes podem eleger livremente o método de escolha do mediador, mas será nula, por exemplo, uma cláusula da convenção de mediação, através da qual as partes acordam que o mediador será escolhido por uma das partes de entre os seus administradores, por violar os princípios da igualdade, da imparcialidade (artigo 6.º) e da independência (artigo 7.º).

5.5. Participantes na mediação (artigo 18.º)

O artigo 18.º refere-se a quem pode estar presente nas sessões de mediação. Em especial, o n.º 2 do artigo 18.º estabelece que *“as partes podem ainda fazer-se acompanhar por outros técnicos cuja presença considerem necessária ao bom desenvolvimento do procedimento de mediação, desde que a tal não se oponha a outra parte”*.

Esta norma contém várias limitações à presença de pessoas na mediação. Em primeiro lugar, a parte tem de considerar a pessoa necessária ao bom desenvolvimento do procedimento de mediação. Em segundo lugar, é necessário que a outra parte não se oponha à participação. Em terceiro lugar, a pessoa tem de ser um *“técnico”*.

O primeiro requisito é inteiramente subjetivo, pelo que não é sequer possível considerá-lo não verificado se a parte afirmar que está. Note-se que não é se o mediador considerar que é necessário ao bom desenvolvimento do processo ou se uma pessoa razoável o considerar, mas sim a própria parte que pede a intervenção.

O segundo requisito é uma decorrência lógica da natureza contratual da mediação e do princípio da voluntariedade. São as partes que, por acordo, definem os termos em que a mediação ocorre. Nessa medida não pode uma impor à outra a participação de terceiros.

A imperatividade do terceiro requisito parece-nos mais discutível. A lei refere-se à participação de técnicos, sendo um técnico uma *“pessoa que pos-*

sui ou aplica os conhecimentos especiais de uma ciência, arte ou profissão”⁴⁴. Parece-nos muito difícil determinar quando é que determinada pessoa é um técnico. O pai de uma das partes não poderia participar. Mas, se o pai da parte for electricista e se estiver a discutir um problema eléctrico num carro, é considerado técnico? E se o pai for electricista, mas o caso for sobre arrendamento?

Mais importante do que esta questão, contudo, é que não nos parece que esta parte da norma proteja nenhum interesse relevante, o que nos leva a concluir que se trata de uma norma supletiva nessa parte. O único interesse que pode haver aqui é o de controlar o número de intervenientes para a mediação não se tornar confusa⁴⁵. Não nos parece que esse seja um interesse atendível. Se as partes quiserem alargar o âmbito da discussão a outras pessoas, que até podem ser relevantes para a pacificação do litígio, não parece haver razão que o impeça. Mais uma vez se trataria de sacrificar a diversidade sem que a coerência trouxesse qualquer vantagem e de limitar a autonomia privada, impondo restrições às partes, sem que essa imposição tenha como objetivo a proteção de outro interesse relevante.

O objetivo desta norma, mais do que limitar, parece ser o de alargar possibilidades, dando indicação às partes das hipóteses que têm e que podem, por acordo, integrar no processo. Como uma chamada de atenção: lembrem-se de que podem trazer técnicos, se isso for útil.

Em suma, a norma do artigo 18.º é imperativa no que diz respeito ao acordo da outra parte, sendo que tal requisito já resultaria da própria natureza da mediação, mas não limita as partes quanto às pessoas que podem participar na mediação. As partes podem trazer técnicos, mas podem também trazer qualquer outra pessoa que considerem útil. Esta interpretação é a que melhor salvaguarda os diferentes interesses a acautelar.

5.6. Duração da mediação e prorrogação (artigos 19.º e 21.º)

Por fim, cabe-nos analisar as normas que se referem ao prazo de duração da mediação para ver como se articulam.

O artigo 19.º elenca os factos que implicam o fim do processo de mediação. Trata-se de um exemplo de uma norma que visa assegurar a interação

⁴⁴ Dicionário da língua portuguesa contemporânea da Academia das Ciências de Lisboa (2002, p. 3526).

⁴⁵ Poderia haver também preocupações com a confidencialidade, mas essa encontra-se salvaguardada pelo n.º 3 do artigo 18.º.

e a articulação com o sistema jurídico⁴⁶, no qual a mediação se insere como parte de um todo. Nessa medida, não pode ser afastada, uma vez que protege interesses relevantes como a certeza jurídica e a coerência do sistema. O principal ponto de articulação desta norma com o sistema é o regime dos prazos de caducidade e prescrição de direitos. Estes suspendem-se com o início da mediação (artigo 13.º) e essa suspensão termina quando termina o processo de mediação. É, por isso, necessário conseguir saber ao certo em que dia termina o processo de mediação para saber quando termina a suspensão. Esse é o papel do artigo 19.º da Lei da Mediação⁴⁷.

A alínea e) do artigo 19.º determina que o procedimento de mediação termina quando *“se atinja o prazo máximo de duração do procedimento, incluindo eventuais prorrogações do mesmo”*. Por sua vez, o artigo 21.º, n.º 2, estabelece que *“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 que acontece quando se realizam sessões de mediação durante dois meses depois da data que consta do protocolo de mediação? E se, na sequência dessas sessões, vier a celebrar-se um acordo entre as partes que põe fim ao litígio?

Na arbitragem, como as partes passam o poder decisório para as mãos de um terceiro, o fim do prazo definido implica a perda de poderes jurisdicionais pelo árbitro e a consequente impossibilidade de uma decisão⁴⁸.

Contudo, em mediação, o poder nunca sai das mãos das partes, pelo que elas podem sempre celebrar acordos. Trata-se de uma consequência do princípio da liberdade contratual. A validade de um acordo obtido após o decurso do prazo que consta do protocolo é indiscutível, na medida em que se trata de um contrato. A dúvida pode estar em saber se esse contrato pode valer como acordo obtido em sede de mediação para efeitos do artigo 9.º, isto é, se pode ter força executiva. O artigo 21.º, n.º 2, refere a possibilidade

⁴⁶ Cfr. ponto 3.

⁴⁷ Verificando-se uma certa incoerência no regime por haver duas normas que se referem ao fim do procedimento, parece-nos ser de considerar que o n.º 3 do artigo 13.º deve ser interpretado como contendo uma remissão para o artigo 19.º, embora a técnica legislativa não seja exemplar. Só essa interpretação permite salvaguardar a coerência e completude do regime. Os prazos de prescrição e caducidade também são, por exemplo, retomados naturalmente se o processo terminar por acordo, motivo que consta do artigo 19.º, mas que não é expressamente referido no n.º 3 do artigo 13.º.

⁴⁸ António Pedro Pinto Monteiro, Artur Flávio da Silva e Daniela Mirante (2019, p. 384.)

de prorrogação pelas partes. Se as partes tiverem prorrogado o prazo por escrito não há dúvidas de que o acordo vale como acordo obtido em mediação, na medida em que esta ainda não terminou.

Mais discutíveis podem ser os casos de prorrogação expressa, mas não escrita, e os casos de prorrogação tácita. O artigo 21.º, n.º 2, fala de alteração da duração sem referir qualquer requisito formal. Contudo, na medida em que essa alteração configura uma alteração a um contrato para o qual a lei exige forma especial (o protocolo de mediação), é necessário atender às razões que justificam esta formalidade para concluir se se aplicam também à alteração desta cláusula.

Apontámos como motivos para a formalidade do protocolo de mediação a certeza jurídica e possibilidade de reflexão⁴⁹.

Neste caso, não há necessidade de reflexão.

No que diz respeito à certeza jurídica, está ligada à necessidade de saber quando se inicia a mediação e, conseqüentemente, quando se suspendem os prazos de caducidade e prescrição, nos termos do artigo 13.º. Contudo, a questão coloca-se de forma diferente do que em relação à data de início. Se não houver suporte durável e fidedigno do protocolo, pode ser muito difícil definir a data da sua celebração e, conseqüentemente, a data da suspensão dos prazos. Se a prorrogação não for feita por escrito, a questão reduz-se a um problema de prova que não tem conseqüências em termos de segurança jurídica. Se não se provar a prorrogação há uma data de referência que se mantém, que é a que consta do protocolo, que determina sempre a duração máxima da mediação.

Não se verificando as razões que justificam a forma inicial, o protocolo pode ser alterado no que diz respeito à duração do processo sem necessidade de forma especial. O ónus de provar essa alteração caberá a quem dele se quiser aproveitar.

No caso em que as partes concluem um acordo depois do prazo estipulado no protocolo, a questão assume relevância prática apenas se uma das partes em sede de execução se opuser, alegando que o acordo foi extemporâneo. Nesse caso, houve uma prorrogação tácita, na medida em que a mediação continuou e até foi concluído um acordo. Ainda que não se partilhe o entendimento que defendemos quanto à liberdade de forma, parece-

⁴⁹ Cfr. ponto 5.3.

-nos que opor-se à execução neste caso configuraria um abuso de direito, na modalidade *venire contra factum proprium*.

6. Conclusões

A regulação da mediação através de diplomas legislativos é necessária para o seu funcionamento adequado e a sua integração no ordenamento jurídico.

Contudo, a extensão e os termos que essa regulação deve assumir devem ser discutidos, com o objetivo de alcançar soluções equilibradas. Em concreto, é necessário salvaguardar, por um lado, a flexibilidade que é característica necessária da mediação e a capacidade de inovação. Por outro lado, é necessário assegurar alguma coerência e articulação com o sistema jurídico globalmente considerado. A boa regulação da mediação há de ser a que encontra o equilíbrio na resolução deste dilema diversidade-coerência.

As normas que regulam a mediação enquadram-se numa das seguintes categorias: normas que fomentam a utilização da mediação, normas que asseguram a qualidade, normas de proteção e normas processuais. Dentro destas várias categorias há algumas normas que se caracterizam, também, por permitirem a articulação da mediação com o ordenamento jurídico onde se insere.

A mediação é caracterizada pela voluntariedade, sendo os contratos que as pessoas celebram (convenção de mediação, protocolo de mediação e acordo final) resultado do exercício da autonomia privada e, em concreto, da liberdade contratual⁵⁰. As normas processuais limitam a autonomia privada das partes, na medida em que consagram soluções quanto ao decurso da mediação, as quais podem ser diferentes das que as partes pretendiam. Torna-se, por isso, necessário analisar essas normas processuais para concluir quanto à extensão da sua imperatividade e quanto à sua correta interpretação.

Nessa análise deve ter-se em conta que a autonomia privada, sendo um princípio fundamental do nosso direito privado, só pode ser limitada se, e na medida em que, essa limitação for necessária para a proteção de outro interesse relevante. Quando a norma processual não protege nenhum interesse relevante deve entender-se que é supletiva. Nos casos em que protege algum interesse deve ser interpretada com o sentido que permite salvaguardar esse interesse, sacrificando o mínimo possível outros, em especial a liberdade contratual das partes e a flexibilidade da mediação.

⁵⁰ Jorge Morais Carvalho, João Pedro Pinto-Ferreira e Joana Campos Carvalho (2017, p. 106).

Concluimos que são supletivas as normas dos artigos 16.º, n.º 1, na parte que se refere a quem faz o contacto inicial na mediação, e 17.º, referente à forma de escolha do mediador.

A norma que impõe a pré-mediação é imperativa, mas deve ser entendida como impondo um momento, anterior ao acordo para iniciar a mediação, em que o mediador esclarece as partes, independentemente do nome ou configuração exata que tenha esse momento.

No que diz respeito à forma do protocolo de mediação, concluimos que este deve revestir forma escrita, mas entendida com a amplitude que tem no artigo 12.º, n.º 1, que é a norma relativa à forma da convenção de mediação.

A norma do artigo 18.º, relativa aos participantes na mediação, é imperativa no que diz respeito ao acordo da outra parte, sendo que tal requisito já resultaria da própria natureza da mediação, mas não limita as partes quanto às pessoas que podem participar na mediação.

Finalmente, a norma do artigo 19.º, que estabelece os fundamentos de encerramento do processo de mediação, é imperativa. As prorrogações que as partes podem fazer do prazo de duração máxima, referidas na alínea e) do artigo 19.º, não carecem de forma especial e podem ser feitas de forma expressa ou tácita.

Referências bibliográficas

- ALEXANDER, Nadja (2008). “Mediation and the art of regulation”. *QUT Law Review*, Vol. 8, n.º 1, pp. 1-23.
- ALEXANDER, Nadja (2012). “Harmonisation and Diversity in the Private International Law of Mediation: The Rhythms of Regulatory Reform”. *Mediation: Principles and Regulation in Comparative Perspective*. Oxford University Press.
- ALMEIDA, Carlos Ferreira de (2022). *Contratos I*, 7.ª ed., Almedina.
- BINDER, Peter (2010). *International commercial arbitration and conciliation in UNCITRAL model law jurisdictions*, 3.ª ed., Sweet & Maxwell.
- BROWN, Henry; MARRIOTT, Arthur (1999). *ADR principles and practice*, 2.ª ed., Thomson.
- BUSH, Robert Baruch; FOLGER, Joseph (2005). *The promise of mediation*, Jossey-Bass.
- CARVALHO, Jorge Morais; PINTO-FERREIRA, João Pedro; CARVALHO, Joana Campos (2017). *Manual de resolução alternativa de litígios de consumo*, Almedina.
- CARVALHO, Jorge Morais (2016). *Os limites à liberdade contratual*, Almedina.
- CEBOLA, Cátia Marques (2015). “Regulamentar a mediação: um olhar sobre a nova Lei de Mediação em Portugal”. *Revista Brasileira de Direito*, Vol. 11, n.º 2, pp. 53-65.

- CEBOLA, Cátia Marques (2011). *La mediación – Un nuevo instrumento de la administración de la justicia para la solución de conflictos*. Tese de doutoramento defendida na Universidade de Salamanca.
- DE PALO, Giuseppe (2018). *A Ten-Year-Long “EU Mediation Paradox” When an EU Directive Needs To Be More ...Directive*. Briefing do Parlamento Europeu.
- FISHER, Roger; URY, William; PATTON, Bruce (2007). *Como conduzir uma negociação?*, 7.^a ed., Lua de papel.
- GOUVEIA, Mariana França (2014). *Curso de resolução alternativa de litígios*, 3.^a ed., Almedina.
- KOVACH, Kimberlee K. (2005). “Mediation”. *The handbook of dispute resolution*, Jossey-Bass, pp. 304-317.
- MONTEIRO, António Pedro Pinto; SILVA, Artur Flaminio da; MIRANTE, Daniela (2019). *Manual de arbitragem*, Almedina.
- RISKIN, Leonard L. (1996). “Understanding mediators’ orientations, strategies and techniques: A grid for the perplexed”. *Harvard Negotiation Law Review*, Vol. 1, n.º 7, pp. 7-51.
- ROBERTS, Simon; PALMER, Michael (2005). *Dispute processes – ADR and the primary forms of decision-making*, Cambridge University Press.
- WINSLADE, John; MONK, Gerald (2008). *Practicing Narrative Mediation*, Jossey-Bass.

Capítulo 6

A suspensão dos prazos de caducidade e prescrição por efeito da mediação (pré-judicial): análise e reflexões

DIANA LEIRAS

Professora Adjunta Convidada na Escola Superior de Gestão do IPCA

Investigadora no Instituto Jurídico Portucalense

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Início do procedimento de mediação: linhas gerais. 3. A mediação e os prazos de caducidade e prescrição. 3.1 Da necessidade de uma solução. 3.2 A solução adotada até à Lei da Mediação. 3.3 A solução adotada na Lei da Mediação. 4. A possível relação entre a suspensão dos prazos de caducidade e prescrição e a extinção do procedimento de mediação por decisão do mediador. 5. Conclusões.

RESUMO: Neste capítulo apresenta-se uma análise e reflexões em torno da questão da contagem dos prazos de caducidade e prescrição no âmbito de um procedimento de mediação pré-judicial, modalidade de mediação que, nesta matéria, requer uma solução específica. Apresentam-se considerações gerais sobre o início do procedimento de mediação, e explicita-se a necessidade de uma solução para a situação dos prazos de caducidade e prescrição durante esse procedimento, e a imposição que decorre da Diretiva 2008/52/CE a este respeito. Seguidamente, analisa-se a solução que vigorou até à Lei n.º 29/2013, de 13 de abril (“Lei da Mediação”), e a solução consagrada nesta Lei, que vigora atualmente. Por fim, analisa-se e reflete-se sobre a possível relação entre a suspensão dos prazos de caducidade e prescrição, que se produz aquando do início do procedimento de mediação, e a extinção desse procedimento por decisão do mediador de conflitos. Conclui-se que esta relação existe e se justifica para proteção da essência da mediação enquanto meio de resolução alternativa de litígios, sendo ao mediador de conflitos que cabe assegurar que a mediação não é utilizada pelas partes de forma abusiva e de má-fé.

ABSTRACT: This chapter presents an analysis and reflections on the issue of counting limitation and prescription periods within the scope of a pre-judicial mediation procedure, a type of mediation that, in this matter, requires a specific solution. General considerations are presented on the initiation of the mediation procedure, and the need for a solution to the situation of limitation and prescription periods in this procedure,

and the imposition arising from Directive 2008/52/CE in this regard. Then, the solution that was in force until Law 29/2013, of April 13 (“Mediation Law”) is analyzed, and the solution enshrined in this Law, currently in force. Finally, it analyzes and reflects on the possible relationship between the suspension of limitation and prescription periods, that occurs when the mediation procedure is initiated, and the termination of this procedure by decision of the conflict mediator. It is concluded that this relationship exists and is justified in order to safeguard the essence of mediation as a means of alternative dispute resolution, and that it is up to the conflict mediator to ensure that mediation is not used by the parties in an abusive and bad faith way.

1. Introdução

A Lei n.º 29/2013, de 19 de abril, comumente designada por “Lei da Mediação”, transpôs para a ordem jurídica portuguesa a Diretiva 2008/52/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 21 de maio de 2008, relativa a certos aspetos da mediação em matéria civil e comercial¹, mas, o processo de transposição já se tinha iniciado com a Lei n.º 29/2009, de 29 de junho e a Portaria n.º 203/2011, de 20 de maio.

A Lei n.º 29/2009, vulgarmente designada de “Lei do Inventário” (nela constava o então Regime Jurídico do Processo de Inventário), introduziu a regulamentação da mediação no Código de Processo Civil, através dos novos artigos 249.º-A a 249.º-C e 279.º-A. Os primeiros destes artigos regulavam a mediação pré-judicial, ou seja, a mediação que tem lugar previamente à instauração de um processo em tribunal, a suspensão dos prazos de caducidade e prescrição, e a homologação judicial do acordo de mediação). Por sua vez, o artigo 279.º-A cumpria a função de assegurar a articulação entre a mediação e a via judicial no caso de mediação realizada na pendência de um processo que corre termos em tribunal (mediação intra-processual), determinando a suspensão da instância por efeito do recurso à mediação².

¹ Publicada no Jornal Oficial da União Europeia L 136, de 24 de maio de 2008.

² *Vid.* Lurdes Varregoso Mesquita (2017, pp. 28 e 29). Seguimos Cátia Marques Cebola (2013, p. 146) quando afirma que o uso do termo mediação pré-judicial gera confusões quanto à caracterização como meio extrajudicial de resolução de litígios, dando a entender que mediação consubstancia uma fase do processo judicial, quando tal não é verdade; sendo possível resolver o litígio por mediação, já não será necessário apresentar uma ação em tribunal tendo por objeto esse mesmo litígio. Neste seguimento, Dulce Lopes e Afonso Patrão (2016, p. 106) preferem utilizar a formulação “a mediação fora do contexto de um processo judicial (*out of court mediation*) ou “mediação extrajudicial”.

A definição e a regulamentação dos sistemas de mediação pré-judicial cuja utilização determinaria a suspensão dos prazos de caducidade e prescrição, nos termos do n.º 1 do artigo 249.º-A do anterior Código de Processo Civil (na redação da referida Lei n.º 29/2009), vieram a constar da aludida Portaria n.º 203/2011, que, tal como os referidos artigos do Código de Processo Civil, veio a ser revogada pela Lei da Mediação. O atual Código de Processo Civil, aprovado pela Lei n.º 41/2013, de 26 de junho, contém um único artigo sobre mediação – o artigo 273.º, intitulado “Mediação e suspensão da instância”; o regime da mediação (inclusive da mediação pré-judicial) está consagrado na Lei da Mediação.

Dada a repercussão do tempo sobre as relações jurídicas, que implica a sujeição do exercício de direitos a prazos de caducidade ou prescrição, o incentivo à mediação implica que às partes seja assegurado que, caso não logrem obter acordo que ponha termo ao seu litígio no procedimento de mediação, o tempo decorrido durante esse procedimento não as impedirá de exercer os seus direitos com recurso ao tribunal (judicial ou arbitral)³. Como se verá neste estudo, a Diretiva 2008/52/CE impõe aos Estados-Membros a adoção de medidas nesse sentido. Esta preocupação é, na verdade, exclusiva da mediação pré-judicial, porquanto no caso de mediação realizada em contexto judicial (mediação intra-processual), a instauração da ação judicial já impediu a verificação da caducidade, e com a citação do réu já se interrompeu a contagem do prazo prescricional nos termos gerais do artigo 323.º, n.º 1, do Código Civil⁴.

No que concerne à mediação que se desenvolve como fase liminar do processo num julgado de paz ao abrigo dos artigos 49.º a 56.º da Lei dos Julgados de Paz⁵, decorre do n.º 8 do artigo 43.º desta Lei que a apresenta-

³ A doutrina enuncia como vantagens do recurso à mediação a economia de tempo, os seus reduzidos custos, a informalidade e flexibilidade do procedimento e a sua confidencialidade. *Vid.*, por exemplo, Cátia Marques Cebola (2013, pp. 92 e ss.), e João Chumbinho (2007, pp. 69 e 77 e ss.). “A mediação já é uma realidade na cultura jurídica portuguesa, consubstanciando uma verdadeira alternativa, rápida e fiável para os cidadãos resolverem os seus litígios” (Preâmbulo da Portaria n.º 203/2011, de 10 de maio).

⁴ A remessa do processo para mediação determina a suspensão da instância. Cfr. artigo 273.º do Código de Processo Civil, que corresponde ao artigo 279.º-A do anterior Código de Processo Civil.

⁵ Lei n.º 78/2001, de 13 de julho, na redação que lhe foi dada pela Lei n.º 54/2013, de 31 de julho.

ção do requerimento inicial constitui causa interruptiva da prescrição. Ora, como a citação do demandado só ocorre simultaneamente à apresentação do requerimento inicial num caso específico – quando o demandado esteja presente na secretaria do julgado de paz no momento da apresentação do requerimento do demandante (artigo 43.º, n.º 4, da Lei dos Julgados de Paz) –, à situação regra, em que a citação só ocorre quando cumpridas as estipulações referidas nos artigos 45.º e 46.º da Lei dos Julgados de Paz, aplica-se uma solução distinta da que decorre das regras gerais do direito, *rectius* do artigo 323.º, n.º 1, do Código Civil⁶.

Face ao exposto, procura-se, neste texto, analisar e refletir sobre uma matéria que já se encontrava regulada antes da aprovação da Lei da Mediação e que esta Lei revisitou. Trata-se do efeito suspensivo que a mediação produz sobre os prazos de caducidade e prescrição no caso em que as partes recorrem a este método para resolução do seu litígio sem que se encontre pendente em tribunal uma ação para resolução do mesmo litígio.

2. Início do procedimento de mediação: linhas gerais

A Lei da Mediação define mediação como “*a forma de resolução alternativa de litígios, realizada por entidades públicas ou privadas, através do qual duas ou mais partes em litígio procuram voluntariamente alcançar um acordo com assistência de um mediador de conflitos*”⁷. Esta definição evidencia claramente a voluntariedade intrínseca ao uso da mediação, a qual constitui um dos princípios aplicáveis a todas as mediações realizadas em Portugal, seja qual seja a natureza do litígio submetido a mediação (artigo 3.º da Lei da Mediação), e quer se trate de mediação pré-judicial ou intra-processual⁸.

Tal princípio está consagrado no artigo 4.º da Lei da Mediação, cujo teor não deixa dúvidas de que às partes não pode ser imposto o recurso à mediação. Como decorre deste preceito legal, a mediação realiza-se se, para isso, for obtido o consentimento esclarecido e informado das partes (n.º 1), e, pres-

⁶ Vid., José António de França Pitão e Gustavo França Pitão (2017, p. 289), para quem esta solução legal ofende o princípio vertido no n.º 4 do artigo 323.º do Código Civil.

⁷ O mediador de conflitos é “*um terceiro, imparcial e independente, desprovido de poderes de imposição aos mediados, que os auxilia na tentativa de construção de um acordo final sobre o objeto do litígio*” [artigo 2.º, alínea b), da Lei da Mediação].

⁸ Outros princípios gerais da mediação são o da confidencialidade, da igualdade e da imparcialidade, da independência, da competência e da responsabilidade, e da executividade (artigos 5.º a 9.º da Lei da Mediação).

tado tal consentimento, o mesmo não tem caráter definitivo, já que aquelas o podem revogar em qualquer momento do procedimento de mediação, seja de forma unilateral ou conjunta (n.º 2)⁹. Isto vale inclusivamente para o caso em que as partes tenham celebrado convenção de mediação (artigo 12.º da Lei da Mediação), que as vincula, mas não ao ponto de as obrigar a permanecer no procedimento de mediação e aí alcançar acordo que ponha termo ao litígio¹⁰.

Face ao teor do n.º 1 do artigo 16.º da Lei da Mediação, as partes estão em condições de prestar o aludido consentimento (esclarecido e informado) para a mediação após participarem na chamada “sessão de pré-mediação”, em que o mediador de conflitos as informa do modo de funcionamento da mediação e das regras do procedimento¹¹. Neste sentido, parafraseando Luísa Magalhães¹², “a pré-mediação funciona como a antecâmara de abordagem às partes acerca da mediação enquanto procedimento, quebrando o gelo inicial que o desconhecimento sempre traz consigo e explicando o

⁹ A desistência de qualquer das partes dita o fim do procedimento de mediação [artigo 19.º, alínea b), da Lei da Mediação]. O n.º 3 do mesmo artigo (artigo 4.º da Lei da Mediação) acrescenta que “[a] recusa das partes em iniciar ou prosseguir o procedimento de mediação não implica violação do dever de cooperação nos termos previstos no Código de Processo Civil”. Como explicita Cátia Marques Cebola, (2013, pp. 84 e ss.), na mediação não há processo, apenas procedimento, já que o termo “processo” aponta para uma dimensão judicial, que não caracteriza a mediação.

¹⁰ Nos termos do n.º 1 deste artigo, “[a]s partes podem prover, no âmbito de um contrato, que os litígios eventuais emergentes dessa relação jurídica contratual sejam submetidos a mediação”. Ainda que esta norma só se refira a litígios eventuais, também pode ser celebrada convenção de mediação em relação a litígios já existentes. Neste sentido, por exemplo, Carlos Ferreira de Almeida (2014, p. 24). A convenção tem de adotar a forma escrita, sob pena de nulidade (artigo 12.º, n.ºs 2 e 3, da Lei da Mediação). Caso seja proposta ação judicial para apreciação de um litígio abrangido por uma convenção de arbitragem, o tribunal (judicial ou arbitral), a requerimento do réu, e, portanto, não oficiosamente, deve suspender a instância e remeter o processo para mediação (artigo 12.º, n.º 4, da Lei da Mediação). Sobre este e outros efeitos de uma convenção de mediação, *vid.* Mariana França Gouveia (2019, pp. 78-83). De acordo com Lurdes Varregoso Mesquita (2017, p. 29), a solução preconizada no artigo 12.º, n.º 4, da Lei da Mediação deve ser aplicada, por analogia (dada a omissão da Lei da Mediação a este respeito), no caso em que, estando pendente procedimento de mediação para resolução de um determinado litígio, uma das partes propõe ação judicial para resolução do mesmo litígio.

¹¹ Em harmonia, o artigo 26.º, alínea a), da Lei da Mediação dispõe que o mediador de conflitos tem o dever de “[e]sclarecer as partes sobre a natureza, finalidade, princípios fundamentais e fases do procedimento de mediação, bem como sobre as regras a observar.

¹² Luísa Magalhães (2017, p. 155).

modus operandi da mediação, com o objetivo de, em seguida, saber se aquelas estão dispostas a enveredar por essa via para tentar alcançar um acordo que a ambas satisfaça”.

Pela razão já exposta na introdução deste estudo, este versa sobre a mediação pré-judicial, em que as partes recorrem à mediação para resolver o seu litígio fora do contexto de um processo que corre termos em tribunal, caso em que a iniciativa da submissão do litígio a mediação pertence necessariamente às partes.

Da letra do n.º 1 do artigo 16.º da Lei da Mediação resulta que o primeiro contacto para agendamento da mediação, assim como a sessão de pré-mediação, integram o procedimento de mediação (“o procedimento de mediação compreende ...”). Contudo, como assinalam Dulce Lopes e Afonso Patrão, tais atos não integram o procedimento de mediação, antes formam um *procedimento prévio de pré-mediação*, que apenas é seguido do procedimento de mediação se as partes não faltarem (injustificadamente) à sessão de pré-mediação e não se recusarem a participar no procedimento, seja *ab initio* ou imediatamente antes de assinarem o protocolo de mediação. Como bem acrescentam os mesmos autores, apesar da expressão “prosseguir” empregue no n.º 2 do artigo 16.º da Lei da Mediação (que afirmam ser equívoca), desta mesma norma resulta que é com a assinatura do dito protocolo que as partes manifestam a sua vontade de participar no procedimento de mediação, sendo, pois, nesse momento que se verifica a mediação propriamente dita. Além disso, como se verá adiante, a propósito do efeito do recurso à mediação sobre os prazos de caducidade e prescrição, também se extrai do artigo 13.º, n.ºs 2 e 4, da Lei da Mediação que o procedimento de mediação só tem início com a assinatura do protocolo de mediação¹³.

¹³ Vid.. Dulce Lopes e Afonso Patrão (2016, p. 125), para quem, do ponto de vista lógico e teleológico, estão em causa dois procedimentos distintos.

Já Cátia Marques Cebola (2013, pp. 201 e ss.) distingue três etapas: – uma primeira, a da *pré-mediação*, que cumpre o objetivo de preparar e dar início à mediação em sentido estrito e que compreende as subfases da facilitação de informação aos mediados, de organização da mediação pelo mediador e de validação da mediação, terminando com a assinatura da ata inicial da mediação, que pode coincidir com a assinatura de um acordo ou protocolo de mediação, consoante o estabelecido na lei aplicável; – a segunda corresponde à da *mediação em sentido estrito*, cujo objetivo é de ajudar as partes a trabalhar o conflito que as separa e construir uma solução, e que se subdivide nas etapas de investigação – na qual o mediador tentará distinguir os conflitos manifestos dos ocultos e as posições dos interesses das partes –, de estabelecimento de uma agenda, de criação de opções e, desejavelmente, de obtenção de acordo; por último, a

Tal protocolo, que pode ser celebrado na mesma altura da sessão de pré-mediação, estando esta já finda (como o artigo 51.º, n.º 1, da Lei dos Julgados de Paz expressamente admite), e perante o mesmo mediador, caso neste recaia a escolha das partes (artigo 17.º da Lei da Mediação)¹⁴, está sujeito a forma escrita e tem de ser assinado pelas partes e pelo mediador (artigo 16.º, n.º 2, da Lei da Mediação)¹⁵.

Quanto ao conteúdo propriamente dito do protocolo de mediação, o mesmo deve conter os elementos enunciados no n.º 3 do artigo 16.º da Lei da Mediação, em concreto: a identificação das partes; a identificação e domicílio profissional do mediador (tratando-se de mediação realizada num sistema público de mediação, também a identificação da respetiva entidade gestora); a declaração de consentimento das partes; a declaração das partes e do mediador de respeito pelo princípio da confidencialidade; a descrição sumária do litígio ou objeto; as regras do procedimento de mediação e definição do prazo máximo de duração da mediação (que podem ser alteradas posteriormente); a definição dos honorários do mediador (exceto nas mediações realizadas nos sistemas públicos de mediação); e, por fim, a data.

No caso de mediação realizada nos Julgados de Paz, quer funcionando aquela como fase processual da tramitação destes tribunais (artigos 49.º e ss. da Lei dos Julgados de Paz) ou no âmbito da extracompetência dos mesmos (artigo 16.º, n.º 3, da Lei dos Julgados de Paz)¹⁶, a celebração do protocolo de mediação também constitui pressuposto da submissão do litígio a mediação, conforme estabelece o artigo 51.º, n.º 1, da Lei dos Julgados de Paz¹⁷.

pós-mediação, que compreende a fase de avaliação e controlo de aplicação e de cumprimento do acordo obtido pelas partes.

¹⁴ Dulce Lopes e Afonso Patrão (2016, p. 125).

¹⁵ Sobre a forma escrita do protocolo de mediação veja-se nesta obra o capítulo 5 da autoria de Joana Campos Carvalho.

¹⁶ Cfr. também o artigo 14.º do Regulamento dos Serviços de Mediação dos Julgados de Paz, aprovado pela Portaria n.º 112/2005, de 28/10.

¹⁷ Nas palavras de Jaime Octávio Cardona Ferreira (2019, p. 104), “a mediação constitui um item importante do processo normal dos Julgados de Paz, harmonizando, de forma exemplar, jurisdição e mediação”. No caso em que o julgado de paz não tem competência para conhecer do litígio em causa, as partes podem recorrer ao serviço de mediação nele existente, o qual “*é competente para mediar quaisquer litígios que possam ser objeto de mediação, ainda que excluídos da competência do julgado de paz*” (artigo 16.º, n.º 3, da Lei dos Julgados de Paz) – mediação extra-competência do julgado de paz. A Portaria n.º 1112/2005, de 28 de outubro aprova o regulamento que disciplina a organização e o funcionamento dos serviços de mediação disponíveis

Quanto aos sistemas públicos de mediação especializada, que “*visam fornecer aos cidadãos formas céleres de resolução alternativa de litígios, através de serviços de mediação criados e geridos por entidades públicas*” (artigo 30.º da Lei da Mediação), e que respeitam às matérias familiar, laboral e penal, cumpre salientar que a mediação pré-judicial opera no Sistema de Mediação Familiar (SMF) e, outrossim, no Sistema de Mediação Laboral (SML), mas já não no Sistema de Mediação Penal (SMP)¹⁸.

O SMF foi criado pelo Despacho n.º 18 778/2007, de 22 de agosto, e a sua atividade está regulamentada no Despacho Normativo n.º 13/2018, de 9 de novembro. De acordo com o artigo 6.º deste Despacho, a intervenção do SMF pode ter lugar estando pendente um processo judicial (para regulação do exercício das responsabilidades parentais, por exemplo), ou em “*fase extrajudicial, a pedido das partes*”¹⁹.

No que respeita ao SML, criado em 5 de maio de 2006 por via do Protocolo celebrado entre o Ministério da Justiça e diversas associações patronais e sindicais²⁰, de acordo com o artigo 4.º, alínea i), desse Protocolo, “[a]s partes que aceitem submeter o seu litígio à mediação podem, em qualquer momento, abandonar o Sistema de Mediação Laboral e apresentar o litígio junto dos tribunais judiciais (...)”. Ora, a partir desta norma, está claro que, no âmbito da mediação pública em matéria laboral, as partes podem submeter o seu litígio

nos julgados de paz e estabelece as condições de acesso aos mesmos, bem como as regras por que deve pautar-se a atividade dos mediadores de conflitos.

¹⁸ Como explicam Dulce Lopes e Afonso Patrão (2016, p. 209), o artigo 34.º da Lei da Mediação compila os métodos de requerimento da mediação, não atribuindo poderes a todas as entidades nela referidas para desencadear a mediação.

¹⁹ O SMF, que tem competência em todo o território nacional (artigo 5.º do Despacho n.º 13/2018), pode mediar conflitos nas matérias enunciadas nas alíneas do artigo 4.º do Despacho n.º 13/2018, por exemplo, a regulação, alteração e incumprimento do regime de exercício das responsabilidades parentais, o divórcio e a separação de pessoas e bens, a atribuição e alteração de alimentos, provisórios ou definitivos.

²⁰ Confederações representativas dos vários setores de atividade (CAP – Confederação dos Agricultores de Portugal; CCP – Confederação do Comércio e Serviços de Portugal; CIP – Confederação de Indústria Portuguesa; e CTP – Confederação do Turismo Português) e trabalhadores (CGTP – Confederação Geral dos Trabalhadores Portugueses – Intersindical Nacional; e UGT – União Geral de Trabalhadores),

a mediação sem que se encontre pendente qualquer processo em tribunal para resolução do mesmo litígio²¹.

A respeito do SMP, verifica-se que, segundo a Lei n.º 21/2007, de 12 de junho, que criou o regime de mediação penal, só pode haver remessa para a mediação penal quando exista um processo-crime, em fase de inquérito, e esteja em causa crime que dependa de acusação particular ou de queixa (artigo 2.º), e que cabe ao Ministério Público a iniciativa dessa remessa, com o consentimento ou a requerimento das partes (artigo 3.º).

Se é certo que, nos termos do artigo 13.º, n.º 2, *in fine*, da Lei da Mediação, o procedimento de mediação nos sistemas públicos tem início na data em que “*todas as partes tenham concordado com a realização da mediação*”, e que não é exigida qualquer forma para esse acordo, podendo, assim, o pedido de mediação à entidade gestora ser realizado de forma informal, desde logo, por via eletrónica²², também o é, como se explicitou *supra*, que o consentimento das partes para a realização da mediação deve ser expresso em protocolo de mediação (artigo 16.º da Lei da Mediação). Destarte, pese embora, no âmbito da mediação pública, só a Lei dos Julgados de Paz faça referência expressa à celebração desse protocolo, também nos demais casos o mediador de conflitos tem, atento o carácter transversal da Lei da Mediação, de obter o consentimento das partes para a realização da mediação e fazer constar o mesmo de um protocolo de mediação.

A celebração desse protocolo permite marcar, com certeza e segurança jurídicas, o momento do início do procedimento de mediação, quer esta seja realizada por entidades privadas ou públicas²³.

²¹ O SML tem competência nacional para a resolução de litígios em matéria laboral, “*quando não estejam em causa direitos indisponíveis, e quando não resultem de acidente de trabalho*” (artigo 1.º, n.º 1, do Protocolo).

²² Os pedidos de mediação familiar e laboral podem ser realizados através da internet, em <http://smf.mj.pt> e <https://sml.mj.pt/registo/>, respetivamente. O art. 4.º do Protocolo que institui o sistema de mediação laboral, admite que o pedido de mediação seja realizado “*por telefone, fax, e-mail ou via postal*”.

²³ Independentemente da forma de intervenção do sistema público de mediação, o mediador de conflitos só desenvolve a mediação uma vez obtido o consentimento das partes. Tal resulta claramente do conceito de mediador de conflitos familiar contido no artigo 7.º do Despacho Normativo n.º 13/2018, mas também do artigo 3.º, n.º 5, do regime de mediação penal (Lei n.º 21/2007, de 12 de junho). Nos termos desta última norma, o mediador contacta as partes para obter os seus consentimentos livres e esclarecidos quanto à participação na mediação, e, caso tal não seja possível, informa disso o Ministério Público, prosseguindo o processo penal.

3. A mediação e os prazos de caducidade e prescrição

3.1 Da necessidade de uma solução

O tempo tem inegável repercussão nas relações jurídicas. Como afirma Pedro País de Vasconcelos²⁴, “[a] vida das pessoas no direito precisa de estabilidade e segurança; as situações, as posições e as relações jurídicas não podem estar permanentemente envolvidas em incerteza”. Destarte, justifica-se a existência na ordem jurídica de mecanismos estabilizadores ligados ao decurso do tempo, máxime a caducidade e a prescrição (artigo 298.º do Código Civil)²⁵.

A inércia do titular no exercício do direito tem como consequência a sua perda. Prescrevendo o direito, a pessoa vinculada tem a faculdade de recusar o cumprimento da prestação ou de se opor, por qualquer modo, ao exercício do direito prescrito (artigo 304.º, n.º 1, do Código Civil). Igualmente, a caducidade conduz à extinção do direito pelo facto de este não ter sido exercido dentro de certo limite de tempo²⁶.

O instituto da prescrição está regulado nos artigos 300.º a 327.º do Código Civil, e a ele estão sujeitos “*pelo seu não exercício durante o lapso de tempo estabelecido na lei, os direitos que sejam indisponíveis ou que a lei não declare isentos de prescrição*” (artigo 298.º, n.º 1, do Código Civil). Já as regras da caducidade estão estabelecidas nos artigos 328.º a 333.º do Código Civil, sendo estas aplicáveis sempre que, por força da lei ou por vontade das partes, um direito deva ser exercido dentro de certo prazo, exceto se a lei se referir de forma expressa à prescrição (artigo 298.º, n.º 2, do Código Civil).

Estas breves considerações acerca da repercussão do tempo nas relações jurídicas e sujeição do exercício de direitos a prazos de caducidade ou prescrição já evidenciam que a situação em que as partes, previamente à instauração de uma ação em tribunal, recorrem à mediação para a resolução do seu litígio, requer uma solução específica em relação a tais prazos. Como a mediação constitui um método de gestão de conflitos que apenas potencia o acordo entre as partes, não podendo este, em caso algum, ter-se por garan-

²⁴ Pedro País de Vasconcelos (2017, p. 335).

²⁵ Este preceito também se refere ao “*não uso do direito*”, que se aplica aos direitos de propriedade, usufruto, uso e habitação, enfiteuse, superfície e servidão, os quais não prescrevem, mas podem extinguir-se pelo não uso nos casos especialmente previstos na lei, sendo subsidiariamente aplicáveis a tais casos as regras da caducidade.

²⁶ Pedro País de Vasconcelos (2017, p. 335).

tido (artigos 2.º e 4.º da Lei da Mediação), poderá surgir mais tarde a necessidade de submeter o litígio à apreciação de um tribunal.

De acordo com o Considerando 24 da Diretiva 2008/52/CE, “[a] fim de incentivar as partes a recorrerem à mediação, os Estados-Membros deverão assegurar que as suas regras relativas aos prazos de prescrição e caducidade não impeçam as partes de recorrer ao tribunal ou à arbitragem se a sua tentativa de mediação falhar. Os Estados-Membros deverão assegurar que este resultado seja alcançado, apesar de a presente diretiva não harmonizar as regras nacionais relativas aos prazos de prescrição e caducidade (...)”. Neste seguimento, o artigo 8.º do mesmo ato legislativo, determina: “[o]s Estados-Membros devem assegurar que as partes que optarem pela mediação numa tentativa de resolver um litígio não fiquem impedidas de, posteriormente, instaurarem um processo judicial ou iniciarem um processo de arbitragem relativo a esse litígio por terem expirado os prazos de prescrição ou de caducidade durante o processo de mediação” (n.º 1)²⁷.

Há, pois, que assegurar às partes que, caso no procedimento de mediação não logrem obter acordo que ponha termo ao seu litígio, o decurso do tempo que foi necessário para a realização desse procedimento não as impedirá de propor uma ação em tribunal para apreciação e decisão desse mesmo litígio. Dessa forma, a mediação tem de assegurar certeza e segurança jurídicas a quem a ela decide recorrer para resolver um determinado litígio, não podendo afetar de modo algum o direito de acesso aos tribunais (que a ordem jurídica consagra no artigo 20.º da Constituição da República Portuguesa). Parafraseando Dário Moura Vicente²⁸, “[a]través deste meio de resolução de litígios tem-se em vista (...) ampliar o acesso dos particulares à justiça, e não restringi-lo”.

A par da eficácia e da executoriedade do acordo a que as partes possam alcançar sobre o objeto do litígio no âmbito de uma mediação pré-judicial (artigos 9.º e 14.º da Lei da Mediação), a manutenção inalterada das condições de acesso e de procedência da via comum de resolução de litígios para o caso de não ser alcançado acordo de mediação, apresenta-se também como um aspeto fundamental para a efetiva integração deste método de resolução alternativa de litígios na cultura jurídica lusitana. Neste âmbito, salienta-se o importante contributo que a referida diretiva teve no reforço da posição da

²⁷ O n.º 2 deste preceito legal acrescenta que “[o] n.º 1 não prejudica as disposições relativas aos prazos de prescrição e caducidade em acordos internacionais em que os Estados-Membros sejam partes”.

²⁸ Dário Moura Vicente (2010, p. 107).

mediação no quadro dos meios de resolução de litígios (como meio alternativo ao sistema tradicional de justiça)²⁹.

3.2 A solução adotada até à Lei da Mediação

Como já se teve oportunidade de referir na introdução deste texto, o processo de transposição da Diretiva 2008/52/CE para a ordem jurídica portuguesa teve o seu início com a Lei n.º 29/2009, de 29 de junho, tendo esta Lei aditado quatro artigos sobre mediação ao Código de Processo Civil então vigente, entre os quais o artigo 249.º-A, sob a epígrafe “*Mediação pré-judicial e suspensão de prazos*”.

A solução preconizada nesse novo artigo 249.º-A para o problema da extinção dos direitos das partes devido ao decurso do tempo necessário à realização da mediação foi determinar a suspensão dos prazos de caducidade e prescrição a partir da data da solicitação da intervenção de um mediador, e a retoma desses prazos a partir do momento em que uma das partes recuse submeter-se ou recuse continuar com o procedimento de mediação, ou quando este termine por decisão do mediador (n.ºs 2 e 3)³⁰. Foi, assim, criado um regime especial de suspensão da caducidade e prescrição (especial porque segundo os termos gerais do direito – artigo 323.º do Código Civil – a prescrição não se suspende, antes se interrompe), conforme solução que já emergia do artigo 15.º, n.º 2, da Lei n.º 23/96, de 26 de julho (“Lei dos Serviços Públicos Essenciais”)³¹.

Pouco tempo depois, no país vizinho, foi também essa a solução adotada na *Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles*. No preâmbulo deste ato normativo afirma-se que a opção pela suspensão da prescrição em desvio à regra geral contida no artigo 1973 do Código Civil (interrupção da prescrição) teve “*el propósito de eliminar posibles desincentivos y evitar que la mediación pueda producir efectos jurídicos no deseados*”, de modo que

²⁹ Cátia Marques Cebola (2010, pp. 441-459).

³⁰ Do n.º 4 desse artigo, complementado pelo artigo 4.º da Portaria 203/2011, de 20 de maio, resultava a possibilidade de emissão de um comprovativo da retoma daqueles prazos.

³¹ “*Quando as partes, em caso de litígio resultante de um serviço público essencial, optem por recorrer a mecanismos de resolução extrajudicial de conflitos, suspendem-se, no seu decurso, os prazos previstos nos n.ºs 1 e 4 do artigo 10.º*”.

não “*se permita su planteamiento como una estrategia dilatoria del cumplimiento de las obligaciones contractuales de las partes*”³².

Ora, essa opção também teria implicações desproporcionadas na ordem jurídica portuguesa. Como o artigo 326.º do Código Civil determina que, verificada a interrupção, o prazo computado até ao facto interruptivo é totalmente inutilizado, o recurso à mediação poderia ter lugar apenas com o propósito de o titular do direito conseguir a recuperação do tempo que perdeu na defesa do seu direito³³, podendo a outra parte estar na ignorância relativamente a esse efeito da mediação³⁴.

Pese embora a bondade da solução adotada, o referido artigo 249.º-A, n.º 2, do Código de Processo Civil limitava a aplicação do efeito suspensivo aí previsto à utilização dos “*sistemas de mediação pré-judicial previstos em portaria do membro do Governo responsável pela área da Justiça*”, os quais foram, mais tarde, definidos pela Portaria n.º 203/2011, de 20 de maio (artigo 2.º) nos seguintes termos: “*a) Os sistemas públicos de mediação já existentes ou a criar; e b) Os serviços de mediação de outro Estado Membro, desde que a respetiva atividade seja legalmente reconhecida no ordenamento jurídico onde se encontram inseridos*”.

Na exposição de motivos da referida Portaria, pode ler-se que o objetivo desta medida foi o de “*conferir segurança jurídica aos sistemas públicos de mediação em Portugal geridos pelo Ministério da Justiça, enquanto entidades que mais têm promovido o desenvolvimento deste meio de resolução de litígios*”, tendo, assim, ficado excluído do âmbito de aplicação deste ato legislativo o mercado privado de mediação³⁵. Destarte, o recurso à mediação privada não produzia quaisquer efeitos em relação aos prazos de caducidade e prescrição, que continuavam

³² Por sua vez, noutros Estados-Membro, designadamente na Grécia, o recurso à mediação determina a interrupção dos prazos de caducidade e prescrição. *Vid.* Maria Orfanou (2011, p. 12).

³³ Neste sentido, a propósito da *Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles*, *vid.* Angel Bonet Navarro (2013, pp. 106-107).

³⁴ Se bem que o mediador de conflitos tem o dever de “*obter o consentimento esclarecido dos mediados para intervir neste procedimento*”, após o esclarecimento das partes “sobre a natureza, finalidade, princípios fundamentais e fases do procedimento de mediação, bem como sobre as regras a observar [artigo 26.º, alíneas c) e a), da Lei da Mediação], podendo, em caso de incumprimento, ter de indemnizar a parte prejudicada pelos danos causados, nos termos gerais de direito (artigo 8.º, n.º 2, da Lei da Mediação).

³⁵ Cancellà de Abreu e Clara Moreira Campos (2015, pp. 163-174). Conforme salientou Dário Moura Vicente (2010, p. 114), subordinava-se a mediação a um controlo oficial que não tinha paralelo na arbitragem, na qual a interrupção da prescrição do direito que se pretenda tornar

a correr normalmente pese embora as partes se encontrassem a intervir num procedimento de mediação (pré-judicial).

3.3 A solução adotada na Lei da Mediação

O artigo 13.º, n.º 2, da Lei da Mediação, a propósito da mediação pré-judicial, vai de encontro com a solução que resultava do artigo 249.º-A, n.º 2, do anterior Código de Processo Civil, na redação da Lei n.º 29/2009. Com efeito, dando cumprimento à Diretiva 2008/52/CE e, prosseguindo o objetivo de assegurar condições de certeza e segurança jurídica às partes que, previamente à instauração de uma ação em tribunal, optem pelo recurso à mediação³⁶, a referida norma estabelece que, por efeito desse recurso, opera a suspensão dos prazos de caducidade e prescrição.

Com esta Lei, tal efeito suspensivo aplica-se a qualquer mediação, e não apenas à mediação realizada em sistemas públicos de mediação ou serviços de mediação de outro Estado-Membro cuja atividade estivesse legalmente reconhecida no país de origem (os únicos serviços de mediação previstos na Portaria n.º 203/2011, de 20 de maio)³⁷, o que inegavelmente contribuiu para a promoção da mediação privada³⁸.

Na verdade, com a Lei da Mediação, a dúvida poderia colocar-se em sentido diferente: se o efeito suspensivo se aplica à mediação realizada nos sistemas públicos. Isto porque, o artigo 10.º, n.º 2, alínea *a*), da Lei da Mediação exclui do âmbito de aplicação do capítulo III, no qual está inserido o artigo 13.º, os litígios passíveis de serem objeto de mediação familiar, laboral e penal. A este respeito, acompanha-se Dulce Lopes e Afonso Patrão³⁹, para quem a razão dessa exclusão assenta na circunstância de os sistemas públicos de mediação merecerem regulação legal especial e complexa. Além do mais, o artigo em questão faz, por várias vezes, referência expressa à mediação rea-

efetivo não depende do recurso a instituições de arbitragem autorizadas pelo Governo (artigo 324.º do Código Civil).

³⁶ Lurdes Varregoso Mesquita (2017, p. 29).

³⁷ A Lei da Mediação é aplicável a todas as mediações realizadas em Portugal que tenham por objeto litígios em matéria civil e comercial, assim como à mediação realizada nos sistemas públicos de mediação familiar, laboral e penal, sendo apenas excluída para esta mediação (pública) a aplicação do capítulo III (“Mediação civil e comercial”) – artigos 10.º a 12.º.

³⁸ Dulce Lopes e Afonso Patrão (2016, p. 108).

³⁹ Dulce Lopes e Afonso Patrão (2016, pp. 74-75).

lizada nos sistemas públicos, não deixando dúvidas da sua aplicação a toda e qualquer mediação.

Posto isto, importa verificar em que momento exato é que os prazos de caducidade e prescrição ficam paralisados por efeito do recurso à mediação para resolução de certo litígio: se quando é solicitada a intervenção de um mediador de conflitos, como sucedia antes da aprovação da Lei da Mediação ou, em outro momento, e, sendo este o caso, em que momento.

Do referido artigo 13.º, n.º 2, da Lei da Mediação decorre que “[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, da data em que todas as partes tenham acordado com a realização da mediação*”. Assim, no âmbito da mediação privada, independentemente de as partes se terem vinculado a uma convenção de mediação, tal efeito suspensivo opera no início do procedimento de mediação, o mesmo é dizer, aquando da assinatura do protocolo de mediação, ao abrigo do artigo 16.º da Lei da Mediação⁴⁰. Já no que respeita à mediação realizada nos sistemas públicos de mediação, a solução que decorre da letra da Lei é de que a suspensão dos prazos de caducidade e prescrição tem lugar uma vez obtida a concordância de todas as partes para realizar a mediação. Porém, na senda do que se sustentou *supra*, a propósito do início do procedimento de mediação realizada nos sistemas públicos, considera-se que, razões de segurança jurídica, justificam que a suspensão em causa só se verifique aquando da assinatura do protocolo de mediação, no qual as partes manifestam a sua vontade em submeter o litígio a mediação e aceitam as regras do procedimento⁴¹.

⁴⁰ Conforme assinala Margarida Lima Rego (2017, p. 707), o disposto quanto à suspensão dos prazos de caducidade e de prescrição deve ser interpretado à luz do princípio da voluntariedade da mediação, sendo de concluir que “a *ratio* do regime, ao fazer depender o início da suspensão, na mediação privada, da celebração do protocolo de mediação, terá sido a de exigir uma renovação da manifestação de acordo de todas as partes, sem a qual o efeito suspensivo não se verifica”.

⁴¹ Cfr. *supra* 1. No sentido de que na mediação realizada em julgado de paz a suspensão dos prazos de caducidade e prescrição opera com a celebração do protocolo de mediação, *vid.* Dulce Lopes e Afonso Patrão (2016, p. 109, nota 220). Como explicam os mesmos autores, no caso particular dos litígios de consumo, em que, por regra, não é celebrado protocolo de mediação, “desenrolando-se a tentativa de resolução do litígio na sequência de solicitação do consumidor, deve entender-se que o procedimento se inicia sempre que o consumidor submete o caso a uma entidade de resolução de litígios havendo uma cláusula de mediação

Terminando o procedimento de mediação sem que tenha sido obtido acordo entre as partes, mas antes por desistência de qualquer delas, pelo esgotamento do prazo máximo de duração deste ou por decisão do mediador de conflitos (artigo 19.º da Lei da Mediação), retoma-se a contagem dos prazos de caducidade e prescrição (o artigo 13.º, n.º 2, da Lei da Mediação reproduz o artigo 249.º-A, n.º 3, do anterior Código de Processo Civil).

É, pois, no momento da prática do ato que inicia ou conclui o procedimento de mediação que, respetivamente, opera a suspensão e a retoma dos prazos de caducidade e prescrição (artigo 13.º, n.º 4, da Lei da Mediação). Ora, sendo tais atos a “chave” da segurança jurídica das partes no recurso à mediação, o legislador incumbe o mediador ou, no caso de mediação realizada nos sistemas públicos de mediação, a entidade gestora do sistema público onde tenha decorrido a mediação, da respetiva comprovação (artigo 13.º, n.º 5, da Lei da Mediação), em vista da contabilização exata da duração da suspensão. Assim, caso lhes seja solicitado, o mediador ou a entidade gestora, consoante o caso, estão obrigados a emitir comprovativo da suspensão dos prazos, do qual terão de constar os elementos mencionados no artigo 13.º, n.º 6, da Lei da Mediação: identificação da parte que efetuou o pedido de mediação e da contraparte e do objeto da mediação [alíneas *a*) e *b*)]; a data da assinatura do protocolo de mediação, ou, no caso de mediação realizada em sistema público de mediação, a data em que as partes tenham acordado com a realização da mediação [alínea *c*)]; e o modo e data de conclusão do procedimento, quando a mesma já se tenha verificado [alíneas *d*) e *e*)].

O artigo 22.º, n.º 1, da Lei da Mediação admite que o procedimento de mediação seja suspenso, em situações excecionais e devidamente fundamentadas, indicando como exemplo a suspensão para efeitos de experimentação de acordos provisórios. Não se extinguindo o procedimento, mas sendo este apenas suspenso, não fica prejudicada a suspensão dos prazos de caducidade e prescrição, como explicita o n.º 2 do mesmo artigo.

ou a adesão plena a um centro por parte do profissional ou quando esse aceita tacitamente o processo, respondendo à solicitação dessa entidade” (pp. 108-109).

4. A possível relação entre a suspensão dos prazos de caducidade e prescrição e a extinção do procedimento de mediação por decisão do mediador

A lei civil não permite que as partes em litígio determinem livremente, por acordo, a suspensão de um prazo de caducidade ou de prescrição para tentarem resolver o seu litígio de modo extrajudicial (perante o disposto nos artigos 300.º e 330.º do Código Civil), e, nenhum dos casos de suspensão da prescrição previstos na lei (artigos 318.º a 322.º do Código Civil) cobre a situação em que as partes pretendem ganhar tempo para negociar um acordo extrajudicial⁴². Não obstante, para que possam obter esse efeito, podem aquelas recorrer à mediação de conflitos, que as isentará de preocupações com o correr do tempo, e com a particularidade de que, nesse procedimento, contarão com a assistência de um mediador de conflitos (profissional habilitado para o efeito, imparcial e sem poder de decisão). Como refere Margarida Lima Rego⁴³, “[d]a análise do regime de suspensão dos prazos de caducidade e de prescrição constante do artigo 13.º da Lei da Mediação resulta que, atualmente, este representa uma boa opção, quiçá a única, ao dispor das partes que queiram paralisar tais prazos com vista à negociação de uma transação extrajudicial que ponha fim ao seu diferendo”.

Todavia, pode verificar-se o caso de as partes só recorrerem à mediação com a intenção de obterem a paralisação do tempo, através do regime de suspensão dos prazos de caducidade ou prescrição estabelecido no artigo 13.º da Lei da Mediação, caso em que não estão realmente predispostas a tentar a resolução do seu litígio através desse meio de resolução alternativa de litígios. A este propósito, cumpre salientar que a Lei da Mediação não impõe um prazo máximo de duração do procedimento de mediação, apenas referindo que este procedimento deve ser o mais célere possível e concentrar-se no menor número de sessões possível, e, embora estabeleça que a duração da mediação tem de ser fixada no protocolo de mediação, admite a sua alteração futura, por acordo das partes [artigos 21.º e 16.º, n.º 3, alínea g),

⁴² As caducidades convencionais não são permitidas se prejudicarem o funcionamento do regime da prescrição (artigo 330.º, n.º 1, *in fine*, do Código Civil), pelo que são nulos não só os acordos de paralisação (“*standstill agreements*”) relativos a prazos de prescrição (nos termos do artigo 300.º do Código Civil), mas também os que respeitam a prazos de caducidade, neste último caso por violação do artigo 328.º do Código Civil conjugado com o artigo 280.º, n.º 1, do Código Civil). *Vid.* Margarida Lima Rego (2017, pp. 690-691).

⁴³ Margarida Lima Rego (2017, p. 702).

da Lei da Mediação]⁴⁴. Ademais, o efeito suspensivo desejado produz-se *ipso iure*, com a assinatura do protocolo de mediação, e, independentemente do tempo decorrido desde o início do procedimento de mediação e do número de sessões já realizadas, qualquer das partes pode, livremente, revogar o seu consentimento para a realização da mediação (artigo 4.º, n.º 2, da Lei da Mediação).

Se as partes já se encontram em negociação e decidem conjuntamente iniciar o procedimento de mediação para aí continuarem a reunir esforços no sentido da construção de um acordo final que ponha termo ao seu litígio, com a garantia da segurança jurídica que decorre do regime de suspensão dos prazos de caducidade, e com o auxílio de um mediador de conflitos, tudo leva a crer que o recurso à mediação ocorre de boa-fé. Por sua vez, já atua de má-fé a parte que só aceita iniciar o procedimento de mediação com o fito de obter o aludido efeito suspensivo, por exemplo num caso de eminente prescrição do direito ou de caducidade do direito de ação. Essa parte não está realmente propensa a tentar a resolução do litígio através de mediação ainda que se mostre como tal perante a contraparte e o mediador de conflitos quando presta o seu consentimento para a realização da mediação. Na verdade, qualquer das partes pode ter interesse na paralisação dos efeitos da caducidade e prescrição, de modo a “ganhar tempo”: a parte que, supostamente, tem o direito, para preparar a sua demanda em tribunal, e a parte que, supostamente, tem de cumprir obrigação, para preparar a sua defesa para a ação que crê que, entretanto, lhe será movida.

Se a mediação for utilizada como mera estratégia dilatória, fica desvirtuada a sua essência enquanto meio de resolução alternativa de litígios, a

⁴⁴ Não obstante, o artigo 35.º da Lei da Mediação admite que, nos sistemas públicos de mediação, os respetivos atos constitutivos ou regulatórios, fixem a duração máxima do procedimento de mediação, o que se verifica no caso da mediação laboral e penal:

- Segundo o artigo 4.º, alínea g), do Protocolo que criou o SML (celebrado entre o Ministério da Justiça e diversas entidades patronais e sindicais, em 5 de maio de 2006), está “*sujeita a um prazo máximo de três meses, exceto se as partes, de forma expressa, pretenderem renovar o compromisso de mediação e se o mediador de conflitos concordar com a prorrogação do prazo pretendido*”;

- Nos termos do artigo 5.º, n.º 1, da Lei n.º 21/2007, de 12 de junho (SMP), o mediador de conflitos informa o Ministério Público, para efeitos de prosseguimento do processo penal, se, no prazo de três meses, o processo de mediação não for concluído, seja por não ter sido alcançado acordo entre arguido e ofendido, seja por outra causa. Não obstante, esse prazo pode ser prorrogado pelo Ministério Público, a pedido do mediador de conflitos, contanto que exista uma forte probabilidade de se alcançar um acordo (artigo 5.º, n.º 2, da mesma Lei).

qual assenta na real predisposição das partes para tentarem, em conjunto e com o auxílio do mediador de conflitos, alcançar um acordo que ponha termo ao seu litígio.

Sendo o mediador de conflitos o profissional a quem o legislador confiou a direção e controlo da mediação, com todos os direitos e deveres que lhe são inerentes (artigos 25.º e 26.º da Lei da Mediação), é a ele que cabe aferir da real vontade das partes para tentar resolver o seu litígio por mediação.

O mediador de conflitos deve exercer esta função mesmo antes de iniciado o procedimento de mediação: no primeiro contacto realizado para agendamento da sessão de pré-mediação e nesta sessão. Como resulta expressamente da Lei dos Julgados de Paz (artigo 50.º, n.º 1)⁴⁵, e, implicitamente, da Lei da Mediação [artigos 16.º, n.º 1, e 26.º, alínea c)], a sessão de pré-mediação tem como objetivo, não só explicar às partes em que consiste a mediação, mas também verificar a predisposição delas para um possível acordo em fase de mediação.

Já se encontrando o procedimento de mediação em curso, o mediador de conflitos deve observar os comportamentos das partes a fim de verificar se a atuação destas reflete interesses ocultos, como o de aí continuarem somente para manterem o benefício da suspensão da contagem de certo prazo de caducidade ou prescrição⁴⁶. Sendo caso disso, não está respeitado o princípio da boa-fé da mediação, que, embora a Lei da Mediação não consagre de forma expressa, deve ser considerado como um dos princípios basilares da mediação, a par do princípio da voluntariedade, por exemplo: deve impor-se às partes, e também ao mediador de conflitos, que atuem com lealdade e probidade, não adotando comportamentos meramente dilatórios⁴⁷.

⁴⁵ Nesta sequência, o artigo 2.º, n.º 2, alínea c), da Portaria n.º 1112/2005, de 28 de outubro, incumbe o mediador de conflitos presente no serviço de mediação de “[v]erificar a predisposição das partes para alcançar acordo de mediação”.

⁴⁶ Como assinala Eugenio Carlos Fernández-Ballesteros González (2008, p. 200), em comentário à Lei da Mediação Espanhola (*Ley 5/2012, de 6 de julio*), “*el mediador debe partir del presupuesto de que las partes en conflicto actúan con sinceridad, honradez y rectitud. Se les presume la buena fe y es el mismo mediador quien deberá poner mucha atención para observar los comportamientos y la existencia de necesidades e intereses ocultos en alguna de las partes y que en algún momento podrían llegar a desvirtuar la buena fe y la confianza que se tiene en una persona o procedimiento*”.

⁴⁷ Amaury Haruo Mori (2007, p. 21). Já a Lei da Mediação Espanhola (*Ley 5/2012, de 6 de julio*) contém uma norma (o artigo 10.2) para impor às partes que atuem entre si conforme o princípio da boa-fé (e também da lealdade e respeito mútuo).

Nas sessões de mediação, o mediador de conflitos deve avaliar a viabilidade de prosseguir a resolução do litígio por esta via. Se, pelos comportamentos de alguma das partes (ou até de ambas), verificar que a mediação está a ser usada com fins e objetivos que não se harmonizam com a respetiva essência, cabe-lhe, fundamentadamente, terminar o procedimento [artigo 19.º, alínea c), da Lei da Mediação].

São sapientes as palavras que Emiliano Carretero Morales⁴⁸ escreve a propósito da solução análoga contida na Lei da Mediação Espanhola (art. 22.1 da *Ley 5/2012, de 6 de julio*⁴⁹): *“He venido comentando como son las partes las verdaderas protagonistas del conflicto y que ellas son las únicas que pueden dar una solución al mismo, pero no hay que olvidar, como apunta la Ley, que el mediador es la pieza esencial del sistema, que su función es la de ayudar a las partes a buscar esa solución, pero que es también quien ha de controlar el procedimiento de mediación para que éste se lleve a cabo adecuadamente y no pueda ser utilizado por alguna de las partes con fines espurios. Por tanto, si el mediador aprecia cualquier actitud o comportamiento en las partes que le induzca a pensar que las mismas no desean alcanzar ningún tipo de acuerdo podrá poner fin al procedimiento de mediación, explicándoles a éstas los motivos de su decisión”*.

Posto isto, o recurso à mediação, com os efeitos jurídicos que o mesmo acarreta, máxime a suspensão dos prazos de caducidade e prescrição, deve respeitar a essência da mesma enquanto meio de resolução alternativa de litígios, tendo o legislador confiado ao mediador de conflitos a importante e permanente tarefa de impedir que as partes façam uma utilização desonesta ou abusiva deste mecanismo.

5. Conclusões

A mediação é um método de resolução de litígios autocompositivo, pelo que o recurso à mesma não significa necessariamente que as partes lograrão obter um acordo (de mediação) que ponha termo ao seu litígio. Desta forma, a confiança na mediação só é alcançável se às partes for garantido que, caso no procedimento de mediação, não cheguem a acordo, o direito que lhes

⁴⁸ Emiliano Carretero Morales (2016, p. 285).

⁴⁹ *“El procedimiento de mediación puede concluir en acuerdo o finalizar sin alcanzar dicho acuerdo, bien sea porque todas o alguna de las partes ejerzan su derecho a dar por terminadas las actuaciones, comunicándose al mediador, bien porque haya transcurrido el plazo máximo acordado por las partes para la duración del procedimiento, así como cuando el mediador aprecie de manera justificada que las posiciones de las partes son irreconciliables o concurra otra causa que determine su conclusión”*.

assiste de aceder a um método de resolução de litígios heterocompositivo, máxime ao sistema judicial, não será afetado pelo tempo decorrido nesse procedimento, seja por razão de caducidade ou prescrição. Neste âmbito, e conforme imposição contida na Diretiva 2008/52/CE, a mediação pré-judicial requer uma solução específica.

Antes da aprovação da Lei n.º 29/2013, de 13 de abril – “Lei da Mediação” –, estava consagrado um regime de suspensão dos prazos de caducidade e prescrição mas tão só para a mediação pública; o recurso à mediação privada não produzia quaisquer efeitos sobre a contagem desses prazos. Este tratamento diferenciado era injustificado e desapareceu com a referida Lei, que veio estabelecer um regime transversal para a mediação e regular, no seu artigo 13.º, a mediação pré-judicial e o regime de suspensão de prazos de caducidade e prescrição que é aplicável nessa modalidade de mediação.

A essência deste meio de resolução alternativa de conflitos é respeitada se as partes a ele recorrem para tentarem construir um acordo que ponha termo ao seu litígio com o auxílio de um profissional imparcial, independente e munido das competências necessárias para as aproximar e restabelecer ou reforçar a comunicação entre elas (o mediador de conflitos). Assim sendo, a vontade das partes em iniciar e participar num procedimento de mediação não pode assentar unicamente na paralisação da contagem de certo prazo de caducidade ou prescrição, que se verifica com o início do procedimento de mediação e de forma automática.

Cabe ao mediador de conflitos, enquanto responsável pela direção e controlo da mediação, estar atento a possíveis comportamentos das partes que evidenciem que estas não estão a atuar de boa-fé no procedimento de mediação. Apercebendo-se, nas sessões de mediação, que as partes (uma delas ou até ambas) só permanecem na mediação para que a contagem dos prazos de caducidade e prescrição continue suspensa, o mesmo é dizer, que a mediação está a ser utilizada de forma abusiva e com desrespeito da sua essência enquanto meio de resolução alternativa de litígios, tem o mediador de conflitos de dar o procedimento por finalizado.

Referências bibliográficas

- ABREU, Miguel Cancela de Abreu; CAMPOS, Clara Moreira (2015). “LAV e os Novos Desafios à Mediação”. *Estudos de Direito da Arbitragem em Homenagem a Mário Raposo*, Universidade Católica Editora, pp. 161-171.
- ALMEIDA, Carlos Ferreira de (2014). *Contratos IV – Funções. Circunstâncias. Interpretação*, Almedina.

- CEBOLA, Cátia Marques (2013). *La Mediación*, Marcial Pons.
- CEBOLA, Cátia Marques (2010). “A mediação pré-judicial em Portugal: análise do novo regime jurídico”. *Revista da Ordem dos Advogados*, Vol. I-IV, Ano 70, pp. 441-459.
- CHUMBINHO, João (2007). *Julgados de Paz na Prática Processual Civil, Meios Alternativos de Resolução de Litígios*, Quid Iuris.
- FERREIRA, Jaime Octávio Cardona (2019). *Julgados de Paz. Organização, Competência e Funcionamento*, 4.^a ed. revista e atualizada (Comemoração dos 500 anos do “Regimento dos Concertadores de Demandas de 1519”), Almedina.
- GONZÁLEZ, Eugenio Carlos Fernández-Ballesteros (2008). “Principios de la Mediación: Rol y Técnicas de Comunicación”. *Mediación familiar*, Miguel Ángel Soria, Carlos Villagrana e Inma Armadans (coord.), Editorial Bosch.
- GOUVEIA, Mariana França (2019). *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, 3.^a ed., Almedina.
- LOPES, Dulce; PATRÃO, Afonso (2016). *Lei da Mediação Comentada*, 2.^a ed., Almedina.
- MAGALHÃES, Luísa (2017). “A Evolução do Regime Jurídico da Mediação em Portugal: Os Antecedentes Normativos de Maior Relevância Até à Lei N.º 29/2013, de 19 de Abril”. *Revista da Faculdade de Direito e Ciência Política*, Vol. 1, n.º 9, pp. 155-193.
- MESQUITA, Lurdes Varregoso (2017). “A Mediação Civil e Comercial. As Modalidades Pré-Judicial e Intra-Processual como Elemento Motivador”. *Maia Jurídica – Revista de Direito*, Ano VIII, n.º 1, pp. 13-38.
- MORALES, Emiliano Carretero (2016). *La Mediación Civil y Mercantil en el Sistema de Justicia*, Editorial Dykinson.
- MORI, Amaury Haruo (2007). *Princípios Gerais Aplicáveis aos Processos de Mediação e de Conciliação, Relatório* (policopiado). Relatório apresentado na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.
- NAVARRO, Angel Bonet (2013). *Proceso Civil y Mediación. Su Análisis en la Ley 5/2012, de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles*, Thomson Reuters Aranzadi.
- ORFANOU, María (2011). “La Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles en Grecia. Panorama Actual y una Perspectiva Comparativa: Comentario a la Ley 3898/2010”. *Revista Internacional de Estudios de Derecho Procesal y Arbitraje*, n.º 1, 2011 (Riedpa.com).
- PITÃO, José António de França; PITÃO, Gustavo França (2017). *Lei dos Julgados de Paz Anotada*, Quid Iuris.
- REGO, Margarida Lima (2017). “A Suspensão dos Prazos de Caducidade e Prescrição por Efeito da Mediação”. *Revista da Ordem dos Advogados*, n.º 77, pp. 681-709.
- VASCONCELOS, Pedro País (2017). *Teoria Geral do Direito Civil*, 8.^a ed., Almedina.
- VICENTE, Dário Moura (2010). “A Diretiva sobre a Mediação em Matéria Civil e Comercial e a sua Transposição para a Ordem Jurídica Portuguesa”. *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Paulo de Pitta e Cunha*, Vol. 3, Almedina, pp. 99-116.

Capítulo 7

A organização associativa dos mediadores de conflitos nos tempos actuais

ANABELA QUINTANILHA

MARIA JOÃO CASTELO-BRANCO

CATARINA CASTRO OLIVEIRA

Membros da Federação Nacional da Mediação de Conflitos

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. O Associativismo na mediação desde a implementação desta actividade em Portugal. 2.1. O associativismo. 2.2. As associações de mediadores. 3. A Federação Nacional de Mediação de Conflitos. 3.1. A origem. 3.2. O objecto. 3.3. Os 10 anos de contributos para a mediação e para os mediadores. 4. Uma perspectiva da representatividade associativa. 5. Conclusões.

RESUMO: No presente capítulo pretendemos evidenciar a importância do associativismo das associações de mediação e dos mediadores de conflitos em Portugal, como motor de transformação e inovação social, bem como trazer à reflexão a sua fundamentação e necessidade. Percorrendo a evolução histórica do associativismo dos mediadores no nosso país, elencamos as associações de mediação e de mediadores que impulsionaram esse movimento, e que levaram à criação de várias associações neste contexto, e a transformações e modificações associativas até aos dias de hoje. Associações cujos objectivos assentam na promoção, desenvolvimento e divulgação dos meios de resolução de conflitos, nomeadamente da mediação, e na formação de mediadores, para fazer face ao recurso a uma nova resposta na resolução de conflitos, e, conseqüentemente para ir ao encontro das recomendações e directrizes da Comissão Europeia. Pretendemos mostrar que há necessidades urgentes para atender aos desafios e preocupações sentidas quer ao nível legislativo, quer ao nível da formação dos mediadores e da prática da mediação, que se devem sobrepor aos interesses individuais, para garantia da qualidade dos serviços de mediação e para dignificação da mediação como profissão que há muito merece ser formalmente reconhecida como tal e, o que se está, hoje, a fazer nesse sentido. Por último, mostramos uma realidade onde a maioria dos mediadores não se encontra associado a qualquer organização, exercendo sem acompanhamento uma profissão que exige um perfil rigoroso, e que, auscultados, acreditam que juntos podem mais.

ABSTRACT: In this chapter we intend to highlight the importance of associativism of mediation associations and conflict mediators in Portugal, as an engine of transformation and social innovation, as well as bring to reflection its foundation and need. Going through the historical evolution of associations of mediators in our country, we list the associations of mediation and mediators that boosted this movement, and which led to the creation of several associations in this context, and to transformations and associative modifications until the present day. Associations whose objectives are based on the promotion, development and dissemination of means of conflict resolution, namely mediation, and the training of mediators, to face the use of a new response in conflict resolution, and, consequently, to meet the recommendations and guidelines from the European Commission. We intend to show that there are urgent needs to meet the challenges and concerns felt both at the legislative level and in terms of the training of mediators and the practice of mediation, which must take precedence over individual interests, to guarantee the quality of mediation services and to dignifying mediation as a profession that has long deserved to be formally recognized as such, and what is being done in this regard today. Finally, we show a reality where the majority of mediators are not associated with any organization, exercising without supervision a profession that requires a rigorous profile, and whom believe that together they can do more.

1. Introdução

O trabalho que aqui vamos desenvolver, tem como motivação a satisfação de um convite dirigido à Federação Nacional da Mediação de Conflitos (FMC), para participação numa obra colectiva, que visa celebrar o décimo aniversário da Lei da Mediação.

Com o intuito de unir essas duas realidades, FMC e Lei da Mediação, juntaram esforços três mediadoras que estiveram, desde o primeiro momento, nos trabalhos preparativos de constituição e formalização da Federação e que nela sempre se mantiveram, conhecendo bem a sua génese, o seu percurso e as suas dinâmicas.

Assim, consideramos que é o momento adequado para deixar, o que cremos ser o primeiro registo do que foi o movimento associativo no campo da mediação e quais os impulsos dados pelas associações à implementação desta nova realidade social e jurídica, que é a mediação, enquanto meio alternativo de resolução de conflitos.

Trazemos ao leitor o relato, tão objectivo quanto possível, de um caminho que se iniciou nos anos noventa, em busca de novas respostas para a abordagem e gestão dos conflitos interpessoais. Através deste relato, salientamos o poder do associativismo enquanto motor de inovação e mostramos como

pode, antecipando-se ao poder político, instá-lo e motivá-lo para a intervenção e definição de políticas públicas, que coloquem no cenário social estruturas e serviços próprios de sociedades actualizadas.

Por fim, e partindo do mote do poder associativo reforçamos a sua capacidade para estabelecer uma dialéctica construtiva com o poder político e convidamos a uma reflexão sobre a representatividade federativa e a auto-regulação da actividade dos mediadores, confiantes, pelo caminho percorrido, que o empenho e a determinação permitirão colocar a mediação no lugar que lhe é devido, enquanto fundamental na construção da paz social.

2. O associativismo na mediação desde a implementação desta actividade em Portugal

2.1. O associativismo

Ao celebrarmos os 10 anos da Lei da Mediação portuguesa não poderíamos deixar de abordar as iniciativas, movimentos e organismos que estiveram na sua génese, escrevendo, desta forma, a história na primeira pessoa.

O associativismo, apesar de ser um movimento antigo, que impele o indivíduo para a união, com vista à concretização de objectivos comuns é, contudo, nas sociedades democráticas mais recentes que encontra o terreno adequado para sua proliferação onde, desde sempre, desempenha uma função de motor de transformação e inovação social.

As associações, tendo em conta as funções que podem desempenhar, constituem elementos fundamentais do tecido social democrático. De facto, segundo Viegas “existe um largo consenso sobre a importância das associações na vida democrática das sociedades desenvolvidas”¹.

Enquanto organizações de indivíduos com ideais e propósitos comuns, as associações assentam em pilares estruturais, como a participação, a solidariedade e a cooperação dos seus membros, para que possam alcançar os objectivos que se propõem, segundo uma lógica de que juntos podem mais.

Ainda, segundo Viegas “teremos de considerar que as associações poderão desempenhar funções de coordenação, nomeadamente através de acordos entre si, ou com instituições estatais, assim como poderão ter um papel activo e directo, na implementação de políticas públicas”².

¹ José Manuel Leite Viegas (2004, p. 34).

² José Manuel Leite Viegas (2004, p. 37).

Sendo nosso propósito fazer uma breve abordagem do movimento associativo, no que aos mediadores de conflitos diz respeito, devemos, desde já, enquadrar as associações daí decorrentes, na tipologia de associações socio-profissionais, que têm por finalidade reforçar uma identidade profissional, desenvolver competências profissionais e interagir com o poder político, trazendo questões ao espaço público e dando visibilidade a uma actividade que se quer profissionalizada.

Se tivermos em conta que estamos três décadas depois da formação dos primeiros mediadores de conflitos em Portugal e que, tendencialmente, temos um baixo envolvimento associativo, entenderemos que o curto espaço temporal percorrido, não permite, ainda, uma verdadeira estabilidade e consolidação associativa, o que não deixa de emergir como paradoxo, pois que a afirmação no espaço público se faz de união e cooperação.

Temos, assim, que nestes últimos 30 anos, várias associações de mediadores se constituíram, permanecendo algumas com significativa visibilidade e actividade interventora no tecido social, enquanto outras se encontram inactivas, ou se extinguíram. De salientar que, também, algumas associações se constituíram a partir de cisões internas, o que é comum principalmente em início de movimento associativo e por isso com baixa solidez.

2.2. As associações de mediadores

O primeiro organismo criado com vista à formação técnica de mediadores e à divulgação da mediação, enquanto meio de resolução de conflitos, foi o Instituto Português de Mediação Familiar (IPMF), uma entidade equiparada a pessoa colectiva que se propõe concretizar a formação de mediadores, a prática da mediação e a sua divulgação, bem como fazer propostas legislativas interagindo, por essa via, com o poder político, tendo em vista modificações com impacto na vida social.

De acordo com o que nos ensina Rossana Martingo Cruz, “[e]m 1993 foi criado o Instituto Português de Mediação Familiar. Este resultou de um esforço conjunto multidisciplinar de psicólogos, terapeutas, juristas e magistrados”³.

Com efeito, tratou-se de um grupo de profissionais de diferentes áreas, mas que tinham em comum o trabalho com famílias e crianças, pois que na sua maioria estavam ligados, exactamente, a essa jurisdição enquanto

³ Rossana Martingo Cruz (2011, p. 67).

magistrados, advogados ou técnicos de assessoria integrados no então denominado Instituto de Reinserção Social. Consciente de que urgia introduzir mudanças ao nível da resolução dos conflitos decorrentes da ruptura familiar, atento o volume processual e a pouca eficácia das respostas judiciais para muitas das situações e importando modelos já estabelecidos noutros países, o IPMF organizou a primeira formação de mediadores familiares, que viria a ter lugar em 1994/95 no Centro de Estudos Judiciários. A proximidade cronológica desta iniciativa com a reforma do Código de Processo Civil, que pretende introduzir um novo princípio de cooperação, permite-nos identificar alguma convergência de princípios, tal como afirma Lúcia Vargas “[d]a análise à evolução do Código de Processo Civil Português, parece poder concluir-se que os seus princípios estruturantes sofreram uma mutação e estão, actualmente, muito próximos da filosofia que está subjacente aos métodos não contenciosos/adversariais de resolução alternativa de conflitos, designadamente da negociação, da conciliação e da mediação”⁴.

Devemos salientar que o IPMF se encontra activo, tornando-se por isso a organização de mediadores com maior longevidade, entre nós.

Em 1996 uma dissidência interna levaria a que alguns elementos, por um lado conscientes da inegável necessidade de criação de serviços que disponibilizassem ao cidadão o recurso a uma nova resposta de resolução de conflitos e, por outro lado, seguros de que era imprescindível que os mediadores recebessem formação mais aprofundada e de cariz prático, reorganizaram-se e, por escritura pública lavrada a 15 de Janeiro de 1997, constituíram a Associação Nacional para a Mediação Familiar-Portugal (ANMF).

A ANMF tem por funções estatutárias, essencialmente, a promoção e dinamização da mediação familiar, nomeadamente através da sua divulgação, do incentivo à sua prática, da formação inicial, permanente e complementar dos mediadores e da interacção com organismos públicos, que prosigam fins análogos.

Cumprindo o propósito que motivara a sua constituição, esta associação trouxe a Portugal formadores de outros países, com experiência comprovada na prática da mediação, permitindo a aquisição de redobrada competência técnica aos seus membros. Simultaneamente, aquela associação organizou congressos internacionais, com a participação dos mais prestigiados mediadores europeus. Num desses congressos, a ANMF, como afirma Anabela

⁴ Lúcia Vargas (2006, p. 39).

Quintanilha “logrou ver assinado um Protocolo entre o Ministério da Justiça e a Ordem dos Advogados. Consagrava o referido documento a criação de um Gabinete Público de Mediação Familiar em matéria de regulação do exercício do poder paternal, que viria a abrir portas em 15 de Setembro de 1999”⁵, tornando-se a primeira estrutura pública de prestação de serviços de mediação e onde a equipa de mediadores fora toda capacitada pela ANMF.

A nível de interacção associativa com o poder estatal e das suas repercussões no tecido social, o IPMF e a ANMF foram as entidades que estiveram na génese da implementação da mediação em Portugal, ilustrando a importância do movimento associativo, enquanto motor de transformação e inovação social. Na verdade, o Gabinete Público de Mediação Familiar (GMF), criado pelo Despacho n.º 12 368/97 do Ministério da Justiça, funcionou com a sua estrutura inicial até 2007, altura em que aquele serviço viria a ser alargado, em termos de competência territorial, material e funcional, pelo Despacho n.º 18 778/2007.

No dizer de Rossana Martingo Cruz “o presente despacho assenta em três aspectos essenciais: alargar a mediação familiar a novas zonas do país, estender as matérias decorrentes de conflitos familiares susceptíveis de serem resolvidas por mediação familiar e a reconfiguração do serviço público de mediação familiar”⁶.

De acordo com Anabela Quintanilha, “[e]m termos de tutela o primeiro serviço de mediação familiar ficou na dependência da Secretaria de Estado da Justiça, contudo, em 2000, com vista ao desenvolvimento e disseminação dos meios extrajudiciais de resolução de litígios já existentes e à criação de novas estruturas, nomeadamente os Julgados de Paz, foi criada a Direcção-Geral da Administração Extrajudicial (DGAE), a quem competiu essa tutela, até que, por motivos a que não foi alheia a conjuntura económica e a necessidade de contenção do despesismo público, a DGAE foi extinta dando lugar ao Gabinete para a Resolução Alternativa de Litígios (GRAL)”⁷. Hoje, é a Direcção-Geral de Política de Justiça (DGPJ), quem tutela os meios alternativos de resolução de conflitos e com quem as diferentes associações, deste campo, mantêm permanente ligação tendo em vista uma interacção

⁵ Anabela Quintanilha (2012, p. 25).

⁶ Rossana Martingo Cruz (2011, pp. 69-70).

⁷ Anabela Quintanilha (2012, pp. 26-27).

adequada, potenciadora de crescimento da actividade, de reconhecimento profissional dos mediadores e dos benefícios para a sociedade.

Se aqui falámos da tutela dos meios alternativos de resolução de conflitos, foi para introduzir a criação dos Julgados de Paz, como acima ficou mencionado, uma vez que no seio do grupo de mediadores, formados pelo Estado, para integrarem os serviços de mediação daqueles tribunais nasceria, em 2002, a Associação de Mediação de Conflitos (AMC). O seu propósito inicial foi, acima de tudo, dar visibilidade à mediação de conflitos e reivindicar condições de exercício da actividade, para a qual os mediadores foram destinados. Com efeito, os seus primeiros associados eram na maioria mediadores a exercer actividade junto dos Julgados de Paz, mas desde logo foram acolhidos associados da área da mediação familiar, única área à data implementada entre nós. Tal acolhimento acontece, uma vez que mediadores familiares do GMF, foram destacados pela tutela para acompanharem toda a formação inicial dos mediadores para os Julgados de Paz e para supervisionarem o início daquela actividade, dentro dos quatro Julgados de Paz inicialmente instalados.

Mais uma vez vamos assistir ao aparecimento de uma outra associação de mediadores, aparecimento igualmente provocado por dissidências internas, o que é frequente e natural na vida associativa, podendo até ser enriquecedor numa visão de conjunto. As associações são organismos dinâmicos, compostos por indivíduos que, apesar dos grandes objectivos iniciais comuns, podem priorizar propósitos específicos diferentes, definir caminhos distintos para os alcançar e até desenvolver filosofias profissionais diferentes. As questões internas não resolvidas, fragilizam a coesão dos seus membros, fragilidade que pode ser potenciada pelo desejo de, rapidamente, se ocupar um lugar no espaço social e de prosseguir os fins em que assentara a motivação inicial.

Da Associação de Mediadores de Conflitos saíram elementos que, em Outubro de 2005, dão corpo e alma ao Instituto de Mediação e Arbitragem de Portugal (IMAP), “com o objectivo de promover a pesquisa, a divulgação, a capacitação e o desenvolvimento técnico e científico dos métodos de resolução de conflitos”⁸ e que assumem como missão “[a]través da divulgação da mediação interpessoal e da formação de mediadores, pretender mudar

⁸ www.imap.pt (consultado a 8 de Janeiro de 2003).

mentalidades, transformar a lógica impositiva em cooperativa, permitir que cada um possa vir a ser quem pode e cumprir o seu propósito de vida”⁹.

Esta organização tem forte paralelismo com a sua congénere brasileira, o Instituto de Mediação e Arbitragem do Brasil (IMAB), o que se entende, pois que, como consta do website deste último instituto, “o IMAB foi convidado pelo Ministério da Justiça de Portugal a capacitar os primeiros mediadores para os Julgados de Paz em 2001 e ampliar o número de mediadores capacitados em 2003 e 2004 naquele país”¹⁰. O IMAP tem absorvido, da referida associação brasileira, modelos e formas próprias de estar na mediação, desenvolvendo parte da sua actividade formativa naquele país.

Sendo estas as associações que consideramos desempenharem, ou terem desempenhado um papel de maior relevo no panorama nacional, até por serem cronologicamente as primeiras, não deixaremos de enumerar outras procurando ser o mais abrangente, que nos for possível. Vejamos, todas as associações mencionadas nasceram e têm sede em Lisboa, porém no Porto, em 2006, foi constituída a Associação Fórum Mediação (AFM), não apenas por cobrir uma zona do país onde havendo mediadores não existia nenhum organismo agregador, mas, principalmente, porque tendo forte influência da mediação praticada em França, prosseguia uma metodologia estruturalmente diferente. Falamos do modelo sistémico SIC®, centrado na pessoa e nas interacções em comunicação, criado por Jean-Louis Lascoux¹¹. A AFM, tal como outras associações com o mesmo cariz, encontra-se inactiva, contudo merece aqui o nosso sublinhado pelo trabalho desenvolvido, no norte do país ao nível da formação e pelo legado consubstanciado na tradução de um manual de mediação de Lascoux¹².

Propomo-nos fazer, agora, uma breve sumarização de outras organizações enquadráveis neste trabalho, principalmente, aquelas que viriam a fazer parte de um organismo agregador, a Federação Nacional de Mediação de Conflitos (FMC).

A Concórdia – Centro de Conciliação e Mediação de Conflitos (Concórdia) é uma associação constituída em 2003, que prossegue um objecto com algumas nuances relativamente às demais elencadas. Desde logo e segundo

⁹ www.imap.pt (consultado a 8 de Janeiro de 2003).

¹⁰ www.imab-br.net (consultado a 8 de Janeiro de 2003).

¹¹ Jean-Louis Lascoux é consultor empresarial e formador de mediadores profissionais em França.

¹² Jean-Louis Lascoux (2009).

os seus estatutos, tem como objecto “a promoção de centros de conciliação, mediação de conflitos e de arbitragem, bem como de recuperação de empresas e de outros modos alternativos de resolução de conflitos, peritagens e avaliações de patrimónios”¹³. Esta organização, ao contrário da maioria conhecida, não actua apenas no campo da mediação, antes abrange a conciliação e a arbitragem, que constituem o foco do seu trabalho. Também não se propõe a formação de mediadores, mas sim a prática da mediação. Na verdade, “a Concórdia, a partir do ano de 2013, diversificou a sua actividade, passando a incluir um centro de arbitragem institucionalizada, e investiu na criação de regulamentação interna apropriada, na constituição de corpos sociais compostos de juristas de reconhecida competência e experiência na área da arbitragem”¹⁴, tendo dado, a este meio alternativo de resolução de conflitos, a primazia da sua actividade.

O ICFML - Instituto de Certificação e Formação de Mediadores Lusófonos, é uma associação sem fins lucrativos que acredita, segundo consta no seu website, “no poder da mediação de conflitos na contribuição para o desenvolvimento da Justiça” nos países de língua portuguesa. Entre outros eixos de ação, este instituto dedica-se à formação de mediadores e à sua profissionalização através da disseminação de elevados padrões de qualidade e de qualificação. Tem igualmente as suas especificidades, desde logo no que à abrangência geográfica diz respeito, pois cabe-lhe “Promover a colaboração e a paz através do desenvolvimento e profissionalização da mediação de conflitos nos Países de Língua Oficial Portuguesa (Angola, Brasil, Cabo Verde, Guiné-Bissau, Moçambique, Portugal, São Tomé e Príncipe, Timor)”¹⁵. Além disso, esta associação é acreditada pelo IMI-International Mediation Institute, o que confere às suas formações um reconhecimento internacional, assente no respeito pelos padrões de qualidade definidos por este instituto. Saliente-se que o ICFML foi, em 2019, a primeira instituição a receber a acreditação do Ministério da Justiça para a formação em mediação de recuperação de empresas.

A Consulmed – Associação Nacional de Resolução de Conflitos, criada em 2007, é outra das entidades que está activa no campo da formação de mediadores e na prestação de serviços de mediação. Segundo informação disponibilizada no seu website, esta associação pretende implantar um novo

¹³ www.concordia.pt, consultado a 9 de Janeiro de 2023.

¹⁴ www.concordia.pt, consultado a 9 de Janeiro de 2023.

¹⁵ www.icfml.org, consultado a 9 de Janeiro de 2023.

modelo de actuação, a saber “a MEDIAÇÃO de PROXIMIDADE. Modelo este direccionado às populações, e sendo concretizado, através da efectivação de parcerias com todas as entidades que lhes estão mais próximas, como as Juntas de Freguesia, as Associações de Bairro, as Associações Culturais, as Escolas, as Empresas de Condomínio e outras organizações”¹⁶. Para além da disponibilização de serviços no campo da mediação, esta organização propõe-se, também, a prática da conciliação, negociação e arbitragem enquanto meios alternativos de resolução de conflitos.

Das organizações que tiveram maior impacto no movimento associativo, pelo seu envolvimento na constituição de uma entidade mais ampla, devemos ainda mencionar a Atitude Interior – Associação de Mediação de Conflitos, constituída em 2009, por um grupo de mediadores da Beira Interior, que pretenderam constituir uma organização que desse vida à mediação de conflitos civis e laborais, no triângulo geográfico delimitado pelas cidades da Guarda, Fundão e Castelo-Branco. Esta entidade encontra-se inactiva, tal como a Mediarcom – Associação Europeia de Mediação e a Consensus – Associação para o Desenvolvimento dos Meios Alternativos de Resolução de Conflitos, ambas constituídas em 2005. Esta última sediada em Coimbra e a anterior em Cascais, mas das quais não dispomos de mais informação, apesar de termos acompanhado o seu percurso inicial de organizações que se propuseram e concretizaram a formação de mediadores de conflitos em diversos campos.

Das associações com ligação à FMC, resta-nos enumerar a Pro-Consenso, Associação para a Mediação de Conflitos e de Promoção da Cidadania, constituída em 2008 e que tem desempenhado a sua actividade, quer no campo da mediação familiar, quer no campo da mediação escolar, dispondo de uma equipa de mediadores com formação reconhecida pelo Ministério da Justiça, como se impunha.

Sendo esta uma abordagem feita pela FMC, limitámos o seu conteúdo às associações que a este organismo estão ligadas, sendo certo que da nossa movimentação por estes temas, somos conhecedores da existência de outras entidades que no panorama nacional se dedicam à mediação de conflitos, mas das quais não possuímos informação institucional.

¹⁶ www.consulmed.pt, consultado a 9 de Janeiro de 2023.

3. A Federação Nacional de Mediação de Conflitos

3.1. A origem

Para que os mediadores pudessem ter uma voz única activa e para que a mediação ganhasse lugar como profissão, no início de 2011, por sugestão da então Direcção do GRAL, iniciaram-se reuniões mensais, entre os representantes das dez associações de mediação mais representativas na época, nomeadamente no que respeita à promoção e desenvolvimento da mediação e à formação dos mediadores, com o objectivo de juntas criarem uma entidade única para representação futura de todos os mediadores em Portugal. A este grupo foi dado o nome de Plataforma das Entidades de Mediação de Conflitos e dos Mediadores de Portugal¹⁷, o qual criou três grandes grupos de trabalho: o da Formação, o dos Trabalhos prévios da Comissão instaladora para a satisfação da missão da Plataforma e o da Lei de Bases.

Decorrido mais de um ano de reuniões, realizadas nas instalações do GRAL, em Lisboa, foram discutidas as preocupações existentes no âmbito da mediação de conflitos, criadas e negociadas sugestões e elaborados os Estatutos da “Federação Nacional de Mediação de Conflitos”¹⁸, adiante abreviados para Estatutos, e nasceu, no dia 9 de Maio de 2012, a FMC – Federação Nacional de Mediação de Conflitos, assim denominada por escritura pública, pelos associados fundadores, já por nós acima referidos, e que foram a AFM, a AMC, a Atitude Interior, a Concórdia, a Consensus, a Consulmed, o ICFML, o IMAP, o IPMF e a Mediarcom.

Constituídas juridicamente como associações sem fins lucrativos, tendo os meios de resolução de conflitos, nomeadamente a Mediação, por objecto, algumas fizeram parte da história do associativismo em Portugal, como descrito no capítulo anterior. Na sua organização interna não têm, na sua maioria, associados que não os membros dos órgãos da associação, à excepção da AMC.

Hoje os associados fundadores que se mantêm como membros da FMC são a Concórdia, a Consulmed e o IMAP. As restantes associações fundadoras, foram dissolvidas ou deixaram de ter actividade aberta, ou saíram por já não se reverem nos objectivos alicerces da FMC ou na base principiológica da sua atuação atual.

¹⁷ Vide <https://www.citius.mj.pt/portal/article.aspx?ArticleId=494>.

¹⁸ Disponível em <https://fmcgeral2018.wixsite.com/federacao/estatutos>.

Para que pudesse, efectivamente, ser uma entidade representativa dos mediadores com actividade em Portugal, o Estatuto prevê, no artigo 4.º, n.º 1, alínea a), o associativismo de mediadores singulares, para além de outras entidades colectivas, de natureza associativa ou não, que não apenas as fundadoras, porquanto a maioria destes profissionais não se encontra associado a qualquer organismo no âmbito da mediação.

Actualmente, a FMC tem 104 associados singulares e mais dois associados colectivos, a já mencionada Proconsenso (2015) e a MEDIARMAIS – Formação, Mediação e Coaching, Lda. (2021), a única sociedade comercial membro da FMC, que tem por objecto a formação e a prestação de serviços na área da Mediação e do Coaching.

Enquanto associação sem fins lucrativos, a FMC tem como suporte económico a quota anual dos associados e as receitas obtidas nos eventos que organiza. Todos os membros da Federação trabalham a título voluntário para o bem comum.

3.2. O objecto

Nas últimas duas décadas, a Mediação tem vindo a desenvolver-se de forma paulatina, tanto a nível público como privado. A criação dos Julgados de Paz e dos Sistemas Públicos de Mediação, bem como a transposição para o ordenamento jurídico português da Directiva 2008/52/CE, do Parlamento e do Conselho, de 21 de Maio e a Resolução do Conselho da Europa 2079, de 2 de Outubro de 2015, recomendando o recurso à mediação e, entre outros, o Regime Geral do Processo Tutelar Cível, tornaram a mediação uma realidade cada vez mais presente na vida dos portugueses. No entanto, o fraco investimento por parte do Estado, na dignificação e divulgação da mediação, bem como a inexistência de um efectivo acompanhamento da actividade pública e privada, para garantia de um exercício competente e responsável, requer, há muito, mudanças urgentes quer legislativas quer na prática da mediação.

Nos termos do artigo 2.º do Estatuto, a FMC tem por objecto “promover, desenvolver e divulgar os Meios Alternativos de Resolução de Conflitos, nomeadamente a Mediação de Conflitos; apoiar a função social e dignidade da Mediação de Conflitos, bem como promover o respeito pelas melhores práticas e técnicas conhecidas”. Nesse sentido, o trabalho desenvolvido pela FMC é realizado para e pelos mediadores em Portugal, porque abrangente, tendo em conta as necessidades, os direitos e as obrigações de todos aqueles que exercem em território nacional e, portanto, não apenas em benefício dos

seus associados, tendo como propósito a união dos mediadores, a mediação como profissão, e a garantia de qualidade na prática da mediação.

3.3. Os 10 anos de contributos para a mediação e para os mediadores

Com o foco nesse propósito, ao longo dos seus 10 anos de existência, a FMC tem tido um papel relevante na promoção e desenvolvimento da mediação junto do Ministério da Justiça, de Universidades e institutos, e organizações nacionais e internacionais, bem como através de acções de divulgação diversificadas, para o cidadão, como a participação em eventos públicos, seminários, conferências e congressos organizados quer por si quer por outras entidades públicas e privadas.

Foi apresentada à Casa Civil do Presidente da República, ao Ministério da Justiça e à Direcção-Geral da Educação, entre outros, e, tem audiências com os Grupos e Comissões Parlamentares regularmente.

Desde 2013, tem prestado contributos com pareceres e propostas de alteração legislativa no âmbito da mediação, dos quais destacamos a proposta de alteração do Projecto de Lei da Mediação, no exercício do direito de audição parlamentar e, ainda nesse ano, contribuiu com um parecer para o Ministério da Justiça, quanto ao Projecto de Portaria que visou a regulamentação do acesso à lista de mediadores de conflitos prevista na alínea e) do n.º 1 do artigo 9.º da Lei da Mediação, no âmbito do direito de audição; em 2015, enviou um parecer à Assembleia da República sobre a Proposta de Lei n.º 338/XII que aprova o Regime Geral do Processo Tutelar Cível; prestou contributos, em 2018, em Audição de Interessados, para as propostas de Regulamentos de Selecção de Mediadores para as listas do Sistema de Mediação Familiar (SMF) e dos Julgados de Paz, estando os mesmos publicados no website da FMC¹⁹; em Julho de 2020, foi enviada para todos os Grupos Parlamentares e para a 1.ª Comissão dos Assuntos Constitucionais, Direitos, Liberdades e Garantias, para a 8.ª Comissão da Educação e Ciência e para a 10.ª Comissão do Trabalho, Segurança Social e Inclusão, na Assembleia da República, uma proposta de alteração da Lei da Mediação, elaborada por um grupo de trabalho denominado por Comissão Portuguesa de Mediação, constituída por diversas pessoas colectivas, designadamente a FMC, e individuais, desde mediadores, formadores, docentes universitários e investigadores na área da mediação.

¹⁹ Disponíveis em <https://fmcgeral2018.wixsite.com/federacao/pareceres>.

A referida proposta foi elaborada e fundamentada na necessidade e importância de uma justiça mais próxima dos cidadãos conforme a Directiva 2008/52/CE²⁰; na diversidade dos campos de atuação dos mediadores que vão muito além dos campos dos sistemas públicos de mediação, nomeadamente nas áreas escolar, comunitária, intercultural, ambiental, no desporto, na saúde, etc., onde na iminência de um conflito seja necessária a intervenção de um profissional especificamente formado e habilitado, com competências para conduzir processos de mediação; assim como na necessidade de exigência de formação de qualidade para o exercício da mediação, que obriga a grande exigência técnica, pessoal e relacional, através de critérios comuns de formação, para a criação de um perfil profissional único de mediador/a, reconhecido formalmente no Catálogo Nacional de Qualificações.

Não tendo sido apreciada e levada a discussão na Assembleia da República, a referida proposta de alteração à Lei da Mediação foi de novo enviada para os Grupos e Comissões Parlamentares referidas, em Novembro de 2022, altura em que se iniciaram novas audiências com os Grupos e Comissões Parlamentares.

A FMC propôs ainda à DGPJ a reorganizou por competências da lista de mediadores privados organizada por aquela entidade pública²¹. Esta lista foi criada, como já referimos, nos termos e para os efeitos da alínea e) do n.º 1 do artigo 9.º da Lei da Mediação. É uma lista organizada sem a identificação da área ou das áreas de competência do/a mediador/a, o que, por um lado, não facilita a procura pelos potenciais clientes, do/a profissional adequado/a ao caso em concreto, por outro, pode dar a ideia errada de não existirem competências especializadas nas diferentes áreas de actuação.

Outros trabalhos que a FMC se congratula de ter realizado e merecem ser mencionados no presente artigo, foi a elaboração do Guia Informativo de Mediação Familiar²², revisto com o apoio e a colaboração da DGPJ, estando em preparação a elaboração de outros guias informativos de outras áreas da mediação, e as acções de divulgação da Mediação Familiar, junto da Comissão Nacional de Promoção dos Direitos e Protecção das Crianças e Jovens (CNPDPJ) e Comissões de Protecção de Crianças e Jovens (CPCJ) espalhadas pelo país, levadas a cabo pelo grupo de trabalho de Mediação Familiar

²⁰ Directiva 2008/52/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 21 de Maio de 2008.

²¹ <https://dgpj.justica.gov.pt/Resolucao-de-Litigios/Mediacao/Listade-mediadores-privados>.

²² Disponível em <https://fmcgeral2018.wixsite.com/federacao/guias-informativos>.

da FMC. Estas iniciativas levam o conhecimento da Mediação Familiar quer aos profissionais que trabalham com famílias, quer ao cidadão em geral.

Pela importância das iniciativas e das actividades realizadas pela FMC, e as que se propõem realizar, cremos que é de salientar que está actualmente em processo de avaliação final um pedido de aquisição de estatuto de entidade de utilidade pública, na Presidência do Conselho de Ministros.

Igualmente com o apoio da DGPI, a FMC tem realizado diversos eventos no âmbito dos meios de resolução de conflitos, por um lado para divulgação e incentivo à sua adesão, por outro para promoção e desenvolvimento da prática da actividade de mediação, como formação contínua para mediadores, essencial, acreditamos, ao desenvolvimento e melhoramento das competências adquiridas na formação de base de capacitação de mediadores, nomeadamente conferências, encontros sobre a prática da mediação, dos quais fazem parte os Ciclos de Discussão de Casos Práticos iniciados em Setembro de 2022, para intervenção e reflexão conjunta e, desde 2018, realiza um congresso anual no Dia Mundial da Resolução de Conflitos²³, onde tem contado com a presença de representantes do Ministério da Justiça e de ilustres oradores, nacionais e internacionais, especialistas na área da resolução de conflitos e de outras áreas que com estas se cruzam e, ainda, com testemunhos de utentes dos serviços públicos e privados de mediação.

Em Junho de 2018, foi publicada a 1.^a edição da REVISTA FMC²⁴, registada com o ISSN: 2184-2973, revista digital inicialmente com publicações semestrais, possibilitando a partilha e divulgação de artigos científicos, artigos informativos, resumos e divulgação de obras publicadas pelos associados, no âmbito dos meios de resolução de conflitos, por autores convidados nacionais e internacionais, que conta actualmente com seis edições publicadas.

Não sendo a FMC prestadora de serviços de mediação, mas os seus associados, em 2019 criou as Listas de Mediadores Associados FMC²⁵, organizadas por áreas da mediação e por circunscrição territorial, abrangendo o

²³ Realiza-se na terceira quinta-feira de Outubro e tem por objectivo sensibilizar o cidadão para o recurso, aos meios de resolução de conflitos, como a mediação, a arbitragem e a conciliação.

²⁴ Disponível para download em <https://fmcgeral2018.wixsite.com/federacao/revista-fmc>, assim como as edições posteriores.

²⁵ Disponíveis em <https://fmcgeral2018.wixsite.com/federacao/listas-de-mediadores-associados-fmc>.

Continente e as Ilhas da Madeira e de São Miguel, nos Açores e, em 2020, por força da pandemia provocada pela Covid-19, criou a Lista de Mediadores Associados Online, nas quais podem inscrever-se os associados que tenham formação específica reconhecida pelo Ministério da Justiça ou ministrada por entidade certificada por esta instituição pública, na área em que pretendem actuar.

A celebração de protocolos de colaboração com diversas instituições nacionais, tem sido igualmente um factor importante para a promoção e divulgação da mediação em Portugal, designadamente com o Centro de Arbitragem e Resolução de Litígios da Faculdade de Direito de Lisboa, com o Instituto Superior de Serviço Social do Porto e com a Associação Académica dos Alunos de Direito da Universidade Lusófona de Lisboa.

Como acima começámos por referir, a FMC para além dos eventos que organiza, tem participado em eventos públicos, seminários, conferências e congressos organizados por outras entidades, públicas e privadas, nacionais e internacionais, dos quais destacamos, pela sua relevância, a participação nas Jornadas Europeias de Mediação, em Outubro de 2019, em Paris, no âmbito da criação de uma licenciatura europeia em mediação social e a entrevista no programa Prova Oral, da Antena 3 e na RTP Play em Outubro de 2021.

4. Uma perspectiva da representatividade associativa

*“...tanta sociedade quanto possível, tanto estado quanto necessário...”*²⁶

Sem prejuízo de ser crescente a necessidade de uma investigação aturada, merecendo uma auscultação ponderada e alargada dos actores activos, quer no âmbito profissional, académico, legal, e social, onde se pensa, legisla, executa, exerce, e divulga a mediação de conflitos, considerou-se útil prestar este sucinto contributo, como trabalho prévio e embrionário, em que se pretende eliciar questões importantes sobre o papel presente e futuro do associativismo nos vários contextos em que se “molda” a mediação de conflitos.

“As associações canalizam para a esfera pública informações, reivindicações e orientações normativas e valorativas que permitem enriquecer o processo deliberativo.

²⁶ Mendo Castro Henriques (2003, pp. 275-289).

Os efeitos a nível individual, nomeadamente a transformação da consciência social e política, são também o resultado desta discussão pública”²⁷.

Partindo desta base conceptual de dupla dimensão, actuando activamente no desenvolvimento, divulgação, e dignificação da mediação de conflitos junto das principais instituições públicas e privadas, e, conjunta e consequentemente, aprofundando a auto consciencialização do papel dos mediadores de conflitos na construção de uma sociedade mais justa e plural, como referido anteriormente, a FMC foi constituída com o ensejo de agregar a representação de pessoas colectivas e singulares, que se revissem na sua missão.

Por tal facto, optou-se pelo uso desta figura jurídica, “federação”, que não possui um regime legal geral, surgindo em legislação avulsa relativa aos vários tipos de associações, optando o legislador por materializar uma definição de federação reportada à actividade que se regula, sendo, por exemplo, constituída por entidades colectivas e singulares, ou então, por mencionar apenas a existência de uma entidade colectiva diferenciada de outras, ou ainda, por hierarquizá-la face a outras tipologias, atendendo às entidades que agrega²⁸.

Carecendo de regime jurídico específico, a FMC é uma associação colectiva de direito privado, à qual se aplica o regime das associações de direito privado previsto no Código Civil, tais como, a priori, serão todas as federações ou associações privadas, a não ser que lhe seja atribuído um estatuto específico, atendendo à tarefa estatal que poderão prosseguir²⁹.

Apesar de considerarmos que, também, a FMC prossegue valores constitucionalmente consagrados, que não cabe escarpelizar no presente trabalho, mas que dizem respeito ao exercício de uma cidadania plena, não constasse a mediação de conflitos como um meio de resolução de conflitos, ainda que indirectamente consagrado no artigo 202.º, n.º 4 da Constituição da República Portuguesa, deixamos a seguinte questão para reflexão: haverá *capital social* suficiente para delegar tal tarefa numa só instituição imbuída daquele poder regulador?

²⁷ José Manuel Leite Viegas (2004, p. 37).

²⁸ Podemos consultar as várias tipologias de associações e respectivos regimes legais em www.cases.pt/wp-content/uploads/Legislacao_Associacoes.pdf.

²⁹ Para mais desenvolvimentos, ver doutrina compilada nas páginas 6 a 16 em www.formacao.comiteolimpicoportugal.pt/Publicacoes/COP_PFO_EDGD/Pos-Graduacao_Direiro%20do%20Desporto_Margarida%20Oliveira_2019.pdf.

Actualmente, existem perto de 806 mediadores de conflitos inscritos na lista de mediadores de conflitos organizada pelo Ministério da Justiça, actualizada a 19-12-2022³⁰.

Embora este não seja um documento com um escrutínio quantitativo exaustivo, não deixa de constituir uma amostra significativa dos mediadores de conflitos registados em Portugal, devido ao princípio da executividade, previsto no já referido artigo 9.º da Lei da Mediação, que define as condições gerais para que um acordo de mediação tenha força executiva, sendo uma das condições, a participação de mediador de conflitos inscrito na lista de mediadores de conflitos organizada pelo Ministério da Justiça.

No que diz respeito à existência formal de Associações em Portugal, podemos balizá-la num número inferior a 15, a maioria delas actuando a nível nacional, com alguns exemplos, pressupõe-se, de maior incidência local, pela sua nomenclatura.

Ao longo dos anos viemos a assistir à extinção/inactividade de algumas associações, sem constituição de novas.

Por agora, não podemos responder à questão sobre qual a percentagem de mediadores que se encontram inscritos numa Associação de mediação ou de mediadores de conflitos, trabalho que gostaríamos de encetar no futuro, para efeitos, conforme referido supra, de um estudo mais aprofundado sobre a questão da representatividade.

“A transformação das associações nos últimos anos vai, aliás, no sentido da menor militância interna, compensada por um reforço da sua intervenção na esfera pública, quer na representação de interesses de grupo, quer na defesa de valores e normas sociais.

Graças ao tratamento e cruzamento estatístico de dados cada vez mais extensos, heterogéneos e fiáveis, somos chamados à atenção para as profundas assimetrias espelhadas nos indicadores respeitantes ao associativismo português quando comparados com os da esmagadora maioria dos países europeus, designadamente os nórdicos”³¹.

Atendendo a montante, a que a posição portuguesa na Europa quanto à participação de indivíduos numa cidadania activa continua a ser precária³², e,

³⁰ Vide nota 22.

³¹ António Amaral (2018). Disponível em <https://ubibliorum.ubi.pt/bitstream/10400.6/7041/1/AAmaral%20Sociedade%20civil%20e%20associativismo.pdf>.

³² Ilacões retiradas do recentíssimo e elucidativo documento “Atlas of European Values”, disponível em <https://assets.pubpub.org/0k7l6nt3/51652084537989.pdf>.

a jusante, à missão, numa área ainda muito incipiente no seu conhecimento e utilização, prosseguida pela Federação, sentimos como responsabilidade acrescida, o facto de, consideramos nós, muitos, num universo de poucos, nos terem confiado o mandato em sua representação.

Numa pequena amostragem não probabilística levada a cabo através de um questionário realizado no final do mês de Dezembro aos associados da FMC, a grande maioria dos respondentes sente a necessidade de ser representado por uma associação/federação, obtendo apenas uma resposta negativa³³.

As questões reproduziam-se da forma seguinte:

“1 – Considera útil aos mediadores de conflitos a sua representação através de Associações? Poderia fundamentar a resposta?”

2 – Considera útil existir uma Federação que congregue Associações e associados singulares? Poderia fundamentar a resposta?”

3 – O que gostaria de ver alterado/ acrescentado na questão da representação dos mediadores?”

Sabemos que o espectro dos respondentes de longe configura uma amostragem conclusiva cabal. Porém, não deixou de ser auspicioso o teor das respostas, não só pela manifestação do interesse em justificar as afirmações, como também, pelo seu teor, que vai desde o desejo da existência de uma representação associativa forte, sob uma égide comum, à vontade de edificação de uma profissão verdadeiramente reconhecida, conducente à autorregulação.

Para além deste facto, a elaboração deste capítulo será um excelente pretexto para alargar tais questões a todos os actores que queiram pensar o futuro do associativismo na mediação de conflitos em profundidade³⁴, manifestando a FMC total disponibilidade para este trabalho conjunto com outras associações, institutos, e mediadores de conflitos, apurando sensibilidades e quereres, criando consórcios de reivindicações, preocupações, e sugestões comuns para que a mediação seja valorizada, reconhecida e consolidada.

Retomando o brocardo em epígrafe, o desiderato maior desta Federação é não estar isolada nesta missão, propugnando por uma cultura de respon-

³³ Para participar e ver o resumo das respostas, o questionário encontra-se disponível em <https://forms.gle/GKh6tZ8KaRBs2uc68>.

³⁴ Vide nota 9.

sabilização partilhada pela dignificação e desenvolvimento da mediação de conflitos, enquanto múnus à disposição do cidadão para resolução dos seus conflitos, nivelado com os demais existentes, em conhecimento, e possibilidade de recurso.

Um exemplo recente desta acção concertada da sociedade civil quanto a este desígnio foi “o conjunto de reflexões e debates partilhados entre mediadores, representantes de associações de mediadores, investigadores e académicos vertido na proposta de reformulação da Lei da Mediação e legislação conexas”³⁵, a que já fizemos alusão.

5. Conclusões

Sendo o associativismo uma força motriz de transformações sociais e de interacção entre o cidadão e o Estado, vemos que ao nível das associações socio-profissionais a necessidade da sua existência é inquestionável, pois coloca em equação, não só os direitos dos profissionais ao nível das condições de desempenho da sua actividade, mas também o direito do cidadão a novas e mais adequadas respostas às suas necessidades.

No que ao campo específico da mediação de conflitos diz respeito, fica claro que as iniciativas que a colocaram no tecido social partiram, exactamente, de associações de mediadores sensíveis aos problemas que à data se avolumavam na sociedade e da consciência de que para eles se deviam inovar as soluções.

A FMC nasceu da necessidade de agregação das diferentes associações de mediadores existentes, para que juntas pudessem fazer mais e ser uma voz única activa em tudo o que diga respeito à mediação e à actividade dos mediadores, assumindo, no cumprimento dos objectivos para que foi criada, um cariz de verdadeiro interesse e utilidade pública, na promoção, desenvolvimento e divulgação dos meios de resolução de conflitos, nomeadamente a mediação, tendo um impacto social, na medida em que fomenta a mudança de paradigma na resolução de conflitos em Portugal.

A dinâmica associativa constatada ao longo destes anos, permite-nos vislumbrar um futuro vibrante para o associativismo na mediação de conflitos, em que o principal papel das associações continuará a ser o de estabelecer pontes de diálogo e acção com todos os quadrantes da sociedade, seja no domínio público ou privado, enquanto entidades colectivas, fonte

³⁵ Ana Maria Costa e Silva e Patrícia Guiomar (2022).

privilegiada de conhecimento empírico, que se almeja metodologicamente e cientificamente trabalhado em rede interna e externa, para que o reconhecimento profissional dos mediadores de conflitos, e a função social da mediação de conflitos seja uma realidade bem vinculada na sociedade.

Referências bibliográficas

- AMARAL, António (2018). “Sociedade civil e Associativismo: a arte de viver em comum”. *Cultum. Excursos de Hermenêutica, Política e Religião*, Universidade da Beira Interior, Editora LabCom.IFP, pp. 275-295.
- CRUZ, Rossana Martingo (2011). *Mediação Familiar, Limites Materiais dos Acordos e o seu Controlo pelas Autoridades*, Coimbra Editora.
- HENRIQUES, Mendo Castro. (2003). “Que há de novo na sociedade civil?”. *Cultura* [Separata], Centro de História da Cultura – UNL, n.º 16, pp. 275-289.
- QUINTANILHA, Anabela (2012). *Sistemas de Mediação Familiar*, Dissertação de Mestrado em Direito com Especialização em Justiça Alternativa, apresentada ao Instituto Superior Bissaya Barreto, Coimbra.
- SILVA, Ana Maria Costa; GUIOMAR Patrícia (2022). “A mediação em Portugal: ensaio sobre a (des)construção de um percurso”, *Configurações* [Online], n.º 30, disponível em <http://journals.openedition.org/configuracoes/16294>.
- VARGAS, Lúcia (2006). *Julgados de Paz e Mediação – Uma Nova Face da Justiça*, Almedina, Coimbra.
- VIEGAS, José Manuel Leite (2004). “Implicações Democráticas das Associações Voluntárias, O caso português numa perspectiva comparativa europeia”. *Revista Sociologia, Problemas e Práticas*, n.º 46, pp. 33-50.

Capítulo 8

A formação contínua do mediador familiar e a lei n.º 29/2013, de 19 de abril

ROSSANA MARTINGO CRUZ

Professora da Escola de Direito da Universidade do Minho

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. O princípio da competência e responsabilidade do mediador familiar na ótica da necessidade de formação contínua – mera faculdade do mediador familiar? 3. O mediador e a formação jurídica: a constante mutação do Direito da Família. 3.1. O exemplo da delimitação de ‘família’. 4. Conclusões.

RESUMO: A Lei n.º 29/2013, de 19 de abril, não é propriamente clara e inequívoca quanto à formação do mediador, levantando várias incertezas no seu entorno. Se não há dúvida que tal poderá relevar no âmbito do princípio da executoriedade, existem outras nuances que merecem reflexão. Todavia, o objeto desta análise não se prende tanto com a necessidade de o mediador familiar ter formação própria e adequada (que julgamos imprescindível), para poder atuar ao abrigo da chancela dessa nomenclatura, mas sim com a minguagem de indícios face à necessidade de se atualizar no âmbito da sua atividade. A busca da formação contínua deverá ser uma mera prerrogativa individual? Concretamente na mediação familiar a rápida evolução no âmbito jurídico exige um esforço de atualização. O Direito da Família tem sofrido várias alterações legislativas nas últimas décadas. Na verdade, o seu objeto sempre foi especialmente suscetível às mudanças (sociais, económicas, morais, políticas, etc.) e a própria noção de família vai alterando com o tempo. Como sabemos, o conflito familiar particulariza-se em relação a outros, uma vez que decorre entre pessoas que têm entre si um vínculo forte e a abordagem do conflito, numa perspetiva construtiva, é especialmente importante quando estão em causa questões sensíveis que merecem um tratamento diferenciado. Ainda que não sejam – nem devam ser – assessores jurídicos dos mediados, os mediadores devem conhecer as diferentes construções legais e a sua recente evolução. Uma vez que cabe à mediação (com o amparo do mediador) uma função pacificadora e descodificadora do âmbito do conflito, será necessário dotar os mediadores familiares de conhecimentos basilares sobre o Direito da Família e da sua evolução, para que conheçam o objeto e as demarcas da sua atuação.

ABSTRACT: The Portuguese Mediation Law (Law no 29/2013) is not exactly clear and unequivocal regarding the instruction of the mediator, raising several uncertainties in its surroundings. If there is no doubt that this could matter within the scope of the principle of enforceability, there are other nuances that deserve reflection. However, the object of this analysis is not so much related to the need for the family mediator to have proper and adequate training (which we consider essential), in order to be able to act under the seal of this nomenclature, but rather with the lack of evidence in view of the need to constant update his/her training within the scope of its activity. Should the pursuit of continuing education be a mere individual prerogative? Specifically, in family mediation, the rapid evolution in the legal field requires an effort to update. Family Law has undergone several legislative changes in recent decades. In fact, its object has always been particularly susceptible to changes (social, economic, moral, political, etc.) and the very notion of family changes over time. As we know, family conflict is particular in relation to others, since it takes place between people who have a strong bond with each other and approaching the conflict from a constructive perspective is especially important when sensitive issues are involved that deserve different treatment. Even if family mediators are not – nor should they be – legal advisors to the parties, knowing the different legal constructions and their evolution will increase the range of possibilities that mediators will be able to explore in their activity. Since mediation – with the support of the mediator – is responsible for pacifying and decoding the core of the conflict, it will also be necessary to provide the mediators of these matters’ basic knowledge about Family Law and its constant evolution, so that they know the object and boundaries of their performance.

1. Introdução

A mediação familiar assenta em determinados princípios essenciais ao seu bom funcionamento e à sua conformação como meio de resolução de litígios autocompositivo. O Despacho n.º 12368, de 1997, quase nada dispunha a este propósito¹. Aliás, este diploma, provavelmente dada a sua natureza experimental, era parco na caracterização da mediação familiar. Como tal, só com a Recomendação R(98)1 do Conselho de Ministros da Europa é que passaram a estar positivadas questões fundamentais da mediação familiar, como o seu campo de aplicação, a sua organização, o seu procedimento, os seus acordos, etc. Nesta Recomendação são elencados os princípios a empregar

¹ Apenas estabelecendo, no ponto 5, que “*O gabinete desenvolverá a actividade de mediação familiar com garantia de extrajudicialidade, voluntariedade, gratuidade, rapidez, criatividade de soluções no quadro legal, flexibilidade e confidencialidade.*”

na mediação familiar, começando por referir que a mediação é aplicável aos membros de uma mesma família, quer ligados por sangue ou casamento, e também às pessoas que têm ou tiveram relações familiares, remetendo tal definição para as legislações nacionais. Consagra ainda alguns dos princípios inerentes ao procedimento da mediação e ao mediador, como a imparcialidade e neutralidade do mediador, a sua incapacidade de impor soluções às partes, o respeito pela vida privada, a confidencialidade, o superior interesse da criança, entre outros.

Mais tarde, o Despacho n.º 18778/2007, de 22 de agosto, optou por apenas consagrar, no n.º 1 do artigo 2.º, que o Sistema de Mediação Familiar (SMF) “*desenvolve a sua atividade com garantia de voluntariedade, celeridade, proximidade, flexibilidade e confidencialidade*”, nada mais dispondo a este propósito. No ano seguinte surgiu a Diretiva 2008/52/CE, de 21 de maio de 2008, do Parlamento Europeu e do Conselho, relativa a certos aspetos da mediação em matéria civil e comercial, e um dos aspetos consignados respeita à salvaguarda da confidencialidade da mediação e os seus eventuais limites, um dos princípios mais importantes no âmbito da mediação.

Nos termos do disposto no artigo 3.º da Lei n.º 29/2013, de 19 de abril, os princípios consagrados no capítulo II daquela Lei serão aplicáveis a todas as mediações realizadas em Portugal independentemente da natureza do litígio que seja objeto de mediação. Estes princípios estão previstos nos artigos 4.º a 9.º daquela Lei.

Em 2018, o Despacho Normativo n.º 13/2018, de 9 de novembro, revoga o anterior Despacho de 2007 e quanto aos princípios dispõe, no n.º 1 do artigo 2.º, que “[o] SMF *rege a sua atividade pelos princípios gerais consagrados na Lei n.º 29/2013, de 19 de abril, e ainda pelas garantias de celeridade, proximidade e flexibilidade*”. Ou seja, devemos atender aos princípios da Lei de 2013, além destes três (sendo duvidoso que o caráter utilitarista da celeridade possa ser elevado à categoria de princípio, questão que aqui nos absteremos de analisar²).

É evidente a relevância dos princípios na mediação familiar, sendo um eixo em torno do qual gira a mediação e devem estar presentes ao longo de todo o procedimento³.

² Para uma visão crítica desta questão cfr. Rossana Martingo Cruz (2013, pp. 127-144).

³ Cfr. Leticia García Villaluenga (2006, p. 379).

Todavia, na reflexão que aqui nos importa, auscultamos se a Lei n.º 29/2013, de 19 de abril, quando dispõe sobre a competência e responsabilidade do mediador, deveria ter em conta somente a formação para o exercício da atividade – e consequente relevância no âmbito do princípio da executoriedade, face aos requisitos previsto na alínea *e*) do n.º 1 do artigo 9.º – ou se, por outro lado, deveria também insinuar uma necessidade de atualização e formação constantes de modo a evitar que os conhecimentos se *cristalizem* com o tempo e não permitam ao mediador prestar o melhor serviço possível. É esta a questão que resolvemos trazer para cogitação neste momento reflexivo de aniversário da Lei n.º 29/2013: já estaremos em posição de reivindicar uma constante formação do mediador – em particular do mediador familiar? Ou a realidade ainda está longe de nos permitir ter essa preocupação quando existe um recurso ainda incipiente da mediação familiar, não permitindo outros investimentos (de tempo e recursos) aos mediadores que já vão atuando, muitas vezes, numa lógica de oblação e dedicação à *causa*.

2. O princípio da competência e responsabilidade do mediador familiar na ótica da necessidade de formação contínua – mera faculdade do mediador familiar?

Para a observação que aqui propomos levar a cabo, não se revela necessário dissecar os princípios da competência e da responsabilidade (presentes no artigo 8.º da Lei n.º 29/2013, de 19 de abril). Pois, na verdade, não se trata de aprofundar a análise destes, mas sim questionar a sua (in)suficiência face à natureza da atividade do mediador familiar.

Nos termos do disposto naquele n.º 1 do artigo 8.º da Lei n.º 29/2013, de 19 de abril, o mediador de conflitos, de modo a adquirir as competências adequadas ao exercício da sua atividade, pode frequentar ações de formação que lhe confirmem aptidões específicas, nomeadamente curso de formação de mediadores de conflitos⁴. Compreendemos que não deve existir qualquer faculdade ou discricionariedade neste domínio, devendo ser obrigatório um curso de formação de mediadores de conflitos⁵ para que se possa atuar como

⁴ Cfr. Paula Costa e Silva (2010, p. 299).

⁵ Realizado por entidade formadora certificada pelo Ministério da Justiça, nos termos do artigo 24.º e da Portaria n.º 345/2013, de 27 de novembro, sobre a certificação de entidades formadoras de cursos de mediação de conflitos.

mediador (quer no sistema público, quer na mediação privada)⁶. É certo que neste mesmo preceito, na parte inicial, se refere “*sem prejuízo do disposto na alínea e) do n.º 1 e no n.º 3 do artigo seguinte*”. Isto é, no artigo 9.º da mesma Lei, esclarece-se que terá força executiva, sem necessidade de homologação judicial, o acordo de mediação em que tenha participado mediador de conflitos inscrito na lista de mediadores de conflitos organizada pelo Ministério da Justiça [alínea e) do n.º 1], e o n.º 3 esclarece que as qualificações e demais requisitos de inscrição nesta lista serão definidos por Portaria do membro do Governo responsável pela área da Justiça. Como tal, só será executório o acordo orientado por mediador inscrito na lista organizada pelo Ministério da Justiça (nos termos do n.º 2 do artigo 9.º)⁷.

Por seu turno, o n.º 2 do artigo 8.º preceitua que o mediador que viole os deveres de exercício da atividade será civilmente responsável pelos danos causados, nos termos gerais do direito. Assim, além da possibilidade do crime da violação de segredo (artigo 195.º do Código Penal) aquando a quebra do dever de confidencialidade (e no caso dos sistemas públicos de mediação, ainda as sanções previstas para os mediadores que podem levar à sua suspensão ou exclusão das listas), este preceito remete para os termos gerais, isto é, para a possibilidade de o mediador incorrer em responsabilidade civil pelos danos que eventualmente venha a causar⁸. Porém, no que concerne à mediação privada, a Portaria n.º 344/2013, de 27 de novembro, estabelece a possibilidade de exclusão do mediador da lista organizada pelo Ministério da Justiça se este incumprir qualquer dever ou violar alguma proibição inerente ao exercício da função de mediador (n.º 2 do artigo 7.º daquele diploma)⁹.

Conforme se compreende, a formação do mediador é fulcral para o exercício da mediação¹⁰. Existem algumas características essenciais ao exercício desta atividade que devem ser adquiridas e trabalhadas através da formação

⁶ Em aparente dissonância: “Este formalismo é de alguma forma estranho quando, por exemplo, nada de semelhante se exige para quem atue como árbitro. E os árbitros, como se verá, proferem decisões com força executiva e de caso julgado.” cfr. Mariana França Gouveia (2018, p. 58).

⁷ Sobre este princípio da competência e a necessidade de formação do mediador, cfr. Dulce Lopes e Afonso Patrão (2016, pp. 60 e ss.).

⁸ Cfr. *Ibidem* p. 63. Para uma reflexão sobre a responsabilidade contratual ou extracontratual face ao mediador quer no sistema público, quer na mediação privada *vide Ibidem*, pp. 64 e ss.

⁹ Ainda sobre a responsabilidade do mediador cfr. Cátia Cebola (2019, p. 158).

¹⁰ Sobre a formação do mediador consultar Lisa Parkinson (2006, pp. 216 e ss.).

apropriada. O mediador deve ter uma preparação vasta e abrangente para ser capaz de lidar com as questões emocionais e jurídicas das partes. Só um mediador profissional, competente e devidamente preparado é que terá a capacidade de resgatar a comunicação entre os mediados e dar-lhes a confiança necessária para a prossecução dos verdadeiros interesses¹¹.

De entre os princípios que o Código Europeu de Conduta para Mediadores consagra incluem-se as “*competências e marcações*”. Os mediadores devem estar devidamente preparados para atuar no âmbito do procedimento e, para tanto, devem ter uma formação adequada e investir nesta através de atualizações. É esta alusão final que julgamos ser importante atentar. Repare-se que este Código Europeu estabelece ser “*determinante que [os mediadores] tenham uma formação adequada e que realizem ações de formação contínua no sentido de melhorar as suas aptidões, com vista a atingir os mais rigorosos critérios de qualidade e esquemas de acreditação.*”

Ora, não se trata somente de determinar a exigência de formação adequada para exercer a atividade de mediador, faz-se uma menção expressa à formação contínua como forma de aperfeiçoar e atualizar as competências já adquiridas na formação-base de mediação. Este Código Europeu, de 2004, surgiu com um carácter meramente voluntário: “*O Código Europeu de Conduta para Mediadores enumera um conjunto de Princípios aos quais os mediadores europeus, a nível individual, podem, voluntariamente, aderir. Do mesmo modo, organizações que prestem serviços de mediação podem aderir a este código de conduta, sugerindo aos seus mediadores que respeitem os princípios estabelecidos. O principal objetivo deste Código é o assegurar de garantias e confiança, não só relativamente aos mediadores a nível individual, como também ao próprio processo de mediação.*” Sem prejuízo, a nossa Lei da Mediação, na alínea k) do artigo 26.º, consagra que o mediador tem o dever de “[a]tuar no respeito pelas normas éticas e deontológicas previstas na presente lei e no Código Europeu de Conduta para Mediadores da Comissão Europeia.”

Daí que tenhamos alguma relutância em aceitar a bonomia da redação do artigo 8.º da Lei n.º 29/2013, de 19 de abril, na medida em que parece atribuir um carácter facultativo à formação do mediador, não fazendo propriamente menção à formação contínua. Mas, ao mesmo tempo, mais adiante a nossa

¹¹ Não esqueçamos que a responsabilidade sobre as decisões tomadas cabe às partes e não ao mediador. A este cabe o auxílio na articulação dos diferentes interesses. Cfr. Keneth Kressel (1989, pp. 265 e ss.).

Lei remete para o Código Europeu onde se estabelece a necessidade de formação contínua.

Nesses termos – e tendo em conta esta nuance prevista no artigo 26.º – poderá ser responsabilizado o mediador por não se atualizar e, em consequência, não prestar o melhor serviço que poderia? Por exemplo, no caso de o mediador familiar não ser capaz de identificar determinadas configurações familiares cujo enquadramento legal é distinto, sendo agora legalmente necessário prosseguir um certo acordo outrora dispensável? E se existirem novos estudos que atestam que determinadas técnicas, no âmbito da psicologia, são contraproducentes para endereçar um certo comportamento? Ou, também, se desconhecer as novas disposições legais relativas à audição da criança e quais as condições para que a mesma possa ser ouvida em sede de mediação?¹² Ou, ainda, permitir que as partes encetem esforços num consenso que vai num sentido que, por lei, não é admissível?¹³

Poderemos exigir essa formação contínua do mediador à luz da Lei n.º 29/2013? Ou estaremos no âmbito da prerrogativa do brio profissional de cada um, como sucede em variadas profissões?

Parece-nos que a responsabilidade inerente a certas atividades exige mais do que a prerrogativa individual de responsabilidade. Pense-se num médico e compreende-se que a necessidade de constante atualização – conhecimento de novos estudos, procedimentos, terapêuticas, recomendações, critérios, etc. – é fundamental para o exercício da sua profissão. Aliás, tal consta do seu Código Deontológico como um princípio geral de conduta (n.º 8 do artigo 4.º¹⁴). Se tal parece evidente numa atividade como a médica, não será

¹² Lembremo-nos que a legislação portuguesa tem sofrido alterações quanto a esta questão (a título de exemplo, o previsto nos artigos 4.º e 5.º Regime Geral do Processo Tutelar Cível, Lei n.º 141/2015, de 8 de setembro), sendo fundamental o mediador familiar conhecer estas circunstâncias.

¹³ Um exemplo por nós várias vezes aventado refere-se aos mediados que, aquando os acordos de divórcio, assentem a ‘renunciar’ ao direito de alimentos. Ora, este direito é irrenunciável nos termos do disposto do artigo 2008.º, não sendo válida uma cláusula neste sentido. Não se deverá confundir tal com a possibilidade – legalmente válida – de prescindir dos alimentos por não se precisar deles. A renúncia para o futuro é que será legalmente inadmissível.

¹⁴ “O médico deve cuidar da permanente atualização da sua cultura científica e da sua preparação técnica, sendo dever ético fundamental o exercício profissional diligente e tecnicamente adequado às regras da arte médica.” – Regulamento n.º 707/2016, de 21 de julho, publicado no *Diário da República*, 2.ª série — N.º 139 — 21 de julho de 2016 e disponível em <https://ordemdosmedicos.pt/>

de rechaçar a mesma importância dada a outras atividades que lidam com outras esferas vitais do bem-estar da pessoa, como, no caso aqui em análise, as suas relações familiares.

Por vezes, ao aludir à flexibilidade, proximidade e informalidade da mediação familiar podemos induzir no cidadão, erradamente, uma sensação de menor seriedade. Tal risco até se corre com o próprio princípio da voluntariedade (cuja essencialidade no âmbito da mediação não está em causa), mas que pode provocar uma percepção de alvedrio inconsequente. Navegar a mediação, em particular a mediação familiar, sem desvirtuar a sua natureza intrinsecamente voluntária¹⁵ e, ao mesmo tempo, transmitir uma retórica de rigor e compromisso nem sempre é simples. Um mediador (bem) preparado saberá lidar com as emoções dos mediados, com as idiossincrasias dos seus conflitos e identificar as estratégias mais adequadas para todas estas facetas. Contudo, para isso, necessitará de não deixar de se preparar, investi(ga)r e estudar. Se queremos que a mediação familiar granjeie cada vez mais adeptos, precisamos que o número de mediadores cresça, mas que a sua qualidade seja diretamente proporcional a essa evolução. Não raras vezes, em situações de expansão, surgem as ‘dores de crescimento’. E, neste caso, tais podem vir a ser mediadores que não se vão atualizando, fazendo fé na formação inicial que fizeram.

Ao mesmo tempo, a entidade que tutela a atividade que desenvolvem também lhes deve permitir fazer essa educação contínua, proporcionando ações de formação, colóquios, seminários, etc., bem como remunerar a atividade de modo a que faça sentido exigir que se invista tempo nestas atualizações – e aqui podemos apenas incidir nos serviços públicos de mediação, em particular no SMF.

No que concerne à competência e responsabilidade, nos termos supra expostos, o mediador será o último reduto destes princípios. Ainda que a entidade responsável não faculte, como deveria, as atualizações necessárias, haverá sempre um comprometimento individual com a qualidade do serviço prestado, recorrendo a outras entidades que prestem formação nas áreas relevantes para a atividade do mediador familiar. Lembremos a natureza da obrigação do mediador. Este terá uma obrigação de meios e não de resulta-

¹⁵ Não nos referimos aqui à questão de saber se a pré-mediação pode ser obrigatória, uma vez que julgamos que tal não ferirá o princípio da voluntariedade na sua essência.

dos¹⁶. O mediador não garante nenhum resultado, mas empregará todos os seus esforços e capacidades no desempenho das suas funções. Para tanto, necessitará de estar equipado de todas as ferramentas, as melhores e as mais atuais.

3. O mediador e a formação jurídica: a constante mutação do Direito da Família

A perspetiva que abordámos releva em variadíssimas áreas do saber em que o mediador, de forma direta ou reflexa, atua. Todavia, para efeitos desta reflexão, iremos focar na problemática do mediador familiar e a evolução contínua que o Direito da Família tem sofrido nas últimas décadas em virtude de várias alterações legislativas. Na verdade, o seu objeto sempre foi especialmente suscetível às mudanças (sociais, económicas, morais, políticas, etc.).

Aliás, a própria noção de família vai alterando com o tempo. Se é certo que conceito variará conforme a interpretação de cada um, são as balizas legais que auxiliam a interpretação¹⁷. O desenvolvimento que tem ocorrido neste contexto tem desafiado o legislador e os intérpretes a progredirem e a se adaptarem^{18/19}. As cúpulas familiares sempre existiram²⁰ – ainda que com

¹⁶ “(...) obrigação de meios – em que o devedor apenas se compromete a desenvolver, prudente e diligentemente certa actividade para a obtenção de um determinado efeito, mas sem assegurar que o mesmo se produza –, em contraposição com a obrigação de resultado – que se verifica quando se conclua da lei ou do negócio jurídico que o devedor está vinculado a obter um certo efeito útil.” Acórdão do TRL, de 28 de junho de 2012, Proc. n.º 2859/09.7TJLSB. L1-8, disponível em www.dgsi.pt. Sobre esta questão, cfr. Antunes Varela (1997, pp. 96 e ss.).

¹⁷ Como bem identifica Guilherme de Oliveira: “(...) uma definição formal de ‘familiares’ não consegue evitar é que está condenada a envelhecer. De facto, os critérios formais que certificam as relações de Família em certa época acabam por ser pressionados no sentido do seu alargamento pelos movimentos sociais emergentes dos setores excluídos. Em hipóteses conhecidas, as definições formais resistem apenas porque deixam entrar para o seu seio relações jurídicas que começaram por ser ignoradas – assim aconteceu com os casamentos de pessoas do mesmo sexo.” Guilherme de Oliveira (2020, p. 6).

¹⁸ “*Es evidente en la actualidad la sustitución del modelo único de familia y el surgimiento de nuevas realidades familiares.*” Lucía García García (2005, p. 80).

¹⁹ Sendo este um fenómeno transnacional como sabemos. “*The past half-century of changes in marriage, divorce, remarriage, childbearing, cohabitation, and household structure have retooled the American family. Over the time, the decline or retreat from marriage has made way for other arrangements of family life.*” Cfr. Jay Teachman, Lucky Tedrow e Gina Kim (2013, p. 39).

²⁰ “(...) não deixo de sublinhar que a Família preexiste ao Direito escrito e tem uma ordenação jurídica íntima e própria. O legislador deveria reconhecê-la, sem impor um conjunto de

configurações e morfologias diversas ao longo do tempo – mas é nas transformações mais recentes que iremos focar a nossa atenção.

A família é uma realidade essencial à vivência dos seus membros e, por isso, recebe a devida atenção por parte do Direito. O ordenamento jurídico português, no seu Código Civil, consagra no artigo 1576.º as seguintes relações jurídicas familiares: o casamento, a adoção, o parentesco e a afinidade. Este elenco já parece ultrapassado e desajustado da realidade²¹. Existem outras ligações que, apesar de não constarem naquele artigo, podem ser, igualmente, consideradas familiares²². Falamos particularmente da união de facto e do apadrinhamento civil²³.

A maioria das relações familiares será tendencialmente duradoura (“*virtual definitividade*” nas palavras de Pamplona Corte-Real e José Silva Pereira²⁴) e estas merecerão, também por isso, uma proteção legal consentânea com esta condição de ‘estado’ ou modo de vida. A composição da família e dos membros que a ela se agregam vão sofrendo necessárias evoluções face à realidade social (e até política e económica)²⁵.

valores, nem se limitar a descrever uma facticidade ou a remeter para uma disciplina a criar pelas próprias famílias”. Cfr. Rita Lobo Xavier (2008, p. 59).

²¹ Veja-se, por exemplo, a norma inclusiva do Código Civil catalão – artigo 231.º-1 da “Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia”.

²² Para uma ponderação das relações familiares e sua definição, *vide* Miguel Teixeira de Sousa (2016, pp. 567 e ss.). Uma problemática ainda pouco discutida em Portugal (mas já amplamente debatida no Brasil, por exemplo) refere-se à paternidade socioafetiva. “[P]aternidade ou maternidade socioafetiva, que confessadamente não assenta sobre a progenitura, mas apenas na prática do cuidado continuado que se espera de um pai ou mãe, no interesse do filho. Segundo esta ideia, a prática da parentalidade pode fundamentar o estabelecimento da filiação, ainda que seja patente a ausência da progenitura”. Sobre as questões no entorno desta questão, *vide* Guilherme de Oliveira (2020, p. 17).

²³ O apadrinhamento civil, como veremos, é uma solução para os jovens e crianças que não podem seguir para a adoção, mas que também não têm uma opção de vida viável junto da família biológica. Sobre o desiderato desta figura: “O Apadrinhamento civil propunha-se dar uma família duradoura às crianças em perigo, sem eliminar das suas vidas a família biológica. Os padrinhos/madrinhas, porém, seriam os detentores das responsabilidades parentais, embora pudesse ficar estabelecida uma certa partilha de responsabilidades que conviesse à criança. O Apadrinhamento civil, em resumo, havia de desempenhar a maior parte das funções que se esperam da Família – haviam de promover a socialização, o cuidado e o encargo.” *Ibidem* p. 15.

²⁴ Cfr. Carlos Pamplona Corte-Real e José Silva Pereira (2011, p. 119).

²⁵ “Mas a composição da família é muitas vezes mais ampla: os filhos continuam a viver com

Ao mediador familiar deve ser transmitida essa realidade transformativa e em constante adaptabilidade de modo didático-pedagógico sem, no entanto, tornar a família num qualquer conjunto indistinto de pessoas. Pois, se assim for, o Direito não conseguirá comprometer-se com a proteção de realidades cuja morfologia é excessivamente volátil e sem ligações determinadas e determináveis. O interesse público deste ramo do Direito e a proteção que este deve propiciar e proporcionar não se coaduna com uma qualquer realidade pontual e imprecisa. A evolução social servirá para o Direito da Família se adaptar aos novos rumos que a sociedade, como um todo (sem prejuízo das naturais idiossincrasias), identifica como prementes e merecedoras de proteção e regulação. Não será, por isso, possível acolher todas as vontades e impressões de núcleos de composição familiar.

Será essencial sensibilizar os mediadores familiares para as especificidades deste ramo do Direito Civil. Por exemplo, no Direito da Família sobressaem normas imperativas, que não podem ser afastadas por mera vontade das partes²⁶. O interesse público inerente à família e às normas que a regem leva – em certos palcos – a uma prudente limitação do princípio da autonomia privada e da liberdade contratual²⁷. Ao mesmo tempo, e sem prejuízo, apura-se uma tendencial privatização do direito da família²⁸, refletida na secularização e desinstitucionalização do casamento²⁹, na simplificação

os pais, os filhos menores coabitam com os padrastos ou madrastas; a família integra os pais de um dos cônjuges, os sogros já idosos ou a tia solteira; o aumento da esperança de vida e a melhoria das condições económicas das pessoas mais velhas favoreceu um convívio mais longo e próximo entre as gerações”. Cfr. Maria Clara Sottomayor (2022, p. 11).

²⁶ “*Les rapports entre l’individu et la famille sont surtout fixes non par la libre volonté, mais par la loi et la société*”. Cfr. Philippe Malaurie e Hugues Fulchiron (2004, p. 24).

²⁷ Sobre esta temática, consultar Nuno Manuel Pinto Oliveira (2016, pp. 313 e ss). Ainda sobre a interpretação dos contratos e os tribunais como destinatários das normas de interpretação, cfr. Rui Pinto Duarte (2017, pp. 16 e ss).

²⁸ Que se reflete na promoção dos valores afetivos (que são agora a essência da conjugalidade, pois o vínculo conjugal foi subordinado face aos sentimentos e aos afetos). “*Il fenomeno rimonta all’inizio della modernità, con il fenomeno generalizzato della privatizzazione della famiglia*”. Cfr. Pierpaolo Donati, (2010, p. 209).

²⁹ “[F]undar este direito no tratamento do casamento como ‘instituição’ torna-se cada vez mais difícil no contexto do atual direito da família que reclama, precisamente, a transição do status para o contrato”. Cfr. Paula Távora Vítor (2020, p. 185).

processual do divórcio³⁰, na desjudicialização dos conflitos familiares a par, justamente, da promoção dos meios de resolução alternativa de litígios, etc..

A dita família nuclear – pai, mãe e filhos – que dominava os ideais europeus do século XIX³¹, já não preenche a perceção inequívoca de contexto familiar da maioria dos cidadãos. A diversidade familiar e o surgimento de diferentes famílias (ex: não matrimonializadas, reconstituídas ou recompostas, alargadas, monoparentais, etc) obriga a repensar o Direito da Família e o seu propósito. O entendimento da configuração familiar evolui com o tempo e daí que já se defenda substituir família por *famílias*^{32/33}.

Por isso mesmo, os conteúdos programáticos no âmbito dos cursos de formação que versem sobre o Direito da Família não serão estanques. As

³⁰ Não só a sua simplificação processual, mas a sua desvalorização enquanto fracasso familiar que merece uma responsabilização. Aliás, nesse sentido a alteração legislativa de 2008 (Lei n.º 61/2008, de 31 de outubro) acabando com o *divórcio com culpa* (o chamado *divórcio-sanção*). Ainda que seja inegável a simplificação processual do divórcio em 2008, não concordamos com Mafalda Barbosa quando refere “(...) o legislador ordinário facilitou, ao extremo, o processo de divórcio, eliminando formalidades e abdicando da sindicância da culpa para os devidos efeitos (...)”. Cfr. Mafalda Miranda Barbosa (2021, p. 126). Ora, não consideramos que o processo de divórcio tenha sido simplificado ao extremo. Vejamos, por exemplo, o regime espanhol desde a alteração da *Ley 15/2005, de 8 de julio* (cfr. artigos 86.º e 81.º do Código Civil espanhol). Embora exista a exigência do prazo de três meses de casamento quando o divórcio seja requerido só por um dos cônjuges – exceto se existirem razões ponderosas –, passado esse tempo, basta demonstrar a vontade em não continuar casado (não se exigindo fundamento como sucede no nosso divórcio sem consentimento). Ou seja, bastará que um dos cônjuges não pretenda continuar casado que poderá pedir o divórcio sem que o outro possa opor-se com fundamentos materiais (ao contrário do que sucede no divórcio sem consentimento português – artigos 1773.º, n.º 3 e 1781.º do nosso Código Civil). Para evitar uma precipitação ou imponderação, o legislador espanhol exige um prazo de três meses. Todavia, esse prazo pode não ser necessário se existir risco para a vida, integridade física, liberdade, integridade moral e sexual do cônjuge demandante ou dos filhos de ambos ou de qualquer um deles (cfr. artigo 81.º, n.º 2.º e artigo 86.º do Código Civil espanhol).

³¹ “Dito de outra maneira, a família nuclear era uma instituição organizada segundo códigos sociais pormenorizados, que comportava o desenvolvimento de um só projeto de individualização – uma biografia do marido. Em suma: ‘dois numa só carne’, mas a carne era a do homem”. Cfr. Guilherme de Oliveira (2013, p. 5).

³² Neste sentido, Rosario Valpuesta Fernández (2012, p. 44).

³³ Nesta esteira, sociólogos britânicos sugeriram substituir “*the family*” por “*family practices*”. Sociólogos alemães também preconizam a mudança para *formas de vida* (“*Lebensformen*”). “*In both cases the plural form replaced the singular*”. Cfr. Ilona Ostner (2001, p. 91). No mesmo sentido, Berenice Dias, (2007, p. 25).

temáticas a abordar andarão a par do avanço social, uma vez que este é um ramo do Direito especialmente sensível à evolução da sociedade. O espírito dinâmico inerente ao estudo destas matérias deve ser incutido nos destinatários da formação.

A família sempre esteve presente em todas as civilizações e cumpre uma ineludível função socializadora. Cada um será livre de integrar a formulação familiar que entender, devendo estar também consciente das diferentes morfologias jurídicas desta opção^{34/35}. Desde logo, será essencial dar a conhecer aos mediadores as implicações pessoais e patrimoniais decorrentes do casamento e da união de facto, das formalidades que são, ou não, exigidas em cada um destes âmbitos e da evolução que o nosso sistema matrimonial foi sofrendo ao longo das décadas. Sendo a Reforma de 77 (Decreto-Lei n.º 496/77, de 25 de novembro) e o princípio da igualdade dos cônjuges corolários destas mudanças no sistema familiar português mais recente.

No seio da formação no âmbito do Direito da Família será imperioso elucidar os mediadores, não só das diferentes configurações das relações jurídico-familiares e a sua evolução ao longo dos anos, mas também importará atentar nos seus efeitos pessoais e patrimoniais, bem como nas formas previstas para a sua dissolução. Terá, neste contexto, particular importância conhecer os efeitos pessoais e patrimoniais do casamento e da união de facto, bem como as formas de cessação destas relações familiares. Pese embora, por questões de economia de espaço, não possamos abordar todas estas problemáticas no presente texto, não se olvidará de explicitar a sua importância aos mediadores e apresentar todas estas matérias com a profundidade necessária e adequada à formação em causa.

Como já é sobejamente sabido, o conflito familiar particulariza-se em relação a outros, uma vez que decorre entre pessoas que têm entre si um vínculo forte. Como tal, a abordagem do conflito numa perspetiva construtiva é especialmente importante quando estão em causa questões sensíveis que merecem um tratamento diferenciado. Para tanto, o mediador tem de estar munido de diferentes ferramentas que lhe permitam atuar com competência e segurança.

³⁴ *À chacun sa famille, à chacun son droit*". Cfr. Jean Carbonnier (1995, p. 181).

³⁵ "Ora, a família é justamente apontada como a área por excelência do non-droit, da natureza e da moral. Contudo, non-droit não significa verdadeiramente ausência de Direito, mas presença de forma latente, tornando-se o Direito visível se for invocado pelas partes". Cfr. Jorge Duarte Pinheiro (2015, p. 253).

Em consequência, será necessário também dotar os destinatários destas formações de conhecimentos basilares legais sobre a mediação familiar, dando-lhes a conhecer a Lei n.º 23/2019, de 19 de abril e o Despacho Normativo n.º 13/2018, de 9 de novembro.

Os conhecimentos lecionados nas formações e apreendidos pelos mediadores deverão permitir uma *sensibilidade jusfamiliar* que lhes servirá na sua atuação.

3.1. O exemplo da delimitação de ‘família’³⁶

A delimitação conceptual (e jurídico-legal) de ‘família’ trará dificuldades na eleição dos conflitos suscetíveis dessa via de resolução. Desde logo, a taxatividade do artigo 1576.º cria embaraços à inserção de relações que não constem naquele elenco. Referimo-nos especialmente à união de facto³⁷.

Nos últimos anos o legislador português tem prestado uma maior atenção à mediação familiar e, paulatinamente, tem demonstrado interesse em que esta seja percecionada como um meio complementar de justiça. A inserção da mediação em diferentes diplomas legislativos tem ido nesse sentido. Não obstante ser de enaltecer a alusão da mediação familiar como uma opção em diferentes conflitos³⁸, julgamos que estas referências deveriam ser mais assertivas, impulsionando a sua aplicabilidade.

Nem sempre será fácil reconhecer quais os conflitos suscetíveis de mediação familiar ou a quais a mesma se dedica. A distinção, ainda que possa parecer académica, terá a bonomia de delimitar a configuração que a prática terá de saber reconhecer.

Em Portugal a mediação familiar mais comum é aquela que surge no entorno do divórcio. Porquanto, a mediação que tem lugar como consequência de um divórcio, designamos por mediação familiar em sentido estrito. Já

³⁶ Retomamos aqui, com algumas atualizações, o estudo desenvolvido em Rossana Martingo Cruz (2018, pp. 101 e ss.).

³⁷ Ou seja, focar-nos-emos nos conflitos que podem emergir entre os membros da união de facto. Como tal, a ótica será essencialmente a do conflito bilateral. “*El escenario más común de los procedimientos de mediación se plantea en relación a un conflicto bilateral entre dos personas con posiciones divergentes. (...) Pero los conflictos no tienen que ser exclusivamente bilaterales*”. Cfr. Fernando Martín Diz (2014, p. 16).

³⁸ Nomeadamente no caso do apadrinhamento civil ao demonstrar como a mediação pode usada em litígios que suplantem as relações jurídico-familiares previstas no artigo 1576.º (cfr. n.º 6 dos artigos 19.º e 25.º).

a mediação familiar em sentido amplo abarcará todos os conflitos familiares³⁹. Para tanto, importará saber: o que será ‘*família*’ para este efeito?

A Recomendação N.º R(98)1 do Comité de Ministros do Conselho da Europa aos Estados-Membros sobre a Mediação Familiar, no seu Ponto I, refere que a “*mediação familiar trata do conjunto dos litígios que possam ocorrer entre os membros de uma mesma família, quer estejam ligados pelo sangue ou pelo casamento, e entre as pessoas que têm ou tiveram relações familiares, tal como definidas pela legislação nacional*”. Estabelecendo, expressamente, que “*...os estados são livres de determinar quais são as questões ou os casos abrangidos pela mediação familiar*” [alínea b) do Ponto I]. Deste modo, remete a demarcação do campo de ação para os Estados-Membros.

Embora entendamos que o artigo 36.º da CRP é abrangente na sua conceção de família⁴⁰, não esqueçamos que o Código Civil, no seu artigo 1576.º, é taxativo nas fontes de relações jurídicas familiares.

O artigo 4.º do Despacho n.º 13/2018, de 9 de novembro, tem um elenco meramente exemplificativo de conflitos passíveis de mediação familiar⁴¹. Porém, só será um conflito familiar o que estiver dentro do domínio de ‘*família*’ e, nos termos do artigo 1576.º, a família parece ter apenas quatro fontes: casamento, adoção, parentesco e afinidade.

Vejamos o conjunto de matérias consagrado no artigo 4.º do Despacho n.º 13/2018. Dispõe este artigo que o serviço de mediação familiar tem competência para mediar conflitos no âmbito de relações familiares, nomeadamente, nas seguintes matérias: “a) *Regulação, alteração e incumprimento do regime de exercício das responsabilidades parentais*; b) *Divórcio e separação de pessoas e bens*; c) *Conversão da separação de pessoas e bens em divórcio*; d) *Reconciliação dos cônjuges separados*”; e) *Atribuição e alteração de alimentos, provisórios ou definiti-*

³⁹ “Deve ser considerado como o verdadeiro limite da mediação familiar o que, em cada caso, seja percebido como família”. Cfr. Inmaculada García Presas (2008, p. 719).

⁴⁰ Cfr. Rossana Martingo Cruz (2019, pp. 81-101).

⁴¹ Pouco inovando face ao Despacho de 2007, aditando-se a alínea h) quanto aos alimentos e prestação de cuidados aos ascendentes pelos descendentes em linha reta (pensando-se essencialmente no cuidado de filhos a pais idosos).

⁴² Aproveitamos para evidenciar o carácter da reconciliação previsto neste elenco material. Trata-se aqui da reconciliação (jurídica) prevista no artigo 1795.º-C do Código Civil referente à separação de pessoas e bens. A separação de pessoas e bens encontra-se consagrada nos artigos 1794.º a 1795.º-D. A separação de pessoas e bens modifica e debilita a relação matrimonial, mas não a extingue, como sucede no divórcio. De acordo com o disposto no artigo 1795.º-B, a separação de pessoas e bens termina pela reconciliação dos cônjuges ou pela dissolução do

vos; f) *Privação do direito ao uso dos apelidos do outro cônjuge*; g) *Autorização do uso dos apelidos do ex-cônjuge ou da casa de morada da família*, h) *Prestação de alimentos e outros cuidados aos ascendentes pelos seus descendentes na linha reta*”⁴³.

Não se ignora que este artigo consagra um elenco meramente exemplificativo. Mesmo assim, este preceito poderia ter ido mais além na demonstração da sua amplitude, pois este rol parece transparecer uma visão pouco alargada do conceito de ‘*família*’⁴⁴, bem como das potencialidades da mediação familiar. Poder-se-ia ter seguido o exemplo de várias leis ‘*autonómicas*’ espanholas, com elencos exemplificativos demonstrativos de uma visão alargada da utilidade da mediação familiar⁴⁵.

casamento. A reconciliação pode ser feita a todo o tempo, restabelecendo-se a plena comunhão de vida e retomando-se os direitos e deveres conjugais (n.º 1 do artigo 1795.º- C). A separação de pessoas e bens pode também ser convertida em divórcio, nos termos do artigo 1795.º- D. Atentemos então na reconciliação referida no artigo 4.º do Despacho n.º 13/2018, de 9 de novembro. Esta reconciliação (cujo consenso pode ser alcançado em sede de mediação familiar) é da competência da Conservatória do Registo Civil [alínea a) do n.º 1 do artigo 12.º e artigo 13.º do Decreto-Lei n.º 272/2001, de 13 de outubro]. Isto é, podem as partes gizar o acordo com o auxílio do mediador devendo o mesmo depois ser homologado pelo conservador (n.º 1 do artigo 13.º do mesmo diploma). Não confundir, por isso, com uma reconciliação mais ampla do que aquela que é aqui tratada (tal já entrará no domínio da terapia familiar).

⁴³ Esta alínea foi a única inovação face ao Despacho de 2007, conforme já referido.

⁴⁴ Não ignoramos que após a dissolução do casamento por divórcio cessam as relações pessoais entre os cônjuges (artigo 1688.º do Código Civil), deixando de existir uma relação familiar entre as partes. Todavia, o divórcio é subsequente ao casamento e este é uma relação jurídico-familiar nos termos do artigo 1576.º. Nesta medida, a mediação familiar serve aqui para tratar questões relacionadas com a falência de um casamento, operando no seguimento de uma relação familiar ou numa reminiscência desta.

⁴⁵ De seguida, apresentaremos algumas destas soluções legislativas. Sabemos que a transposição exhaustiva de preceitos legais não é prática aconselhável. Assumimos este risco porque nos parece um “*mal necessário*” para dar a conhecer a amplitude destes elencos exemplificativos, considerando que as vantagens suplantam o inconveniente. Assim, por exemplo, a “Ley 15/2009, de 22 de julio, de mediación en el ámbito del derecho privado en Cataluña” (diploma que veio substituir a Lei 1/2001, de 15 de março): “*Artículo 2 – Objeto de la mediación: 1. La mediación familiar comprende de forma específica: a) Las materias reguladas por el Código civil de Cataluña que en situaciones de nulidad matrimonial, separación o divorcio deban ser acordadas en el correspondiente convenio regulador. b) Los acuerdos a alcanzar por las parejas estables al romperse la convivencia. c) La liquidación de los regímenes económicos matrimoniales. d) Los elementos de naturaleza dispositiva en materia de filiación, adopción y acogida, así como las situaciones que surjan entre la persona adoptada y su familia biológica o entre los padres biológicos y los adoptantes, como consecuencia de haber ejercido el derecho a conocer los datos biológicos. e) Los conflictos derivados del ejercicio de la potestad parental y del*

Talvez se, à semelhança dessas leis, o nosso legislador tivesse incluído de forma inequívoca os conflitos decorrentes da rutura de uma união de facto,

régimen y forma de ejercicio de la custodia de los hijos. f) Los conflictos relativos a la comunicación y relación entre progenitores, descendientes, abuelos, nietos y demás parientes y personas del ámbito familiar. g) Los conflictos relativos a la obligación de alimentos entre parientes. h) Los conflictos sobre el cuidado de las personas mayores o dependientes con las que exista una relación de parentesco. i) Las materias que sean objeto de acuerdo por los interesados en las situaciones de crisis familiares, si el supuesto presenta vínculos con más de un ordenamiento jurídico. j) Los conflictos familiares entre personas de nacionalidad española y personas de otras nacionalidades residentes en el Estado español. k) Los conflictos familiares entre personas de la misma nacionalidad pero diferente de la española residentes en el Estado español. l) Los conflictos familiares entre personas de diferentes nacionalidades distintas a la española residentes en el Estado español. m) Los requerimientos de cooperación internacional en materia de derecho de familia. n) La liquidación de bienes en situación de comunidad entre los miembros de una familia. o) Las cuestiones relacionales derivadas de la sucesión de una persona. p) Los conflictos surgidos en las relaciones convivenciales de ayuda mutua. q) Los aspectos convivenciales en las acogidas de ancianos, así como en los conflictos para la elección de tutores, el establecimiento del régimen de visitas a las personas incapacitadas y las cuestiones económicas derivadas del ejercicio de la tutela o de la guarda de hecho. r) Los conflictos de relación entre personas surgidos en el seno de la empresa familiar. s) Cualquier otro conflicto en el ámbito del derecho de la persona y de la familia susceptible de ser planteado judicialmente. 2. La mediación civil a la que se refiere la presente ley comprende cualquier tipo de cuestión o pretensión en materia de derecho privado que pueda conocerse en un proceso judicial y que se caracterice porque se haya roto la comunicación personal entre las partes, si estas deben mantener relaciones en el futuro y, particularmente, entre otros: a) Los conflictos relacionales surgidos en el ámbito de las asociaciones y fundaciones. (...)”. También a “Ley 4/2001, de 31 de mayo”, reguladora da mediação familiar na Galiza: “Artículo 4 – Formas de iniciación 1.- Las personas unidas por vínculo matrimonial, a los efectos de: a) Buscar soluciones a las situaciones de conflicto que puedan plantearse entre ellas en cualquier momento anterior a la incoación de un proceso judicial sobre su situación de crisis familiar, mediante ofrecimiento de propuestas de solución que eviten llegar a la ruptura del vínculo o que sirvan para solucionar el conflicto en la vía judicial. b) Buscar salida pactada a los conflictos planteados en los procesos judiciales de separación, divorcio o nulidad que se encuentren en trámite, bien mediante la aceptación de común acuerdo del convenio regulador de la separación o del divorcio propuesto, o bien para la instrumentación de los medios adecuados que posibiliten el mejor cumplimiento y ejecución de las sentencias dictadas en dichos procesos, con arreglo a lo pactado previamente entre las partes. 2.- Aquellas personas que, habiendo formado una unión estable de pareja, entren en una situación de crisis de convivencia y acepten la intervención de una tercera persona mediadora que les ofrezca apoyo para encontrar soluciones pactadas, en particular con respecto a sus relaciones paterno-materno-filiales. 3.- La autoridad judicial podrá proponer a las partes, conforme a lo previsto en la legislación civil y procesal, la mediación durante el desarrollo de los procesos de separación, divorcio o nulidad o en cualesquiera otros supuestos de ruptura de la convivencia de pareja. Artículo 6 Ámbito 1. Las cuestiones que podrán someterse a una actuación de mediación familiar serán todas aquellas, derivadas de las relaciones personales o paterno-materno-filiales, de cuya disposición puedan hacer

fosse definitivamente afastada a possível interpretação de que estes não se incluem na expressão “familiares”.

Claro está que se não colocam aqui em dúvida as questões inerentes às responsabilidades parentais uma vez que estas, além de terem acolhimento expresso no artigo 4.º – sendo irrelevante se os pais eram casados, viviam em união de facto ou nunca viveram juntos –, decorrem do parentesco (relação jurídico-familiar incluída no elenco do artigo 1576.º do Código Civil).

Num próximo diploma sobre a mediação familiar a aplicabilidade a todas as realidades – quer consideradas familiares ou ‘*parafamiliares*’ – deveria ser inquestionável através de um elenco demonstrativo dessa amplitude. Tam-

las partes y sean susceptibles de ser cuestionadas judicialmente. 2. Las actuaciones de mediación familiar podrán alcanzar a la totalidad de las relaciones personales y paterno-materno-filiales o circunscribirse a una mediación parcial, limitándose en cuanto a las relaciones personales a las cuestiones económico-patrimoniales y en cuanto a las paterno-materno-filiales a los aspectos del ejercicio de la potestad, la custodia o el régimen de visita de los hijos. 3. Esas actuaciones deberán estar presididas por su orientación preferente a la preservación del interés superior y bienestar de los hijos, habida cuenta el respeto al principio de que ambos progenitores mantienen obligaciones comunes respecto a criarles y asegurarles, dentro de sus posibilidades y medios económicos, las condiciones de vida necesarias para su desarrollo integral. 4. El departamento de la Xunta de Galicia competente en materia de igualdad, y en materia de familia, a través de sus recursos propios, ofrecerá programas de mediación y de orientación familiar, de manera individual o dirigidos a las familias en su conjunto cuando exista una situación de deterioro de la convivencia familiar. Estos programas preverán de manera prioritaria la prevención de situaciones de violencia de género”. Ainda a “Ley 1/2007, de 21 de febrero, de Mediación Familiar de la Comunidad de Madrid”: “Artículo 8 – Sujetos de la mediación familiar. 1. Podrán solicitar y someterse a mediación familiar: a) Las personas unidas por vínculo matrimonial o unión de hecho en los conflictos intrafamiliares de convivencia, o en los supuestos de ruptura, separación, divorcio o nulidad y en cualquier fase de estos procesos, con el fin de lograr acuerdos. b) Las personas unidas por vínculo de parentesco hasta el cuarto grado de consanguinidad o afinidad, en las tensiones o conflictos intrafamiliares de convivencia, en los conflictos por herencias o con el fin de evitar o simplificar un litigio judicial en el ámbito de la familia. c) La familia acogedora, los acogidos y la familia biológica, respecto a cualquier conflicto o aspecto del acogimiento o convivencia. d) La familia adoptante, los adoptados y la familia biológica en la búsqueda de orígenes del adoptado y al objeto de facilitar el eventual encuentro o relaciones posteriores, de acuerdo con lo previsto en la legislación estatal en esta materia. e) Las personas con menores a cargo no incluidas en los apartados anteriores en los conflictos que surjan con respecto a los menores o para prevenir o simplificar un litigio judicial en el ámbito del derecho de familia. 2. Se excluye de la mediación prevista en los apartados anteriores los conflictos que, a juicio del mediador o profesional competente, deban ser abordados desde otras formas de intervención o tratamiento, ya sea psicológico, psiquiátrico o de cualquier otra índole.” (Sublinhados nossos). Para uma análise sobre a mediação familiar nas comunidades autónomas espanholas, cfr. Marta Pelayo Lavín (2011, pp. 139 e ss.); e Cátia Cebola (2011, pp. 364 e ss.).

bém se defende que este futuro diploma deveria ter mais pujança jurídica, não devendo ser um mero despacho.

É certo que esta delimitação conceptual não tem sido suscitada pelos mediadores. Compreende-se que os mediadores não pretendam limitar a sua atividade a uma perceção de família que a prática já ultrapassou, perdendo-se em domínios doutrinários. Mas será que estão cientes da complexidade da questão? É certo que esta discussão é mais doutrinária do que prática (até porque os mediadores não têm limitado o âmbito da sua atividade). Todavia, consideramos que deve existir uma correspondência entre a letra da lei, a conceção doutrinária e a prática que vem sendo desenvolvida. Para evitar que possam existir dúvidas sobre a sede correta para deslindar certos conflitos (*para*)familiares, caberá ao legislador demonstrar inequivocamente que todas as realidades conexas com ‘*família*’ (independentemente das suas múltiplas facetas) possam recorrer, sem qualquer apreensão, à mediação familiar. Ao mesmo tempo, devem os mediadores estar despertos para estas questões, tendo – pelo menos – conhecimento das mesmas, já que contende diretamente com a sua atividade.

Somos da opinião que a união de facto se enquadra, sem margem para dúvidas, na proteção do n.º 1 do artigo 36.º da CRP. No entanto, compreendemos a dificuldade que possa surgir com a articulação do artigo 1576.º do Código Civil face ao artigo 4.º do Despacho n.º 13/2018, de 9 de novembro. Se nos focarmos nas fontes de família elencadas naquele preceito civil, não será simples justificar, dogmaticamente, o uso da mediação familiar na união de facto (exceto no que às responsabilidades parentais respeita, como já explicado).

Para evitar esta discussão doutrinária, o legislador poderia ser mais inclusivo no âmbito material da mediação familiar numa futura oportunidade legislativa. Para Cátia Cebola será preferível uma norma genérica que determine o âmbito de aplicação da mediação familiar, excluindo-se as matérias que não devem ser sujeitas a este método de resolução de litígios⁴⁶. No fundo, será a abordagem inversa. Ao invés de um elenco exemplificativo vasto com os diferentes dissídios familiares em que a mediação será aplicável, far-se-á uma referência genérica à sua aplicabilidade a questões familiares (sem concretizar conflitos), apenas excluindo as matérias que não serão admissíveis. Porém, mesmo nesta solução, cuja bonomia se reconhece, poder-se-iam

⁴⁶ “*Pensamos todavia que la mejor técnica es aquella que no concretiza los conflictos, abarcando genéricamente las disputas jurídicas que surjan en el seno familiar*”. Cfr. Cátia Cebola (2011, p. 368).

levantar algumas dúvidas sobre os limites da sua amplitude (inclui somente relações familiares ou também as designadas ‘parafamiliares’? Quais são consideradas umas e outras?). Talvez uma solução similar à existente nas leis *autonómicas* espanholas, com um elenco exemplificativo bastante inclusivo, seria demonstrativo de uma perceção ampla do legislador.

Além disso, poderia a própria Lei n.º 7/2001, de 11 de maio, conter uma menção à mediação familiar uma vez que várias questões inerentes à união de facto podem ser resolvidas através deste meio de resolução alternativa de litígios⁴⁷.

A mediação familiar só beneficia se alargar o seu campo de ação na mesma medida em que a sociedade evolui e as mentalidades reconhecem diferentes modos e formas de viver em família⁴⁸. Na mediação familiar existe uma abordagem legislativa conservadora, limitando o seu âmbito – ainda que não deliberadamente – a um conceito de família e de litígio familiar cuja realidade já extravasou. Consideramos que está na altura de a mediação familiar se tornar mais abrangente no que ao seu objeto diz respeito.

4. Conclusões

Sendo certo que é a família a primeira linha de resposta, apoio e suporte em caso de necessidade da maioria dos cidadãos, o próprio Estado beneficia com as famílias e deve protegê-las de diferentes formas⁴⁹. Deste modo, cabe ao Estado promover a mediação familiar como modo de garantir que

⁴⁷ Por exemplo, como sucede no País Vasco. Veja-se o artigo 12.º da “Ley 2/2003, de 7 de mayo”: “En caso de desacuerdo entre los miembros de la pareja, podrá instarse, de común acuerdo, la mediación familiar en los términos que señale la normativa reguladora de esta figura.”

⁴⁸ Particularizamos a questão da união de facto, embora tal consideração valha para todas as formas de família cujo acolhimento é dubio na nossa lei. “Así, si el concepto de mediación familiar tuvo una primera línea de aplicación en los casos de separación y divorcio de parejas heterosexuales, ahora se abren otros campos debido a la posibilidad de la composición de parejas homosexuales y, por supuesto, al progresivo reconocimiento de otros participantes de la unidad familiar distintos a la pareja propiamente dicha, siendo la mediación intergeneracional una aplicación específica de la mediación familiar cada vez más utilizada.” Inmaculada García Presas (2008, p. 43). Sobre a mediação intergeracional (por exemplo, entre pais e filhos adolescentes), cfr. *Ibidem*, pp. 48 e ss..

⁴⁹ “A família é um conjunto de pessoas que desempenha as funções sociais de base: reprodução biológica, socialização, assistência emocional, assistência económica. Em termos de se poder afirmar que uma família ‘eficaz’ poupa à sociedade um psiquiatra, um polícia, um juiz, um guarda prisional, um médico e elevadas despesas de toda a ordem.” CAMPOS, Diogo Leite, “A tributação da Família” in *Direito da Família e Política Social*, Porto, Publicações Universidade Católica, 2001, p. 45.

as dinâmicas relacionais se modificam, mas não ficam irremediavelmente comprometidas.

O ensino destas matérias aos mediadores familiares deve favorecer uma reflexão teórica e prática dos conteúdos programáticos. Por um lado, não podemos descuidar a necessidade de circunscrição de certas temáticas cuja solução – por natureza – não será imediata e meramente empírica. A compreensão do fenómeno jurídico teórico será complemento essencial e premissa de uma aplicação prática de conteúdos. Não se deve negligenciar a discussão axiológica destes ramos do Direito e dos conceitos que lhes subjazem. Ao mesmo tempo, só incidir a análise das problemáticas nesse âmbito será insuficiente para responder aos problemas quotidianos que a prática profissional exigirá. Não interessará dotar os mediadores apenas de ferramentas de índole conceptual que não lhes permitam responder concretamente a situações com que se deparam na vida profissional. Este equilíbrio é fundamental e difícil de concretizar. Sem prejuízo, será essencial não só providenciar os conceitos teóricos inerentes ao conhecimento científico, mas também proporcionar conhecimentos que permitam uma aplicação prática destes conceitos.

A constante atualização do mediador familiar é condição *sine qua non* para que este desempenhe adequadamente as suas funções. Como estamos perante realidades mutáveis e de grande sensibilidade não é suficiente basear-se somente na formação que conferiu a aptidão profissional e lhe deu a chancela de mediador.

Aliás, como pudemos analisar neste breve texto, tal exigência decorre do Código Europeu de Conduta dos Mediadores e, reflexamente, da própria Lei da Mediação. Se tal parece evidente no âmbito de outras profissões – por exemplo, conforme analisado à luz do Código Deontológico dos Médicos – não deveria ser distinto noutras atividades que também lidam com dimensões essenciais da pessoa⁵⁰. Contudo, para que esta discussão faça sentido à luz do artigo 8.º da Lei da Mediação e se cogite a responsabilização do mediador, teremos de percorrer um caminho de valorização da mediação familiar e dos mediadores. Não se pode exigir o que não se provê. Se não são disponibilizados recursos que valorizam estes profissionais, não podemos esperar que os mesmos se continuem a sacrificar por dedicação à causa, como abnegadamente o têm feito.

⁵⁰ Naturalmente que não se trata de comparar as atividades em causa, apenas salientar que ambas têm impactos profundos em questões importantes da vida pessoal dos destinatários.

Referências bibliográficas

- BARBOSA, Mafalda Miranda (2021). *Lições de Teoria Geral do Direito Civil*, Coimbra, Gestlegal.
- CARBONNIER, Jean (1995). *Essais sur les lois*, 2.^a ed., Paris, Defrénois.
- CEBOLA, Cátia Marques (2011). “Los sistemas de mediación pública en Portugal: una visión comparativa com las experiencias de mediación en España”. *La mediación en materia de Familia y Derecho Penal – Estudios y análisis*, Santiago de Compostela, Andavira, pp. 351-385.
- CORTE-REAL, Carlos Pamplona; PEREIRA, José Silva (2011). *Direito da Família: Tópicos para uma reflexão crítica*, 2.^a ed. atualizada, Lisboa, AAFDL.
- CRUZ, Rossana Martingo (2013). “A crise económica e a resolução alternativa de litígios familiares – advento da solução ou do problema?”. *Scientia Iuridica*, Tomo LXII, N.º 331, janeiro/abril, pp. 127-143.
- CRUZ, Rossana Martingo (2018). *Mediação familiar como meio complementar de justiça*. Almedina.
- CRUZ, Rossana Martingo; CEBOLA, Cátia Marques (2019). “Em mediar é que está o ganho”. *Casos Práticos de Solicitadoria*, Patrícia Rocha, Nuno Mendes Claro, Cátia Cebola (coord.), Almedina, pp. 145-167.
- DIAS, Berenice (2007). *Manual do Direito das Famílias*, 4.^a ed., Ed. Revista dos Tribunais.
- DONATI, Pierpaolo (2010). *La famiglia e l'autodeterminazione degli individui. La comunità familiare e le scelte di fine vita*, Siena, Ed. Cantagalli.
- DUARTE, Rui Pinto (2017). *A interpretação dos Contratos*, Coimbra, Almedina.
- GARCÍA GARCÍA, Lucía (2005). *Mediación familiar. Prevención y alternativa al litigio en los conflictos familiares*, Dykinson.
- GARCÍA PRESAS, Inmaculada (2008). “Dois modelos de implantação da mediação familiar – Portugal e Brasil”. *Scientia Iuridica*, Tomo LVII, n.º 316, pp 711-740.
- GARCÍA VILLALUENGA, Leticia (2006). *Mediación en conflictos Familiares – una construcción desde el derecho de familia*, Editorial Reus.
- GOUVEIA, Mariana França (2015). *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, 3.^a ed., Almedina.
- KRESSEL, Kenneth (1989). *Mediation research: The process and Effectiveness of Third-Party Intervention*, Jossey-Bass.
- LOPES, Dulce; PATRÃO, Afonso (2016). *Lei da Mediação Comentada*, 2.^a ed., Almedina.
- MALAUZIE, Philippe; FULCHIRON, Hugues (2004). *La Famille*, Paris, Defrénois.
- MARTÍN DIZ, Fernando (2014). “Cuestiones prácticas sobre mediación en Derecho Privado”. *A Nova Mediação – Notas a partir das experiências portuguesa, espanhola e brasileira*, Coleção Ciências Jurídicas Gerais, n.º 1, pp. 31-49.

- OLIVEIRA, Guilherme de (2013). “Precisamos assim tanto do Direito da Família? (Do ‘Panjurisme’ iluminista ao ‘fragmentarische charakter’)”. *Lex Familiae – Revista Portuguesa de Direito da Família*, Ano 10, n.º 19, pp. 5-21.
- OLIVEIRA, Guilherme de (2020). «'Fique em casa.' Notas para uma taxonomia dos ‘familiares’». *Julgar Online*, disponível em <http://julgar.pt/fique-em-casa/>
- OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto (2016). “Contrato e família – as relações familiares como limite da liberdade de conformação das relações contratuais”. *Autonomia e heteronomia no Direito da Família e no Direito das Sucessões*, Coimbra, Almedina, pp. 313-331.
- OSTNER, Ilona (2001). “Cohabitation in Germany – Rules, Reality and Public Discourses”. *International Journal of Law, Policy and the Family*, Vol. 15, n.º 1, Oxford University Press, pp. 88-101.
- PARKINSON, Lisa (2006). “A formação de mediadores familiares no Reino Unido”. *Resolução Alternativa de Litígios – Colectânea de textos publicados na Newsletter DGAE*, Direcção-Geral da Administração Extrajudicial, Ministério da Justiça, Agora Comunicação.
- PELAYO LAVÍN, Marta (2011). “La mediación familiar en las comunidades autónomas”. *La mediación en materia de Familia y Derecho Penal – Estudios y análisis*, Santiago de Compostela, Andavira, pp. 139-166.
- PINHEIRO, Jorge Duarte (2015). “A tutela da personalidade da criança na relação com os pais”. *Scientia Iuridica*, Tomo LXIV, n.º 338, pp. 249-266.
- SILVA, Paula Costa (2010). “*De minimis non curat praetor*. O Acesso ao Sistema Judicial e os Meios Alternativos de Resolução de Controvérsias: Alternatividade Efectiva e Complementaridade”. *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Paulo de Pitta e Cunha*, Almedina, pp. 287-301.
- SOTTOMAYOR, Maria Clara (2022). *Código Civil Anotado – Livro IV – Direito da Família*, 2.ª ed., Almedina.
- SOUSA, Miguel Teixeira de (2016). “Do direito da família aos direitos familiares”. *Textos de Direito da Família para Francisco Pereira Coelho*, Imprensa da Universidade de Coimbra, pp. 553-572.
- TEACHMAN, Jay; TEDROW, Lucky; KIM, Gina (2013). “The Demography of Families”, *Handbook of Marriage and the Family*, 3.ª ed., Springer, pp. 39-63.
- VALPUESTA FERNÁNDEZ, Rosario (2012). *La disciplina constitucional de la familia en la experiencia europea*, Valencia, Tirant lo Blanch.
- VARELA, Antunes (1997). *Das obrigações em geral*, Vol. II, 7.º ed., Almedina.
- VÍTOR, Paula Távora (2020). “Os alimentos pós-divórcio – entre a solidariedade e a responsabilidade”. *Julgar*, n.º 40, jan./abr., pp. 181-203.
- XAVIER, Rita Lobo (2008). *Ensinar Direito da Família*, Porto, Publicações Universidade Católica.

Capítulo 9

O sistema de mediação familiar à luz da lei da mediação, do seu ato regulatório e da prática

MARTA LOBO SAN-BENTO

Coordenadora para a Resolução Alternativa de Litígios da
Direção-Geral da Política de Justiça

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Designios e características essenciais do Sistema de Mediação Familiar. 2.1. Celeridade. 2.2. Acessibilidade. 2.3. Segurança. 2.3.1. Formação. 2.3.2. Fiscalização. 2.3.3. Efeitos da fiscalização e medidas sancionatórias. 2.4. Proximidade e flexibilidade. 3. Outras dimensões nucleares do SMF. 3.1. Competência material e âmbito territorial. 3.2. Participação dos mediados e representação na mediação. 3.3. O designio de resposta efetiva no território nacional. 4. O Sistema de Mediação Familiar: um amplo potencial de crescimento. 5. Conclusões.

RESUMO: A criação em Portugal de uma resposta pública, institucionalizada, de mediação familiar, gerida pelo Ministério da Justiça, em muito precedeu a regulação da mediação em Portugal através de um regime base norteador, consubstanciado na Lei da Mediação, aprovada pela Lei n.º 29/2013, de 19 de abril. Contudo, reputa-se que o Sistema (público) de Mediação Familiar tal como hoje o conhecemos seja também, ele próprio, um produto da Lei da Mediação. Analisar-se-ão os atributos essenciais deste serviço público, tal como decorrem da Lei da Mediação, assim como se abordará a sua densificação em sede do instrumento regulatório do sistema – o Despacho Normativo n.º 13/2018, de 9 de novembro, da Secretária de Estado da Justiça. Veremos de que modo a característica da “celeridade” é intrínseca à resposta pública de mediação familiar e os limites temporais que resultam do quadro aplicável. Exploraremos a característica da “acessibilidade”, nas duas aceções que comporta – a facilidade de acesso ao serviço sob o ponto de vista financeiro e a facilidade de acesso a informação sobre a existência e objetivos da resposta por parte dos seus potenciais interessados. Abordaremos o atributo da “segurança” ou “fiabilidade” do sistema, com imprescindíveis refrações em matéria de formação e recrutamento de mediadores, como também de fiscalização do exercício da sua atividade no contexto do SMF. O tema da fiscalização será o mote para a análise ilustrativa de condutas infracionais dos mediadores do SMF, tomando por indispensável bússola norteadora os princípios nucleares da mediação e deveres do mediador, tal como

consagrados na Lei da Mediação. Serão, também, abordadas, outras dimensões que integram o âmbito da resposta pública em análise, como sejam: a competência material e o âmbito territorial de intervenção do sistema, o desígnio de resposta efetiva no território nacional e o admitido regime de participação no procedimento. As matérias abordadas não prescindem de uma reflexão crítica sobre o direito constituído e a constituir, para o que, de igual modo, oferecemos o nosso contributo. Por fim, analisaremos a evolução do número de solicitações dirigidas à intervenção do SMF e o potencial de crescimento desta resposta pública.

ABSTRACT: The creation in Portugal of a public, institutionalized, family mediation response, managed by the Ministry of Justice, long preceded the regulation of mediation in Portugal through a basic legal regime, embodied in the Mediation Law, approved by Law No 29/2013 of 19 April.

However, it is considered that the (public) Family Mediation System (FMS) as we know it today is also, itself, a product of the Mediation Law. We will analyze the essential attributes of this public service, as they derive from the Mediation Law, as well as address its densification within the regulatory instrument of the system – Normative Order No 13/2018, of November 9, of the Secretary of State for Justice. We will see how the characteristic of “celerity” is intrinsic to the public response of family mediation and the time limits that result from the applicable framework. We will explore the characteristic of “accessibility”, in its two meanings – the ease of access to the service from a financial point of view and the ease of access to information about the existence and objectives of the response by its potential interested parties. We will approach the attribute of “security” or “reliability” of the system, with indispensable reflections on the training and recruitment of mediators, as well as on the supervision of the exercise of their activity in the context of the FMS. The theme of supervision will be the motto for the illustrative analysis of infringing conducts of the FMS mediators, taking as indispensable guiding compass the core principles of mediation and the duties of the mediator, as enshrined in the Mediation Law. Also, other dimensions that integrate the core of the public response under analysis will be addressed, such as: the system’s material competence and territorial scope of intervention, the purpose of effective response in the national territory and the admitted regime of participation in the procedure. The matters addressed do not preclude a critical reflection on the law already established and to be established, to which we also offer our contribution. Finally, we will analyze the evolution of the number of requests addressed to the FMS intervention and the growth potential of this public response.

1. Introdução

A criação do sistema público de mediação familiar, pelo Despacho n.º 18 778/2007, de 22 de agosto, do Secretário de Estado da Justiça, em muito precedeu a Lei n.º 29/2013, de 19 de abril, doravante sempre “Lei da Mediação”.

Porém, o sistema, tal como hoje o conhecemos, assume uma configuração diversa daquela que, inicialmente, – e ainda que a título de projeto experimental – lhe foi adstrita. Tal configuração fica a dever-se determinadamente, à regulação introduzida pela Lei da Mediação e, também como consequência desta, à sua densificação regulamentar, através do Despacho Normativo n.º 13/2018, de 9 de novembro, da Secretária de Estado da Justiça (doravante sempre DN 13/2018).

Encontramos a raiz constitucional da mediação na norma do n.º 4 do artigo 202.º da Constituição da República Portuguesa, aí se prevendo que “a lei poderá institucionalizar instrumentos e formas de composição não jurisdicional de conflitos”, como é o caso da mediação.

Mas mais que consagrar o instituto da mediação como forma de composição não jurisdicional de conflitos, o legislador português previu também a criação de serviços de mediação que fossem criados e geridos por entidades públicas, tal sendo o caso do sistema (público) de mediação familiar, doravante, sempre “SMF”. Trata-se de um sistema criado pelo Ministério da Justiça e gerido, em concreto, pela Direção-Geral da Política de Justiça (DGPJ), consoante resulta do artigo 3.º do respetivo instrumento regulatório, o DN 13/2018.

A própria Lei da Mediação institui os essenciais desígnios e características que se pretendem associados a tais serviços (sendo que, por sua vez, não deixou de ser inspirada pelas experiências de regulamentação especial que lhe antecederam: designadamente o primeiro instrumento constitutivo e regulatório do SMF a que supra aludimos – o Despacho n.º 18 778/2007, de 22 de agosto do Secretário de Estado da Justiça).

2. Desígnios e características essenciais do Sistema de Mediação Familiar

2.1. Celeridade

Desde logo, a celeridade na resolução dos litígios, tal resultando quer da disposição constante do artigo 30.º da Lei da Mediação, quer do artigo 35.º. Esta última norma prevê que os atos constitutivos ou regulatórios dos sistemas públicos de mediação possam fixar a duração máxima dos procedimentos de mediação, sendo que na ausência de tal fixação, aplicar-se-á o regime geral (supletivo, para os sistemas públicos de mediação) contido no artigo 21.º da Lei da Mediação, isto é, o procedimento deve ser o mais célere possível e concentrar-se no menor número de sessões possível. Tal desígnio encontra

natural reflexo no instrumento regulatório do SMF, ao prever-se que este sistema rege a sua atividade, entre outras, pela garantia da celeridade (cf. n.º 1 do artigo 2.º do DN 13/2018).

A propósito desta matéria, note-se que, ainda que o DN 13/2018 efetivamente não tenha previsto uma duração máxima para os procedimentos de mediação desenvolvidos no contexto do SMF, importa ter em consideração, para efeitos da duração máxima do procedimento, que nos casos em que o procedimento de mediação tenha lugar na pendência de um processo judicial, seja com iniciativa na autoridade judiciária ou das partes, a duração do procedimento de mediação não poderá comprometer o prazo fixado ou aplicável supletivamente para a suspensão da instância e que será, no máximo, de 3 meses [cf. disposições conjugadas da alínea *c*) do n.º 1 do artigo 269.º; n.º 2 do artigo 272.º e 273.º do Código de Processo Civil e, para os processos tutelares cíveis, o artigo 24.º e a alínea *a*) do artigo 38.º do Regime Geral do Processo Tutelar Cível, aprovado pela Lei n.º 141/2015, de 8 de setembro, doravante, sempre “RGPTC”].

2.2. Acessibilidade

Por outro lado, estando em causa um sistema público de mediação, a acessibilidade da resposta constitui também uma das suas características essenciais. Esta característica deve ser perspetivada em duas aceções:

Desde logo, pela facilidade de acesso ao serviço sob o ponto de vista do custo financeiro que represente para os seus utilizadores. Neste sentido, o artigo 33.º da Lei da Mediação remete para os instrumentos regulatórios dos sistemas públicos de mediação a fixação das taxas devidas pela utilização de tais serviços, estatuidando também a eventual previsão de isenções ou reduções dessas taxas em tais sedes. É nesta senda que o instrumento regulatório do SMF fixa uma taxa de (euro) 50, por cada uma das partes participantes no procedimento de mediação familiar. Trata-se de uma taxa única, isto é – a única devida pelos participantes independentemente da duração do procedimento e do número de sessões de mediação que venham a ser realizadas em concreto. Por outro lado, a taxa é devida apenas nos casos em que as partes iniciem a fase de mediação propriamente dita, ou seja, a participação na fase de pré-mediação (a fase informativa que pode, inclusivamente, contemplar mais do que uma sessão, até, inclusivamente, a título individual) é isenta de quaisquer custos para as partes, o que significa que, se após realização da pré-mediação, não for possível lograr a imprescindível adesão de todas as partes envolvidas no conflito à mediação, não será devido o pagamento de

quaisquer taxas pelos utilizadores do sistema, sendo que os custos inerentes à pré-mediação serão assumidos pelo sistema público. Mas a acessibilidade do SMF para as partes, do ponto de vista dos custos, manifesta-se com particular relevância através da aplicação do regime de apoio judiciário ao SMF, consoante expressamente resulta do disposto no n.º 1 do artigo 17.º da Lei n.º 34/2004, de 29 de julho (Lei de Acesso ao Direito), regulamentada a este nível pela Portaria n.º 10/2008, de 03 de janeiro. Com efeito, por força das disposições conjugadas do artigo 9.º e alínea *c*) do Anexo I a esta Portaria¹, o SMF integra o elenco restrito de estruturas de resolução alternativa de litígios a que se aplica o regime do apoio judiciário.

Por outro lado, o instrumento regulatório do SMF consagra também dois tipos de isenções que acabam por abranger um vasto número de casos de recurso à sua intervenção: Em primeiro lugar, reportando a todos os casos em que as partes sejam remetidas para o SMF (a seu requerimento ou mediante o seu consentimento) por decisão da autoridade judiciária, no contexto dos processos tutelares cíveis, regulados no RGPTC – isenção prevista na alínea *b*) do n.º 2 do artigo 6.º do DN 13/2018; Em segundo lugar (e tal constituindo uma inovação introduzida pelo DN 13/2018 relativamente ao original instrumento regulatório do SMF²), reportando aos casos em que, a requerimento das partes, ou com o seu consentimento, sejam as mesmas remetidas para o SMF mediante decisão, quer da autoridade judiciária, quer de comissão de proteção de crianças e jovens, no contexto de um processo de promoção e proteção em curso. A introdução desta isenção no regime regulatório do SMF foi entendida como adequado contributo para a promoção da defesa da criança em perigo e salvaguarda do seu superior interesse, consoante assumido no preâmbulo do DN 13/2018.

Porém, dizíamos que a acessibilidade do SMF deve também manifestar-se numa outra dimensão. Respeita esta à facilidade de acesso a informação sobre a existência e funcionamento deste serviço, objetivo prosseguido pelo princípio da publicidade, tal como consagrado no artigo 37.º da Lei da Mediação. Resultam deste princípio dois tipos de obrigações para as entidades gestoras dos sistemas públicos de mediação: por um lado, a obrigação

¹ Impõe-se, naturalmente, a interpretação atualista de tal norma, uma vez que o Despacho n.º 18 778/2007, de 22 de agosto, do Secretário de Estado da Justiça foi revogado pelo DN 13/2018, atual instrumento regulatório do SMF.

² Está em causa o Despacho n.º 18 778/2007, de 22 de agosto, do Secretário de Estado da Justiça.

de disponibilizar informação ao público em geral, sobre a existência dos sistemas públicos de mediação geridos, o que deverão fazer, obrigatoriamente através dos respetivos sítios eletrónicos (sem prejuízo de poderem também recorrer a outras formas de divulgação). Por outro lado, a disponibilização de informação mais concreta, relativa ao funcionamento de tais sistemas e aos procedimentos de mediação, a qual poderá ser prestada quer presencialmente, quer através de contacto telefónico, de correio eletrónico ou do sítio eletrónico da entidade gestora do sistema.

No que ao SMF respeita, constata-se que a DGPIJ dá cumprimento ao princípio da publicidade, consoante resulta da informação disponibilizada no respetivo sítio eletrónico, em <https://dgpj.justica.gov.pt/Resolucao-de-Litigios/Mediacao/Sistemas-Publicos-de-Mediacao/Sistema-de-Mediacao-Familiar> (Vide também o sítio recentemente publicado pela DGPIJ, especificamente dedicado aos meios Ral: <https://meiosral.justica.gov.pt/Meios-RAL/-Mediacao-Familiar>). A divulgação do referido sistema é também prosseguida por outras vias, designadamente mediante recurso às redes sociais da entidade gestora do sistema, como o *Facebook*³ ou o *LinkedIn*, bem como é disponibilizada informação por via telefónica, no caso existindo uma linha especificamente adstrita aos meios de resolução alternativa de litígios (808 262 000) e por correio eletrónico. Já a submissão de pedidos de intervenção do sistema de mediação familiar por particulares é viabilizada quer através de formulário eletrónico “a submeter na plataforma RAL +⁴ em <https://ralmais.dgpj.justica.gov.pt/ords/f?p=165:2>”, quer por via telefónica ou por correio eletrónico⁵.

A este respeito e verificando que o investimento massivo na divulgação deste tipo de serviço junto dos seus potenciais utilizadores, designadamente junto dos meios de comunicação social, não voltou a repetir-se desde o ano de 2009⁶, não podemos deixar de notar que este é um défice na concretização do desígnio da “acessibilidade”, que importa ultrapassar.

³ Veja-se a título de exemplo: <https://fb.watch/gMHR8ISC6C/>.

⁴ “A Plataforma RAL+ é uma plataforma eletrónica desenvolvida pelo Ministério da Justiça, com vista a servir a gestão e o funcionamento de meios de resolução alternativa de litígios, entre os quais o sistema de mediação familiar, tendo entrado em funcionamento em maio de 2023.”

⁵ <https://dgpj.justica.gov.pt/Resolucao-de-Litigios/Mediacao/Sistemas-Publicos-de-Mediacao/Sistema-de-Mediacao-Familiar#Comoiniciaroprocessos>; <https://smf.mj.pt/>.

⁶ Na ocasião, o Ministério da Justiça, através do então GRAL, realizou um grande investimento “na divulgação dos meios de resolução alternativa de litígios, designadamente através de campa-

2.3. Segurança

Outra das características associadas ao SMF será a segurança ou fiabilidade do sistema: Constituem relevantes emanções de tal característica, o quadro jurídico que rege o tratamento de dados recolhidos nos procedimentos de mediação (cf. n.º 3 do artigo 31.º da Lei da Mediação e Lei n.º 34/2009, de 14 de julho)⁷, os requisitos que presidem ao recrutamento de mediadores para as listas do SMF (entre os quais a especialização e certificação da formação detida, bem como a idoneidade do mediador) as atribuições da entidade gestora ao nível da fiscalização e supervisão da atividade dos mediadores que se encontram inscritos no sistema, precedendo ou não queixa ou reclamação apresentada por qualquer interessado (cf. n.º 3 do artigo 7.º, n.º 4 do artigo 31.º e artigos 43.º e 44.º da Lei da Mediação) ou mesmo a faculdade conferida às partes na escolha do mediador (de entre os mediadores inscritos nas listas do SMF), consoante resulta do disposto no n.º 1 do artigo 38.º da Lei da Mediação.

Pela relevância que assumem, debruçemo-nos com maior atenção sobre alguns destes aspetos:

2.3.1. Formação

Tenhamos em consideração que, no que respeita à formação e qualificações do mediador, o quadro jurídico português comporta diversas realidades. Com efeito, nos termos do n.º 1 do artigo 8.º da Lei da Mediação “(...) o mediador de conflitos, a fim de adquirir as competências adequadas ao exercício da sua atividade, pode 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(...)”.

Assim, face à lei portuguesa, podemos concluir que:

- Existem competências adequadas ao exercício da atividade de mediação (isto é, competências técnicas específicas);
- Tais competências ou “aptidões” revestem natureza teórica e prática;

nhas na comunicação social, onde foram transmitidos spots televisivos sobre os meios de resolução alternativa de litígios, bem como da distribuição massiva por todo o país de cartazes e flyers alusivos a estes meios” Direção-Geral da Política de Justiça (2020, p. 106).

⁷ Os dados recolhidos dos procedimentos de mediação podem ser utilizados para fins de tratamento estatístico, de gestão dos sistemas de mediação e de investigação científica, nos termos da Lei de Proteção de Dados Pessoais.

- Podem adquirir-se essas competências através de ações de formação, designadamente desenvolvidas por entidades certificadas pelo Ministério da Justiça. Donde, necessariamente se admite que a aquisição das competências em causa poderá fazer-se de outra forma, que não passe, necessariamente, pela frequência de ações de formação desenvolvidas por tais entidades.

São, portanto, as seguintes, as realidades comportáveis pelo ordenamento jurídico português em matéria de qualificações e habilitações dos mediadores:

Quanto aos mediadores que exercem a atividade a título privado, há que distinguir entre os mediadores que se encontram inscritos na lista de mediadores privados organizada pelo Ministério da Justiça [lista prevista na alínea e) do n.º 1 do artigo 9.º da Lei da Mediação] e os não inscritos em tal lista.

Os mediadores inscritos, beneficiam de “prerrogativa de executoriedade” relativamente a todos os acordos em que intervenham, posto que verificados os requisitos que a lei determina [previstos nas alíneas a) a d) do n.º 1 do artigo 9.º da Lei da Mediação], sendo-lhes exigido que tenham concluído, com aproveitamento, um curso de formação em mediação de conflitos, ministrado por uma entidade certificada pelo Ministério da Justiça (ou curso reconhecido pelo Ministério da Justiça).

Quanto aos mediadores que exercem em contexto privado e não se encontram inscritos na lista organizada pelo Ministério da Justiça, trata-se de um universo que comporta quer aqueles que concluíram ações de formação especializadas em mediação (sejam ou não estas ministradas por entidades certificadas pelo Ministério da Justiça), quer aqueles que não concluíram cursos especializados, desconhecendo-se, também, em qualquer caso, as respetivas habilitações académicas.

Já no que respeita aos mediadores que exercem funções no contexto dos sistemas públicos de mediação e, por conseguinte, também no SMF, a Lei da Mediação remete para o respetivo ato regulatório a definição dos requisitos necessários para o exercício das funções (cf. artigos 39.º e 40.º da Lei da Mediação). Dispõe na matéria o artigo 8.º do DN 13/2018, bem como o artigo 5.º do *Regulamento dos Procedimentos de Seleção de Mediadores para prestar serviços no Sistema de Mediação Familiar*, doravante “Regulamento”. Deste regime instituído conclui-se que existe uma garantia robustecida em termos de qualificações dos mediadores do SMF, pois que não apenas têm de ter concluído um curso de formação ministrado por uma entidade certificada

pelo Ministério da Justiça, como também um curso materialmente especializado na área em que atuam (familiar). Acresce que, no que toca a habilitações académicas, exige-se-lhes um mínimo correspondente ao grau de licenciatura.

2.3.2. Fiscalização

Analisemos agora com maior detalhe as atribuições da entidade gestora do SMF, com respeito à fiscalização e supervisão da atividade dos mediadores que exercem atividade no sistema:

O artigo 43.º da Lei da Mediação atribui às entidades gestoras competência para a fiscalização da atividade dos mediadores que exercem atividade nos sistemas públicos de mediação, tal constituindo um autêntico poder-dever destas entidades. Resulta de tal norma, por um lado o dever de fiscalização subsequente à apresentação de queixa ou reclamação por qualquer interessado e, por outro lado, também o dever de fiscalização da atividade do mediador, por iniciativa própria da entidade gestora (não precedida de qualquer queixa ou reclamação), no contexto da supervisão contínua da atividade dos mediadores.

A Lei da Mediação não regula em pormenor o processo de fiscalização, salvaguardando apenas a observância do contraditório (audição obrigatória do mediador de conflitos cuja atividade é objeto de fiscalização) e a necessária fundamentação (de facto e de direito) da decisão com que culmina o processo de fiscalização.

Donde, resulta a nosso ver a necessidade de definir o quadro jurídico a que a entidade gestora do sistema haverá de recorrer em tudo o que, em matéria do exercício da atividade disciplinar relativa a mediadores dos serviços públicos de mediação, não se encontre previsto na Lei da Mediação.

Ora, pese embora o distanciamento assinalável entre o estatuto dos trabalhadores em funções públicas e dos mediadores em referência, (que com o Estado mantém uma simples relação de prestação de serviços – cf. n.º 3 do artigo 40.º da Lei da Mediação), advoga-se o preenchimento das lacunas com que inevitavelmente somos confrontados, designadamente na instrução do procedimento disciplinar, mas também no que concerne à prescrição do procedimento e das infrações, e, bem assim, aos prazos de ordenação do procedimento, por recurso aos princípios e regras que regulam o procedimento disciplinar dos trabalhadores em funções públicas, contidos na Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas, aprovada pela Lei n.º 35/2014, de 20 de junho, doravante sempre “LGTFP”.

E efetivamente, caso se opte pela aplicação analógica de tal regime (partindo do argumento de que quer os trabalhadores em funções públicas, quer os mediadores em apreço contribuem determinantemente para a prestação de um serviço público e, bem assim, que as garantias devidas ao putativo autor da infração no contexto de um procedimento sancionatório deverão ser, nos dois casos, idênticas), quer se defenda, por recurso à integração, a construção de um regime em tudo inspirado nas soluções vertidas na LGTFP, as propostas afiguram-se-nos legítimas, até porque em nenhum caso estará em causa a tipificação de infrações ou a determinação de medidas sancionatórias a aplicar (sempre proibidas por recurso à analogia), aspetos que resultam da aplicação do quadro definido na Lei da Mediação.

Esta a solução que, em nosso entendimento, potencia evidentes ganhos de certeza e segurança jurídica, relevando também de um esforço de autorregulação da atividade fiscalizadora da atividade dos mediadores, pela entidade gestora, com evidentes benefícios ao nível da tutela das posições subjetivas destes últimos no contexto de procedimento de fiscalização de que sejam alvo.

O que nos leva a abordar a razão para a fiscalização da atividade dos mediadores que exercem atividade nos sistemas públicos de mediação e também no SMF e que se reconduz, em suma, ao controle sobre a qualidade do serviço de mediação prestado, pois que a violação dos deveres legais, éticos e estatutários inerentes ao exercício da atividade da mediação encontrará inelutável reflexo no funcionamento e níveis de qualidade do serviço disponibilizado pelo sistema público.

Assim, como é bom de ver, o objeto da atividade de fiscalização incidirá sempre sobre o cumprimento dos deveres dos mediadores, emergentes estes dos princípios consagrados nos artigos 4.º a 8.º, também densificados nos artigos 26.º a 28.º da Lei da Mediação e, no que ao SMF respeita, com densificação adicional no respetivo instrumento regulatório, designadamente nos artigos 3.º, 9.º e 10.º do DN 13/2018.

Analisemos, de forma mais ilustrativa, o que mais frequentemente poderá estar em causa:

- a) Infrações relacionadas com o princípio da voluntariedade* [cf. artigo 4.º e alíneas a), b) e c) do artigo 26.º da Lei da Mediação]

Deriva deste princípio o dever de o mediador informar e esclarecer cabalmente as partes sobre o sentido, objeto e regras do procedimento de mediação, inclusivamente os direitos e deveres de todas as partes envolvidas, tendo em

vista a prestação do seu consentimento “esclarecido e informado” para participação no procedimento, vertido no protocolo de mediação. E tal inclui, naturalmente, também a prestação de informação sobre a faculdade de revogação do consentimento prestado pelas partes, a todo o tempo. O cumprimento do dever em referência, situando-nos no contexto da sessão de pré-mediação (cf. artigo 16.º da Lei da Mediação), não deixa de se projetar em todo o curso do procedimento, em virtude da já referida faculdade de revogação do consentimento prestado pelas partes, o que erige o mediador também numa espécie de “guardião do direito ao arrependimento” (das partes).

Prefiguram-se assim, em concreto, como potenciais violações do dever do mediador na matéria, a omissão de informação sobre qualquer dos aspetos a que supra nos reportamos, como também, a resistência à recusa ou abandono do procedimento pelas partes, em qualquer momento.

- b) Infrações relacionadas com o princípio da confidencialidade* [cf. artigo 5.º e alínea d) do artigo 26.º da Lei da Mediação]

Impendem sobre o mediador os deveres de salvaguarda da confidencialidade do procedimento, quer na vertente externa (aos mediados), quer na vertente interna (a um ou algum dos mediados, se algum deles partilhou, a título confidencial, informação com o mediador).

A violação deste dever, mediante partilha de informação respeitante ao conteúdo da mediação com qualquer entidade⁸ ou pessoa alheia ao procedimento de mediação, bem como com parte mediada não autorizada por outra, fora dos casos excecionados no n.º 3 do artigo 5.º da Lei da Mediação, para além de configurar uma violação do dever do mediador, habilitando a intervenção sancionatória por parte da entidade gestora do SMF em sede de fiscalização da sua atividade, é passível de configurar também o crime de “violação de segredo” previsto no artigo 195.º do Código Penal⁹, pelo que constitui a entidade gestora no dever de participar a infração às entidades competentes para a investigação, *maxime* ao Ministério Público (cf. n.º 2 do artigo 44.º da Lei da Mediação).

⁸ Inclui as autoridades judiciárias.

⁹ “*Quem, sem consentimento, revelar segredo alheio de que tenha tomado conhecimento em razão do seu estado, ofício, emprego, profissão ou arte é punido com pena de prisão até 1 ano ou com pena de multa até 240 dias.*”

- c) *Infrações relacionadas com os princípios da igualdade, da imparcialidade e da independência* [cf. artigos 6.º e 7.º e alíneas c) e f) do artigo 26.º da Lei da Mediação]

Estes princípios fazem impender sobre o mediador o dever de tratamento equitativo das partes mediadas, garantindo que todas elas têm igual oportunidade de participação no procedimento. Por outro lado, pressupõem uma inatacável equidistância do mediador relativamente às partes e ao objeto da mediação, bem como a sua impermeabilidade a influência ou orientação de quaisquer entidades ou pessoas externas ao procedimento, salvaguardado o necessário cumprimento dos seus específicos deveres no contexto da atividade exercida nos sistemas públicos de mediação e que reclamarão, sim, como infra se verá, a responsividade às legítimas solicitações da entidade gestora.

O favorecimento de qualquer das partes mediadas na condução do procedimento ou a existência de um qualquer interesse do mediador no desfecho do procedimento constituirão violações destes deveres.

- d) *Infrações relacionadas com os princípios da competência e da responsabilidade* [cf. artigo 8.º e alíneas b), g) e h) do artigo 26.º da Lei da Mediação]

Resulta destes princípios que existem competências adequadas ao exercício da atividade de mediação – competências ou aptidões técnicas específicas, que revestem natureza teórica e prática.

Garantido que está um nível imprescindível de formação (certificada) do mediador admitido ao exercício da atividade no SMF, certo é que integra também dever do mediador “zelar pelo seu nível de formação e de qualificação”, o que reclama a reciclagem de conhecimentos, num processo de formação contínua¹⁰.

Por outro lado, a competência do mediador para a condução em concreto dos procedimentos reclama não só aptidões técnicas, como também aptidões pessoais. O mediador responsável será aquele que é também realisticamente consciente das suas próprias aptidões.

Atuará em violação de tais deveres o mediador que, designadamente, conduza um procedimento de mediação, sem domínio técnico ou pessoal para o efeito. Por exemplo, e reportando-nos ao contexto do SMF, porque

¹⁰ Sobre este tema ver também o capítulo 8, da autoria de Rossana Martingo Cruz.

não dominando um quadro jurídico imperativo, subscreve um acordo com desrespeito por tal quadro (será o caso de um acordo de regulação do exercício das responsabilidades parentais que não fixa a residência da criança ou é omissivo sobre a prestação de alimentos ao filho, ou o caso de um acordo de gestação por substituição, a título oneroso). Por outro lado, também o mediador que – ainda que tecnicamente capacitado – não reúna as condições pessoais para a condução de um qualquer procedimento (por exemplo, por indisponibilidade temporal para a condução oportuna do procedimento) não o deve conduzir, sob pena de violar tais deveres.

- e) Infrações relacionadas com o dever de contribuir para a qualidade dos serviços prestados* [cf. alínea *h*) do artigo 26.º da Lei da Mediação]. Refrações deste dever no instrumento regulatório do SMF

Constitui dever de todo o mediador “*zelar pela qualidade dos serviços prestados*”. Quando o exercício da atividade tem lugar em contexto de um sistema público de mediação, este dever assume, porém, contornos peculiares, pois o que está em causa é a qualidade dos serviços prestados não apenas por ele próprio, mas mais do que isso, a forma como a sua atuação necessariamente se refletirá no sistema, enquanto resposta pública. Tal é o caso do SMF. Eis os específicos deveres que aí avultam:

O mediador do SMF tem, desde logo, o dever de manter atualizados os respetivos dados profissionais – nome profissional, domicílio, endereço de correio eletrónico e contacto telefónico profissionais, já que tais dados são obrigatoriamente publicitados, no sítio eletrónico da entidade gestora (DGPJ) integrando as listas públicas de mediadores territorialmente organizadas (cf. n.º 1, 3, 5 e 6 do artigo 3.º do DN 13/2018). A não atualização, a todo o tempo, dos dados profissionais do mediador, pode comprometer a sua oportuna designação para a condução de procedimentos de mediação, até mesmo quando tal designação resultasse da legítima escolha das partes (cf. n.º 1 do artigo 38.º da Lei da Mediação), como também é apta a comprometer a oportuna e devida articulação com a entidade gestora do sistema no contexto de procedimentos em curso.

Por outro lado, sendo que o SMF funciona com base em listas territoriais, o mediador do SMF tem um dever de resposta efetiva junto do sistema, expresso na disponibilidade para o exercício da atividade na totalidade da parcela territorial abrangida pela lista em que se encontra inscrito (cf. n.º 1 do artigo 3.º e n.º 1 do artigo 9.º do DN 13/2018). Significa isto

que, fora dos casos em que recuse, fundamentadamente, a designação para condução de procedimento de mediação por motivos de saúde ou em virtude do cumprimento de obrigações legais, tem o dever de aceitar a condução de todos os procedimentos para que seja designado pela entidade gestora, incorrendo em violação deste dever a partir da 5.^a recusa anual (não justificada nos termos indicados). A concorrência deste dever para a qualidade dos serviços prestados pelo SMF é evidente, na medida em que contribui para obviar a situações de falta de resposta do sistema, por indisponibilidade dos respetivos mediadores. (Voltaremos a este assunto, posteriormente).

Acresce para o mediador do SMF, o dever de reporte pontual e oportuno junto da entidade gestora da informação devida referente ao início, desenvolvimento, termo e desfecho do procedimento conduzido (salvaguardada a sua necessária confidencialidade). Posto que o SMF funciona com base em plataforma eletrónica desenvolvida para a tramitação dos procedimentos de mediação (cf. n.º 2 do artigo 31.º da Lei da Mediação e n.º 1 do artigo 3.º do DN 13/2018), este reporte será efetuado, em condições normais, através da referida plataforma¹¹, concretizando-se nos oportunos agendamento e confirmação de realização das sessões de pré-mediação e mediação, bem como na disponibilização dos documentos formalizados no contexto do procedimento (protocolo de mediação, ata inicial e final do procedimento, acordos logrados) e, bem assim, no preenchimento do “questionário do mediador”, em qualquer caso reportando informação que, relevando do ponto de vista estatístico e de monitorização da atividade, deixa incólume a confidencialidade do procedimento.

A atualidade da informação reportada pelo mediador é absolutamente fulcral sob o ponto de vista da qualidade da resposta dada pelo sistema, o que se torna particularmente evidente nos casos em que a intervenção do SMF tem origem em iniciativa de qualquer entidade que não, diretamente os mediados – como é o caso da autoridade judiciária – pois só isso permite a todo o tempo também um reporte oportuno daquele que seja o estado (fase) da mediação e, sobretudo, do seu desfecho, considerando até a necessidade de observância dos prazos determinados para a suspensão da instância.

¹¹ Nos casos em que, em virtude de problemas técnicos tal não seja possível, haverá naturalmente que recorrer a outros meios de comunicação ágil, como o correio eletrónico.

Incumpe tais deveres o mediador que não reporte, de modo pronto e rigoroso, tal informação, devendo fazê-lo por iniciativa própria. E naturalmente incumprirá de igual modo tais deveres e, porventura de forma mais gravosa, aquele que não o faça após interpelado para o efeito pela entidade gestora do SMF.

2.3.3. Efeitos da fiscalização e medidas sancionatórias

O dirigente máximo da entidade gestora do SMF (Diretor-Geral da Política de Justiça) pode, no culminar do processo de fiscalização, aplicar uma das seguintes medidas sancionatórias ao mediador cuja atividade foi objeto de fiscalização: repreensão, suspensão (temporária) das listas e exclusão das listas (cf. artigo 44.º da Lei da Mediação).

Pressuposto de aplicação das medidas sancionatórias, contudo, é que tenha ocorrido o incumprimento de um ou vários deveres a que o mediador se encontra adstrito, que se traduzem em atos lesivos ou dos direitos dos mediados que lhe cumprem mediar (por exemplo, a reserva da vida privada), ou da qualidade do serviço prestado pelo SMF (cf. n.º 1 do artigo 10.º do DN 13/2018).

Posto isto, o juízo de graduação que levará à aplicação em concreto de uma destas medidas sancionatórias, em detrimento de outra (ou mesmo à decisão de não aplicação de uma medida), terá de levar em consideração a gravidade da conduta do mediador, como também o grau da sua culpa, designadamente se em causa esteve um comportamento doloso ou negligente (cf. n.º 1 do artigo 44.º, n.º 2 do artigo 43.º da Lei da Mediação e n.º 1 do artigo 10.º do DN 13/2018) advogando-se também nesta sede a consideração, com as devidas adaptações, por circunstâncias atenuantes (vg: coação física, confissão espontânea) e agravantes (vg: reincidência, acumulação de infrações) da responsabilidade do mediador (cf. regime plasmado nos artigos 190.º e 191.º da LGTFP, aplicável nesta sede, nos termos já supra defendidos).

2.4. Proximidade e flexibilidade

Uma outra característica própria do SMF é a flexibilidade e proximidade da resposta. Assim, se por um lado a Lei da Mediação afirma a competência do SMF “independentemente do local de domicílio ou residência das partes” (cf. artigo 32.º), já o Despacho Normativo 13/2018 consagra os princípios da proximidade e flexibilidade, clarificando que os procedimentos de mediação desenvolvidos no contexto do SMF podem realizar-se em qualquer local que

se revele adequado para o efeito e que tenha sido disponibilizado por entidades públicas ou privadas¹² (cf. artigo 2.º do DN 13/2018).

A própria organização do sistema em listas de mediadores territorialmente circunscritas (cf. n.º 1 do artigo 3.º do DN 13/2018) visa garantir a proximidade almejada: A entrada em vigor do DN 13/2018 trouxe a revisão e redimensionamento do modelo de listas até então existente, operando-se uma nova distribuição geográfica, norteada pelo princípio da proximidade: Assim, do original modelo assente em 12 listas, passou-se a um modelo de 87 listas de circunscrições territoriais limitadas, a que acresce uma lista que abrange todo o território nacional, destinada à condução de procedimentos de mediação à distância, através de meios de comunicação adequados, designadamente teleconferência, videochamada ou outro equivalente^{13/14}.

A revisão do modelo de listas operada comunga do desígnio já afluído, no sentido de maximizar a capacidade de resposta do Sistema, obstando à denegação de resposta com fundamento em indisponibilidade dos mediadores inscritos:

Assim, se por um lado foi introduzido o dever de resposta efetiva por parte dos mediadores inscritos nas listas (cf. n.º 1 do artigo 9.º do DN 13/2018), mas por outro lado manteve-se a regra segundo a qual as despesas com deslocações efetuadas pelos mediadores inscritos dentro do território abrangido por cada lista não são suportadas pela entidade gestora,

¹² Corresponderão, em regra, a locais protocolados pelo Ministério da Justiça, nada obstando, porém, à utilização de espaços não protocolados, desde que adequados para o efeito (neste sentido, se o escritório particular de um mediador que a tal se disponha integra o conceito, já a residência de um dos mediados não o integrará, na medida em que, por princípio, tal *setting* será apto a comprometer o equilíbrio de poderes entre as partes mediadas).

¹³ Cf. a publicação das listas em <https://dgpj.justica.gov.pt/Resolucao-de-Litigios/Mediacao/Sistemas-Publicos-de-Mediacao/Listas-de-mediadores-dos-Sistemas-Publicos-de-Mediacao-geridos-pela-DGPJ>

(“Mediadores inscritos no Sistema de Mediação Familiar”).

¹⁴ Sobre as condições de admissibilidade de condução de procedimentos na modalidade à distância, versam os sucessivos despachos DGPJ, regulando o funcionamento do SMF desde o início do período pandémico associado ao Covid-19 (o primeiro dos quais de 13/3/2020), encontrando-se em vigor o Despacho de 22/4/2022, consultável em: https://dgpj.justica.gov.pt/Portals/31/Noticias/Despacho%2022_4_2022.pdf?ver=I2x0Xwv9h_HwtiJvIQIX8w%3D%3D “*De iure condendo*, porém, resulta-nos forçoso o reconhecimento da modalidade de condução de procedimento “à distância” e correspondente lista de mediadores em sede do próprio instrumento regulador do SMF.”

entendeu-se como elementar medida de equidade reduzir significativamente o âmbito territorial das listas, por forma a que o mediador não se veja desproporcionalmente onerado com tais deslocações: cada uma das novas listas corresponde a um círculo territorial de agrupamento de concelhos, distando cada um deles, por regra, o máximo de 30 km relativamente ao concelho/município central.

3. Outras dimensões nucleares do SMF

3.1. Competência material e âmbito territorial

A Lei da Mediação defere ao ato regulatório do SMF a determinação do âmbito material da competência deste serviço (cf. artigo 32.º da Lei da Mediação). Dá cumprimento ao comando normativo o artigo 4.º do DN 13/2018, determinando a competência genérica do SMF para mediar (quaisquer) conflitos surgidos no âmbito das relações familiares. O elenco material constante das alíneas *a)* a *h)* da referida norma é, assim, meramente exemplificativo (não taxativo).

No que ao âmbito territorial respeita, dispõe o artigo 5.º do DN 13/2018, prevendo a realização de mediações através do SMF em todo o território nacional.

Releva porém, nesta sede, também convocar quanto se dispõe no artigo 32.º da Lei da Mediação, no sentido de que os sistemas públicos de mediação são competentes para mediar quaisquer litígios que se enquadrem no âmbito das suas competências em razão da matéria, tal como definidas nos respetivos atos constitutivos ou regulatórios, “independentemente do local de domicílio ou residência das partes”. Ora a interpretação desta disposição não pode abdicar da consideração pelo que especialmente estatui o instrumento regulatório do SMF na matéria, isto é: irreleva o local de domicílio ou residência das partes, desde que tal local reporte ao território nacional.

E esta regra afigurar-se-nos-ia incontestável, não fora o caso de o mesmo instrumento regulatório compreender uma norma que versa a mediação familiar transfronteiriça (cf. artigo 12.º do DN 13/2018). Aí se dispõe que *“a plataforma eletrónica desenvolvida para a tramitação dos processos de mediação no âmbito do SMF pode ser utilizada, por escolha do mediador, para a tramitação de processos de mediação familiar transfronteiriça, nos termos a definir nas regras de funcionamento da plataforma”*. A regulamentação em causa não existe até à data, o que também não contribui para lançar luz sobre o alcance desta disposição. Por outro lado, a sua própria formulação legitima dúvidas sobre se se terá

pretendido alargar o âmbito de competência territorial do SMF, além fronteiras, ou se o que está em causa será antes facultar aos mediadores do SMF um instrumento técnico que lhes permita, num ambiente especialmente protegido, conduzir procedimentos à distância quando em causa estejam conflitos transfronteiriços, mas no contexto de uma atividade desenvolvida fora do Sistema (isto é, a título privado).

Inclinando-nos para interpretar esta disposição, ainda que muito imperfeitamente formulada¹⁵, na primeira aceção a que nos reportamos (alargamento do âmbito territorial do SMF), certo é que a interpretação empreendida não poderá deixar de emprestar adequada relevância ao elemento sistemático, termos em que a conciliação dos diferentes normativos aplicáveis na matéria (e a que supra aludimos) habilita-nos à seguinte conclusão: o SMF é competente para a mediação de todos os conflitos familiares cujas partes residam no território nacional e também para os conflitos familiares com conexão transfronteiriça, desde que uma das partes mediadas resida no território nacional. A obrigatória conexão ao território nacional é, com efeito, um fator que nos parece nunca poder ser afastado, pois que – a final – releva também do pressuposto de que um eventual acordo que venha a ser logrado no contexto da mediação desenvolvida no SMF se destina a vigorar na ordem jurídica portuguesa (ou pelo menos, também na ordem jurídica portuguesa). A não ser assim, isto é, prescindindo-se desta conexão, arriscar-se-ia a inutilidade do serviço prestado emergente da celebração de acordos inválidos, já que todo o quadro jurídico que fornece substrato ao SMF reporta ao ordenamento jurídico português, tal implicando, entre outras coisas, que também a formação do mediador, na vertente jurídica, se reconduza à ordem jurídica interna.

Em todo o caso, face ao exposto, somos do entendimento que urge uma intervenção regulamentar clarificadora relativamente à norma do artigo 12.º do DN 13/2018.

¹⁵ Desde logo a questão que legitimamente se coloca é a de reconduzir a uma simples escolha do mediador a utilização da referida plataforma: Se o sistema é competente e funciona com base na já mencionada plataforma, não deveria haver espaço para o mediador designado optar por utilizar ou não a plataforma, tal como não lhe assiste tal opção nos “procedimentos nacionais”.

3.2. Participação dos mediados e representação na mediação

A Lei da Mediação, no seu artigo 36.º, defere aos atos constitutivos ou regulatórios dos sistemas públicos de mediação a eventual determinação obrigatória de participação pessoal das partes nas sessões de mediação, assim se inibindo a sua representação.

Tal não foi a opção vertida no instrumento regulatório do SMF, pois com efeito o DN 13/2018 não instituiu a obrigatoriedade de participação pessoal dos mediados nas sessões de mediação.¹⁶ E a nosso ver, mal.

É certo que a possibilidade de as partes se fazerem representar (que não apenas acompanhar ou assessorar) por outrem e, designadamente, por advogado, permite que um mediado que se encontre fisicamente impossibilitado de participar das sessões de mediação, ainda assim possa aderir a esta forma de resolução do seu conflito. Sucede porém, que tais hipóteses, para além de se revelarem meramente residuais, resultam hoje absolutamente ultrapassadas pela viabilização de participação no procedimento à distância, designadamente teleconferência, videochamada ou outro meio equivalente, tal como o SMF, hoje, já comporta. Acresce que – ainda que assim não fosse – tudo está em saber se a participação do mediado no procedimento de mediação familiar reveste ou não a natureza de ato *intuitus personae* e, portanto, indelegável? E tal é o nosso entendimento, pois, pela natureza das coisas, o objeto do procedimento de mediação familiar contende sempre com matéria extremamente sensível e íntima¹⁷, reclamando dos mediados compromissos pessoais que ninguém poderá assumir por eles, designadamente de conformação das suas condutas, em coerência com os termos de um acordo logrado. *De iure condendo*, portanto, entendemos que esta deverá ser matéria a revisitar em sede de revisão do instrumento regulatório do SMF.

¹⁶ O único sistema público de mediação onde vigora tal obrigação é o Sistema de Mediação Penal, consoante resulta da norma do artigo 8.º da Lei n.º 21/2007, de 12 de junho:

“Presença de advogado nas sessões de mediação

Nas sessões de mediação, o arguido e o ofendido devem comparecer pessoalmente, podendo fazer-se acompanhar de advogado ou de advogado estagiário.”

¹⁷ Pense-se, a título exemplificativo, no regime de convívios ou na fixação da residência dos filhos menores, no acordo de divórcio, no acordo tendente à partilha de responsabilidades associadas à prestação de cuidados a um familiar, etc...

3.3. O designio de resposta efetiva no território nacional

A revisão do instrumento regulatório do SMF, tal como corporizada no DN 13/2018 (e aí naturalmente se incluindo a revisão do próprio *Regulamento* teve por fulcral propósito o enrobustecimento das listas de mediadores que prestam serviço no SMF, tendo em vista obviar, por todos os meios, a situações de recusa da resposta de mediação pública familiar, o mesmo é dizer, acautelar a necessidade de garantir uma efetiva resposta do sistema na totalidade do território nacional. Um propósito que se manifestou, desde logo, em sede de ingresso, na eliminação de *numerus clausus* de mediadores nas listas postas a concurso de seleção de mediadores. Porém, mais do que isso, foi necessário assegurar, após constituída a relação de prestação de serviços com o mediador admitido ao exercício da atividade no SMF, o cumprimento de dever especial que também concorre determinantemente para o mencionado designio:

Reportamo-nos ao dever de resposta efetiva por parte dos mediadores inscritos nas listas a que se supra aludimos (cf. n.º 1 do artigo 9.º do DN 13/2018) e que ora cumpre densificar, numa outra vertente e que é esta: o mediador, uma vez admitido à(s) lista(s) a que se candidatou, tem o dever de prestar atividade nessas mesmas listas, ainda que possa, querendo, passar a integrar também novas listas, às quais não se candidatara em sede de procedimento concursal de seleção.

Significa isto que, uma vez admitido ao exercício de atividade no sistema, o mediador pode requerer, a todo o tempo, junto da entidade gestora do sistema, a sua integração em novas listas conforme previsto no n.º 5 do artigo 9.º do DN 13/2018: “*O mediador habilitado a exercer funções no SMF pode, a todo o tempo, requerer a sua inscrição em listas diferentes daquelas em que se encontre inscrito, devendo para o efeito dirigir requerimento à entidade gestora do SMF, com a antecedência mínima de 30 dias relativamente à data em que pretenda que opere efeitos*”.¹⁸

Mas por outro lado, tal também significa que, uma vez admitido, em sede de procedimento concursal a determinada(s) lista(s), o mediador constituiu-se no dever de exercer atividade naquelas exatas listas em que se inscreveu, isto é: admite-se que alargue o seu âmbito territorial de atividade, mas não que o restrinja ou que o altere, por referência à circunscrição territorial que

¹⁸ Na verdade, não antevemos razão para que tal pretensão não possa estar unicamente dependente de uma declaração unilateral receptícia, dirigida à entidade gestora do sistema, dentro do prazo regulamentarmente imposto, ao invés de reclamar um deferimento por parte da referida entidade.

abrangeu aquando da sua admissão ao SMF. Não é assim, por acaso, que na norma do n.º 1 do artigo 9.º a letra da lei, de forma inequívoca, se reporta à “lista em que se inscreve”. Contudo, para que se compreenda cabalmente a razão de ser desta norma, há que atentar no regime que disciplina o recrutamento destes mediadores:

O regime de recrutamento de mediadores para o SMF não abdicou, por princípio, de exigências de especial qualificação e aptidão dos candidatos a admitir, e que regulamentarmente se têm por fortalecidas mediante comprovação do requisito da experiência profissional, conforme resulta do requisito de admissão imposto na alínea f), do n.º 1, do artigo 5.º do Regulamento.

Contudo, tal opção não desconsiderou, antes antecipando e acautelando, a necessidade de garantir uma efetiva resposta do sistema na totalidade do território nacional, por forma a que a eficácia do Sistema jamais se visse sacrificada em função da inexistência de experiência profissional por parte de potenciais candidatos: É nesse sentido que o Regulamento também expressamente prevê, ainda que a título excepcional, a possibilidade de dispensa da verificação do requisito da experiência profissional, designadamente, quando esteja em causa “*a dotação de lista territorial que haja resultado impossibilitada em anterior procedimento concursal*” (cf. n.ºs 2 e 3 do artigo 5.º do Regulamento).

E daqui resulta que, o mediador que se candidata e é admitido ao exercício de atividade no SMF em determinada lista, está do mesmo passo, a contribuir para a dotação da mesma em termos que poderão, inclusive, impedir a abertura de novo procedimento concursal para a mesma lista, com dispensa do requisito da experiência. Ora, caso se admitisse a livre saída dos mediadores das listas que inicialmente integraram, correr-se-ia o risco recorrente de sub-dotação de tais listas, com a consequente necessidade de abertura de novos procedimentos de recrutamento, não de acordo com o juízo de oportunidade que necessariamente incumbe à entidade gestora do SMF¹⁹, mas em função da conveniência pessoal dos mediadores. Acresce, naturalmente, o risco associado à incapacidade de resposta do sistema até que se concluíssem tais procedimentos.

Face ao exposto, somos do entendimento que, apenas perante circunstâncias excepcionais e razões absolutamente ponderosas poderá a entidade

¹⁹ (Com todo o investimento de tempo e meios que tal importa).

gestora acolher tal pretensão²⁰, a qual não poderá deixar de ter em consideração a dotação das listas que estejam em causa abandonar.

4. O Sistema de Mediação Familiar: um amplo potencial de crescimento

O primeiro ano civil completo após a entrada em funcionamento do Sistema de Mediação Familiar foi o ano de 2008. Nesse ano verificaram-se 252 pedidos dirigidos à intervenção do sistema.

Desde então, verificou-se uma tendência mais ou menos consistente²¹ no aumento de pedidos dirigidos à intervenção do SMF, tendo-se atingido, no ano de 2016, um marco especialmente relevante – o de 574 pedidos entrados. Tal ficou a dever-se ao facto de esse ser também o primeiro ano completo de vigência do RGPTC²², o que se comprova em simultâneo por ter sido esse “(...)o primeiro ano em que os pedidos de iniciativa da autoridade judiciária se apresentaram como maioritários (representaram cerca de 69% do total de pedidos recebidos pelo SMF), tendo os pedidos de iniciativa das partes, que até então representavam a maioria dos pedidos recebidos, assumido um peso de 31%.”²³.

E, desde então, a tendência para o crescimento do número de pedidos dirigidos à intervenção do SMF tem-se consolidado, situando-se em 902 o número de pedidos entrados no ano de 2021²⁴.

Entendemos, porém, que existe uma larguíssima margem para o crescimento deste sistema, desde logo porque se constata, desde sempre, a existência de uma imensa desproporção entre o número de processos tutelares cíveis findos nos tribunais judiciais de primeira instância e o número de iniciativas dirigidas ao funcionamento do SMF com origem na autoridade judiciária. Materializando esta asserção, tenhamos por exemplo em consideração que, no ano de 2018, deram entrada 38 305 processos tutelares cíveis

²⁰ Será o caso da (imprevisível) mudança de residência e centro de vida do mediador, incompatível com a manutenção do exercício da atividade em lista que originalmente integrou.

²¹ A tendência foi apenas contrariada nos anos de 2012 e 2013, em que se verificaram 224 e 237 pedidos, respetivamente.

²² O RGPTC passou a prever, no artigo 38.º, em matéria de regulação do exercício das responsabilidades parentais e resolução de questões conexas, a remessa obrigatória das partes para a mediação ou para audiência técnica especializada, nos casos em que não seja obtido acordo na conferência.

²³ Direção-Geral da Política de Justiça (2020, p. 108)

²⁴ Dados consultáveis, a partir do ano de 2015, no sítio das estatísticas oficiais da justiça em <https://estatisticas.justica.gov.pt/sites/siej/pt-pt>. Os dados referentes aos anos de 2008 a 2014 foram extraídos da plataforma de gestão do sistema de mediação familiar.

em matéria de responsabilidades parentais e poder paternal (sendo este, de resto o objeto de mediação dominante no SMF) e apenas 249 pedidos de intervenção dirigidos ao SMF.

Estamos convictos, de resto, que a medida constante do *Plano Justiça Mais Próxima 2020/2023*, sob o código 465, será ponto de partida determinante para relevar todo o potencial que este sistema já encerra. A referida medida propõe-se “*Fomentar, através de um projeto-piloto, a resolução de litígios familiares com envolvimento dos filhos, por recurso ao Sistema de Mediação Familiar (SMF), mediante a instituição da obrigatoriedade da sessão de pré-mediação em momento prévio: -À instauração do processo de divórcio sem consentimento de um dos cônjuges quando existam filhos menores, ou do processo de divórcio por mútuo consentimento, quando não exista acordo entre os cônjuges sobre a regulação do exercício das responsabilidades parentais; a) À instauração das seguintes providências tutelares cíveis; b) A regulação do exercício das responsabilidades parentais e o conhecimento das questões a este respeitantes; c) A fixação dos alimentos devidos à criança e aos filhos maiores ou emancipados e a execução por alimentos; d) A determinação, em caso de desacordo dos pais, do nome e apelidos da criança; e) A constituição da relação de apadrinhamento civil e a sua revogação; f) A regulação dos convívios da criança com os irmãos e ascendentes. Nos casos referidos, a participação na sessão de pré-mediação não acarretará quaisquer custos para as partes, os quais serão assumidos pelo próprio SMF*”²⁵.

Assim o esperamos.

5. Conclusões

A Lei da Mediação previu a existência de serviços de mediação criados e geridos por entidades públicas, visando deste modo facultar a todos os cidadãos interessados uma resposta de mediação fiável, acessível e especialmente qualificada.

O Sistema de Mediação Familiar, gerido pelo Ministério da Justiça, através da Direção-Geral da Política de Justiça, tem uma génese que em muito precede a Lei da Mediação. Contudo e à luz deste quadro normativo, conheceu também aperfeiçoamento e consolidação, de que é expressão recente o seu atual instrumento regulatório – o Despacho Normativo 13/2018.

²⁵ Consultável em <https://justicamaisproxima.justica.gov.pt/medida/justica-familiar-ao-alcance-de-todos/>.

Constatamos a materialização das características da celeridade, da acessibilidade, da proximidade e muito particularmente, da segurança, que se lhe quiseram ver associadas.

A verificação de uma tendência consistente de crescimento de pedidos dirigidos à intervenção do SMF será, também reflexo da concretização de tais atributos junto dos seus utilizadores. Reconhece-se, porém, que há ampla margem de crescimento para este serviço, afigurando-se-nos imperativo público explorá-la.

Neste sentido, parecem-nos valiosas, no curto prazo, dois tipos de iniciativas: o investimento sólido na divulgação da resposta e a implementação do projeto experimental de pré-mediação obrigatória anunciado no *Plano Justiça Mais Próxima 2020-2023*.

Por fim, decorridos 5 anos sobre a entrada em vigor do mais recente instrumento regulatório do SMF, justifica-se, a nosso ver, a revisitação deste instrumento normativo, tendo em vista, designadamente, a clarificação do âmbito de competência territorial do SMF, bem como o expresse reconhecimento da modalidade de condução do procedimento à distância, uma realidade com suficientes provas dadas.

Referências bibliográficas

DIREÇÃO-GERAL DA POLÍTICA DE JUSTIÇA (2020). *Estudo de monitorização e avaliação diagnóstica do Sistema de Mediação Familiar*.

Capítulo 10

Relações, conflitos e mediação laboral: entre o público e o privado. Estudo de caso

SUSANA SARDINHA MONTEIRO

Professora na ESECS do Politécnico de Leiria

Investigadora integrada do IJP – Polo de Leiria

SUMÁRIO: 1. As relações laborais e os conflitos laborais. 1.1. Os custos dos conflitos nas organizações e a mediação enquanto estratégia preventiva da conflitualidade laboral. 1.2. A mediação enquanto meio extrajudicial de resolução de conflitos laborais: limites e oportunidades. 2. A mediação laboral em Portugal: entre o público e o privado. 3. Estudo de caso: a metodologia de investigação e os instrumentos de recolha de dados. 3.1. Análise dos dados. 4. Reflexão final.

RESUMO: Ao celebrar os 10 anos de vigência da Lei n.º 29/2013, de 19 de abril, impõe-se analisar o impacto da mediação no sistema português de administração da justiça e o contributo da predita lei na corporização do ideal de uma justiça mais próxima dos cidadãos, mais participada e mais adequada a cada caso. Vamos, neste texto, discorrer sobre a mediação laboral em Portugal, tendo em conta as especificidades das relações laborais, com destaque para as relações laborais individuais. Adentramos nas principais razões da conflitualidade laboral e organizacional e o impacto/custos dos conflitos nas organizações. Da natureza das normas jurídico-laborais e da assimetria entre os sujeitos decorrem dois dos principais limites à aplicação da mediação aos conflitos laborais individuais. Sendo a mediação uma realidade no ordenamento jurídico nacional e tendo o sistema público de mediação laboral sido criado em 2006 importa perceber o porquê de continuar a ser uma realidade muito distante dos cidadãos em geral e dos sujeitos laborais em particular. Neste sentido, alicerçado nos últimos dados estatísticos disponibilizados pelo Ministério da Justiça, propomo-nos desenvolver um estudo de caso destinado a aferir a perceção dos mediadores sobre o estado da arte da mediação laboral em Portugal.

ABSTRACT: Celebrating the 10th anniversary of Law 29/2013, of April 19th, it is necessary to analyze the impact of mediation in the Portuguese legal system regarding the administration of justice and the contribution of the foregoing law in the embodiment of the ideal of a justice closer to citizens, more participated and more appropriate to each case.

In this text, we will discuss labor mediation in Portugal, considering the specificities of labor relations, with emphasis on individual labor relations. We will focus on the main reasons for labor and organizational conflicts and the impact/costs of conflicts on the organizations. Two of the main doubts regarding the application of mediation on individual labor disputes arise from the nature of the legal-labor standards and the asymmetry between the subjects. Being mediation a reality in the national system regarding the administration of justice and as the public labor mediation system is into force since 2006, it is important to understand why it remains a very distant and blurred reality for those whom it benefits, the citizens in general and the labor subjects, in particular. In this sense, based on the latest statistical data provided by the Portuguese Ministry of Justice, we proposed to develop a case study aimed to assess the perception of mediators about the state of the art of labor mediation in Portugal.

1. As relações laborais e os conflitos laborais

O ordenamento jurídico laboral português por razões históricas conhecidas caracteriza-se pelo princípio da tutela pública do trabalhador subordinado e por uma constante intervenção pública nas relações laborais. Um dos primeiros propósitos do Direito do Trabalho é, pois, garantir um nível adequado de proteção ao trabalhador enquanto sujeito mais débil da relação laboral, tentando, desta forma, assegurar uma relativa estabilidade social. A necessidade da referida intervenção pública que decorre, ainda, da diferente natureza das necessidades de cada uma das partes (trabalhador e empregador) e as condições do próprio mercado, tradicionalmente desfavorável à procura de emprego – conduziu, também, à criação de meios públicos, de natureza administrativa e jurisdicional, de resolução dos conflitos laborais. Daqui decorre uma primazia, quase total e absoluta, da função jurisdicional na resolução dos conflitos laborais.

Não obstante, os meios extrajudiciais foram ganhando relevância, especificamente no que concerne à resolução de conflitos coletivos de trabalho, surgidos no âmbito das relações coletivas que pressupõem “interesses *colectivos*, de classe, de categoria profissional ou de ramo da actividade económica”¹. São várias as razões que determinam essa maior projecção dos meios extrajudiciais na resolução de conflitos coletivos, com destaque para um maior peso e importância sindical no mundo laboral com a consequente vontade dos agentes sociais de participar ativamente na resolução dos conflitos, bem

¹ António Monteiro Fernandes (2017, p. 33).

como uma maior incidência dos conflitos de interesses² no domínio coletivo e cuja natureza se adequa à respetiva resolução por via negocial.

Tal não significa, contudo, a exclusão dos meios extrajudiciais da resolução da conflitualidade surgida no domínio das relações individuais de trabalho. Sobrelevam, contudo, os limites à liberdade contratual previstos na legislação laboral com a consequente indisponibilidade dos direitos e a natureza das normas jurídico-laborais, muitas de cariz imperativo e/ou imperativo-limitativo. Ainda que a via judicial emergja como a via típica para a resolução dos conflitos laborais individuais, defendemos que a via autocompositiva não deve ser excluída desta equação. As características da relação individual de trabalho adequam-se a uma solução negociada, sempre, com o limite intransponível dos direitos indisponíveis. Na verdade, a filosofia e a lógica presentes nos mecanismos extrajudiciais, com destaque para a mediação, pode revelar-se mais efetiva, responsável, ágil, versátil e adequada para a resolução de conflitos laborais individuais.

Atentemos na natureza específica da relação individual de trabalho e dos “limites” ao recurso a meios extrajudiciais para a resolução dos respetivos conflitos.

Ora, a relação individual de trabalho que se estabelece entre dois sujeitos: trabalhador e empregador, caracteriza-se por ser numa relação sinalagmática entre trabalho e retribuição, por força da qual o trabalhador se compromete a prestar a sua atividade de acordo com ordens e instruções dadas pela contraparte. Esta é uma relação que se traduz na alienação da força de trabalho pelo trabalhador. Ora, importa perceber que a força de trabalho constitui uma “qualidade inseparável da *pessoa do trabalhador*, o que supõe um profundo envolvimento da pessoa deste na execução, em moldes hete-

² Tradicionalmente os conflitos laborais distinguem-se em conflitos jurídicos (também designados de conflitos de direito, de interpretação e aplicação ou conflitos sobre direitos) e conflitos económicos (também designados de conflitos de ordem económica, de interesses ou ainda de novação). Os primeiros, os conflitos de direito, têm por objeto uma divergência sobre a interpretação e aplicação das normas vigentes constantes de contratos de trabalho, de instrumentos de regulamentação coletiva de trabalho ou da lei. Estes conflitos podem ser resolvidos por recurso à via jurisdicional (cabendo aos tribunais interpretar e aplicar as normas em vigor) ou a meios extrajudiciais. Já os conflitos de interesses pretendem a substituição das regras em vigor por outras normas, não se reputando a via jurisdicional como competente e adequada para a sua resolução. Resta, assim, o recurso aos meios extrajudiciais como a única via capaz de resolver a conflitualidade laboral e promover a paz laboral e social.

rodeterminados, daquele contrato. Destarte, ao alienar a disponibilidade da sua força de trabalho, o trabalhador aliena-se, de algum modo, a si próprio. O trabalhador tem como que «duas vidas», a vida no trabalho e a vida fora do trabalho, uma vida profissional em que se encontra numa situação de heterodisponibilidade e uma vida extraprofissional em que recupera a sua autodisponibilidade”³.

João Leal Amado caracteriza a relação individual de trabalho como sendo “profundamente *assimétrica*, isto é, manifestamente inigualitária”, na medida em que, para além da dependência económica em que o trabalhador se encontra face à entidade empregadora, está, também, sujeito à sua autoridade e direção, i.e., à subordinação jurídica. Para o referido Autor “este desequilíbrio estrutural da relação de trabalho não pode ser ignorado, nem deve ser menosprezado, pelo Direito”. Neste sentido esta “feição protecionista do contraente mais débil” está presente no “código genético”⁴ do Direito do trabalho. A intervenção do Direito do trabalho pretende “reequilibrar” substancialmente o posicionamento das partes: trabalhador e empregador, regulando o trabalho enquanto atividade humana, livre, produtiva, útil, remunerada, subordinada. Para António Monteiro Fernandes «[o] ordenamento legal do trabalho surgiu e desenvolveu-se como uma reação ou “resposta” às consequências da *debilidade contratual* de uma das partes (o trabalhador), perante um esquema negocial originariamente paritário como qualquer contrato jurídico-privado». Esta disparidade originária entre os contraentes decorre da “diferente natureza das necessidades que levam cada um a contratar (a subsistência própria e familiar, no caso do trabalhador; o preenchimento de uma organização de trabalho, por parte do empregador), mas também às condições do *mercado de trabalho* (predominantemente desfavoráveis à procura de emprego)”⁵.

A relação de trabalho – quer individual quer coletiva – é, assim, na sua natureza intrínseca, uma relação potenciadora de conflitos. Acrescem, depois, todos os outros fatores potenciadores da conflitualidade laboral, tais como os (fatores) económicos, políticos, sociais e civilizacionais. Nas palavras de João Reis o conflito laboral constitui um “[f]enómeno dinâmico e multifacetado, (...) [que evolui e se adapta] “às circunstâncias envolventes, que também ajuda a criar, numa permanente tensão dialética, variando de

³ João Leal Amado (2014, p. 21).

⁴ João Leal Amado (2014, p. 37).

⁵ António Monteiro Fernandes (2017, p. 26).

intensidade ao longo dos tempos, assumindo novas formas e suscitando novos problemas ao Direito do Trabalho”⁶ e que se caracteriza “pela exteriorização de pretensões divergentes ou incompatíveis sobre matéria laboral, por parte de sujeitos laborais ou de sujeitos a estes equiparados, com vista a pressionar no sentido da alteração da situação existente ou para impedir a alteração unilateral dela pelo oponente”⁷.

Os conflitos laborais podem ser entendidos como uma situação social que se exprime por uma «contraposição estrutural de interesses entre empregadores e trabalhadores, um desajuste entre interesses “institucionais” dos agentes laborais»⁸ sobre “condições de trabalho concretas e específicas [i.e., sobre] determinados aspectos da situação laboral”⁹ “com vista a pressionar no sentido da alteração da situação existente ou para impedir a alteração unilateral dela pelo oponente”¹⁰.

Sem pretender fazer uma análise exaustiva no que concerne à tipologia dos conflitos laborais, importa precisar o critério distintivo entre os conflitos individuais e coletivos. Ainda que assumindo o caráter linear da caracterização, o elemento distintivo entre conflito individual e coletivo, radica na natureza dos sujeitos envolvidos que, no caso do conflito coletivo constitui, sempre, do lado dos trabalhadores, um sujeito supra-individual, impondo-se a natureza grupal e coletiva do sujeito representativo dos trabalhadores¹¹. Isto, porque do lado dos empregadores, basta um só sujeito, um só empregador¹². Nesta distinção não se assume como elemento distintivo o critério dos

⁶ João Reis (2017, p. 241).

⁷ João Reis (2017, p. 329).

⁸ João Reis (2017, p. 242).

⁹ João Reis (2017, p. 243).

¹⁰ João Reis (2017, p. 329).

¹¹ Atentemos no facto de, nos processos de celebração e/ou de revisão de uma convenção coletiva, os trabalhadores serem representados por uma associação sindical [artigo 443.º, n.º 1, alínea a) e artigo 491.º, n.º 1 e n.º 2, alínea a), do CT, em cumprimento do disposto no artigo 56.º da CRP com a epígrafe “*Direitos das associações sindicais e contratação colectiva*”]. Se o processo negocial falhar, apenas as associações sindicais têm legitimidade para promover e desencadear os meios extrajudiciais de composição de conflitos coletivos, a saber: a conciliação, a mediação e a arbitragem, condicionada, esta última, ao assentimento da outra parte [artigos 523.º, n.º 3, 526.º, n.º 3 e 508.º, n.º 1, alínea a), do CT].

¹² A propósito da enumeração dos IRCT negociais e, em particular das convenções coletivas, caracteriza-se como “[a]cordo de empresa, a convenção celebrada entre associação sindical e um empregador para uma empresa ou estabelecimento” [artigo 2.º, n.º 2, alínea c), do CT].

interesses, individuais e coletivos, dado que muitas vezes estes se confundem. Na verdade, a existência e defesa de um interesse coletivo, repercute-se nos interesses individuais dos interessados, assim como estes últimos contribuem para a formação daquele¹³.

Efetuada este enquadramento vamos, de seguida, adentrar nas razões intrínsecas às relações laborais e à dinâmica organizacional que geram e potenciam a conflitualidade.

As razões para a conflitualidade laboral são múltiplas. Na sequência do que referimos supra, a essência da relação laboral e do facto jurídico que une os dois sujeitos são, *de per si*, fatores de conflitualidade. De notar que a relação laboral se constitui como uma relação duradoura, não se esgotando com a realização de uma única prestação. Para mais, acresce a subordinação jurídica do trabalhador face à entidade patronal que detém sobre o trabalhador o poder de vigilância e de fiscalização, com o consequente poder disciplinar. Por conseguinte, o desenvolvimento da relação ocorre dentro de uma estrutura de poder potenciadora de conflitos manifestos e/ou latentes. Tudo isto implica que a prestação de atividade pelo trabalhador se configure e articule com a atividade empresarial e consequentemente esteja inserida numa estrutura organizada e hierárquica. O modelo de organização é, ele próprio, fator de conflitualidade laboral. A adoção de um modelo autoritário e impositivo, ao invés de um modelo participativo e colaborativo potencia a conflitualidade. O mesmo sucede quando se verifica uma certa ambiguidade na autoridade e na assunção de responsabilidades. A organização funcional e o relacionamento profissional – competitivo ao invés de cooperativo, interdependente e diferenciado são, também, fatores naturais de conflitualidade laboral. Tipicamente o poder diretivo do empregador aliado aos poderes determinativo da função e conformativo da prestação implicam a distribuição do trabalho pelos trabalhadores com a consequente interdependência das prestações que, para resultar, pressupõe um nível mínimo de consenso. A especialização é também um fator potenciador de conflito(s). A especialização dos trabalhadores, com a reduzida ou quase nula dependência entre si, aliada a questões como competitividade, diferentes expectativas, salários diferentes, condições diferentes (por exemplo, políticas de remuneração baseadas no desempenho) exponencia a conflitualidade. Destacamos, por fim a organização do tempo de trabalho com o consequente impacto na

¹³ Susana Sardinha Monteiro (2022).

vida pessoal e familiar, que constitui uma permanente fonte de tensão e de conflitos.

Pelo acima exposto, decorre a importância de manter a relação laboral, não só para o trabalhador (decorrente da essência da relação de trabalho e da necessidade subjacente do trabalhador em obter os meios para a sua subsistência), mas também para o empregador que investe na constituição e consolidação de equipas de trabalho, na formação dos trabalhadores, que partilha segredos e modos de organização e funcionamento e que por isso procura estabilidade na sua organização. Assim, sempre que há expectativa de manutenção e continuidade da relação (de trabalho) entre as partes, a mediação pelas suas características e pela filosofia que lhe subjaz constitui-se como a via (mais) adequada de resolução de conflitos laborais, contribuindo desta forma para a pacificação individual, laboral, organizacional e social.

1.1 Os custos dos conflitos nas organizações e a mediação enquanto estratégia preventiva da conflitualidade laboral

Ora, sabemos que os conflitos são naturais à vida e à interação social; sabemos que onde há pessoas há conflitos e que uma empresa/organização, pelas razões aduzidas supra constituem um local propício para o seu surgimento e exponenciamento. É inegável como os conflitos se não forem adequadamente geridos, impactam negativamente a organização, interna e externamente. Incluímos os conflitos decorrentes das relações verticais, que pressupõem uma hierarquização das relações, mas também os derivados das relações horizontais, que ocorrem entre trabalhadores.

Pedro Romano Martinez discorre sobre o impacto, o peso e a amplitude dos conflitos individuais e dos conflitos coletivos, no mundo e na legislação laboral. Assim, os conflitos laborais individuais, que ocorrem na relação que se estabelece entre trabalhador e empregador e cuja principal causa decorre de divergências quanto à interpretação e à aplicação das cláusulas que vinculam as partes, têm um impacto limitado na legislação laboral. Por seu turno, os conflitos coletivos, cuja origem “não se resume a uma deficiente aplicação de regras em vigor, mas à sua modificação ou substituição por outras mais favoráveis para o trabalhador”, visando alterar “o *status quo* vigente”, têm conduzido à introdução paulatina de alterações no direito do trabalho, bem como a melhorias nas condições de trabalho, nomeadamente quanto a aumentos salariais, regras relativas à segurança e higiene no trabalho, à

segurança no emprego, à limitação no despedimento. Assume desta forma a relevância económica e social dos conflitos coletivos¹⁴.

A propósito do impacto dos conflitos para as organizações destacamos a sistematização efetuada por Carol Pinilla Gracia que distingue entre custos facilmente quantificáveis e custos difíceis de quantificar. Enumera como facilmente quantificáveis, os custos decorrentes do tempo investido (os derivados do tempo gasto pela organização na gestão dos conflitos), custos de oportunidade (decorrentes do impacto dos conflitos na produtividade) e que se traduzem no(s) ganho(s) que a organização teria caso tivesse investido o dinheiro do conflito no processo de produção) e custos legais decorrentes do conflito. No que concerne aos custos mais difíceis de quantificar, a Autora enumera a perda de qualidade das decisões, a reestruturação da organização, a perda e substituição de profissionais qualificados, possíveis sabotagens, perdas e danos e, por último, o custo emocional e o absentismo¹⁵. Acrescentamos a estes últimos, os custos dos conflitos na projeção da imagem da empresa para o exterior.

Ainda no domínio dos custos decorrentes dos conflitos, Mónica Seara¹⁶ destaca a relação entre conflitos e riscos psicossociais entendidos como qualquer manifestação de perigo para a saúde do trabalhador, nomeadamente decorrentes do stress, do *burnout*, do *mobbing* (assédio moral) e da violência no local de trabalho. Os riscos psicossociais repercutem-se diretamente na saúde dos trabalhadores com manifestações físicas (como transtornos cardiovasculares, digestivos, endócrinos, fadiga crónica) psicológicos (depressão, irritabilidade, ansiedade, falta de motivação e acomodação) e comportamentais (como adições, sinistralidade, absentismo, perda de produtividade, entre outros). Os riscos psicossociais decorrem, em primeira mão, da organização do trabalho, sabendo que os fatores de risco psicossocial constituem fatores geradores de conflitos.

Ora, percebendo o impacto dos conflitos (disfuncionais) nos membros da organização, enquanto indivíduos e enquanto coletivo e no desempenho da organização, importa desenvolver estratégias de gestão e de organização que permitam ver o conflito como uma oportunidade de mudança, como um meio para o crescimento e para a evolução. Daí a necessidade de implementar um conjunto de estratégias destinadas a prevenir os conflitos ou, melhor,

¹⁴ Pedro Romano Martinez (2010, p. 1265).

¹⁵ Carol Pinilla Gracia (sd, pp.11-14).

¹⁶ Mónica Seara Seara (sd, pp. 45-57).

a prevenir os efeitos negativos desses mesmos conflitos. Assume, aqui, particular relevância a mediação e os princípios que lhe garantem identidade enquanto estratégia preventiva da conflitualidade laboral, visando uma cultura de paz, de confiança e de cooperação, transformando uma situação potencial de crise numa oportunidade de mudança e de ganhos para os indivíduos e para a organização.

Importa operar uma mudança na estrutura das organizações. O modelo tradicional baseado em estruturas verticais e hierárquicas onde a pessoa, o trabalhador, constitui um dos elementos do processo produtivo, ainda que o elemento/fator humano de produção, tem vindo, paulatinamente, a dar lugar a um modelo de organização com estrutura horizontal e colaborativa, assumindo as pessoas um papel central no seio da organização. Esta capacidade de mudança e adaptação é um fator de prosperidade e garante de sucesso para as organizações.

Reconhece-se a importância da mediação numa perspetiva global ou sistémica, nomeadamente no que respeita ao seu papel preventivo nas situações de conflito.

1.2. A mediação enquanto meio extrajudicial de resolução de conflitos laborais: limites e oportunidades

São variadas as definições e caracterizações doutrinárias sobre mediação. Para Guy Canivet a mediação traduz “une conception moderne de la Justice, une Justice qui observe, qui facilite la négociation, qui prend en compte l'exécution, qui ménage les relations futures entre les parties, qui préserve le tissu social”¹⁷. María José López Álvarez discorre sobre a mediação enquanto alternativa à via judicial. Refere que a mediação “se postula como una alternativa a la vía judicial, que se contrapone a esta en la medida em que se articula bajo presupuestos diferentes: voluntariedad, flexibilidad y confidencialidad frente a la imposición, rigidez y publicidad características del proceso judicial. La mediación conlleva un acercamiento de posturas y debe realizarse en un clima de entendimiento y colaboración, en contraste con el enfrentamiento y la oposición con los que habitualmente las partes acuden al proceso judicial. Y las divergencias entre ambas figuras van más allá de cuestiones puramente instrumentales o estratégicas, porque comprometen también el resultado. En la mediación se busca una solución dialogada y con-

¹⁷ Guy Cannivet *apud* Béatrice Blohorn-Brenneur (2008, p. 17).

sensuada, no impuesta, que integre los intereses en juego y ayude a la superación del conflicto, responsabilizando a los implicados en él”.

Béatrice Blohorn-Brenneur enaltece as múltiplas aplicações da mediação, nomeadamente no domínio jurídico-laboral, ao afirmar que “[l]a médiation peut être appliquée dans n’importe quelle matière civile et commerciale. Elle est particulièrement adaptée aux conflits individuels du travail. Cela est évident lorsque le contentieux porte sur l’exécution même du contrat de travail. Après la décision de justice, le perdant et le gagnant continueront à travailler ensemble. L’accord de médiation évite que rancœurs et frustrations n’altèrent la poursuite de l’exécution du contrat. Elle trouve aussi à s’appliquer lorsque le contentieux est consécutif à la rupture du contrat de travail. Le licenciement n’a pas seulement des répercussions économiques. L’application de la seule règle de droit ne permet pas toujours d’apporter une solution satisfaisante aux problèmes humains”¹⁸.

Segundo Pedro Cunha e Sofia Leitão que a este propósito citam Gonzalo Serrano a “mediação laboral assume um cariz importante, uma vez que se apresenta como um meio ágil, económico e eficaz de resolução de conflitos laborais, em particular num mundo competitivo como é aquele em que estamos no presente”¹⁹. Na mesma senda Célia González Capitel considera que a mediação laboral permite que se preservem e melhorem (a qualidade) das relações internas e externas numa organização. Destaca a Autora que essas relações permitem o cumprimento da missão da organização pelo que o recurso à mediação permite que todos os envolvidos no conflito se empenhem para o encontro de alternativas e soluções que ponham termo ao conflito. E mesmo quando não seja possível obter o acordo, a mediação atuará no sentido de melhorar a comunicação entre os envolvidos no conflito²⁰.

Não é nosso propósito fazer uma análise descritiva do conceito, das características e dos princípios da mediação, mas perceber como as mesmas se concretizam no domínio das relações laborais, em especial das relações individuais e da conflitualidade daí emergente.

Decorrente das características e dos princípios da mediação, a saber a flexibilidade e a informalidade que permitem atender às específicas circunstâncias do caso concreto; a agilidade e a celeridade do procedimento que contribuem para a redução dos custos e do tempo de resolução do conflito;

¹⁸ Béatrice Blohorn-Brenneur (2008, p. 17).

¹⁹ Gonzalo Serrano *apud* Pedro Cunha e Sofia Leitão (2016, p.50).

²⁰ Célia González Capitel (2001).

a voluntariedade²¹ e a consensualidade com o consequente controlo do procedimento pelas partes; o caráter sigiloso e a confidencialidade²² que permitem uma abordagem mais honesta e sincera dos interesses das partes; a imparcialidade²³ e independência²⁴ do mediador que trata as partes de forma equitativa²⁵, fazem da mediação um método adequado para a resolução de conflitos e, neste particular dos conflitos individuais de trabalho. Acresce o efeito do acordo obtido em sede de mediação ao qual a lei atribuiu força executiva²⁶ o que “tende ao sucesso da mediação, porquanto permite

²¹ Artigo 4.º da Lei da Mediação. De acordo com o princípio da voluntariedade, que constitui um dos princípios identitários da mediação em Portugal, a decisão de participar, permanecer, assinar ou não o acordo, e desistir quando o entender, sem que daí resulte uma qualquer consequência, radica na total e livre disponibilidade das partes.

²² Como forma de garantir o sucesso do procedimento de mediação e assegurar a necessária confiança das pessoas no respetivo procedimento, a Lei da Mediação prevê o dever de 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” (artigo 5.º, n.º 1, da Lei da Mediação). Admitem-se exceções à confidencialidade, determinadas 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, na estrita medida do que, em concreto, se revelar necessário para a proteção dos referidos interesses” (artigo 5.º, n.º 3, da Lei da Mediação).

²³ Artigo 6.º da Lei da Mediação. Segundo Dulce Lopes e Afonso Patrão “[a] imparcialidade do mediador radica na equidistância face às partes mediadas: o mediador não pode aliar-se a uma das partes ou tomar um partido, não obstante os previsíveis esforços dos mediados em cativar a sua preferência” (Dulce Lopes e Afonso Patrão 2016, p. 55).

²⁴ Artigo 7.º da Lei da Mediação. A independência do mediador visa assegurar “o exercício livre e descomprometido da função [e que se traduz na] insubordinação do mediador a quaisquer outras entidades, públicas ou privadas (incluindo as partes) (...) [bem como] a sua emancipação face a interesses próprios ou de terceiro, valores pessoais ou influências externas” (Dulce Lopes e Afonso Patrão 2016, p. 58).

²⁵ Artigo 6.º da Lei da Mediação. Para Cátia Marques Cebola 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.” (Cátia Marques Cebola, 2015, p. 59).

²⁶ Artigo 9.º da Lei da Mediação.

às partes confiar no termo do litígio, tal como se a deliberação tivesse sido determinada por um Juiz”²⁷. Cumpridos os requisitos enunciados, a saber: (1) que o litígio possa ser objeto de mediação e (2) com relação ao qual a lei não exija homologação; (3) que as partes tenham capacidade para a sua celebração; (4) que seja obtido por via de procedimento de mediação realizada nos termos legalmente previstos; (5) que o conteúdo do acordo não viole a ordem pública; (6) que o mediador seja um profissional inscrito na lista de mediadores de conflitos organizada pelo Ministério da Justiça²⁸ “o acordo de mediação constituirá título executivo extravagante, podendo ser executado em caso de incumprimento das estipulações estabelecidas pelos mediados”²⁹.

Ao permitir “reorganizar o cenário do conflito”³⁰ num ambiente de colaboração e cooperação entre as partes no seio do qual, com a ajuda do mediador, se restabelecem e/ou reforçam os canais de comunicação, garante-se uma melhoria no relacionamento entre as partes ou, pelo menos, evita-se a sua deterioração; ao ter como foco as pessoas em conflito e não o conflito em si; ao fazer uma análise exaustiva e pormenorizada do contexto conflitual, olhando para o passado para objetivar o conflito (no presente) para, em conjunto, construir o futuro, permite-se que as partes, de forma responsável e racional, agindo com lealdade, boa fé e respeito mútuo, encontrem soluções adaptadas às suas necessidades, soluções que traduzam os seus reais interesses assegurando, assim, a estabilidade e perenidade dos acordos firmados.

Pese embora as características apresentadas, a especificidade das relações laborais individuais suscita algumas considerações, limites quanto ao recurso à mediação para a resolução dos conflitos que delas emergem.

Começamos pela questão da assimetria entre os sujeitos de que resulta uma dificuldade e um perigo do recurso à mediação para a resolução dos conflitos laborais individuais. Dificuldade do mediador que, em cumprimento dos deveres que sob ele impendem, nomeadamente, o da independência, da imparcialidade e da necessidade de tratar as partes de forma equitativa durante todo o procedimento de mediação, exige (ao mediador) atenção redobrada no sentido de tentar encontrar um ponto de equilíbrio entre as duas partes, trabalhador e empregador. Perigo resultante do facto

²⁷ Dulce Lopes e Afonso Patrão (2016, p. 67).

²⁸ Artigo 9.º, n.º 1, da Lei da Mediação.

²⁹ Cátia Marques Cebola (2015, p. 60).

³⁰ Pedro Cunha e Sofia Leitão (2016, p. 51).

de a mediação decorrer extrajudicialmente, sem controlo por parte dos poderes públicos o que poderá conduzir à criação de uma espécie de “justiça privada”, ou seja, o recurso à mediação poderá servir como forma de “ultrapassar” ou “subverter” a aplicação das normas jurídicas, como uma forma de obter uma solução que seria negada pela justiça tradicional. Pelo exposto e nas palavras de María José López Álvarez “[l]a mediación no puede convertirse en un medio de solución de conflictos no jurídico y debe articularse, en consecuencia, con las debidas garantías para asegurar el respecto a las normas de orden público”³¹. Discorre a Autora sobre qual a forma mais adequada para se efetivar esse controlo, nomeadamente sobre a oportunidade e necessidade de controlo judicial ou administrativo sobre o processo e/ou o resultado da mediação que, se por um lado, proporcionaria segurança às partes e credibilidade ao procedimento, por outro retiraria o carácter autónomo e autocompositivo a este meio extrajudicial de resolução de conflitos. Conclui a Autora que “situar a mediación en un contexto estrictamente privado (...) puede no ser la mejor opción para el ámbito laboral”³².

O papel do terceiro neste procedimento revela-se, assim, essencial. Apesar de não dispor de poder decisório, goza da independência, imparcialidade e neutralidade necessárias para poder percecionar o conflito com a objetividade necessária de alguém exterior ao conflito e, portanto, não envolvido emocionalmente, estimulando-as a resolver as respetivas diferenças. Estas características aliadas à sua disponibilidade e às habilidades, técnicas e estratégias a que pode recorrer, permitem-lhe dispor de uma visão mais objetiva do conflito, contribuindo para a aproximação dos interesses entre os mediados que mantêm o controlo permanente sobre o processo negocial e sobre a decisão final, firmando ou não o acordo.

Um outro limite à utilização da mediação no âmbito laboral individual e consequentemente uma das razões apresentadas para o seu relativo insucesso na resolução dos conflitos laborais individuais decorre do carácter imperativo de muitas das normas de Direito do Trabalho que não podem ser derogadas *in pejus*. Ainda que limitando grandemente o poder negocial das partes, garante-se o gozo efetivo de um conjunto de direitos impedindo a sua renúncia ou o estabelecimento de concessões por parte dos trabalhadores.

³¹ María José López Álvarez (2014, p. 14).

³² María José López Álvarez (2014, p. 28).

Daí que, tal como referido supra, se tenha instituído a via judicial como o meio típico de resolução de conflitos laborais individuais.

Importa, contudo, realçar a tendência para uma paulatina revalorização da relação individual de trabalho e do facto jurídico que o sustenta, o contrato de trabalho. Destaca-se o que António Monteiro Fernandes qualifica de “fronteiras móveis do direito do trabalho”³³ com o aparecimento de novas modalidades jurídicas de prestação de trabalho; uma cada vez maior diversidade, especificidade e especialização dos sujeitos que se vinculam por contrato de trabalho, muitos dos quais com grande poder de negociação face ao empregador; condições produtivas cada vez mais complexas e específicas que impõem a negociação de acordos próprios relativamente às funções assumidas pelos trabalhadores e às condições em que a atividade é prestada - circunstâncias que têm aberto espaço para uma maior flexibilização das relações laborais e consequentemente uma maior capacidade e autonomia negocial permitindo uma gestão mais individualizada das condições de trabalho, bem como, uma solução negociada dos conflitos laborais. A este propósito importa lembrar a questão que abordamos anteriormente decorrente do “(...) peligro que supone la mediacion si se instrumentaliza para configurar una vía paralela no jurídica de resolución de conflictos”³⁴. Para obviar estes riscos María José López Álvarez refere a necessidade de assegurar e prever mecanismos de garantia da qualidade da formação em mediação, a supervisão adequada da atividade dos mediadores e a necessidade de apoio/aconselhamento jurídico durante o procedimento de mediação.

2. A mediação laboral em Portugal: entre o público e o privado

No domínio laboral, a consagração dos meios extrajudiciais para a resolução de conflitos coletivos, onde se inclui a mediação, encontram-se previstos na legislação portuguesa desde o Decreto-Lei n.º 164-A/76, de 28 de fevereiro, que regulamentava as relações coletivas de trabalho. Com a codificação laboral, passaram para o Código de Trabalho de 2003³⁵ e estão, hoje, previstos nos artigos 523.º a 529.º do Código do Trabalho, aprovado pela Lei n.º 7/2009, de 12 de fevereiro³⁶.

³³ Expressão usada por António Monteiro Fernandes (2017, p. 41).

³⁴ María José López Álvarez (2014, p. 41).

³⁵ Código do Trabalho de 2003, aprovado pela Lei n.º 99/2003, de 27 de agosto.

³⁶ A mediação para conflitos coletivos, prevista e regulada nos artigos 526.º e ss. do CT, consiste numa forma de negociação assistida por um terceiro, o mediador, ao qual cabe a elabo-

Já o recurso à mediação para a resolução de conflitos laborais individuais, constitui uma relativa novidade para o ordenamento jurídico português. Foi com a criação dos Julgados de Paz, pela Lei n.º 78/2001, de 13 de julho, que corporiza o ideal de uma justiça mais próxima dos cidadãos e integrada no contexto mais amplo da reforma do sistema de administração da justiça em Portugal, que foi previsto o desenvolvimento de *“formas de resolução extrajudicial de litígios, (...) designadamente mediação, conciliação e arbitragem, como forma privilegiada de intervir a montante do sistema tradicional de administração da justiça que alia à vantagem de, ao actuar sobre as causas e origens dos conflitos, prevenir o litígio pela concertação das partes, os benefícios inerentes à celeridade, credibilidade e economia”*³⁷.

Criado o primeiro sistema público de mediação, de competência genérica, a mediação nos Julgados de Paz³⁸, seguiram-se três outros sistemas (públicos) de competência especializada em função da matéria: a mediação laboral (em 2006), a mediação penal³⁹ e a mediação familiar⁴⁰ (ambos em 2007). Anos maios tarde foi adotada a Lei n.º 29/2013, de 19 de abril, que segundo Cátia Marques Cebola “veio regulamentar, de forma autónoma, a mediação em Portugal, determinando o legislador, logo no seu art. 1.º, o pro-

ração e apresentação de uma proposta de solução para o conflito, ainda que a decisão final, de aceitação ou rejeição da proposta, radique, sempre, na vontade e decisão das partes.

³⁷ Preâmbulo do Decreto-Lei n.º 90/2001, de 23 de março (já revogado).

³⁸ A mediação nos Julgados de Paz foi institucionalizada pela Lei n.º 78/2001, entretanto alterada pela Lei n.º 54/2013, de 31 de julho (doravante Lei dos Julgados de Paz) e assume, neste sistema, uma dupla natureza, pois não só constitui uma das fases processuais de tramitação do processo naqueles tribunais, como também os respetivos serviços de mediação se encontram disponíveis para *“mediar quaisquer litígios que possam ser objeto de mediação, ainda que excluídos da competência dos Julgados de Paz”* (artigo 16.º, n.º 3, da Lei dos Julgados de Paz). Os cidadãos têm assim ao seu dispor, estruturas públicas de mediadores acreditados que podem utilizar para procurar solucionar os seus conflitos.

³⁹ O sistema público de mediação penal foi criado pela Lei n.º 21/2007, de 12 de junho, que criou um regime de mediação penal, dando execução ao artigo 10.º da Decisão Quadro n.º 2001/220/JAI, do Conselho, de 15 de março, relativa ao estatuto da vítima em processo penal e já substituída pela Diretiva 2012/29/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de outubro de 2012.

⁴⁰ O sistema de mediação familiar (SMF) foi criado pelo Despacho do Secretário da Justiça n.º 18778/2007, de 13 de julho. Teve a sua origem no Gabinete de Mediação Familiar, criado por Protocolo entre o Ministério da Justiça e a Ordem dos Advogados em 1997. Atualmente encontra-se regulado pelo Despacho n.º 13/2018, de 22 de outubro.

pósito 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”⁴¹.

A 5 de maio de 2006 foi criado protocolarmente o Sistema de Mediação Laboral, com a assinatura de um Acordo entre o Ministério da Justiça e os parceiros sociais: as Confederações Patronais (CAP, CCP, CIP e CTP) e Centrais Sindicais (CGTP-IN e UGT)⁴² para permitir a “*resolução de conflitos laborais, em especial os decorrentes de contratos individuais de trabalho*”⁴³. Trata-se de um serviço promovido pelo Ministério da Justiça que permite a trabalhadores, maiores de 16 anos⁴⁴, e entidades empregadoras utilizar, voluntariamente, a mediação como meio para procurar, de forma concertada e amigável, a solução para alguns tipos de conflitos individuais de trabalho “*quando não estejam em causa direitos indisponíveis, e quando não resultem de acidente de trabalho*”⁴⁵.

⁴¹ Cátia Marques Cebola (2015, p. 57).

⁴² As entidades subscritoras do Protocolo de Acordo, nos termos do seu artigo 5.º, n.º 2, alínea a), tem como obrigação a divulgação junto dos seus associados e filiados de informações sobre a atividade e o funcionamento do SML, designadamente através da sua sensibilização para as vantagens da sua utilização, bem como a promoção de campanhas de informação ao público em geral, inclusive através da publicação de artigos nas revistas editadas pelas respetivas entidades subscritoras. Conta, hoje, com mais de 80 entidades, públicas e privadas (associações profissionais, entidades empregadoras e sindicatos) que, entretanto, aderiram ao sistema. No artigo 6.º do Protocolo de Acordo estabelecia-se o carácter experimental do projeto que entrou em funcionamento em 19 de dezembro de 2006 nas áreas metropolitanas de Lisboa e Porto tendo, em maio do ano seguinte, sido alargado ao distrito de Braga. Em 19 de dezembro do mesmo ano expandiu-se aos distritos de Aveiro, Coimbra, Leiria, Santarém, Setúbal, Viana do Castelo e Viseu para atualmente estar disponível em todo o território continental. No artigo 3.º, n.º 3, do Manual SML estabelece-se que o SML tem “*âmbito territorial nacional*”.

⁴³ Considerando n.º 10 do Protocolo de Acordo.

⁴⁴ Artigo 2.º do Manual SML.

⁴⁵ Artigo 1.º do Protocolo de Acordo e artigo 2.º do Manual SML. A título meramente exemplificativo incluem-se na competência material do referido Sistema, entre outros, os conflitos relacionados com o pagamento de créditos decorrentes da cessação de contrato de trabalho; com promoções; com a mudança de local de trabalho; com a rescisão do contrato de trabalho; com a marcação de férias; com o procedimento disciplinar e com a natureza jurídica do contrato de trabalho. Mais ainda, são mediáveis, nomeadamente, a recusa do empregador em reconhecer o estatuto de trabalhador-estudante ao trabalhador; o não cumprimento por parte do trabalhador das regras de segurança e higiene no trabalho em vigor na empresa ou mesmo quando o trabalhador viola o dever de lealdade para com a entidade patronal, desen-

Percebemos, pelo exposto, que os sistemas públicos de mediação estavam já operacionais e em funcionamento, anos antes da adoção da Lei da Mediação, situação que determina, por um lado, que as normas regulamentadoras dos sistemas públicos de mediação constantes da Lei da Mediação são, essencialmente, normas remissivas para os atos constitutivos de cada sistema⁴⁶ e, por outro, que algumas das disposições constantes dos atos constitutivos se encontram tacitamente revogadas. Esclarece-se, que após a adoção da Lei da Mediação, as normas de apenas dois dos sistemas públicos, a mediação nos Julgados de Paz e o SMF, foram reformuladas⁴⁷.

Direcionamos a nossa atenção para a mediação laboral no âmbito da qual coexistem dois sistemas: público e privado. Constitui, esta, uma das grandes originalidades do sistema português de mediação de conflitos. A mediação laboral privada, mediação *ad hoc*, implica a contratação particular de um mediador que exerce a sua atividade profissional a título individual, sem vinculação a qualquer sistema. A mediação privada “não [tem], no limite, qualquer relação com a administração pública da justiça”⁴⁸ e encontra-se regulamentada pela Lei n.º 29/2013, de 19 de abril. Por seu turno, nos sistemas públicos e, por maioria de razão, no SML, a mediação é “promovida, regulada e, em regra, total ou parcialmente financiada pelo Estado”⁴⁹. Os sistemas públicos de mediação são geridos por entidades públicas que garantem o seu funcionamento, a sua gestão e asseguram a respetiva monitorização e fiscalização⁵⁰.

volvendo outra atividade em concorrência com a sua entidade empregadora ou ainda a recusa da entidade empregadora em prestar formação profissional ao trabalhador.

⁴⁶ O Capítulo V da Lei da Mediação (artigo 30.º a artigo 44.º) contém o conjunto de normas específicas aplicáveis aos sistemas públicos de mediação. Destaca-se, a título meramente exemplificativo, o disposto no artigo 32.º que a propósito da competência dos sistemas públicos de mediação consagra que “*são competentes para mediar quaisquer litígios que se enquadrem no âmbito das suas competências em razão da matéria, tal como definidas nos respetivos atos constitutivos ou regulatórios, independentemente do local de domicílio ou residência das partes*”.

⁴⁷ Com a revisão do regime jurídico da organização e funcionamento dos Julgados de Paz pela Lei n.º 54/2013, de 31 de julho, foram alteradas as disposições relativas à mediação. O funcionamento do SMF encontra-se atualmente regulado pelo Despacho n.º 13/2018, de 22 de outubro.

⁴⁸ Jorge Morais Carvalho (2011, p. 271).

⁴⁹ Jorge Morais Carvalho (2011, p. 271).

⁵⁰ Artigo 31.º da Lei da Mediação. Ou seja, cabe-lhes rececionar e gerir os pedidos de mediação que se integrem no âmbito das suas respetivas competências; gerir as listas e indicar o

Pese embora a Lei da Mediação prever que “[o] disposto na presente lei aplica-se à mediação de conflitos coletivos de trabalho apenas na medida em que não seja incompatível com o disposto nos artigos 526.º a 528.º do Código do Trabalho, aprovado pela Lei n.º 7/2009, de 12 de fevereiro” o seu escopo regulamentador são os conflitos laborais individuais. O mesmo sucede com as regras regulamentares específicas do sistema público de mediação laboral que expressamente refere que “a existência de um Sistema de Mediação laboral, vocacionado para a resolução de conflitos laborais, em especial os decorrentes de contratos individuais de trabalho, com exceção das matérias relativas a direitos indisponíveis, poderá contribuir para o crescimento do número de litígios resolvidos extrajudicialmente e, consequentemente, para a libertação de um considerável número de acções dos tribunais de trabalho”⁵¹.

Aquando da criação do SML, foram apresentadas um conjunto de razões que justificavam a sua criação e que, naturalmente, contribuiriam para o seu sucesso. Assim, o referido sistema público ao permitir a resolução extrajudicial dos conflitos laborais, contribuiria para o descongestionamento dos tribunais, em cerca de 30%. Mais, não exigindo a criação de um novo serviço, asseguraria, ainda, uma maior economia de tempo (os 3 meses da mediação em face dos 8 meses da média do processo judicial, sem contar com eventuais recursos) e de dinheiro (50 euros para cada parte no caso da mediação) tanto para os utentes como para o Estado. Desta forma permitiria libertar recursos financeiros assim como permitiria que a estrutura judiciária se concentrasse na resolução de conflitos que, por imperativo legal, são da exclusiva competência dos tribunais judiciais. Estas razões contribuiriam para a captação de investimento estrangeiro e a criação de emprego. Na verdade, a decisão empresarial que determina a fixação de uma empresa num ou noutro Estado, depende de um conjunto de fatores, de ordem financeira,

mediador, caso as partes não escolham um nome de entre os constantes da lista elaborada pela referida entidade, também ela responsável pelas listas de mediadores aptos a atuar no referido sistema (artigo 38.º da Lei da Mediação), bem como assegurar a fiscalização da sua atividade (artigo 43.º e ss. da Lei da Mediação) e dar resposta a qualquer reclamação. A entidade gestora dos sistemas de competência especializada, como o SML, é o Gabinete para a Resolução Alternativa de Litígios (GRAL), atualmente integrado na Direção-Geral da Política da Justiça (DGPJ) sob a tutela do Ministério da Justiça. A fiscalização da atividade dos mediadores e o estrito cumprimento dos deveres inscritos no artigo 23.º da Lei da Mediação, é da responsabilidade da respetiva entidade gestora.

⁵¹ Considerando n.º 10 do Protocolo de Acordo.

económica, assim como das contrapartidas que recebe desse Estado, mas também da legislação laboral e do sistema vigente de administração da Justiça: tanto dos tribunais (e do tempo médio da duração de um processo judicial) como da existência de métodos ditos “alternativos” de resolução de conflitos laborais⁵².

Volidos 17 anos desde a criação do SML e no ano em que se completam 10 anos de vigência da Lei da Mediação decidimos desenvolver um estudo com o propósito de aferir da percepção dos mediadores de conflitos sobre o estado da mediação laboral em Portugal e, em especial, do funcionamento do sistema público de mediação laboral, o SML.

3. Estudo de caso: a metodologia de investigação e o instrumento de recolha de dados

A presente investigação enquadra-se no âmbito de um estudo de caso alicerçado na seguinte questão de partida: *Qual a percepção dos mediadores de conflitos sobre a mediação laboral em Portugal, privada e pública?* Para tal entendemos importante questionar os mediadores sobre as características que mais valorizam no perfil dos mediadores e sobre o exercício da sua atividade, pré e pós pandemia.

A metodologia do estudo de caso é útil, no sentido em que permite estudar fenómenos sociais complexos. Para Robert Yin, os estudos de caso devem usar-se quando se lida com condições contextuais, confiando que essas condições podem ser pertinentes na investigação. Assim, “um estudo de caso é uma investigação empírica que investiga um fenómeno contemporâneo dentro do seu contexto de vida real, especialmente quando os limites entre o fenómeno e o contexto não estão claramente definidos”⁵³.

Na mesma senda, Manuel Meirinhos e António Osório apontam como características do estudo de caso o seu carácter holístico (pela concentração no todo e na compreensão do fenómeno na generalidade), o contexto (a necessidade de compreender o caso no contexto em que decorre) e o seu carácter interpretativo constante (levando a uma redefinição dos pressupostos de análise iniciais à medida que o estudo do caso avança)⁵⁴.

Este tipo de abordagem permite, assim, compreender o modo como as pessoas se comportam e pensam, nos seus ambientes naturais, ou seja, os

⁵² Susana Sardinha Monteiro (2022).

⁵³ Robert Yin (2001, p. 32).

⁵⁴ Manuel Meirinhos e António Osório (2010, p. 50).

investigadores preocupam-se em compreender aquilo que as pessoas pensam da sua vida, experiências e situações em particular⁵⁵.

Nesta investigação e dado tratar-se de um estudo direcionado para um contexto específico e bem delimitado, onde se pretende centrar a análise e interpretação de aspetos da prática profissional dos mediadores e da sua perceção sobre o funcionamento da mediação laboral em Portugal, pública e privada, que, portanto, não são mensuráveis de forma objetiva, imediata e sumativa, estamos perante um estudo de caso. O estudo de caso caracteriza-se também pelo recurso a uma grande variedade de instrumentos e métodos de recolha de dados.

Segundo Raymond Quivy e Van Campenhoudt, podem ser utilizados três grandes instrumentos e métodos como fontes de recolha de informação nas investigações qualitativas: o inquérito escrito (inquérito por questionário) ou oral (entrevista); a análise documental; e a observação⁵⁶. A utilização destes diferentes métodos para a recolha de dados permite ao investigador “criar” diversas perspetivas sobre a mesma situação, proveniente de distintas naturezas, e proceder a uma triangulação da informação obtida⁵⁷.

Dada a natureza deste trabalho e procurando identificar as potencialidades e os constrangimentos de todas as metodologias possíveis para desenvolver os propósitos da nossa investigação, decidimos que o inquérito por questionário era o método que mais se ajustava aos objetivos delineados. Para Marie-Fabienne Fortin o questionário é um instrumento de medida que traduz os objetivos do estudo com variáveis mensuráveis e que ajuda a organizar, a normalizar e a controlar os dados, de tal forma que as informações procuradas possam ser colhidas de uma forma rigorosa⁵⁸. Para Judith Bell, o inquérito por questionário permite “quantificar uma multiplicidade de dados e proceder, por conseguinte, a numerosas análises de correlação”⁵⁹.

Este entendimento fundamentou a opção por este instrumento de recolha, que vai assim possibilitar a obtenção de dados, permitindo comparar as perceções que os mediadores de conflitos têm de si mesmos, do exercício da sua atividade e do sistema, em si. Nesta opção foi também tido em conta o

⁵⁵ Robert Bodgan e Sari Bilken (2013).

⁵⁶ Raymond Quivy e Van Campenhoudt (2008).

⁵⁷ Judit Bell (2008).

⁵⁸ Marie-Fabienne Fortin (2009).

⁵⁹ Judith Bell (2008, p. 189).

facto de o inquérito por questionário poder ser aplicado simultaneamente a um maior número de sujeitos, num período de tempo relativamente curto; permitir uma maior flexibilidade quanto à escolha do momento para o seu preenchimento podendo os participantes fazê-lo de acordo com a sua disponibilidade pessoal e profissional; garantir o anonimato dos participantes, não os expondo à influência de opiniões externas.

Antes da aplicação dos questionários, procedeu-se à sua validação com um pré-teste que consiste na apresentação do instrumento a “um pequeno número de pessoas pertencentes às diferentes categorias de indivíduos que compõem a amostra”⁶⁰, tendo em vista os ajustes finais do questionário para garantir o sucesso da investigação. Para a realização do pré-teste do questionário contou-se com a colaboração de outros mediadores, assim como de docentes do Politécnico de Leiria de diferentes áreas científicas. O feedback recolhido permitiu proceder aos ajustes necessários garantindo uma versão mais consistente do referido questionário.

O questionário foi divulgado, entre os meses de janeiro e fevereiro de 2023, com recurso a diferentes bases de dados, tendo sido expostos os objetivos da pesquisa e solicitado o preenchimento do questionário realizado com recurso ao Google Forms. Foram garantidas todas as normas legais em vigor relativas à proteção de dados, bem como o anonimato dos participantes no estudo, de modo que as respostas não fossem enviesadas.

O inquérito encontra-se estruturado em quatro partes: (1) caracterização dos inquiridos (idade, género, habilitações literárias e atividade profissional principal); (2) caracterização da sua atividade enquanto mediadores de conflitos (motivação para o exercício da atividade, características pessoais mais valorizadas no perfil de mediador, área material preferencial de atuação e tipo de sistema em que atua (público e/ou privado); (3) mediação em tempo de pandemia; e (4) estado atual da mediação laboral, pública e privada.

Foram recebidas 19 respostas.

3.1. Análise dos dados

Dos 19 inquiridos, 18 são do género feminino e apenas 1 do género masculino, situando-se a média de idades em 50,8 anos, compreendidas entre a idade mínima de 32 anos e a idade máxima de 61 anos.

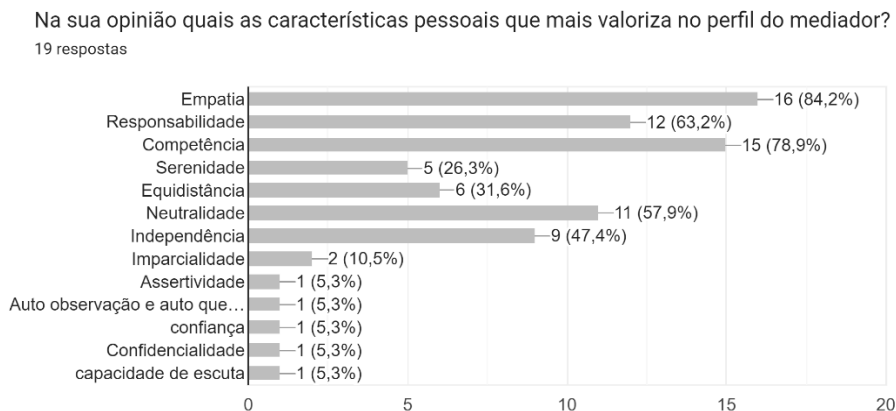
⁶⁰ Raymond Quivy e Van Campenhoudt (2008, p. 182).

A nível de habilitações literárias, 31,6% dos inquiridos possuem uma licenciatura, 36,8% são titulares do grau de mestre, 21,1% dispõem de um curso de pós-graduação, sendo os restantes, equivalente a 10,5%, titulares do grau de Doutor. No que respeita à área de formação académica, 13 dos inquiridos têm formação superior em Direito, o que corresponde a 68,5% do total dos inquiridos, variando a formação dos restantes em áreas científicas das ciências sociais (antropologia, sociologia, serviço social) e das humanidades (educação, geografia).

De entre as atividades profissionais desempenhadas pelos inquiridos destacamos a advocacia com 37%, que alguns dos inquiridos aliam com a atividade da formação e da mediação. Verificamos, contudo, uma grande diversidade de atividades profissionais, tais como: assistente social, educador social, gestor de recursos humanos, professor, terapeuta e instrutora de yoga e gerente/gestor de condomínios, com 5,3% cada.

Quando questionados sobre as características que os inquiridos mais valorizam no perfil do mediador (figura 1), cabe destacar a empatia (84,2%), a competência (78,9%), a responsabilidade (63,2%) e a neutralidade (57,9%).

Figura 1



No que respeita às principais dificuldades/problemas sentidos no exercício da mediação, os inquiridos destacam o desconhecimento sobre a mediação, com 78,9%, e a falta de credibilidade da mediação, com 57,9%.

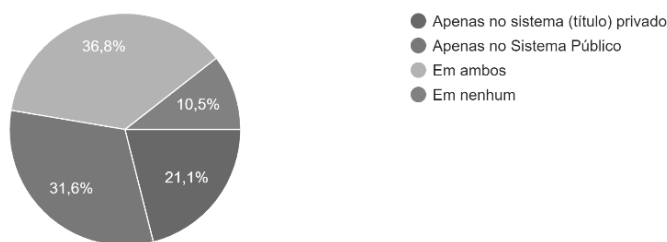
Do total de respondentes, 16 estão inscritos nas listas de mediadores do Ministério da Justiça, sendo que o número reduz para 13 quando se ques-

tiona sobre a inscrição nas listas de mediadores nos sistemas públicos de mediação. Mais de metade dos respondentes (52,6% – 10) atua enquanto mediador de conflitos há mais de 15 anos, sendo que a percentagem diminui para 31,6% quando se questiona há quantos anos estão inscritos nas listas de mediadores do Ministério da Justiça.

Na dualidade entre mediação pública e privada, 36,8% correspondente a 7 dos inquiridos, atuam em ambos os sistemas e 6 (31,6%) apenas nos sistemas públicos (figura 2).

Figura 2

Atua, maioritariamente, enquanto mediador/mediadora no sistema privado ou no sistema público?
19 respostas



Assim, de um total de 13 mediadores inquiridos que atuam nos sistemas públicos de mediação, 10 encontram-se inscritos nas listas de mediadores habilitados a atuar nos Julgados de Paz e no SMF, 6 no SML e 5 no SMP.

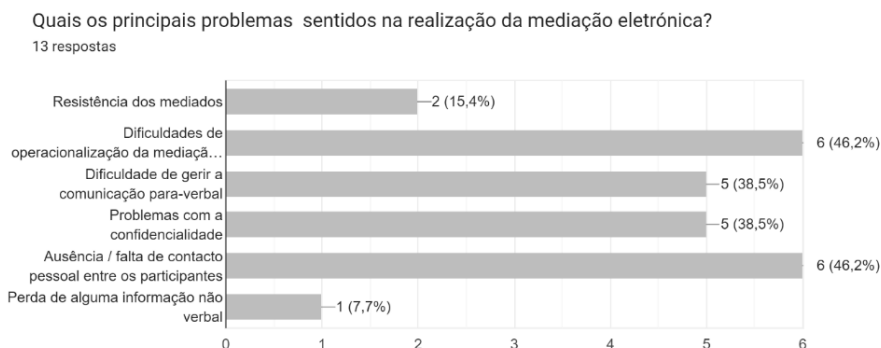
Analisar o funcionamento da mediação de conflitos em Portugal por altura da celebração do décimo aniversário de vigência da Lei n.º 29/2013, de 19 de abril, impõe perceber os efeitos da pandemia na atividade dos mediadores, durante os períodos de emergência nacional. Importa relembrar que na sequência da pandemia mundial ocasionada pelo vírus SARS-CoV-2 e das medidas adotadas para controlar a sua transmissão e mitigar os seus efeitos, que impuseram o confinamento generalizado da população, também o sistema de administração de justiça foi impactado. Neste sentido e no que respeita à realização da mediação, por Despacho do Sr. Diretor-Geral da Política da Justiça, datado de 13 de março de 2020, foram canceladas todas as sessões de mediação e pré-mediação presenciais. Assim, as já agendadas no âmbito do SMF e do SML, foram reagendadas mediante recurso a platafor-

mas de conversação, com transmissão de voz e imagem em tempo real; já os procedimentos iniciados após essa data decorreram com recurso exclusivo a modalidade não presencial, sendo necessário – sempre – obter o consentimento de todos os envolvidos.

Questionámos, assim, os inquiridos sobre como decorreu a sua atividade enquanto mediadores em período pandémico e de confinamento. Dos inquiridos mais de metade, ou seja, 10 (52,6%) revelou não ter sentido dificuldade de adaptação à realização da mediação eletrónica, sendo que 15,8%, ou seja, 3 dos inquiridos manifestaram sentir dificuldades no procedimento por via remota. De realçar que 6 dos respondentes (31,6%) não realizou qualquer procedimento de mediação durante esse período.

A figura 3 representa as principais dificuldades sentidas pelos 13 mediadores que durante o contexto pandémico realizaram sessões de mediação. As duas principais dificuldades sentidas foram a “ausência/falta de contacto pessoal entre os participantes” e as “dificuldades de operacionalização da mediação (dificuldades de rede)” que recolheram 46,2% das respostas. As duas principais plataformas usadas para as sessões de mediação foram o Zoom (84,6%) e o Teams (23,1%).

Figura 3



De entre as principais vantagens da mediação eletrónica aduzidas pelos mediadores inquiridos, a “flexibilidade espaço-temporal” recolheu um total de 61,5% de indicações, enquanto a economia de dinheiro e de tempo surgiu com 15,5% e 7,7%, respetivamente (figura 4).

Figura 4

Na sua opinião, quais as principais vantagens da mediação eletrónica?

13 respostas



A parte final do inquérito diz especificamente respeito à mediação laboral. Analisados os últimos dados estatísticos disponibilizados no portal das Estatísticas da Justiça⁶¹ e referentes ao 1.º semestre de 2022⁶², encontravam-se pendentes a 1 de janeiro de 2022 (transitados do ano anterior) um total de 15 pedidos⁶³ de mediação pública laboral. Deram entrada, no período em referência, 41 pedidos de mediação laboral, findaram 46, ficando 10 procedimentos pendentes. Do total de procedimentos findos (46), importa destacar que 11 findaram por desistência, 11 por falta de resposta e igual número por não aceitação da mediação. Acresce que 8 não reuniam as condições para prosseguir a mediação. Restam 5 pedidos em que foi aceite o procedimento de mediação. Os dados apresentados são um claro sinal do estado da mediação laboral em Portugal, dados que comprovamos com as respostas ao questionário efetuado.

Dos dados recolhidos, uma esmagadora maioria dos inquiridos 84,2%, ou seja 16, não participou em nenhum procedimento de mediação laboral a título privado nos últimos 5 anos. O número é ligeiramente superior (89,5%, correspondente a 17 mediadores) que não participaram em qualquer procedimento de mediação no sistema público de mediação laboral (SML).

⁶¹ As estatísticas oficiais da Justiça são da responsabilidade da Direção-Geral da Política da Justiça e encontram-se disponíveis em <https://estatisticas.justica.gov.pt/sites/siej/pt-pt/Paginas/Legislacao.aspx>.

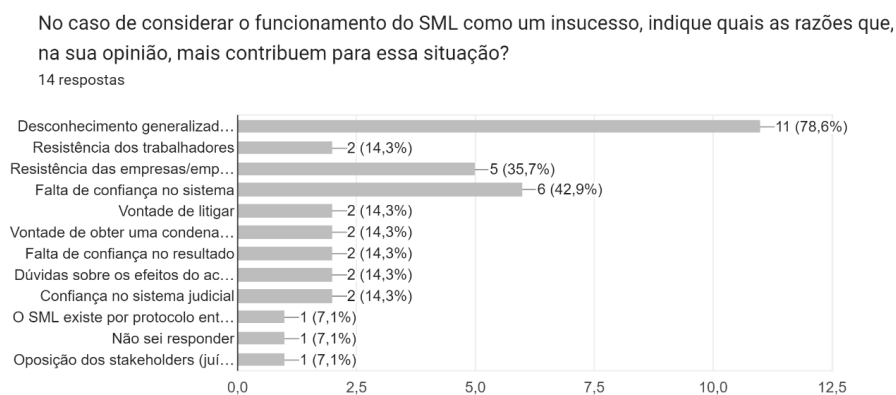
⁶² Dados disponibilizados em <https://estatisticas.justica.gov.pt/sites/siej/pt-pt/Paginas/Mediacao.aspx>.

⁶³ Os pedidos de mediação pública correspondem à manifestação de vontade dos interessados em dar início a um procedimento de mediação.

O SML é considerado por 9 dos inquiridos como um insucesso, sendo que apenas 1 dos mediadores participantes no estudo considerou o sistema como um sucesso, escusando-se os outros a responder (“não sei / não quero responder”).

São apresentadas pelos inquiridos um conjunto de razões que contribuem para o insucesso do SML, de entre as quais se destaca o “desconhecimento generalizado da mediação”, com 78,6% das respostas, seguida da “falta de confiança no sistema”, com 42,9% e da “resistência das empresas” com 35,7% de indicações (figura 5).

Figura 5



Inquiridos sobre a apresentação de propostas no sentido de revitalizar o SML destacamos a necessidade de desenvolvimento de políticas públicas de publicitação e divulgação do sistema (inclusivamente nos media), no que respeita ao respetivo processo, aos objetivos e ao modo de funcionamento; a necessidade de sensibilização dos *stakeholders*; a necessidade de dar formação a advogados e magistrados; tornar a sessão informativa de pré-mediação obrigatória e, por fim, a integração do sistema nos tribunais de trabalho.

Questionados sobre as razões pelas quais os trabalhadores recorrem à mediação laboral, os inquiridos indicaram: o facto de quererem ser escutados pela entidade patronal e a questão da economia de tempo e de dinheiros (celeridade e custos). Foi, ainda, referido por um dos respondentes que o recurso à mediação laboral pelos trabalhadores se relaciona, maioritariamente com a questão do pagamento de valores em dívida por parte do

empregador. Já no que respeita às razões pelas quais os empregadores recorrem à mediação laboral (pública ou privada), os inquiridos referem: a rapidez, a economia de tempo e de dinheiro (celeridade e custos), a vontade de não querer arrastar a situação reduzindo, assim, o desgaste emocional.

4. Reflexão final

Apesar do número limitado de respostas, os resultados obtidos neste estudo de caso corroboram aquela que é a nossa perceção do “divórcio” entre a teoria e a prática da mediação. Dito de outro modo entre aquilo que são, em teoria, as vantagens e as virtualidades da mediação enquanto método extrajudicial e autocompositivo de resolução de conflitos e a sua efetiva utilização na e para a resolução de conflitos. Não obstante as inúmeras vantagens da mediação, a verdade é que a grande maioria das pessoas não tem conhecimento desta “alternativa”⁶⁴ à via judicial e/ou desconfia do seu valor e eficácia.

Percebemos que não basta a admissibilidade constitucional de meios não jurisdicionais de resolução de conflitos⁶⁵; não basta a elaboração de diplomas legais que regulem o funcionamento dos referidos meios, em particular a mediação, é necessário fazer acompanhar essas iniciativas de um conjunto de políticas públicas de divulgação da mediação, daquilo que são as suas características, princípios, vantagens, das regras de funcionamento e dos respetivos efeitos; de medidas destinadas a incentivar os cidadãos à sua utilização; de medidas que credibilizem a mediação enquanto meio autocompositivo; de medidas destinadas a criar um modelo articulado de administração de justiça que alie a mediação, enquanto meio extrajudicial, à via judicial.

Concretizando para o domínio laboral e não obstante os limites referidos que decorrem da específica natureza das relações laborais e do princípio da tutela pública que subjaz ao ordenamento jurídico-laboral português que impõe a obrigação de assegurar a proteção do trabalhador, nada obsta ao recurso à mediação para a resolução dos conflitos laborais individuais. A mediação é imparcial com as partes que trata de forma equitativa; assertiva com o procedimento que assenta na total voluntariedade das partes; confidencial quanto ao conteúdo das informações recolhidas; melhora a comuni-

⁶⁴ Fazendo uso da classificação “oficial” típica que distingue entre a via judicial e os meios alternativos de resolução de litígios ou RAL.

⁶⁵ Desde a segunda revisão constitucional, operada em 1989, que se admite a possibilidade de a lei poder “*institucionalizar instrumentos e formas de composição não jurisdicional de conflitos*” (atual artigo 202.º, n.º 4, da Constituição da República Portuguesa).

cação, (re)criando canais de comunicação entre as partes em conflito; procura identificar os reais interesses e necessidades das partes criando, assim, espaço para a resolução do conflito. Ao atuar sobre as causas dos conflitos, versando sobre as necessidades e interesses de ambos os sujeitos, atuando num ambiente colaborativo que permite o restabelecimento da comunicação, reúnem-se as condições para a construção de uma solução mutuamente benéfica que atenda aos reais interesses das partes.

Neste processo de entendimento, transformam-se as relações entre as partes, modelam-se os seus comportamentos para o futuro. Estas são questões que reputamos essenciais no domínio da negociação para a resolução de conflitos laborais. Acresce que reconhecendo a importância social do trabalho enquanto garante da subsistência dos trabalhadores pode a mediação ser a via que permita, em caso de conflito, manter a relação laboral.

Referências bibliográficas

- ÁLVAREZ, María José Lopez (2014). “Solución de conflictos laborales individuales en clave de mediación”. *Revista de Trabajo y Seguridad Social*. CEF, n.ºs 377-378, pp. 1-44.
- AMADO, João Leal (2014). *Contrato de Trabalho*, 4.ª ed., Coimbra Editora.
- BELL, Judith (2008). *Como realizar um projeto de investigação*, 4.ª ed., Gradiva.
- BLOHORN-BRENNEUR, Béatrice (2008). “La médiation prud’homale”. *C.E.R.A.S / Revue Projet* n.º 307, pp. 13 – 21, disponível em <https://www.cairn.info/revue-projet-2008-6-page-13.htm>, consultado a 12.03.2023.
- BOGDAN, Robert; BILKEN, Sari (2013). *Investigação Qualitativa em Educação: uma introdução à teoria e aos métodos*. Porto Editora.
- CEBOLA, Cátia Marques (2015). “Regulamentar a Mediação: um olhar sobre a nova Lei de Mediação em Portugal”. *Revista Brasileira de Direito*, Vol. 11, n.º 2, pp. 53-65.
- CUNHA, Pedro; LEITÃO, Sofia (2016). *Manual de Gestão Construtiva de Conflitos*, 3.ª ed., Edições Universidade Fernando Pessoa.
- FERNANDES, António Monteiro (2017). *Direito do Trabalho*, 18.ª ed., Almedina.
- FORTIN, Marie-Fabienne (2009). *O processo de investigação da conceção à realização*, 5.ª ed., Lusociência.
- GRACIA, Carol Pinilla (sd). “El coste del conflicto en la empresa”. *El valor del conflicto en la empresa – casos de éxito*, Centro de Mediación Barcelona, pp. 11-14.
- GONZÁLEZ-CAPITEL, Celia (2001). *Mediación* x 7, Barcelona Atelier.
- LOPES, Dulce; PATRÃO, Afonso (2016). *Lei da Mediação Comentada*, 2.ª ed., Almedina.
- MARTINEZ, Pedro Romano (2010). *Direito do Trabalho*, 5.ª ed., Almedina.
- MEIRINHO, Manuel; OSÓRIO, António (2010). “O estudo de caso como estratégia de investigação em educação”. *EDUSER: Revista de Educação, Inovação, Investigação*

- em *Educação*, Vol. 2, n.º 2, pp. 49-65, disponível em <https://core.ac.uk/download/pdf/153405689.pdf>, consultado a 12.03.2023.
- MONTEIRO, Susana Sardinha (2022). “Mediação Laboral”. *Resolução Alternativa de Litígios – Casos práticos*, Cátia Marques Cebola (coord.), Gestlegal, pp. 9-41.
- REIS, João (2019). *Meios de Composição do Conflito Laboral Colectivo*, Gestlegal.
- QUIVY, Raymond; CAMPENHOUDT, Luc Van (2008). *Manual de investigação em ciências sociais*, Gradiva.
- SEARA, Mónica Seara (sd). “Gestión del riesgo psicosocial, la importancia de la mediación”. *El valor del conflicto en la empresa – casos de éxito*. Centro de Mediación Barcelona, pp. 45-57, disponível em <file:///C:/Users/susan/Downloads/El-valor-del-conflicto-en-la-empresa-Casos-de-%C3%A9xito-2.pdf>, consultado a 12.03.2023.
- SERRANO, Gonzalo (2004). “Problemas y perspectivas de la mediación”. *Mediação – Uma Forma de Resolução Alternativa de Conflitos. Actas do Colóquio*, Pedro Cunha (org.), Edições Universidade Fernando Pessoa, pp. 13-31.
- YIN, Robert (2001). *Estudo de Caso. Planejamento e Métodos*. Bookman.

Capítulo 11

A eficácia dos programas de justiça restaurativa em vítimas e ofensores: Uma revisão da literatura científica

MARGARIDA SANTOS

Escola de Criminologia, Faculdade de Direito da Universidade do Porto

Faculdade de Direito, Universidade Lusíada – Porto

Centro de Estudos Jurídicos, Económicos e Ambientais (CEJEA), Universidade Lusíada – Porto

Centro de Investigação Interdisciplinar sobre Crime, Justiça e Segurança (CJS), Faculdade de Direito da Universidade do Porto

ROSA SAAVEDRA

Associação Portuguesa de Apoio à Vítima (APAV)

Escola de Criminologia, Faculdade de Direito da Universidade do Porto

Centro de Investigação Interdisciplinar sobre Crime, Justiça e Segurança (CJS),

Faculdade de Direito da Universidade do Porto

GILDA SANTOS

Escola de Criminologia, Faculdade de Direito da Universidade do Porto

Centro de Investigação Interdisciplinar sobre Crime, Justiça e Segurança (CJS),

Faculdade de Direito da Universidade do Porto

JOSEFINA CASTRO

Faculdade de Direito, Universidade Lusíada – Porto

Centro de Estudos Jurídicos, Económicos e Ambientais (CEJEA), Universidade Lusíada – Porto

Centro de Investigação Interdisciplinar sobre Crime, Justiça e Segurança (CJS),

Faculdade de Direito da Universidade do Porto

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Porquê avaliar? A importância de conduzir estudos avaliativos no âmbito da Justiça Restaurativa. 3. Impacto dos programas de Justiça Restaurativa em ofensores: a prevenção da reincidência. 4. Impacto dos programas de Justiça Restaurativa em vítimas: a satisfação com o processo, a perceção de justiça e a reparação. 5. Conclusão.

RESUMO: O movimento de Justiça Restaurativa marcado por princípios e valores que privilegiam a participação ativa da vítima, do ofensor e da comunidade na resolução de conflitos, a responsabilização e a reparação dos danos causados pelo crime, conheceu nas últimas décadas, uma considerável expansão ao nível internacional. Esta evolução foi acompanhada pela realização de estudos avaliativos do impacto dos programas restaurativos implementados em diferentes populações numa diversidade de contextos. O presente capítulo teve como objetivo rever a literatura centrada na avaliação do impacto dos programas de Justiça Restaurativa, designadamente no âmbito do sistema de justiça criminal, em vítimas e ofensores. Foram incluídos estudos quantitativos, nomeadamente, meta-análises, revisões sistemáticas e estudos com desenhos experimentais e quase-experimentais focados na avaliação da eficácia destas práticas em múltiplas dimensões, tais como a satisfação dos envolvidos e a sua perceção sobre a justiça do processo, a reparação das vítimas e a prevenção da reincidência dos ofensores. Pese embora os obstáculos e desafios à implementação de avaliações rigorosas neste domínio, é possível concluir que a maioria dos estudos sugere que a participação em programas sustentados em valores restaurativos produz efeitos positivos, quer para as vítimas, quer para os ofensores, especialmente em populações mais jovens. A revisão identifica igualmente os aspetos que podem influenciar a robustez dos dados alcançados neste corpo de estudos e que devem ser considerados na interpretação dos resultados. Conclui-se pela necessidade de um “repensar baseado na evidência científica” deste modelo de justiça em Portugal, bem como, pela necessidade de um investimento robusto em dispositivos de avaliação metodologicamente rigorosos não só de um potencial reinvestimento na Lei de Mediação Penal, mas também de outras práticas restaurativas que a possam acompanhar.

ABSTRACT: The Restorative Justice movement, based on principles and values that encourage the active participation of the victim, the offender and the community in conflict resolution, accountability and damage repair, has experienced an extensive expansion over the last few decades, particularly at an international level. Evaluation studies on the impact of restorative programs on a variety of practices, directed towards different populations and contexts have also been increasingly developed. This chapter aimed to review the literature focused on the evaluation of the impact of restorative justice programs, both on victims and offenders. Quantitative studies were included, namely meta-analyses, systematic reviews and studies with experimental and quasi-experimental designs focused on the evaluation of the effectiveness of these practices in multiple dimensions, such as satisfaction, perception of justice and emotional reparation for vic-

tims, and recidivism. Despite the obstacles and challenges facing the implementation of rigorous evaluations in this field, it is possible to conclude that most studies suggested that the participation in programs based on restorative values produces positive effects, both for victims and offenders, especially among younger populations. The review also identified aspects that may influence the strength of the data driven from these studies and that should be considered while interpreting the results. It is concluded that there is a need for a “evidence-based rethinking” of this model of justice in Portugal, as well as a need for a stronger investment in methodologically rigorous evaluation models, not only of a potential reinvestment in the victim-offender mediation, but also of other restorative practices that may accompany it.

1. Introdução

As últimas décadas foram marcadas por um interesse crescente nas práticas de natureza restaurativa, assistindo-se à implementação de uma variedade de programas com diferentes formatos, em populações adultas e juvenis, um pouco por todo o mundo¹.

Apesar desta considerável expansão, o conceito de Justiça Restaurativa não é unânime na literatura, sendo possível identificar diferentes perspetivas teóricas que enfatizam finalidades distintas e que se refletem num campo heterogéneo de práticas, marcadas por diferentes processos e “lugares” face a outros modelos de justiça².

É, no entanto, possível identificar os elementos-chave que demarcam a Justiça Restaurativa do modelo de justiça tradicional e que consubstanciam os seus princípios e valores fundamentais. Com efeito, a Justiça Restaurativa apoia-se na redefinição da própria noção de crime, concebido este como um ato que, em primeira instância, viola a relação entre pessoas concretas³. Consequentemente, a reação social deve dirigir-se, primeiramente, à reparação da vítima, focando-se nas suas necessidades e nas consequências que o crime acarretou na mesma. Esta “nova forma de pensar o crime e a reação social” apela, assim, ao envolvimento direto da vítima, do ofensor e da comunidade na resolução do conflito, fomentando o diálogo e criando, na medida do possível, uma oportunidade para reparar os danos causados, para

¹ William Badshaw e David Roseborough (2005); Adam Crawford e Tim Newburn (2003).

² Gerry Johnstone e Daniel Van Ness (2007); Tony Marshall, (1996); Paul McCold, (2000).

³ Howard Zehr (1990).

a responsabilização ativa do ofensor e para o reforço da coesão social e sentimento de segurança na comunidade⁴.

Com base nestes princípios, é possível identificar três modelos principais de práticas restaurativas: a mediação vítima-ofensor, as conferências e os círculos de sentenças. Pese embora as suas diferenças, estas práticas sustentam-se em grande medida em processos informais, não adversariais e voluntários que visam a reparação da vítima, a restauração da comunidade e a prevenção da reincidência⁵. O seu objetivo é promover o diálogo entre as partes e criar a oportunidade para ambas relatarem as suas perspetivas sobre o conflito, experiências e identificarem as consequências que o crime teve nas suas vidas. Mais especificamente, a mediação vítima-ofensor envolve o encontro direto entre a vítima e o ofensor, facilitado por um terceiro imparcial, o mediador. Por sua vez, as conferências, com origem na Nova Zelândia, envolvem para além das vítimas e dos delinquentes, as denominadas vítimas indiretas, como os membros da família e amigos da vítima, bem como, os apoiantes do delinquente, podendo também participar nas mesmas representantes do sistema de justiça. Por fim, os círculos de sentenças têm origem no Canadá e, tal como nas conferências, abrangem a participação das famílias e amigos da vítima e do delinquente. Contudo, esta modalidade é mais alargada que a anterior, ao permitir a participação de qualquer membro da comunidade⁶.

A acompanhar a disseminação internacional das práticas restaurativas, emerge também a necessidade de avaliar o seu impacto em múltiplas dimensões relativas às vítimas, aos ofensores e à própria comunidade.

Apesar de o conhecimento dos estudos avaliativos da Justiça Restaurativa ter estado ausente dos debates em torno da introdução da Mediação Penal em Portugal, a Lei n.º 21/2007, de 12 de junho, estabelece no n.º 2 do artigo 14 que, durante o período experimental de funcionamento da mediação penal, “*o Ministério da Justiça adota as medidas adequadas à monitorização e avaliação da mediação em processo penal*”. Acrescenta-se, no Regulamento do Sistema de Mediação Penal (Portaria n.º 68-C/2008, de 22 de Janeiro) que “*competem ao GRAL⁷ assegurar o acompanhamento e a monitorização do SMP com vista à*

⁴ Gabrielle Maxwell e Allison Morris (2001); Carrie Menkel-Meadow (2007); Daniel Van Ness e Karen Strong (2014).

⁵ Jeff Bouffard, Maisha Cooper e Katheleen Bergset (2016).

⁶ Adam Crawford e Tim Newburn (2003).

⁷ Gabinete para a Resolução Alternativa de Litígios (atualmente integrado na DGPIJ).

avaliação do período experimental". Para esse efeito foi celebrado um protocolo entre o Ministério da Justiça e a Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, em 2007, que tinha por objetivo "a realização de um projeto de monitorização, investigação e avaliação do projeto experimental de mediação em processo penal"⁸. À exceção do que se refere à componente de avaliação jurídica que foi objeto de publicação⁹, desconhece-se o desenho e metodologias do estudo e os seus resultados, os quais constituiriam pelo menos um contributo importante para compreender a não aplicação, desde há vários anos, da Lei da Mediação Penal.

O presente capítulo tem como objetivo geral apresentar a evidência científica que, para além dos aspetos normativos, sustentam a consolidação, em termos internacionais, das práticas de Justiça Restaurativa em matéria criminal, organizando-se o mesmo em quatro partes. Num primeiro momento, será apresentada uma definição de avaliação científica, descrevendo-se os principais elementos e dificuldades da sua condução na área da Justiça Restaurativa. Uma segunda e terceira parte será dedicada à revisão dos estudos que avaliaram até à atualidade o impacto que diferentes práticas de Justiça Restaurativa têm na prevenção da reincidência em ofensores e na reparação, satisfação e perceção de justiça nas vítimas. Esta revisão inclui meta-análises e revisões sistemáticas da literatura, bem como estudos que seguiram um desenho experimental e quase-experimental e que, portanto, apresentam maior qualidade e robustez metodológica. Por fim, serão apresentadas as principais conclusões desta revisão, sintetizando-se não só as práticas que têm sido avaliadas como mais promissoras neste modelo de justiça, mas também os elementos que podem influenciar a sua eficácia em diferentes resultados nas vítimas e ofensores.

2. Porquê avaliar? A importância de conduzir estudos avaliativos no âmbito da Justiça Restaurativa

Ao longo das últimas décadas, as sociedades têm demonstrado um interesse crescente em torno do modelo de Justiça Restaurativa, revelando-se mais familiarizadas com as suas práticas e demonstrando, progressivamente, uma vontade em perceber a sua eficácia. Tal como se verifica para diferentes estratégias e modelos de intervenção social, diversos autores têm salientado

⁸ Teresa Beleza e Helena Melo (2012, p.10).

⁹ Teresa Beleza e Helena Melo (2012).

que a viabilidade e continuidade futura da Justiça Restaurativa se encontra dependente dos resultados e conclusões obtidas a partir do desenvolvimento de estudos avaliativos¹⁰.

Embora a partir do final do século XX, início do século XXI, tenhamos assistido a uma consolidação da investigação avaliativa¹¹, que também se estende à avaliação das políticas e práticas de justiça criminal e, em particular, de Justiça Restaurativa, reconhece-se que a avaliação destas últimas se reveste de particulares desafios, muito por força da dificuldade de delimitar a natureza das práticas restaurativas¹². Este aspeto é frequentemente avançado como um motivo para a maior escassez de estudos avaliativos, comparativamente com as práticas de justiça criminal convencionais¹³.

No que se refere à investigação científica avaliativa, a definição apresentada por Michael Patton¹⁴ reveste-se de um carácter mais holístico, ao entender que “avaliar é determinar o valor de alguma coisa, isto é, determinar o seu mérito, utilidade ou significância”. Avaliar envolve, assim, a recolha sistemática de dados empíricos relativamente às atividades e resultados obtidos através das estratégias implementadas, a fim de elaborar juízos sobre o seu mérito (i.e. em que medida este vai de encontro às necessidades do público-alvo para o qual foi concebido) ou utilidade (i.e. valor extrínseco das atividades para aqueles que não são alvo das mesmas, por exemplo, para a comunidade em sentido lato), de potenciar a sua eficácia e/ou de fundamentar as decisões sobre implementações futuras¹⁵.

É nesse sentido que Cândido da Agra e Josefina Castro¹⁶ referem que a avaliação da eficácia destas estratégias, assim como do processo através do qual estas são desenvolvidas, representa uma das maiores exigências na avaliação das práticas de Justiça Restaurativa, mas, simultaneamente, uma das maiores limitações das iniciativas que tem vindo a ser desenvolvidas.

¹⁰ Jeff Latimer, Craig Dowden e Danielle Muise (2005); Lois Presser e Patricia Van Voorhis (2002).

¹¹ Peter Rossi, Mark Lipsey e Howard Freeman (2004); Michael Scriven (1991).

¹² Cândido da Agra e Josefina Castro (2005); Lois Presser e Patricia Van Voorhis (2002); Laurence Sherman *et al.* (2015).

¹³ Gordon Bazemore e Loris Elis (2006).

¹⁴ Michael Patton (2012, p. 684).

¹⁵ Michael Patton (2012).

¹⁶ Cândido da Agra e Josefina Castro (2005).

A avaliação de programas sustentados em princípios restaurativos confronta-se, assim, com vários desafios de que adiante se dará conta, desde logo com a dificuldade em delimitar, de acordo com critérios inequívocos e consensuais, as práticas a avaliar. A variedade de abordagens teóricas existentes, com um foco mais minimalista ou, contrariamente, mais maximalista, tem igualmente implicações no reconhecimento e delimitação da multiplicidade de práticas e opções que podem ser ou não consideradas restaurativas¹⁷, assistindo-se, não raras vezes, à identificação das mesmas com medidas aplicadas no âmbito de institutos de diversão do processo penal ou ainda com penas de substituição, como a prestação de trabalho a favor da comunidade. A estes obstáculos, acrescem outros, de natureza metodológica, designadamente a dificuldade em conduzir estudos experimentais e em medir e operacionalizar variáveis¹⁸.

Ainda que existam poucos estudos voltados para a definição de orientações e *standards* específicos para conduzir estudos avaliativos no domínio da Justiça Restaurativa¹⁹, existem alguns autores que procuraram sistematizar estes elementos.

Neste âmbito, entre outros autores, John Braithwaite²⁰, recusando uma definição nominalista de Justiça Restaurativa, propõe que a implementação dos programas e práticas que se reclamam de restaurativos, deve ser orientada por um conjunto de *standards* comuns que traduzam os princípios e valores deste modelo de justiça nas suas mais diferenciadas práticas. Estes, consequentemente, devem orientar igualmente o processo de avaliação, desde logo a seleção das práticas a serem avaliadas.

No mesmo sentido, Gordon Bazemore e Lori Elis²¹ propõem que a avaliação das práticas de Justiça Restaurativa deve sustentar-se, em primeira instância, numa reflexão sobre a “natureza” ou “essência” através do qual um determinado processo é considerado restaurativo, observando que existem diferentes *standards* que permitem estabelecer esta base, nomeadamente: os relativos ao processo, os que dizem respeito ao envolvimento de *stakeholders*, os programáticos e os centrados nos objetivos definidos. Assim, os autores

¹⁷ Gerry Johnstone e Daniel Van Ness (2007); Lode Walgrave (2000).

¹⁸ E.g. James Bonta, Suzanne Wallace-Capretta, Jennifer Rooney e Kevin Mcanoy (2002); Carrie Menkel-Meadow (2007).

¹⁹ Shih-ya Kuo, Dennis Longmire e Steven Cuvelier (2010).

²⁰ John Braithwaite (2002).

²¹ Gordon Bazemore e Lori Elis (2006).

referem que o nível de restauração obtido num determinado processo restaurativo poderia ser classificado ao longo de um continuum em função do grau: *i*) de ênfase colocado na responsabilidade pessoal do ofensor; *ii*) da existência de um processo de tomada de decisão inclusivo que incentiva a participação das principais partes interessadas; e *iii*) da vontade de alcançar o objetivo de reparar o dano causado pelo crime. Segundo os autores, a reflexão em torno destes elementos é fundamental, na medida em que estes constituem uma importante base para a mensuração e avaliação das práticas de Justiça Restaurativa, especificamente no que respeita à força e integridade de um processo desta natureza, traduzidos pelos resultados observados a curto/médio prazo e pelas estratégias de processo que devem ser adotadas no decurso destas práticas. Deste modo, é proposto um conjunto de princípios que deverão ser acautelados no âmbito da implementação destas práticas, designadamente: o princípio da reparação, a participação/envolvimento de *stakeholders* e o papel transformador da comunidade/governo. A adesão a estes princípios servirá de base para diferenciar as práticas de Justiça Restaurativa de outros modelos de justiça e que permitirá, também, a determinação da força relativa de uma intervenção restaurativa²².

Relativamente aos diferentes tipos de avaliação passíveis de serem conduzidos, Lois Presser e Patricia Van Voorhis²³ desenvolveram um modelo teórico orientador da avaliação da eficácia e do processo das práticas de Justiça Restaurativa. No que respeita ao processo, ou seja, ao modo pelo qual a justiça é executada e à sua conformidade com princípios da Justiça Restaurativa²⁴, as autoras propuseram que estes programas deveriam desenvolver-se em torno da avaliação de três atividades essenciais, que seriam também o foco de análise dos estudos avaliativos: o diálogo, em particular a sua qualidade; a construção do relacionamento, no concerne com a reparação da relação que foi corrompida pelo crime; e a comunicação de valores morais, enquanto elemento facilitador da reintegração do ofensor na comunidade e prevenção da reincidência.

Por sua vez, a avaliação da eficácia, particularmente ao nível dos seus efeitos a médio e longo prazo, deve, de acordo com Lois Presser e Patricia Van Voorhis focar-se naqueles que são os objetivos centrais da Justiça Restaura-

²² Gordon Bazemore e Lori Elis (2006).

²³ Lois Presser e Patricia Van Voorhis (2002).

²⁴ Shih-ya Kuo, Dennis Longmire e Steven Cuvelier (2010); Lois Presser e Patricia Van Voorhis (2002).

tiva, designadamente: a restauração dos danos causados pelo crime, na qual encontramos dois componentes, a reparação (*e.g.*, satisfação com a compensação material ou restituição, percepção das vítimas sobre o sentido de justiça, satisfação com o processo) e o bem-estar social (*e.g.*, experiência dos participantes, sentido de justiça, efeito nas taxas de criminalidade ou na eficácia coletiva); e a mudança do ofensor (*e.g.*, taxa de reincidência, empatia, sentimento de responsabilidade moral pelos danos causados, baixa adesão a valores criminais). Acresce-se, ao nível da avaliação da eficácia, a avaliação do impacto das práticas restaurativas no funcionamento e resultados do sistema de justiça penal.

Para além dos modelos teóricos que deverão servir de base para o desenvolvimento de avaliações no âmbito das práticas em questão, é também importante refletir-se em torno dos aspetos metodológicos subjacentes a estas avaliações, sobretudo no que respeita à avaliação da sua eficácia. Com efeito, com bastante frequência estas avaliações deparam-se com algumas limitações, por exemplo, pela existência de enviesamentos nos dados, que podem advir de uma seleção não aleatória dos participantes, do interesse diferencial pelo processo demonstrado pelos diferentes intervenientes, da voluntariedade dos participantes, da motivação e características pessoais do próprio *staff*, entre outros elementos que poderão constituir ameaças à validade interna (i.e. em que medida a avaliação demonstra, inequivocamente, que a intervenção causou o efeito que se está a medir²⁵) e que levantam igualmente desafios à avaliação de estratégias e atividades no âmbito da justiça criminal²⁶.

Neste sentido, e tal como se verifica para a avaliação de outros programas de âmbito social, o recurso a desenhos experimentais randomizados tem sido percebido como o “*gold standard*” dos desenhos de investigação e, por isso mesmo, o caminho preferencial a seguir no âmbito da avaliação de práticas de Justiça Restaurativa. Esta afirmação deriva das suas próprias características, o que leva a que se caracterizem estes estudos como aqueles que apresentam uma maior probabilidade de validade interna, considerada como a mais relevante no âmbito da avaliação de estratégias desta natureza²⁷.

²⁵ David Farrington (2006).

²⁶ Jeff Latimer, Craig Dowden e Danielle Muise (2005); Lois Presser e Patricia Van Voorhis (2002).

²⁷ John Braithwaite (1999); Mark Umbreit (1994); William Shadish, Thomas Cook e Donald Campbell (2002).

O foco central dos estudos experimentais é a seleção aleatória dos indivíduos (ou outras unidades de análise) para as diferentes condições em estudo. Ao garantir-se que um número suficiente de indivíduos é amostrado, o processo de randomização assegura que os indivíduos, aleatoriamente alocados às condições experimental e de controlo, são equivalentes em todas as variáveis medidas e não medidas. Assim, na presença destas condições, seria possível diferenciar o efeito da intervenção, dos efeitos de outras variáveis no específico resultado que se está a estudar²⁸.

Não obstante, é reconhecido que a condução de estudos desta natureza nem sempre é possível face aos recursos disponíveis ou à natureza dos contextos em que se desenvolvem as práticas em avaliação. Mesmo quando as condições de implementação são asseguradas, outros obstáculos relevantes se colocam ao longo do seu desenvolvimento, designadamente, a dificuldade em manter a aleatorização, o atrito diferencial e a equivalência entre condições²⁹. Consequentemente, o recurso a outros desenhos de investigação, como os estudos quase-experimentais é cada vez mais frequente nesta área. A grande diferença entre estes e os estudos experimentais prende-se com a seleção aleatória dos indivíduos, para cada uma das condições – que não se verifica no caso dos desenhos quase-experimentais³⁰, pelo que, no contexto da avaliação das práticas de Justiça Restaurativa, estes são percebidos como uma alternativa bastante adequada aos estudos experimentais³¹.

3. Impacto dos programas de Justiça Restaurativa em ofensores: a prevenção da reincidência

A inclusão da redução da reincidência no catálogo de objetivos das práticas de Justiça Restaurativa tem sido alvo de grande debate teórico ao longo das últimas décadas³². Com efeito, este modelo ancora-se, em grande medida, nos movimentos pró-vítima, enfatizando o reconhecimento das suas necessidades, o seu envolvimento na resolução do conflito e reparação dos danos que lhe foram causados³³. Todavia e, pese embora a centralidade da vítima na

²⁸ William Shadish, Thomas Cook e Donald Campbell (2002).

²⁹ David Farrington (2006).

³⁰ Clive Hollin (2008); William Shadish, Thomas Cook e Donald Campbell (2002).

³¹ Lois Presser e Patricia Van Voorhis (2002).

³² Gwen Robinson e Joanna Shapland (2008).

³³ Gabrielle Maxwell e Allison Morris (2001); Daniel Van Ness e Karen Strong (2014); Howard Zehr (2005).

teorização e conceptualização de práticas de Justiça Restaurativa, tem havido um interesse crescente em avaliar o seu potencial na redução da reincidência de ofensas. Este potencial fundamenta-se na ideia que a participação em programas de Justiça Restaurativa pode promover e consolidar o processo de desistência do ofensor, ao permitir que o mesmo expresse os seus sentimentos, assuma a sua culpa e responsabilidade face à vítima e outras pessoas e, simultaneamente, desenvolva capital social e humano fundamental para o processo de reabilitação e de reintegração social³⁴.

Nesta área é, assim, possível identificar um vasto corpo de estudos que procura aferir o impacto que múltiplas práticas de Justiça Restaurativa (*e.g.* mediação vítima-ofensor, conferências, círculos de sentenças) têm nas taxas de reincidência quer em populações juvenis, quer em populações adultas em variados tipos de crime com diferentes níveis de gravidade. Conforme referido anteriormente, para efeitos da presente revisão, apresentar-se-ão diferentes tipos de estudos, designadamente meta-análises e estudos experimentais e quase-experimentais de intervenções nacionais e internacionais, com diferentes magnitudes e em diferentes contextos.

A meta-análise conduzida por Mark Lipsey³⁵, relativa a estudos de avaliação de programas/práticas de natureza diversa dirigidas a jovens delinquentes, também contemplou intervenções restaurativas. Abrangeu estudos em que os grupos de comparação eram formados por randomização (40%) ou por emparelhamento em função dos antecedentes delinquentes e de características sociodemográficas consideradas relevantes (28%), ou que, apesar de não usarem nenhum destes procedimentos, relatavam diferenças pré-teste que foram codificadas e usadas como variáveis de controlo. Cerca de 90% dos estudos tinham sido conduzidos nos EUA. Os programas restaurativos (N=41) incluídos caracterizavam-se pela compensação às vítimas ou pela reparação através de serviços à comunidade, combinadas em alguns deles com a mediação vítima-ofensor. Os resultados indicaram que as taxas de reincidência verificadas nas intervenções que envolviam aconselhamento psicológico, serviços múltiplos de treino de competências ou intervenções restaurativas evidenciavam uma redução de 10 a 13% relativamente à taxa de reincidência média dos grupos de controlo. Em contrapartida, as medidas de dissuasão (programas de dissuasão através da dramatização das consequên-

³⁴ John Braithwaite (1989); Gordon Bazemore (1998); Gwen Robinson e Joanna Shapland (2008).

³⁵ Mark Lipsey (2009).

cias do comportamento delinquente) e de disciplina apresentavam efeitos negativos, ou seja, apresentavam taxas de reincidência superiores aos grupos de controlo que, no caso da disciplina (*e.g.* programas de *boot camps*), atingiam em média um aumento de 8% na reincidência.

Mais recentemente, a meta-análise realizada por David Wilson, Ajima Olaghère e Catherine Kimbrell³⁶, no âmbito do Departamento de Justiça dos EUA, teve como objetivo avaliar a eficácia de práticas e programas dirigidos à delinquência juvenil considerados consistentes com os princípios de justiça restaurativa. Repousou em 60 estudos avaliados com desenho experimental e quase-experimental. A maioria dos estudos (77%) foram realizados nos EUA e publicados depois de 1999. Os estudos selecionados referem-se a programas que envolvem um encontro entre o jovem ofensor e a vítima ou representante da comunidade, ainda que envolvam práticas muito heterogêneas, designadamente mediação vítima-ofensor, conferências familiares, círculos sentenciais, medidas de restituição/reparação, serviços à comunidade, medidas de diversão e consenso aplicadas por tribunais de menores ou por serviços de arbitragem. A avaliação incidiu no impacto destas ações no comportamento delinquente posterior contemplando ainda outras dimensões (atitudes dos jovens face à delinquência, perceção de justiça, satisfação com o programa, cumprimento da restituição/reparação do dano/serviços à comunidade, atitudes interpessoais e bem-estar emocional, e frequência escolar). A análise revelou, em geral, uma redução moderada da reincidência nas práticas/programas de Justiça Restaurativa quando comparada com as medidas tradicionais de justiça juvenil. Estes resultados foram verificados no caso de mediação, conferências vítima/ofensor e conferências familiares e ainda nos círculos sentenciais. No entanto, em todos os casos, os estudos que adotaram um desenho experimental apresentavam menor impacto na reincidência, resultado que levanta dúvidas relativamente à consistência do impacto geral encontrado. Se a evidência é mais encorajadora nos programas de conferência do que nas outras práticas restaurativas analisadas, as fragilidades metodológicas de uma parte significativa dos estudos não permitem retirar conclusões inequívocas.

Para além do impacto no comportamento delinquente, a análise avaliou os efeitos da participação dos jovens nos aspetos já acima referidos. Em geral, os efeitos foram mais positivos nos jovens que participaram nas práticas/pro-

³⁶ David Wilson, Ajima Olaghère e Catherine Kimbrell (2017).

gramas restaurativos, ainda que não estatisticamente significativos, à exceção da percepção pelos jovens da justiça da decisão no caso dos estudos com desenho experimental. Relativamente ao bem-estar emocional dos jovens não se verificou qualquer melhoria face aos jovens dos grupos de controlo.

Relativamente aos estudos de natureza experimental, James Bonta, Suzanne Wallace-Capretta, Jennifer Rooney e Kevin Mcanoy³⁷ avaliaram um programa de Justiça Restaurativa (*Restorative Resolutions Program*, Manitoba) relativamente ao seu impacto na reincidência. A avaliação comparou o grupo de ofensores que havia aceite o programa restaurativo (na maioria dos casos decidido pelo tribunal) com um grupo de ofensores sujeitos a supervisão na comunidade de acordo com os procedimentos tradicionais. A seleção deste segundo grupo foi feita por emparelhamento tendo em consideração critérios sociodemográficos (sexo, idade, etnia). Os resultados demonstraram que os ofensores que frequentaram o programa restaurativo reincidiram significativamente menos face ao grupo de comparação, independentemente do momento de avaliação (3 momentos de avaliação ao longo de um período de *follow-up* de 3 anos). As taxas de reincidência variaram no grupo “restaurativo” entre 15.3% (no primeiro ano) e 34.7% (no 2.º ano), face respetivamente a 37,5% e 66.1% no grupo que não havia frequentado o programa. Verificou-se ainda que as diferenças na reincidência eram independentes das diferenças no nível do risco de reincidência previamente estimado entre os grupos. A redução da reincidência verificava-se mesmo nos indivíduos que, estando na prisão, haviam sido admitidos no programa restaurativo.

Uma segunda investigação de referência nesta área é o estudo conduzido por Laurence Sherman e seus colegas³⁸ que avaliou durante duas décadas o projeto *Jerry Lee Program*. Este projeto foi fruto de um consórcio internacional entre a Austrália e o Reino Unido, tendo sido conduzida uma avaliação da eficácia de doze programas de conferências (quatro em Canberra, na Austrália, e oito no Reino Unido) em vítimas e ofensores relativamente a múltiplos efeitos, incluindo a reincidência. Em ambos os países, o desenho avaliativo foi de natureza experimental, com aleatorização dos participantes pelo grupo experimental e pelo grupo de controlo, abrangendo ofensas violentas (não domésticas e não sexuais) cometidas por indivíduos com menos de 30

³⁷ James Bonta, Suzanne Wallace-Capretta, Jennifer Rooney e Kevin Mcanoy (2002).

³⁸ Laurence Sherman, *et al.* (2015).

anos, ofensas contra a propriedade cometidas por indivíduos com menos de 18 anos e ofensas rodoviárias perpetradas por adultos. As conferências foram conduzidas por oficiais da polícia e outros profissionais treinados em 2231 ofensores e 1179 vítimas.

Não obstante a similitude das intervenções em ambos os países, importa notar que esta iniciativa surge primeiramente na Austrália, denominando-se programa “RISE”, implementado neste país como um mecanismo de diversão ao processo penal. Por sua vez, no Reino Unido, as conferências foram implementadas como um complemento ao processo de justiça criminal em diferentes fases do processo criminal (pré-sentencial, na fase de julgamento e pós-sentencial). Outro aspeto a considerar é que o estudo avaliativo das conferências implementadas no Reino Unido foi conduzido por uma equipa independente sendo fundido com outras iniciativas de Justiça Restaurativa conduzidas neste país, como se descreverá posteriormente³⁹. Face ao exposto, e por uma questão organizacional, optou-se primeiramente pela descrição dos resultados obtidos no programa RISE, para posteriormente se apresentar as intervenções e resultados relativos ao programa conduzido no Reino Unido.

De uma forma geral, os participantes do RISE apresentaram taxas de reincidência mais baixas quando comparadas aos grupos de controlo. Mais especificamente, os jovens referenciados por crimes contra a propriedade e crimes violentos que participaram em conferências com níveis mais elevados de envolvimento e solidariedade entre os participantes cometeram menos ofensas do que os jovens dos grupos de controlo. Este resultado também foi encontrado para a amostra geral relativamente às conferências que incluíram a presença da vítima. A avaliação do impacto na prevenção da reincidência (5 anos após o término do programa) revelou que o mesmo é eficaz a reduzir a reincidência nos dois anos subsequentes à participação dos ofensores, mas já não após 15 ou mais anos. Outro conjunto importante de conclusões desta investigação remete para o efeito moderador que determinadas variáveis, como a severidade e a frequência das ofensas, tiveram em ofensas subsequentes. De facto, os resultados apontam para uma eficácia mais elevada do RISE em ofensores de crimes violentos e em ofensores acusados pelos crimes de roubo e furto que apresentavam, no momento de entrada no programa, antecedentes criminais. Contrariamente, o programa foi menos

³⁹ Ver Gwen Robinson e Joanna Shapland (2008).

eficaz para ofensores primários e/ou com taxas de frequência criminal mais baixas, tendo-se verificado efeitos nulos ou até mesmo criminógenos para ofensores com taxas de frequência moderadas.

Por sua vez, o dispositivo de avaliação conduzido no Reino Unido incluiu a avaliação da eficácia de três programas, o CONNECT, o JUSTICE RESEARCH CONSORTIUM (JRC) e o REMEDI, financiados pelo *Home Office* no âmbito do projeto “*Crime Reduction Programme*”, entre 2001 e 2004. Como referido anteriormente, os programas incluíram ofensores adultos e juvenis condenados por uma multiplicidade de crimes com diferentes níveis de gravidade e foram implementados em diferentes fases do processo criminal. De forma muito breve, o programa CONNECT incluiu a mediação vítima-ofensor indireta (N=37 casos) e direta (N=11 casos) e um esquema de conferência, tendo sido constituído um grupo de controlo emparelhado em termos de género, idade, entre outras variáveis. O JRC disponibilizou apenas conferências em três locais distintos (Londres, Northumbria e Thames Valley) e em diferentes fases do processo criminal. Neste, foi usado um desenho experimental puro com a aleatorização dos casos referenciados (N=728 casos) para o grupo experimental (N=342 casos) e grupo de controlo (N=386 casos). Por fim, o REMEDI incluiu apenas a mediação direta (N=35 casos) e indireta (N=97) e foi avaliado, tal como o CONNECT, com um desenho quase-experimental. Convém notar que, pese embora não terem sido encontradas diferenças estaticamente significativas no risco de reincidência, nenhum dos grupos de controlo foi emparelhado tendo em conta o seu historial prévio de criminalidade.

Sumariando os principais resultados obtidos, esta investigação demonstrou que, de uma forma geral, os ofensores que participaram nas três intervenções apresentaram taxas de condenação inferiores nos dois anos subsequentes à intervenção, quando comparados com os ofensores dos grupos de controlo. Contudo, os resultados relativos à avaliação do risco de reincidência (medida com instrumentos de avaliação do risco standardizados), bem como à severidade de novas ofensas não foram estatisticamente significativos, exceto para as conferências conduzidas no âmbito do JRC em Northumbria. Estes dados podem ficar a dever-se ao tamanho reduzido das amostras utilizadas nos diferentes programas, assim como ao efeito de outras variáveis (*e.g.* contexto de aplicação, características dos aplicadores). Em termos de probabilidade de novas condenações, esta avaliação demonstrou igualmente que a participação nos programas foi mais eficaz em mulheres, em jovens e em ofensores condenados por crimes violentos. Da mesma forma, os parti-

cipantes (especialmente os jovens) que concluíram o programa e alcançaram um acordo com a vítima também apresentaram taxas de condenação posterior mais baixas. Focando somente no programa JRC, os resultados sugerem que, em termos de severidade e frequência de novas condenações, não existiam diferenças entre homens e mulheres, grupos étnicos, ofensores adultos e ofensores jovens, tipo de ofensa (ofensa contra a propriedade e ofensas violentas) e relação prévia entre ofensor e vítima. A única diferença estatisticamente significativa prendeu-se com a fase processual em que a conferência foi conduzida, sugerindo os resultados que a probabilidade de reincidência é menor nos ofensores que participaram na fase pós-sentencial. Contudo, este resultado pode ser explicado pela sobreposição entre o tipo de ofensa e o momento/fase em que a intervenção é aplicada, sendo certo que os programas pós-sentenciais só incluíram ofensores violentos. Ainda relativamente ao JRC, foram analisados os efeitos de diferentes variáveis relativas aos acordos, ao contexto de aplicação e a aspetos relativos com o decorrer das próprias sessões de conferência. De forma breve, os resultados indicam que o cumprimento parcial ou total do acordo está associado a uma taxa mais baixa de reincidência. No mesmo sentido, a participação em conferências na comunidade também prediz menos condenações subsequentes, quando comparadas às conferências implementadas em contexto prisional. Ambos os resultados podem ficar a dever-se à idade dos participantes, na medida em que o cumprimento dos acordos foi mais frequente em jovens e as conferências conduzidas na prisão abrangeram exclusivamente ofensores adultos. Por fim, no que se refere ao curso das próprias sessões, esta investigação indica que aspetos como o ofensor assumir a responsabilidade e mostrar remorso, ou o grau do envolvimento ativo da vítima e do ofensor, não influenciaram a probabilidade de reincidência. Contrariamente, a maior extensão da discussão centrada nos problemas do ofensor durante a conferência, bem como, a maior duração de tempo despendido pela vítima a falar parece estar associada com uma probabilidade mais elevada de re-ofensa.

Outra intervenção de referência nesta área é o *The Indianapolis Experiment*, um programa de conferências familiares iniciado em 1997 no Indiana, EUA, implementado como um mecanismo de diversão para jovens ofensores primários. A conferência incluía não só a presença do ofensor e da vítima, mas também, na maioria dos casos, dos pais/representantes legais e outros familiares, amigos, vizinhos e outras figuras significativas na vida dos jovens, como professores. Tal como o estudo descrito anteriormente, a avaliação desta intervenção também seguiu um desenho experimental e foi condu-

zida numa amostra de 782 jovens, distribuídos aleatoriamente pelo grupo experimental (N=400) e pelo grupo de controlo (N=382)⁴⁰. A maioria dos jovens do grupo de controlo foi encaminhada para outros mecanismos de diversão (*e.g.* mediação vítima-ofensor, programas de *shoplifting*, serviço comunitário). Os resultados mostraram que, durante um período de 2 anos após a intervenção, o grupo experimental apresentou uma taxa de sobrevivência (tempo decorrido sem cometer novas ofensas) superior ao grupo de controlo, bem como taxas de frequência criminal mais baixas. Este efeito foi mais pronunciado a curto-prazo, designadamente entre as 13 e 26 semanas seguintes à intervenção, nos participantes mais jovens e nos participantes que completaram o programa.

Os estudos com um desenho quase-experimental, apesar de considerados menos robustos metodologicamente, corroboram na sua maioria os resultados encontrados nos estudos experimentais.

Por exemplo, Joseph Kennedy, Antover Tuliao, Kaylee Flower, Jessie Tibbs e Dennis McChargue⁴¹ conduziram uma avaliação do impacto de uma intervenção educacional de Justiça Restaurativa implementada nos serviços de “*probation*” dos EUA. Para o efeito, foi constituída uma amostra por conveniência de ofensores em supervisão, tendo os mesmos sido distribuídos pelo grupo experimental (N=383) e pelo grupo de controlo (N=130). O grupo experimental foi submetido à intervenção que consistiu numa única sessão, de 8 horas, e cujo objetivo fundamental era sensibilizar os participantes para as consequências (emocionais, físicas e psicológicas) que os seus crimes tinham nas vítimas. Distintamente da generalidade das intervenções tipo neste domínio, foram utilizados testemunhos escritos e de vídeo não das vítimas diretas dos ofensores participantes, mas de outras vítimas de crimes semelhantes aos cometidos pelos mesmos. A reincidência (definida como uma nova detenção) foi medida pelo período de 6 anos após o termo da intervenção para o grupo experimental e após o período normal de supervisão para o grupo de controlo. Os resultados indicaram que o grupo experimental apresentou taxas de reincidência mais baixas do que o grupo de controlo ao cabo de dois anos após a intervenção, bem como, no *follow-up* conduzido 6 anos após a intervenção. Para além, deste efeito de manutenção no tempo, também se demonstrou que os ofensores do grupo experimental

⁴⁰ Edmund McGarrell e Natalie Hipple (2007).

⁴¹ Joseph Kennedy, Antover Tuliao, Kaylee Flower, Jessie Tibbs e Dennis McChargue (2019).

que reincidiram, também o fizeram de forma menos frequente do que os ofensores do grupo de controlo.

No mesmo sentido, a investigação realizada por Mark Umbreit, Robert Coates e Ann Warner Roberts⁴² (para uma descrição mais detalhada, ver ponto 4 do presente capítulo) revelou que os jovens que participaram em programas de mediação vítima-ofensor quando comparados com jovens do grupo de controlo apresentaram taxas de reincidência mais baixas e os casos de reincidência consubstanciaram delitos menos graves. No geral, a mediação direta também demonstrou ter um impacto mais promissor do que os da mediação indireta.

Mais recentemente, Han Sungil, Maria Olson e Robert Davis⁴³ analisaram a eficácia do programa *Bridges to Life* (BTL) na redução da reincidência numa amostra de ofensores em liberdade condicional. O BTL consiste numa intervenção pós-prisional focada no aumento dos sentimentos de responsabilidade, arrependimento, perdão e reconciliação, através da realização de conferências com os ofensores e as vítimas. O grupo experimental foi constituído por 299 ofensores em liberdade condicional que participaram no programa e que foram libertados entre 2014 e 2015. Por sua vez, o grupo de controlo foi composto por 7.323 ofensores libertados no mesmo período temporal e que não foram alvo da intervenção. Os grupos foram emparelhados com base em informações oficiais sobre o período de reclusão (tipo de ofensa, duração da pena), o processo de liberdade condicional, a história criminal (tipo e número de ofensas, avaliação do risco de reincidência) e informação sobre a reincidência (data da nova condenação ou violação da liberdade condicional, tipo de ofensa). A reincidência, operacionalizada como uma condenação a medida privativa da liberdade pelo cometimento de uma nova ofensa ou pelo incumprimento das medidas da liberdade condicional, foi avaliada 1 ano após a intervenção e durante os 3 anos e meio seguintes. Os resultados indicam que o grupo experimental apresentou taxas de reincidência mais baixas e durante um período de tempo mais longo do que o grupo de controlo. Acresce que o efeito do BTL foi mais proeminente nas ofensoras do sexo feminino e nos participantes que apresentaram um risco de reincidir mais baixo na avaliação inicial.

⁴² Mark Umbreit, Robert Coates e Ann Warner Roberts (2001).

⁴³ Han Sungil, Maria Olson e Robert Davis (2021).

Roderic Broadhurst, Anthony Morgan, Jason Payne e Ross Maller⁴⁴ avaliaram o impacto de um programa de conferências na prevenção da reincidência conduzido na Austrália numa amostra de ofensores juvenis. O estudo incluiu um grupo experimental (N=1143) e um grupo de controlo (N=4668), sendo o grupo experimental constituído por mais jovens do sexo masculino, mais novos e com um historial criminal mais extenso do que os jovens do grupo de controlo. As conferências foram implementadas com os jovens e as vítimas que voluntariamente aceitaram participar na intervenção e em diferentes momentos do processo penal. A reincidência foi medida com base em dados oficiais sobre novas detenções, tendo sido igualmente avaliadas a duração temporal sem registos criminais e a frequência de novas detenções. Os resultados confirmaram os encontrados em estudos anteriores, corroborando, de uma forma geral, a eficácia deste tipo de intervenções na prevenção da reincidência. Mais especificamente, os jovens do grupo experimental reincidiram em menor número e em menor frequência do que os jovens do grupo de controlo, pese embora estas diferenças se tenham tornado menos robustas com o passar do tempo. Adicionalmente, a análise também sugere que os jovens que participaram na conferência demoraram mais a reincidir e acumularam menos novas ofensas. Por fim, os efeitos da participação no programa foram mais positivos em determinados subgrupos de ofensores, designadamente nos ofensores contra a propriedade com antecedentes criminais e nos ofensores violentos primários.

Por fim, o estudo de Kimberly De Beus e Nancy Rodriguez⁴⁵ centrado no *Community Justice Committees* (CJC), um programa de conferências familiares implementado no Arizona, EUA, como um mecanismo de diversão, a 9255 jovens infratores, também revelou que o tipo de ofensa cometida, bem como variáveis contextuais, como a pobreza, tinha um efeito de interação na eficácia do programa. Mais especificamente, os resultados indicaram que a intervenção foi mais eficaz em jovens que tinham cometido ofensas de estatuto (*e.g.* fugir de casa, absentismo) e que tinham completado o programa. A participação no programa também foi menor em jovens que residiam em zonas mais empobrecidas. Quando comparados com o grupo de controlo, os jovens do grupo experimental apresentaram taxas de reincidência mais baixas, especialmente aqueles que tinham cometido ofensas de estatuto e

⁴⁴ Roderic Broadhurst, Anthony Morgan, Jason Payne e Ross Maller (2018).

⁴⁵ Kimberly De Beus e Nancy Rodriguez (2007)

ofensas contra a propriedade. Da mesma forma, a taxa de reincidência foi mais baixa nos jovens do grupo experimental que residiam em zonas com menos desvantagens socioeconómicas.

4. Impacto dos programas de Justiça Restaurativa em vítimas: a satisfação com o processo, a percepção de justiça e a reparação

Para efeitos do enquadramento do impacto dos programas de Justiça Restaurativa em vítimas, apresentar-se-ão diferentes estudos (meta-análises, estudos experimentais e quase-experimentais) que permitem uma sistematização daqueles que são os principais indicadores em análise, salientando-se igualmente os cuidados que devem ser considerados na realização de estudos de avaliação.

Um exemplo de uma meta-análise realizada neste domínio é o estudo desenvolvido por Jeff Latimer, Craig Dowden e Danielle Muise⁴⁶ que incluiu 14 estudos de avaliação com desenho experimental e quase-experimental. De forma breve, os resultados desta investigação indicaram que as vítimas envolvidas em processos restaurativos apresentavam níveis de satisfação significativamente superiores quando comparadas com vítimas que participaram nos processos do sistema tradicional de justiça. A probabilidade de reparação e de cumprimento dos acordos também parece ser superior nas práticas restaurativas quando comparadas com as respostas tradicionais do sistema de justiça (*e.g.* prisão, liberdade condicional, restituição judicial). Pese embora estes resultados, os autores salientam a importância de algumas dificuldades metodológicas que devem ser consideradas na sua interpretação, tais como a falta de homogeneidade das características dos ofensores recrutados para estes estudos (*e.g.* idade, género, etnia, história criminal, tipo de ofensa, características do facilitador), o tamanho das amostras, a ausência de informação sobre o efeito que a “auto-seleção” (voluntariedade) dos participantes tem na verdadeira atribuição aleatória a condições experimentais e de controlo, bem como a parca informação sobre as características do mediador (*e.g.*, formação académica base, formação profissional e para a mediação; postura imparcial e neutra), a história criminal do infrator (*e.g.*, primário ou reincidente), as ofensas específicas (ofensas menores *versus* ofensas severas; crimes contra a propriedade *versus* crimes violentos) e a

⁴⁶ Jeff Latimer, Craig Dowden e Danielle Muise (2005).

própria relação entre pessoas infratoras e vítimas (*e.g.* familiares, vizinhos, conhecidos, desconhecidos).

Outro estudo incontornável nesta área foi o conduzido por Mark Umbreit, Robert Coates e Ann Warner Roberts⁴⁷ que analisou o impacto da mediação vítima-ofensor em três estudos desenvolvidos nos EUA, Canadá e Reino Unido. Esta investigação, de natureza internacional, foi desenvolvida entre 1990 e 1996 e, apesar de agregar os resultados da avaliação de três estudos diferentes, procurou salvaguardar os traços comuns na definição das questões de investigação, metodologias e instrumentos de avaliação, de modo a garantir a sua comparação. Apesar deste esforço, importa notar que os programas avaliados apresentavam elementos muito distintos (*e.g.* diversidade de participantes — jovens ofensores e adultos; momento de aplicação — pré-sentencial e pós-sentencial; natureza da entidade gestora de processos — setor privado ou estruturas públicas locais; vínculo profissional dos profissionais — mediadores voluntários ou remunerados; contacto entre vítima e ofensor — mediação direta ou indireta, etc.) e que a dimensão das amostras também não foi equivalente nos três estudos.

Nos três contextos o desenho metodológico foi quase-experimental, com grupos de controlo equivalentes e os dados foram recolhidos com entrevistas realizadas dois a quatro meses após a finalização do processo de mediação. A amostra foi composta por vítimas e infratores que aceitaram participar no programa de mediação. Ao nível dos indicadores avaliados, foram analisados dados relacionados com o processo de mediação e resultados, a satisfação dos participantes, as perceções de justiça, o cumprimento de restituição e a reincidência.

No que diz respeito à satisfação com os resultados da mediação, as vítimas relataram níveis de satisfação entre os 74% e os 91% e os infratores entre os 79% e os 100%, tendo este indicador emergido como mais proeminente no estudo conduzido no Reino Unido nos casos de mediação direta. A análise revelou que o nível de satisfação das vítimas surgiu associado à possibilidade de a mesma ter um papel mais ativo no processo, quando comparado com o sistema de justiça tradicional. A oportunidade de partilhar, num contexto seguro, as consequências da vitimação, de relatar a sua história, de questionar o “porquê?” ou “como?”, de percecionar a responsabilização do ofensor e de ter “uma palavra a dizer” na tomada de decisão sobre a reparação dos

⁴⁷ Mark Umbreit, Robert Coates e Ann Warner Roberts (2001).

danos causados, foram elementos manifestamente percebidos como satisfatórios, assim como também o facto de poder escolher uma alternativa ao processo judicial tradicional.

Por sua vez, o sentido de justiça surgiu relacionado com a própria satisfação relativamente ao processo, tendo a maioria das vítimas percebido o processo como justo, especialmente nos casos de mediação direta. Este modelo direto de mediação também surgiu associado a resultados mais positivos no que concerne à redução do receio de revitimação por parte do mesmo ofensor. Com efeito, no estudo conduzido nos EUA verificou-se uma diminuição estatisticamente significativa de 53% neste indicador no grupo experimental, quando comparado ao grupo de controlo.

Em 2001, Heather Strang⁴⁸ descreveu, numa revisão da literatura, os principais efeitos do programa RISE no bem-estar e reparação emocional das vítimas participantes em conferências de Justiça Restaurativa (para uma descrição mais detalhada deste programa, ver ponto 3 do presente capítulo). De uma forma geral, a autora constatou que as avaliações realizadas demonstram que as vítimas do grupo experimental reportaram um maior sentido de segurança e menos medo de revitimação, sendo este efeito mais evidente em vítimas de crimes violentos. O medo e os sentimentos de raiva relativamente ao ofensor também pareceram diminuir nas vítimas após o encontro restaurativo. Estes efeitos também surgiram positivamente associados ao sentimento de “closure” das vítimas.

Na mesma linha, a investigação conduzida por Heather Strang e Laurence Sherman⁴⁹ sintetizou os resultados de sete estudos experimentais avaliativos de diferentes programas de Justiça Restaurativa, incluindo, o Projeto RISE, o *The Bethlehem (Pennsylvania) Police Family Group Conferencing Project*, implementado entre 1995 e 1998, e que envolvia um estudo com jovens infratores de crimes patrimoniais e outro com crimes violentos; e o *The Indianapolis Juvenile RJ Experiment*, implementado entre 1997 e 1999, e que envolvia jovens infratores primários, menores de 15 anos (para uma descrição mais detalhada destes programas, ver ponto 3 do presente capítulo).

Relativamente ao impacto destas intervenções nas vítimas, os resultados sugerem que o nível de satisfação com a sua experiência de justiça no processo está diretamente relacionado com a diminuição do sentimento de inse-

⁴⁸ Heather Strang (2001).

⁴⁹ Heather Strang e Laurence Sherman (2007).

gurança das vítimas. Em todos os estudos conduzidos, os resultados sugerem que a participação das vítimas em programas de Justiça Restaurativa torna-as menos propensas a antecipar experiências de revitimação, quando comparadas com as vítimas cujos casos foram tramitados em tribunal, nos moldes tradicionais. As vítimas também consideravam menos provável voltarem a ser alvo de vitimação pelo mesmo infrator e, também, que o mesmo voltasse a perpetrar novas ofensas. Este estudo também permitiu mostrar que os sentimentos de raiva e de vingança, tantas vezes desconsiderados em avaliações anteriores, foram significativamente mais baixos nas vítimas que participaram nas conferências, diminuindo a sua vontade de “*fazer justiça pelas suas próprias mãos*”. Em termos ilustrativos, 20% de todas as vítimas de crimes contra a propriedade e crimes violentos assumiram que, se tivessem oportunidade se vingariam do seu infrator, enquanto que apenas 7% das vítimas do grupo experimental, afirmaram que o fariam.

Mais recentemente, e com um foco mais direcionado para a saúde mental das vítimas, Caroline Angel, Laurence Sherman, Heather Strang, Bark Ariel, Sarah Bennett, Nova Inkpen, Anne Keane e Therese Richmond⁵⁰ analisaram o impacto que as conferências conduzidas por oficiais da polícia tinham na redução do stress pós-traumático em vítimas. O estudo adotou uma metodologia experimental pura, com a aleatorização dos participantes, ofensores e vítimas de crimes de roubo e de assalto, tendo o stress pós-traumático sido avaliado em 192 vítimas um mês após a participação na conferência. De uma forma geral, os resultados indicaram que as vítimas do grupo experimental apresentaram menos 49% de sintomas de stress pós-traumático do que as vítimas do grupo de controlo. Os efeitos encontrados nesta investigação foram, desta forma, mais robustos do que os normalmente encontrados nos estudos avaliativos das terapias mais comuns para esta síndrome e que, normalmente, incluem terapias cognitivo-comportamentais.

A revisão conduzida por Alex Lloyd e Jo Borrill⁵¹ corroborou parcialmente os resultados encontrados no estudo anterior. Esta revisão teve como objetivo avaliar a eficácia dos programas de Justiça Restaurativa na redução do stress pós-traumático em vítimas e incluiu sete estudos que compararam esses efeitos em vítimas que participaram em experiências restaurativas com vítimas que foram submetidas a programas de justiça convencionais.

⁵⁰ Caroline Angel, Laurence Sherman, Heather Strang, Bark Ariel, Sarah Bennett, Nova Inkpen, Anne Keane e Therese Richmond (2014).

⁵¹ Alex Lloyd e Jo Borrill (2020).

A análise revelou que, de forma geral, os efeitos positivos na redução desta síndrome são moderados, sendo mais robustos para sintomas como a intrusão de pensamentos negativos e o evitamento de pistas relacionadas com o crime que vitimizou os participantes.

4. Conclusão

A presente revisão teve como objetivo central sintetizar a literatura empírica focada na avaliação da eficácia dos programas de Justiça Restaurativa na satisfação, percepção de justiça e reparação das vítimas, por um lado, e na prevenção da reincidência em ofensores, por outro. A sistematização dos estudos realizados neste âmbito constitui uma ferramenta orientadora na definição de metodologias rigorosas de avaliação científica, permitindo a identificação de critérios claros e precisos que definem a qualidade dos estudos e que, em última análise, procuraram identificar o “que funciona” na Justiça Restaurativa. Assim, a revisão contemplou estudos de natureza quantitativa, com desenhos experimentais e quase-experimentais, bem como meta-análises e revisões sistemáticas da literatura, excluindo aqueles que, apesar da sua relevância científica, assentaram em desenhos quantitativos menos rigorosas ou em metodologias exclusivamente qualitativas. Esta opção conduziu à exclusão de estudos focados na avaliação do processo de implementação dos programas de Justiça Restaurativa, omitindo a descrição de resultados relativos, por exemplo, à qualidade do diálogo entre as partes envolvidas ou à comunicação de valores e ao empoderamento das mesmas⁵².

Ao longo do capítulo, foi possível perceber que existem múltiplas práticas de Justiça Restaurativa que operam de forma distinta, em populações diversas, em diferentes contextos e em diferentes momentos processuais. Como foi discutido, a coexistência de perspetivas diferentes sobre a delimitação do campo de práticas que merecem a designação de restaurativas coloca dificuldades à interpretação dos resultados dos estudos de avaliação.

Para além destes aspetos relativos à natureza do objeto em avaliação, a investigação avaliativa ancorada em desenhos experimentais e quase-experimentais depara-se com inúmeras dificuldades de natureza ética (*e.g.* aleatorização das vítimas e dos ofensores) e metodológica (*e.g.* enviesamentos nos dados relacionados com o interesse diferencial pelo processo demonstrado pelos diferentes intervenientes) e que, naturalmente, se estendem ao

⁵² *E.g.* Shih-ya Kuo, Dennis Longmire e Steven Cuvelier (2010).

estudos avaliativos das intervenções realizadas no âmbito da justiça criminal convencional. Importa igualmente salientar outros aspetos de natureza metodológica, desde logo o tamanho reduzido das amostras nos estudos experimentais, suscetível de reduzir o poder de análise estatística, principalmente quando o objetivo é comparar diferentes práticas entre si. Adicionalmente, é possível verificar inconsistências no plano metodológico dos estudos em revisão, tais como a variabilidade nas medidas utilizadas, os períodos de análise avaliados, as características dos delitos e dos infratores, incluindo os ofensores do grupo de controlo.

Pese embora estes obstáculos e limitações, é possível traçar um conjunto de conclusões relativas à eficácia das intervenções de natureza restaurativa e cujas implicações devem ser consideradas em estudos futuros, bem como, na definição de políticas de prevenção e de intervenção na criminalidade.

No que concerne às vítimas, constata-se que os resultados dos estudos conduzidos até à atualidade revelam inúmeros benefícios no seu envolvimento em práticas de Justiça Restaurativa. De uma forma geral, estas práticas emergem como uma oportunidade de maior envolvimento e de participação ativa da vítima na resolução do conflito. A maioria das investigações é consistente ao revelar uma maior satisfação com o processo em geral, mas também uma diminuição do medo, da insegurança e da ansiedade criada pelo crime. Acresce que, quer nas conferências, como na mediação vítima-ofensor, a possibilidade de validação das suas experiências, de reparação emocional e de alcançar um sentimento de “*closure*” é mais provável do que em vítimas cujo processo é tramitado pelos meios convencionais.

Os resultados relativos à prevenção da reincidência em ofensores são menos consistentes. Todavia, pode afirmar-se que, de uma forma geral, a participação em programas de Justiça Restaurativa diminui, ainda que de forma moderada e a curto-prazo, a probabilidade não só de reincidir, mas também de reincidir com menos frequência e de forma menos grave. Acresce que, as avaliações científicas realizadas aos programas implementados no sistema de justiça criminal não demonstram ser mais eficazes dos que os encontrados para a Justiça Restaurativa, havendo mesmo intervenções do sistema tradicional que já foram identificadas como tendo resultados negativos na prevenção da reincidência⁵³. Importa notar que, da revisão elaborada, as

⁵³ E.g. Mark Lipsey (2007); Uberto Gatti, Richard Tremblay, Frank Vitaro (2009); Anthony Petrosino, Carolyn Turpin-Petrosino, Sarah Guckenburg (2010).

práticas mais frequentemente avaliadas parecem ser as conferências, especialmente implementadas com jovens ofensores. Este dado sugere que, em termos internacionais, este modelo de Justiça Restaurativa tem sido amplamente utilizado na prevenção da reincidência da delinquência juvenil.

Naturalmente, os resultados apresentados não permitem ainda apreender os mecanismos explicativos dos efeitos encontrados, designadamente os que apontam para efeitos mais benéficos das práticas de Justiça Restaurativa comparativamente às práticas judiciais mais convencionais. Neste aspeto, os estudos de avaliação dos processos restaurativos, que são ainda relativamente escassos, poderão ter um contributo fundamental para elucidar esta questão. Neste âmbito, as investigações analisadas salientam alguns elementos moderadores que podem ajudar a explicar os resultados descritos e a identificar em quem, em que práticas e em que tipos de ofensa os programas são mais eficazes. Por exemplo, as múltiplas avaliações conduzidas ao RISE revelaram que este programa de conferências foi mais eficaz em ofensores de crimes violentos e que apresentavam, no momento de entrada no programa, taxas de frequência criminal mais elevadas. Outros estudos sugerem que a participação nos programas foi mais eficaz em mulheres, em jovens e em ofensores condenados por crimes violentos. O cumprimento da totalidade do programa e alcançar um acordo com a vítima também parecem emergir como elementos influenciadores na prevenção de ofensas subsequentes. Por fim, em pelo menos um estudo, a desvantagem socioeconómica da zona de reincidência dos participantes também surgiu como um fator moderador, indicando os resultados que a eficácia do programa foi mais elevada em jovens oriundos de zonas mais empobrecidas.

O conhecimento da experiência internacional e, em particular, da investigação avaliativa que se procurou sistematizar evidencia três aspetos que se considera especialmente relevantes para se pensar a experiência de Mediação Penal em Portugal e de modo mais abrangente a institucionalização de práticas restaurativas em matéria criminal e de justiça juvenil. O primeiro refere-se às potencialidades inequívocas das práticas restaurativas relativamente à realização de finalidades centrais de justiça e política criminais. Em segundo lugar, a reafirmação da necessidade de assegurar a qualidade das intervenções, a qual, aliás, depende também da qualidade dos processos de funcionamento e das respostas dos sistemas em que as práticas restaurativas são institucionalizadas, designadamente nos sistemas de justiça penal e juvenil. Finalmente a necessidade de investir em dispositivos de avaliação teoricamente fundamentados e metodologicamente rigorosos, capazes de

identificar de forma sistemática e a longo-prazo os seus efeitos em vítimas e ofensores.

Referências bibliográficas

- AGRA, Cândido da.; CASTRO, Josefina (2005). “Mediação e Justiça Restaurativa: Esquema para uma lógica do conhecimento e da experimentação”. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, Ano 2, pp. 95-112.
- ANGEL, Caroline M.; SHERMAN, Lawrence W.; STRANG, Heather.; ARIEL, Barak.; BENNETT, Sarah; INKPEN, Nova; KEANE, Anne; RICHMOND, Therese S. (2014). “Short-term effects of restorative justice conferences on post-traumatic stress symptoms among robbery and burglary victims: a randomized controlled trial”. *Journal of Experimental Criminology*, Vol. 10, n.º 3, pp. 291-307.
- BAZEMORE, Gordon (1998). “Restorative Justice and Earned Redemption: Communities, Victims, and Offender Reintegration”. *American Behavioral Scientist*, Vol. 41, n.º 6, pp. 768-813.
- BAZEMORE, Gordon.; ELIS, Lori. (2007). “Evaluation of restorative justice”. *Handbook of restorative justice*, Gerry Johnstone, Daniel W. Van Ness (eds.), Portland, OR: Willan, pp. 397-425.
- BELEZA, Teresa. P.; MELO, Helena (2012). *A mediação penal em Portugal*, Almedina.
- BONTA, James; WALLACE-CAPRETTA, Suzanne; ROONEY, Jennifer; MCANOY, Kevin (2002). “An outcome evaluation of a restorative justice alternative to incarceration”. *Contemporary Justice Review: Issues in Criminal, Social, and Restorative Justice*, Vol. 5, n.º 4, pp. 319-338.
- BOUFFARD, Jeff; COOPER, Maisha; BERGSET, Katheleen (2017). “The effectiveness of various restorative justice interventions on recidivism outcomes among juvenile offenders”. *Youth Violence Juv. Justice*, Vol. 15, n.º 4, pp. 465-80.
- BRADSHAW, William; ROSEBOROUGH, David (2005). “Restorative justice dialogue: the impact of mediation and conferencing on juvenile recidivism”. *Federal Probation*, Vol. 69, n.º 2, pp.15-21.
- BRAITHWAITE, John (1989). *Crime, Shame and Reintegration*, Cambridge University Press.
- BRAITHWAITE, John (1999). “Restorative Justice: Assessing Optimistic and Pessimistic Accounts”. *Crime and Justice: A Review of Research*, Vol. 25, M. Tonry (edit.), pp. 1-127.
- BRAITHWAITE, John (2002). “Setting standards for restorative justice”. *British Journal of Criminology*, n.º 42, pp. 563-577.
- BROADHURST, Roderic; MORGAN, Anthony; PAYNE, Jason; MALLER, Ross (2018). *Restorative Justice: An Observational Outcome Evaluation of the Australian Capital Terri-*

- tory (ACT) Program, disponível em <https://ssrn.com/abstract=3414715>, consultado a 12.03.2023.
- CRAWFORD, Adam; NEWBURN, Tim (2003). *Youth Offending and Restorative Justice*. Willan.
- DE BEUS, Kimberly; RODRIGUEZ, Nancy (2007). “Restorative justice practice: An examination of program completion and recidivism”. *Journal of Criminal Justice*, n.º 35, pp. 337-347.
- FARRINGTON, David (2006). “Key longitudinal-experimental studies in criminology”. *Journal of Experimental Criminology*, n.º 2, pp. 121-141.
- GATTI, Uberto; TREMBLAY, Richard; VITARO, Frank (2009). “Iatrogenic effect of juvenile justice”. *Journal of Child Psychology and Psychiatry*, Vol. 50, n.º 8, pp. 991-998.
- HOLLIN, Clive R. (2008). “Evaluating offending behaviour programmes: Does only randomization glister?”. *Criminology & Criminal Justice*, Vol. 8, n.º 1, pp. 89-106.
- JOHNSTONE, Gerry.; VAN NESS Daniel W. (2007). *Handbook of restorative justice*, Portland, OR: Willan.
- KENNEDY, Joseph L. D.; TULIAO, Antover P.; FLOWER, Kaylee N.; TIBBS, Jessie J.; MCCHARGUE, Dennis E. (2019). “Long-Term Effectiveness of a Brief Restorative Justice Intervention”. *International Journal of Offender Therapy and Comparative Criminology*, Vol. 63, n.º 1, pp. 3-17.
- KUO, Shih-ya; LONGMIRE, Dennis; CUVELIER, Steven J. (2010). “An empirical assessment of the process of restorative justice”. *Journal of Criminal Justice*, Vol. 38, n.º 3, pp. 318-328.
- LATIMER, Jeff; DOWDEN, Craig; MUISE, Danielle (2005). “The effectiveness of restorative justice practices: A meta- analysis”. *The Prison Journal*, Vol. 85, n.º 2, pp. 127-144.
- LIPSEY, Mark W. (2009). “The Primary Factors that Characterize Effective Interventions with Juvenile Offenders: A Meta-Analytic Overview”. *Victims & Offenders*, Vol. 4, n.º 2, pp. 124-147.
- LLOYD, Alex; BORRILL, Jo (2020). “Examining the Effectiveness of Restorative Justice in Reducing Victims’ Post-Traumatic Stress”. *Psychological Injury and Law*, Vol. 13, n.º 1, pp. 77-89.
- MARSHALL, Tony F. (1999). *Restorative justice: An overview*, Home Office.
- MAXWELL, Gabrielle.; MORRIS, Allison (2001). “Family group conferences and reoffending”. *Restorative Justice for juveniles: Conferencing, Mediation and Circles*, Allison Morris & Gabrielle Maxwell (edits.), Oxford: Hart Publishing, pp. 243-263.
- MCCOLD, Paul (2000). “Toward a holistic vision of restorative juvenile justice: A reply to the Maximalist model”. *Contemporary Justice Review*, Vol. 3, n.º 4, pp. 357-414.

- MCGARRELL, Edmund; HIPPLE, Natalie (2007). "Family group Conferencing and Re-offending Among First-Time Juvenile Offenders: The Indianapolis Experiment". *Justice Quarterly*, Vol. 24, n.º 2, pp. 221-246.
- MENKEL-MEADOW, Carrie (2007). "Restorative Justice: What Is It and Does It Work?". *Annual Review of Law and Social Science*, Vol. 3, n.º 1, pp. 161-187.
- PATTON, Michael (2012). "Program Evaluation". *The Sage Encyclopedia of Qualitative Research Methods*, L. Given (edit.), Thousand Oaks: SAGE Publications, Inc., pp. 684-686.
- PETROSINO, Anthony; TURPIN-PETROSINO, Carolyn; GUCKENBURG, Sarah (2010). "Formal System Processing of Juveniles: Effects on Delinquency". *Campbell Systematic Reviews*, Vol. 6, n.º 1, pp. 1-24.
- PRESSER, Lois; VAN VOORHIS, Patricia (2002). "Values and evaluations: Assessing processes and outcomes of restorative justice programs". *Crime & Delinquency*, Vol. 48, n.º 1, pp. 162-188.
- ROBINSON, Gwen; SHAPLAND, Joanna (2008). "Reducing recidivism: A task for restorative justice?". *British Journal of Criminology*, Vol. 48, n.º 3, pp. 337-358.
- ROSSI, Peter H.; LIPSEY, Mark W.; FREEMAN, Howard E. (2004). *Assessing and Monitoring Program Process. In Evaluation: A Systematic Approach*, Sage Publications.
- SCRIVEN, Michael (1991). *Evaluation thesaurus*. SAGE Publications.
- SHADISH, William R.; COOK, Thomas D.; CAMPBELL, Donald T. (2002). *Experimental and Quasi-Experimental Designs for Generalized Causal Inference*. Unknown Publisher.
- SHERMAN, Laurence W.; STRANG, Heather; BARNES, Geoffrey; WOODS, Daniel. J; BENNETT, Sarah; INKPEN, Nova; NEWBURY-BIRCH, Dorothy; ROSSNER, Meredith; ANGEL, Caroline; MEARNS, Malcolm; SLOTHOWER, Molly (2015). "Twelve experiments in restorative justice: The Jerry Lee program of randomized trials of restorative justice conferences". *Journal of Experimental Criminology*, Vol. 11, n.º 4, pp. 501-540.
- SHERMAN, Laurence W.; STRANG, Heather; MAYO-WILSON, Evan; WOODS, Daniel J.; ARIEL, Barak (2015). "Are Restorative Justice Conferences Effective in Reducing Repeat Offending? Findings from a Campbell Systematic Review". *Journal of Quantitative Criminology*, Vol. 31, n.º 1, pp. 1-24.
- STRANG, Heather (2001). "Justice for victims of young offenders: The centrality of emocional harm and restoration". *Restorative Justice for juveniles: Conferencing, Mediation and Circles*, Allison Morris & Gabrielle Maxwell (edits.), Oxford: Hart Publishing, pp.183-193.
- STRANG, Heather; SHERMAN, Laurence (2007). "Restorative justice to reduce victimization". *Preventing Crime: What works for Children, Offenders, Victims and Places*, Brandon Welsh & David Farrington (edits.), Springer, pp. 147-160.

- SUNGIL, Han; OLSON, Maria; DAVIS, Robert (2021). "Reducing recidivism through restorative justice: An evaluation of *Bridges to Life* in Dallas". *Journal of Offender Rehabilitation*, Vol. 60, n.º 7, pp. 444-463.
- UMBREIT, Mark S. (1994). "Crime Victims Confront Their Offenders: The Impact of a Minneapolis Mediation Program". *Research on Social Work Practice*, Vol. 4, n.º 4, pp. 436-447.
- UMBREIT, Mark S.; COATES, Robert B.; ROBERTS, Ann Warner (2001). "Cross-National Assessment of Victim Offender Mediation". *The handbook of victim offender mediation: An essential guide to practice and research*, Mark S. Umbreit (edit.), Jossey-Bass, pp. 179-194.
- VAN NESS, Daniel W.; STRONG, Karen H. (2014). *Restoring Justice: An Introduction to Restorative Justice*, 5.^a ed., Routledge.
- WALGRAVE, Lode (2000). "How Pure Can a Maximalist Approach to Restorative Justice Remain? Or Can a Purist Model of Restorative Justice Become Maximalist?". *Contemporary Justice Review*, Vol. 3, n.º 4, pp. 415-432.
- WILSON, David; OLAGHERE, Ajima; KIMBRELL, Catherine (2017). *Effectiveness of restorative justice principles in juvenile justice: a meta-analysis*, Office of Juvenile Justice and Delinquency Prevention, US Department of Justice, Washington, DC.
- ZHER, Howard (1990). *Changing Lenses*, Scottdale, PA: Herald Press.
- ZHER, Howard (2005). "Evaluation and restorative justice principles". *New Directions in Restorative Justice*, Elizabeth Elliott e Robert Gordon Willan (edits.), Willan, pp. 296-303.

Capítulo 12

Mediação administrativa em Portugal: Volvida uma dezena de anos, fica uma centena de possibilidades

ISABEL CELESTE FONSECA

Professora Associada da Escola de Direito da Universidade do Minho

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Noções gerais e princípios aplicáveis no contexto jus-administrativo aos processos de composição dos conflitos jurídico administrativos. 2.1. Noções gerais. 2.2. Princípios fundamentais da mediação. 2.2.1. Princípio da voluntariedade. 2.2.2. Princípio da confidencialidade. 2.2.3. Princípio da igualdade de partes. 2.2.4. Princípio da imparcialidade do terceiro. 2.2.5. Princípio da independência. 2.2.6. Princípio da competência e da responsabilidade. 2.2.7. Princípio da executividade. 3. Desenvolvimentos precisos. 3.1. Desenvolvimentos precisos e algumas questões abertas. 4. Algumas notas conclusivas.

RESUMO: Volvidos dez anos após a publicação da Lei de Mediação, há certezas na sua operacionalização nos domínios do direito civil e comercial e há muitas dúvidas quanto à respetiva aplicação aos processos de resolução dos conflitos administrativos. Se é verdade que a arbitragem, a mediação e a conciliação têm significativa aplicação no espaço de resolução de litígios entre privados, também é verdade que, para resolver conflitos administrativos, de entre o conjunto de ferramentas incluídas na categoria de *alternative dispute resolution* (ADR), a arbitragem tem sido muito mais experimentada. Contudo, em áreas administrativas específicas, a mediação tem vindo a ser escolhida pelo legislador como mecanismo prioritário de composição. Inclusive, o legislador escolheu integrar a mediação dentro do processo administrativo, consagrando-a no artigo 87.º-C do Código de Processo nos Tribunais Administrativos. Vamos aqui tratar deste assunto ainda difícil, procurando deixar propostas de solução para incertezas que tendem a não desaparecer. Um assunto difícil para o qual se chama a atenção é o da *mediabilidade* das matérias jurídico-públicas e dos conflitos jurídico-administrativos. Em segundo lugar, dada a multiplicidade, a fragmentação e a incongruência da disciplina que lhe é aplicável, uma questão central é saber que normas da Lei de Mediação, LdeM, Lei n.º 29/2013, de 19 de abril, são aplicáveis em matéria de mediação administrativa (uma vez que esta tem um regime pormenorizado que se configura dirigido sobretudo para a mediação civil e

comercial). Finalmente, a dificuldade de harmonização dos princípios norteadores da mediação com outros princípios decorrentes do processo justo é sempre enunciada e será também aqui apresentada. Todas estas possibilidades estão, ainda assim, dependentes das possibilidades desenhadas, quer expressa quer implicitamente na Carta Fundamental, em particular nos artigos 20.º e 268.º, bem como nos artigos 204.º e 209.º, sendo certo, contudo, que a sua utilização no domínio jurídico-público tem tido a chancela do Tribunal Constitucional e do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos. Os métodos de resolução alternativa de litígios são mecanismos próprios, complementares ou adequados para certo tipo de litigância característica da justiça administrativa efetiva do século XXI e, pese embora alguns riscos inerentes ao uso sem limites destes mecanismos na área administrativa, os seus méritos e as suas vantagens para permitir aos administrados alcançar a justiça administrativa efetiva são notórios, sendo cada vez mais manifesta a sua dimensão integrante do direito fundamental dos cidadãos de acesso ao Direito e à justiça administrativa efetiva.

ABSTRACT: Ten years after the publication of the Law, many doubts remain. There are, however, aspects of this application to legal-administrative dispute resolution processes which already enjoy general consensus. While it is true that arbitration, mediation and conciliation have significant application in the area of dispute resolution between private parties, it is also true that, to resolve administrative conflicts, among the set of tools included in the alternative dispute resolution (ADR) category, arbitration has been much more widely tried. However, there has been a growing option by the legislature to welcome mediation as a priority mechanism in specific administrative areas. The legislator has even chosen to integrate mediation within the administrative process, enshrining it in Article 87-C of the Code of Procedure in Administrative Courts. We will deal here with this still difficult subject, seeking to leave proposed solutions to uncertainties that tend not to disappear. A difficult subject to which attention is drawn is that of the mediability of legal-public matters and legal-administrative conflicts. Secondly, given the multiplicity, fragmentation and inconsistency of the discipline applicable to it, a central question is to know which norms of the Mediation Law, LdeM, Law No 29/2013, of 19 April, are applicable in administrative mediation matters (since it has a detailed regime that appears directed mainly to civil and commercial mediation). Finally, the difficulty of harmonisation of the guiding principles of mediation with other principles arising from the fair process is always enunciated and will also be presented here. All these possibilities are, still, dependent on the possibilities drawn, either expressly or implicitly in the Fundamental Charter, in particular in Articles 20 and 268, as well as in Articles 204 and 209, being certain, however, that its use in the public legal domain has had the seal of the Constitutional Court and the European Court of Human Rights. Alternative methods of dispute resolution are specific, complementary or suitable mechanisms for a certain type of litigation characteristic of effective administrative justice in the 21st century and, despite some risks inherent in the unlimited use of these mechanisms in

the administrative area, their merits and their advantages in enabling citizens to achieve effective administrative justice are notorious, and their integral dimension of the fundamental right of citizens to access the law and effective administrative justice is becoming increasingly clear.

1. Introdução

A negociação, a mediação, a conciliação e a arbitragem, comumente designadas como mecanismos de resolução alternativa de litígios – na tradução livre da expressão inglesa *alternative dispute resolution* (ADR) –, têm alcançado em todos os domínios, e não apenas no dos conflitos jurídico-administrativos, um exponencial crescimento¹. E é disto prova o sucessivo reforço do quadro normativo que aqui os prevê.

Sobre a arbitragem administrativa têm sido evidentes a constante ampliação das suas possibilidades e os melhoramentos pontuais, como se pode confirmar pelas alterações introduzidas no Código de Processo nos Tribunais Administrativos (CPTA) – *maxime* aos artigos 180.º a 187.º – e no artigo 476.º do Código dos Contratos Públicos (CCP). No que respeita à mediação e à conciliação, considere-se, designadamente, o artigo 87.º-C do CPTA, que as acolhe dentro do processo administrativo. Some-se ainda a crescente atividade do Tribunal Arbitral do Desporto (TAD)² e os resultados apresentados pelo Centro de Arbitragem Administrativa (CAAD)³, no que concerne, sobretudo, à arbitragem tributária. E sublinhe-se ainda a crescente escolha pelo legislador que vai prevendo áreas específicas em que a mediação se apresenta como um método privilegiado de tutela.

Inclusive, não se assiste apenas ao reforço constante dos sistemas de mediação privada (particularmente nos domínios civil e comercial, mormente, como se sabe, por impulso europeu). Existe também, no plano do Direito comparado, uma enorme abertura por parte do legislador para prever formas de resolução de litígios no domínio do contencioso administrativo: alargamento do âmbito da arbitragem, por exemplo, e acolhimento da mediação e da conciliação no âmbito do contencioso administrativo (e dentro do próprio processo administrativo), a que se chama vulgarmente

¹ Sobre o tema, *vd.* Mariana França Gouveia (2015, pp. 17 e ss.).

² Sobre o tema, *vd.* António Pedro Pinto Monteiro (2021, pp. 5 e ss.).

³ Sobre o tema, *vd.* Nuno Villa-Lobos e Tânia Carvalhais Pereira (2014, pp. 87 e ss.).

a mediação e a conciliação intraprocessuais⁴, sendo aqui de realçar a solução acolhida no modelo francês⁵, a partir de 2017, em termos de projeto-piloto⁶, e, a partir de 2021, definitivamente para causas atinentes a emprego público dos entes locais⁷. Quer a hipótese de celebração de acordos dentro do processo, tanto na parte do processo declaratório como no contencioso executivo, no caso espanhol, quer as hipóteses francesas, a partir de 2017 e 2021, que traduzem a sua configuração em sentido estrito, como mecanismo necessário ou obrigatório, em certas matérias, antes do recurso aos tribunais administrativos⁸, e também o seu acolhimento, em tantas outras matérias, em sentido amplo e até equívoco, enquanto modo de os serviços públicos solucionarem informal e preventivamente os conflitos administrativos⁹, todas as possibilidades vêm sendo concretizadas no quadro de direito com-

⁴ Por todos, quanto ao contencioso administrativo, vd. Fernando Martín Diz (2018). Vd., também, Silvia Barona Vilar (1999).

⁵ Por todos, vd. Rhita Bousta (2021). No sistema francês a mediação corresponde a “*tout processus structuré par lequel deux ou plusieurs parties tentent de parvenir à un accord en vue de la résolution amiable de leurs différends, avec l’aide d’un tiers, le médiateur, choisi par elles ou désigné, avec leur accord, par la juridiction*”. Neste sentido, vd. artigo L. 213-1 e L. 213-2 do *Code de Justice Administrative*.

⁶ O regime consta do artigo 5.º da Lei n.º 2016-1547 de 18 novembro de 2016, no contexto da Modernização da Justiça Administrativa do Século XXI. Foi implementado a título experimental, e, como se pode ler, trata-se de “*un dispositif de médiation préalable obligatoire (MPO) avant tout recours contentieux d’une part en matière de contentieux sociaux, et d’autre part pour certains litiges entre les agents publics et leur administration employeur relatifs à leur situation personnelle*”. Sobre o tema, vd. G. Benard-Vincent (2017); A. Minet-Leleu (2017, pp. 1191 ss.); P. Gazagnes (2018, pp. 2334 e ss.).

⁷ Depois de um período de experimentação, este modelo de mediação (“*médiation préalable obligatoire*”) tornou-se definitiva pela Lei n.º 2021-1729 de 22 de dezembro de 2021. Vd. artigo 25-2 da Lei n.º 84-53 de 26 de janeiro de 1984 e artigos L. 213-11 a L. 213-14 do *Code de Justice Administrative*. Como se pode verificar: “*La procédure de médiation préalable obligatoire applicable à certains litiges de la fonction publique est encadrée par les dispositions du décret n.º 2022-433 du 25 mars 2022. Il est prévu à l’article 25-2 de la loi n.º 84-53 du 26 janvier 1984 que les centres de gestion assurent cette mission, par convention, à la demande des collectivités territoriales et de leurs établissements publics*”.

⁸ Assim, quanto ao âmbito deste modelo de mediação, dispõe-se o seguinte: “*Dans la fonction publique territoriale, la médiation préalable obligatoire est assurée par le centre de gestion territorialement compétent, par convention, à la demande des collectivités territoriales et de leurs établissements publics. C’est le président du centre de gestion qui désigne la ou les personnes physiques qui assureront, au sein du centre de gestion et en son nom, l’exécution de la mission de MPO. Article 4 du décret 2022-433 du 25 mars 2022*”.

⁹ Por todos, vd. Rhita Bousta (2021).

parado. Inclusive a sua promoção é feita no contexto da *European Commission for the Efficiency of Justice* (CEPEJ), junto dos Estados-Membros do Conselho da Europa, ainda que com mais entusiasmo teórico que prático¹⁰. A realidade em cada Estado Membro é diferente, mas os propósitos e atingir são muito idênticos¹¹.

Também, entre nós, a mediação administrativa tem tido um exponencial crescimento, ainda que haja dúvidas quanto à existência de um regime geral de mediação administrativa que se aplique a todas essas situações a que, pontualmente, o legislador permite que sejam tratadas pelo método da autocomposição com o auxílio de um mediador. O tema da insuficiência das regras é, na verdade, sério. O CPTA acolhe menos de meia dúzia de normas sobre a sua configuração dentro do processo administrativo declaratório, tendo havido dúvidas até há pouco tempo quanto à aplicação da LdeM a esse momento de autocomposição, sendo também certo que, pese embora existirem soluções pontuais que permitem a submissão à mediação administrativa, a LdeM só lhes é aplicada na parte em que a mesma prevê o regime *principlógico* aplicável a toda a mediação feita no território português.

2. Noções gerais e princípios aplicáveis no contexto jus-administrativo aos processos de composição dos conflitos jurídico administrativos

A mediação é um mecanismo extrajudicial e autocompositivo de resolução de conflitos, sendo figura afim da conciliação. Tantas vezes elencado como mecanismo alternativo, só aparentemente o termo “alternativo” pode significar mecanismo substitutivo da via judicial, uma vez que, também na justiça

¹⁰ A este propósito, afirma-se neste contexto que “*Mediation is a powerful tool for resolving administrative disputes, and the Council of Europe is leading the way in promoting its use. In their blog post co-authors Karim Salem and Margaret Doyle explore the CEPEJ’s new guide on administrative mediation and the research behind it. They share fascinating insights on the diverse practices of mediation across member states, revealing the need for a comprehensive definition*”. Vd. <https://civilmediation.org/council-of-europe-mediation/>, consultado a 26.05.2023.

¹¹ Como se pode ler: «*In Switzerland, it is exclusively viewed as a process executed by an institutional body, whereas in other legal systems it may be performed by professional mediators or judges. The terminology used to describe this process also differs across member states, with terms such as “mediation” in France, “amicable settlement” in Luxembourg, “conclusion of a peace agreement” in Lithuania, “conciliation” in Germany, etc. So, from the very beginning, it was evident that any tool aimed to promote administrative mediation in CoE member States, would need to prioritize providing a comprehensive definition to unify divergent conceptions*». Vd. <https://civilmediation.org/council-of-europe-mediation/>, consultado a 26.05.2023.

administrativa, a mediação pode corresponder ao método certo, próprio e mais adequado para alcançar a concórdia para um determinado tipo de diferendo ou conflito¹².

Distinguindo os mecanismos de autocomposição de conflitos, em que a solução decorre da vontade das partes em confronto, por vezes através de negociação direta, ou transação, e os de heterocomposição, em que a solução é encontrada para o caso por um terceiro imparcial, a mediação é do primeiro tipo, portanto, tal como é do primeiro tipo a negociação.

A negociação pode ser definida como um processo de resolução de conflitos através do qual uma ou as duas partes modificam as suas exigências até alcançarem um compromisso aceitável para ambas¹³. É certo que a definição de negociação se aplica a qualquer meio de resolução de conflitos não adjudicatório, quer seja mediação, conciliação ou outro, não sendo sequer, por alguns autores, reconhecido com autonomia como mecanismo de resolução extrajudicial de conflitos. Em todos estes mecanismos tenta-se chegar a um acordo através do diálogo. A diferença entre eles pode estar na existência, nestes últimos, de um terceiro imparcial, ao passo que naquela as partes podem sozinhas lançar mão das técnicas de negociação para resolver o conflito, seguindo o modelo de negociação competitiva ou o da cooperativa, ora focando o diálogo em ganhar na discussão, ora na resolução do problema (seguindo neste caso o método de negociação de princípios).

O recurso à arbitragem enquadra-se no modelo de heterocomposição. A arbitragem é um procedimento formal que conduz a uma decisão vinculante, proferida por um tribunal arbitral neutro. Por seu turno, a mediação é um procedimento flexível, com vista à obtenção de uma solução negociada com o auxílio de um terceiro imparcial, enquadrando-se, assim, no modelo de autocomposição de litígios.

A par da noção legal¹⁴, a doutrina foi propondo aceções autónomas de mediação^{15/16}. Como refere, por exemplo, Remédio Marques, este meio de

¹² Sobre o tema, em geral, *vd.* Paula Costa e Silva (2009, p. 35), e (2010, p. 737). *Vd.*, também, Cátia Marques Cebola (2013, pp. 27 e ss.).

¹³ Sobre o tema, *vd.* Mariana França Gouveia (2015, pp. 41 e ss.).

¹⁴ Até à entrada em vigor do novo regime jurídico, o legislador não havia adotado uma definição geral de mediação. Todavia, no contexto do sistema público de mediação penal e dos Julgados de Paz, evidenciavam-se duas noções que não eram totalmente coincidentes. Deste modo, o artigo 35.º, n.º 1, da Lei n.º 78/2001, de 13 de julho, atinente à organização, competência e funcionamento dos Julgados de Paz, referia-se à mediação como “*modalidade extraju-*

resolução de conflitos é “um expediente de harmonia com o qual, ocorrendo um conflito de interesses, os litigantes usam estruturas de autocomposição do respectivo litígio, que o mesmo é dizer que o resultado compositivo é produto do poder de autodeterminação da vontade consensual dos litigantes das pretensões a compor, exactamente quando esse resultado é obtido com auxílio de terceiros auxiliares, os mediadores. A solução do conflito que opõe as partes é assim uma solução amigável e concertada”¹⁷.

Como facilmente se percebe, a diferença entre as várias definições apresentadas radica no seu âmbito, pois em todas ressalta que a mediação é uma forma de autocomposição de conflitos, amigável, baseada na vontade das partes em litígio, tendo como auxílio um terceiro imparcial e neutro sem poder decisório, sendo certo que a confidencialidade parece ser um pressuposto necessário ao sucesso deste meio de resolução alternativa de conflitos, já que na sua falta as partes não se encontrarão dispostas a negociar abertamente, receando que, posteriormente, a franqueza as venha a prejudicar em processo judicial futuro, no caso de a mediação sair frustrada. Na LdeM, o legislador optou inequivocamente pela aceção ampla de mediação, indo ao encontro do previsto na alínea a) do artigo 3.º da Diretiva 2008/52/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 21 de maio de 2008, relativa a certos aspetos da mediação em matéria civil e comercial, transposta para o

dicial de resolução de litígios, de carácter privado, informal, confidencial, voluntário e de natureza não contenciosa, em que as partes, com a sua participação activa e directa, são auxiliadas por um mediador a encontrar, por si próprias, uma solução negociada e amigável para o conflito que as opõe”. O artigo 35.º foi revogado pela Lei n.º 54/2013, de 31 de julho, que alterou a Lei dos Julgados de Paz. Por sua vez, o artigo 4.º, n.º 1, da Lei n.º 21/2007, de 12 de junho, que criou o sistema de mediação penal, definiu-a como “um processo informal e flexível, conduzido por um terceiro imparcial, o mediador, que promove a aproximação entre o arguido e o ofendido e os apoia na tentativa de encontrar activamente um acordo que permita a reparação dos danos causados pelo facto ilícito e contribua para a restauração da paz social”.

¹⁵ Cátia Marques Cebola (2008, p. 67) define-a como “meio de resolução de conflitos caracterizado pela intervenção de uma terceira pessoa cujo objectivo é facilitar o diálogo entre as partes em confronto, por forma a que elas próprias possam construir a solução tida por ambas como a ideal para o seu problema”.

¹⁶ Rossana Martingo Cruz (2011, p. 32) esclarece que “na mediação, como na conciliação e na negociação, há uma cooperação das partes e um controle das mesmas no processo. Além das partes se sentirem no domínio ao longo de todo o procedimento, há ainda o carácter de confidencialidade, a celeridade e ainda a economia de custos”.

¹⁷ João Paulo Remédio Marques (2011, p. 45).

nosso ordenamento jurídico precisamente para a LdeM (em diante, Diretiva 2008/52/CE)¹⁸.

A LdeM define a mediação como a forma de resolução alternativa de litígios realizada por entidades públicas ou privadas, através da qual duas ou mais partes em litígio procuram voluntariamente alcançar um acordo com assistência de um mediador de conflitos; e descreve o mediador de conflitos como um terceiro imparcial e independente, desprovido de poderes de imposição aos mediados, que auxilia na tentativa de construção de um acordo final sobre o objeto do litígio (artigo 2.º), sendo certo que o essencial na mediação é o pleno domínio do processo pelas partes (“*empowerment*”), princípio que é o seu fundamento e uma sua característica identitária permanente¹⁹.

Ainda que o tema seja pouco consensual, a mediação também se distingue da conciliação, sendo, aliás, necessário reforçar, em primeiro lugar, que a conciliação no âmbito de um processo em curso na jurisdição administrativa é presidida pelo juiz administrativo. Importa dizer ainda que, fora do processo, a conciliação é também uma técnica praticada por outros profissionais. Neste caso, procura-se aproximar as reclamações dos litigantes a um ponto de convergência de interesses, sendo que o profissional que domina o tratamento do problema, que escuta e que, mantendo-se imparcial, analisa os pontos fortes e fracos de ambas as posições e convence os litigantes das vantagens de alcançarem o acordo, posiciona-se ativamente. Na mediação, por seu turno, apesar de utilizar técnicas idênticas às da conciliação, sobretudo se falarmos da *evaluative mediation*, o mediador procura respeitar plenamente todas as expectativas em causa, apurando os interesses das partes que vão além dos meramente económicos, sempre que exista uma vontade de manter ou aperfeiçoar as relações dos intervenientes, sendo certo que o

¹⁸ A definição de mediação da Diretiva é a seguinte: “*processo estruturado, independentemente da sua designação ou do modo como lhe é feita referência, através do qual duas ou mais partes em litígio procuram voluntariamente alcançar um acordo sobre a resolução do seu litígio com a assistência de um mediador. Este processo pode ser iniciado pelas partes, sugerido ou ordenado por um tribunal ou imposto pelo direito de um Estado-Membro*” [artigo 3.º, alínea a), 1.º §]. Diz também a Diretiva que a mediação conduzida por um juiz que não seja responsável por qualquer processo judicial relativo ao litígio em questão se insere ainda no conceito, ficando excluídas as tentativas do tribunal ou do juiz com vista à solução do litígio por acordo (2.º §).

¹⁹ Sobre o tema, *vd.* Mariana França Gouveia (2015, pp. 48 e ss.); Jorge Morais Carvalho (2011, pp. 271 a 290).

modelo interventor pressupõe uma postura mais ativa do mediador, que não se limita a trazer as partes para o centro do diálogo, indo ao ponto de agir no mérito da questão. Ambas se afiguram como formas de resolução cooperativas, podendo qualquer profissional da mediação ser um conciliador.

O assunto não é, contudo, nada pacífico, havendo quem não lhe encontre diferenças, a não ser a de que, na justiça administrativa, o papel de conciliador é reservado ao juiz administrativo (n.º 3 do artigo 87.º-C do CPTA). De qualquer modo, a mediação facilitadora centra o trabalho do mediador na reabertura das pessoas ao diálogo, tentando que a sua intervenção seja o menos interventiva possível (ainda que determinante).

2.1. Noções gerais

De um modo ou de outro, a verdade é que a mediação está prevista como mecanismo adequado para resolver conflitos jurídico-administrativos e também neste campo apresenta inúmeras vantagens, enquanto método de resolução de conflitos, quer em termos globais, do ponto de vista do serviço público, quer em termos pessoais e relacionais, do ponto de vista e da perspetiva dos mediados. Pragmaticamente, diminui os custos inerentes à resolução de conflitos; reduz o tempo médio de resolução do conflito; permite que os participantes controlem os procedimentos, desde o início até ao fim, uma vez que a decisão de iniciar ou colocar termo à mediação está na disponibilidade das partes; mantém a confidencialidade do conflito; sendo, em suma, um meio mais flexível e informal para encontrar a solução para o diferendo²⁰.

Do ponto de vista qualitativo, a mediação permite a melhoria do relacionamento entre as partes, ou pelo menos evita a sua deterioração, na medida em que promove um ambiente de colaboração na abordagem do problema; permite sanar o conflito na medida em que o mesmo é tratado a fundo e de acordo com os critérios valorizados pelas partes e não com critérios estabelecidos exteriormente; reduz o desgaste emocional, pois facilita a comunicação entre as partes; possibilita a efetiva reparação pessoal, uma vez que são as partes que chegam à solução para o problema. É recomendável para a resolução de litígios relativos a relações que se desejam restabelecer ou a situações que permanecem no tempo, de modo a que possa existir uma restauração da relação ou da situação, que se considera que deve perdurar após

²⁰ Sobre o tema, por todos, *vd.* Fernando Martín Diz (2018).

o litígio, como é o caso dos vínculos laborais ou dos que existem nas relações especiais de poder²¹.

O regime jurídico da mediação, que entrou em vigor em 2013, reflete a prática moderna e define parâmetros claros para a condução de procedimentos, reconhecendo e mantendo a necessidade de flexibilidade²². Até à entrada em vigor da Lei n.º 29/2013, de 19 de abril (LdeM), as normas orientadoras e disciplinadoras da mediação encontravam-se dispersas por vários diplomas, regulando-se assim, de forma parcial, os vários aspetos atinentes a um processo de mediação. Com a entrada em vigor da referida lei instituiu-se um regime geral da mediação.

O legislador optou, assim, por adotar um diploma que disciplina, de forma geral e sistemática, os diversos aspetos envolvidos num processo de mediação. O propósito de criação de um regime geral encontra-se patente no facto de o legislador ter ido mais além do que lhe era imposto pela já referida Diretiva 2008/52/CE, em matéria de mediação civil e comercial. As medidas adotadas aplicam-se a todos os procedimentos de mediação que tenham lugar em Portugal, sendo certo que disciplinam em especial o regime de mediação civil e comercial, não sendo absoluta e expressamente claro, numa primeira leitura, se tal regime contempla os processos de mediação para os litígios jurídico-administrativos ou tributários.

No que respeita ao âmbito material de aplicação da LdeM, o seu artigo 1.º reconhece expressamente que esta abrange: *i) [o]s princípios gerais aplicáveis à mediação realizada em Portugal; ii) [o] regime jurídico da mediação civil e comercial; iii) [o] regime jurídico dos mediadores; e iv) [o] regime jurídico dos sistemas públicos de mediação*²³.

²¹ Para um exemplo, muito concreto, *vd.* Marta García Pérez (2019, pp. 87 e ss.).

²² Miguel Cancellabreu e Clara Moreira Campos (2015, pp. 161 e ss.).

²³ Os Sistemas Públicos de Mediação (SPM) visam fornecer aos cidadãos formas céleres de resolução de litígios, através de serviços criados e geridos por entidades públicas, conforme prevê o artigo 30.º da LdeM. A inovação do sistema português de mediação consiste no facto de, para além de se promover o recurso à mediação privada, o Estado organizar e disciplinar os SPM ao dispor dos seus cidadãos. Deste modo, entende o legislador que a mediação realiza a função constitucional de administração da justiça, porque, por um lado, a mediação que obtenha sucesso promove a tão desejada paz social, e, por outro lado, o recurso ao aparelho judiciário para os domínios onde o acordo das partes não é possível contribuirá para o seu descongestionamento e o consequente aumento da sua eficácia. Além de que a mediação permite que sejam resolvidos conflitos que não seriam levados a tribunal atendendo ao seu baixo valor, as designadas “bagatelas judiciais”. E, por último, porque a redução do acesso aos

Neste sentido, facilmente se compreende que a LdeM integra uma disciplina de aplicação verdadeiramente universal, destacando-se em especial os princípios orientadores e enformadores do processo de mediação. A LdeM acolhe um conjunto de normas aplicável aos mediadores e outras que constituem o regime geral ou regime-quadro de criação dos sistemas públicos de mediação. Em especial, destaca-se a disciplina aplicável apenas aos litígios civis e comerciais, determinando-se, de forma expressa, a exclusão de outros processos de mediação, como, por exemplo, a administrativa, evidenciando-se, portanto, a incerteza quanto ao regime a aplicar aos processos de mediação administrativa.

A segunda ideia aqui a evidenciar tem que ver, todavia, com assuntos difíceis relativos à mediação e que ainda não estão suficientemente resolvidos na lei. Falaremos disso no ponto 3. Antes importa dizer mais sobre os princípios relativos à mediação aplicáveis à mediação administrativa.

2.2. Princípios fundamentais da mediação

Os princípios estruturantes da mediação estão previstos na LdeM e aplicam-se aos processos de mediação realizados em Portugal, independentemente da natureza do litígio que seja objeto de mediação, sendo defensável que o exercício de mediação noutras áreas não expressa e especificamente disciplinadas pelo diploma esteja de igual modo vinculado pelos princípios da mediação, como acontece, em bom rigor, com a mediação administrativa.

É de evidenciar, contudo, que a LdeM não esgota todos os princípios que a doutrina considera como inerentes ao processo de mediação, não tendo sido contemplados, designadamente, os da informalidade e da flexibilidade, segundo os quais o procedimento de mediação não exige solenidades especiais, não estando sujeita a fases processuais determinadas, considerando-se que o mediador pode tomar as medidas que entender serem as mais adequadas ao sucesso da mediação.

tribunais implicará a redução dos custos que o recurso ao aparelho judiciário pressupõe, contribuindo, deste modo, para uma maior eficiência do acesso à justiça. É neste sentido que se lê o n.º 4 do artigo 202.º da CRP: “[a] lei poderá institucionalizar instrumentos e formas de composição não jurisdicional de conflitos”.

2.2.1. Princípio da voluntariedade

O princípio da voluntariedade, segundo Dulce Lopes e Afonso Patrão, analisa-se em quatro dimensões²⁴. A primeira consiste na liberdade de escolha deste método de resolução de conflitos, pois as partes só submetem certo conflito à mediação se quiserem, e é por isso que é necessário o consentimento expresso. Por outro lado, a sua recusa não constitui violação de nenhuma obrigação processual. A segunda dimensão consiste na liberdade de abandono da mediação, o que significa que as partes podem, a todo o tempo, de forma conjunta ou unilateral, abandonar uma mediação em curso pela revogação do consentimento prestado. A terceira dimensão assenta na ideia de conformação do acordo que põe fim ao litígio, que não é imposto por qualquer terceiro, pois são as partes que controlam diretamente a mediação. Os mediados dispõem de plenos poderes para encontrarem a solução que bem entenderem, colocando assim um ponto final na contenda. Por último, o princípio em análise concretiza-se ainda na liberdade de escolha do mediador, o que difere da via clássica de resolução de conflitos, onde impera o princípio do juiz natural. A voluntariedade manifesta-se na possibilidade de as partes escolherem a pessoa que vai conduzir o processo. Aliás, numa perspetiva de comparação com a arbitragem, é na mediação que a intensidade de aplicação do princípio da voluntariedade é significativa, revelando-se ir mais além do que submeter o conflito a um método extrajudicial e escolher o árbitro, pois, na arbitragem a voluntariedade cessa a partir daí. Precisamente, na mediação, ao invés, o princípio da voluntariedade manifesta-se nisso e na permanência, na condução e na conclusão do procedimento de resolução do conflito.

O legislador português não acolheu a designada mediação obrigatória, instituindo o princípio da voluntariedade como estruturante deste método de resolução de litígios. A relevância deste princípio encontra-se patente tanto na LdeM como na Diretiva Europeia 2008/52/CE. Na verdade, a Diretiva refere-se à mediação como o processo “*através do qual duas ou mais partes em litígio procuram voluntariamente alcançar um acordo*”, pese embora permitir expressamente a opção do legislador nacional que assim pode prever tanto o recurso obrigatório à mediação como pode consagrar incentivos e sanções relacionados com a sua utilização, quer antes, quer depois do processo judicial.

²⁴ Dulce Lopes e Afonso Patrão (2016, p. 25).

Na realidade, o modelo de mediação obrigatória impõe às partes que passem por uma fase de mediação antes de intentarem uma ação em tribunal, sendo certo que, por regra, esta imposição não consiste na obrigatoriedade de as partes chegarem a um acordo, mas apenas na respetiva presença numa sessão de pré-mediação e, porventura, de uma sessão de mediação na qual o mediador procura orientar as partes com vista a alcançar um acordo.

É comum dizer-se que a imposição da mediação obrigatória traria algumas vantagens, tais como a sensibilização geral da comunidade para os meios de resolução alternativa de litígios e, possivelmente, a diminuição mais eficaz da litigância judiciária. É certo também que sempre se pode suscitar um conjunto de reservas à eficácia e à legitimação da mediação compulsória. Evidencia-se a questão da compatibilidade ou não deste modelo com o modelo constitucional de acesso ao Direito e à justiça, que, entre nós, como já apontámos, consagra expressamente o direito de livre acesso aos tribunais do Estado, ou, por outras palavras o direito que todos têm de não ver afastada a possibilidade de recorrer aos tribunais do Estado para obter a proteção e defesa dos respetivos direitos e interesses.

Numa perspetiva de direito comparado, importa mencionar que há casos em que essa é a solução acolhida pelo legislador nacional, sendo certo que, questionada a respetiva compatibilidade da norma com o modelo constitucional de proteção judicial de direitos e interesses a resposta tem sido em sentido negativo na grande maioria desses casos. Na Alemanha e nos Estados Unidos da América, por exemplo, tem-se considerado compatível com a respetiva Constituição a instituição da mediação pré-processual obrigatória²⁵. A experiência italiana, que apresenta mais contornos, a este propósito não deixa de ser relevante para uma reflexão sobre o tema²⁶.

²⁵ A voluntariedade de sujeição do litígio a processo de mediação não é consensual. Na verdade, mesmo no quadro europeu, alguns países optaram por consagrar mecanismos de mediação pré-processual obrigatória. Em algumas ordens jurídicas, definindo de forma genérica a mediação como mecanismo de natureza voluntária, criaram-se áreas de litigância que determinam o recurso obrigatório à mediação. Na Alemanha, considera-se não haver dúvidas quanto à respetiva constitucionalidade da norma que a acolhe. E esta é a convicção dominante no direito norte-americano. É de salientar que alguma doutrina sustenta ser duvidosa a constitucionalidade de qualquer forma de mediação obrigatória. *Vd.* Astrid Stadler (1998, p. 2480). Sobre os sistemas de integração da mediação, *vd.* Mariana França Gouveia (2015, pp. 62 e ss.); Paula Costa e Silva (2009, pp. 43 e ss., pp. 51 e ss., pp. 71 e ss.).

²⁶ O legislador italiano veio prever uma solução que impede o recurso aos tribunais antes de as partes tentarem solucionar os litígios através de mediação, prevendo o processo de media-

Como se percebe, o legislador europeu deu essa margem de opção ao legislador nacional, aceitando a validade do modelo de mediação obrigatória desde que tais modelos não se traduzam em obstáculos no acesso ao sistema judicial e não anulem a proteção efetiva de direitos, o que, na verdade, até pode decorrer da previsão na legislação nacional de penalidades pelo não recurso à mediação ou da consagração de mediação induzida, o que implica prever consequências negativas associadas à decisão de não recorrer a este meio alternativo de resolução de litígios²⁷. Voltaremos a este assunto, a propósito da solução acolhida, a título experimental, em 2017, e, em 2021, a título definitivo para causas pontuais, pelo legislador francês, fazendo parte dessas causas em matéria administrativa os litígios que envolvem os entes públicos municipais nos domínios do contencioso do emprego público.

2.2.2. Princípio da confidencialidade

O princípio da confidencialidade da mediação que se encontra previsto no artigo 5.º da LdeM deve ser entendido em dois sentidos. O primeiro compreende o dever de sigilo do mediador, quer na sua dimensão externa, quer na sua dimensão interna. A dimensão externa significa que o mediador não pode utilizar para qualquer fim as informações que lhe tiverem sido comunicadas ou cujo conhecimento tenha obtido por força do procedimento de mediação. Por sua vez, a dimensão interna significa que o mediador não pode transmitir às outras partes as informações de carácter confidencial que lhe tiverem sido prestadas por qualquer um dos mediados. O mediador, por forma a garantir o sucesso das suas funções e de molde a conseguir a confiança das partes, tem de assumir este princípio como um verdadeiro segredo profissional. Só desta forma é que se encontram reunidas as condições para que as partes consigam ver na pessoa do mediador um terceiro

ção como um passo necessário e prévio à via judicial, para a grande maioria das controvérsias e estabelecendo penalidades tanto processuais como pecuniárias para as partes que se recusassem a participar no procedimento de mediação. Esta opção legislativa originou ações judiciais na *Corte Costituzionale* e no Tribunal de Justiça da União Europeia, no sentido de apurar se tal regulação violaria ou não as regras constitucionais e europeias no que concerne ao direito de liberdade de acesso aos tribunais, culminando na declaração de inconstitucionalidade das mencionadas normas.

²⁷ Sobre o tema, verifique-se o n.º 2 do artigo 5.º da Diretiva 2008/52/CE. Quanto à jurisprudência norte-americana, cfr. as referências dadas por Roselle L. Wissler (1997, p. 572).

imparcial, em quem podem confiar, sem que isso as prejudique de algum modo, salvaguardando sempre a sua intimidade.

Por outro lado, a confidencialidade também corresponde à impossibilidade de valoração do conteúdo da mediação nas vias judiciais. É de sublinhar que todo o conteúdo da mediação está abrangido pelo princípio da confidencialidade, pelo que nada do que as partes hajam confessado pode ser utilizado em juízo. Ou seja, neste segundo sentido, não é apenas o mediador que fica vinculado pela obrigatoriedade de sigilo como também as partes mediadas. Esta dimensão visa o sucesso do processo de mediação, pois, como é óbvio, as partes nunca negociariam abertamente se a confissão dos factos as viesse a prejudicar em tribunal, no caso de frustração do procedimento de mediação. Deste modo, seriam tentadas a ocultar informações que poderiam revelar-se fundamentais à obtenção de um acordo. Paralelamente, a confidencialidade da mediação constitui a verdadeira forma de a promover.

A lei não menciona de forma expressa a abrangência da confidencialidade dos mandatários e representantes das partes. Todavia, a respetiva vinculação resulta da formulação genérica contida no n.º 4 do artigo 5.º da LdeM, que se dedica ao “*conteúdo das sessões de mediação*” em que tenham intervindo.

Na verdade, a lei portuguesa determinou a proteção de todo o conteúdo das sessões de mediação e não apenas das informações daí resultantes e vinculou não só o mediador como também as partes mediadas, e ainda os demais intervenientes no procedimento de mediação. Assim, todos os documentos trocados, as palavras dirigidas tanto pelas partes como pelo mediador, bem como todas as propostas de solução formuladas no âmbito das sessões de mediação encontram-se abrangidas pelo dever de sigilo.

Na senda do que dispõe o legislador comunitário, a lei admite restrições à confidencialidade do processo de mediação em determinadas situações, elencando algumas, como seja o superior interesse da criança, ou a prevenção da saúde mental dos intervenientes. Assim, o princípio da confidencialidade cede por razões de interesse público consideradas mais relevantes do que, designadamente, o sucesso da mediação.

Afigura-se essencial realçar que a presente norma sobre confidencialidade se encontra pensada para os litígios civis e comerciais, mas já não para os litígios administrativos aos quais também se aplica. Nestes últimos, existe uma tensão que se gera entre a confidencialidade, por um lado, e a transparência da Administração Pública, por outro. Interrogamo-nos, na verdade, se tal poderá conduzir a situações em que o interesse público demande a divul-

gação do acordo a que se chegue ou se, no quadro da LADA, é configurável aceder aos acordos realizados. Voltaremos ao tema.

Questão que também releva é a de saber se o princípio da confidencialidade da mediação pode ser derogado por mera vontade das partes. A Diretiva estabelece este caminho, impondo aos Estados-Membros o estabelecimento da confidencialidade da mediação “*salvo se as partes decidirem em contrário*”. Já o acordo das partes para reforço da confidencialidade do procedimento de mediação não aparenta enfrentar qualquer dificuldade no contextos dos conflitos comerciais, sendo certo, e até aconselhável, segundo alguma doutrina²⁸, o mesmo já sendo duvidoso nos conflitos jurídico-públicos.

No que concerne às consequências da violação do dever de confidencialidade, para além dos casos em que configura um crime de “*violação de segredo*”, situação em que acrescerá a responsabilidade criminal do mediador, prevê-se também a sujeição a responsabilidade civil do mediador pelos danos causados, nos termos gerais. No caso de a violação ocorrer num sistema público de mediação, estabelecem-se ainda as sanções próprias inerentes à fiscalização do sistema, nomeadamente a sua suspensão ou exclusão das respetivas listas. Em consequência, e como garantia do princípio mencionado, a lei estabelece para o mediador a impossibilidade de participar como testemunha, perito ou mandatário em qualquer causa relacionada com o procedimento de mediação, tendo o artigo 28.º da Lei n.º 29/2013, de 19 de abril, acolhido uma solução que vem no sentido de determinar que os impedimentos aí previstos se devem à garantia da confidencialidade da mediação. Tal significa que, se o mediador for chamado a depor judicialmente, deve escusar-se a fazê-lo, salvo se estiver em causa alguma das situações tipificáveis como excecionais (cf. n.º 3 do artigo 5.º).

²⁸ Problema que a lei não soluciona é o relativo a saber se o levantamento da confidencialidade nos casos legalmente previstos é uma decisão própria do mediador ou se, ao invés, é aplicável por analogia o regime jurídico do sigilo profissional do advogado, devendo aquele solicitar autorização para revelar as informações que reputa como necessárias. A questão assume uma importância acrescida, porquanto a cessação do dever de confidencialidade é admitida com base em cláusulas abertas, devendo densificar-se, por um lado, quando se está perante razões de ordem pública e, por outro, quando tal é necessário à proteção desses interesses. Assim sendo, cabe ao mediador a ponderação dos interesses em jogo, procurando a verificação do direito de necessidade que constituirá causa justificativa. Atente-se que não vigoram normas especiais disciplinares ou deontológicas que subordinem o levantamento do sigilo a uma autorização prévia de certa entidade, ao contrário do que sucede, por exemplo, quanto ao segredo profissional do advogado.

2.2.3. Princípio da igualdade de partes

Os princípios da igualdade e da imparcialidade radicam da noção legal de mediador, sendo este considerado como “*um terceiro, imparcial e independente, desprovido de poderes de imposição aos mediados, que os auxilia na tentativa de conciliação de um acordo final sobre o objecto do litígio*” [cf. artigo 2.º, alínea b), da LdeM].

De acordo com Cátia Marques Cebola, o princípio da igualdade das partes acarreta as seguintes implicações: *i)* as partes têm direito a todas as informações relativas à mediação; *ii)* as partes têm o direito de exprimir livremente os seus pontos de vista e opiniões, respeitando o princípio da colaboração; *iii)* as partes têm direito a ser assessoradas por um advogado; *iv)* o mediador deve dar por concluída a mediação sempre que considere que o desequilíbrio de poder entre as partes é insuperável²⁹.

É de notar que a mediação pode revelar-se pouco adequada à resolução de conflitos onde há um ascendente de uma das partes em relação à outra, já que a sua predominância na posição, designadamente negocial, poderá implicar uma falta de interesse em dirimir o litígio.

2.2.4. Princípio da imparcialidade do terceiro

A imparcialidade do mediador consiste na equidistância em relação às partes mediadas, sendo certo que o mediador não pode, em qualquer caso, unir-se a alguma das partes, devendo ocultar as suas opiniões e emoções. Tal não pode obviar, porém, a que o mediador corrija ou contrarie eventuais desigualdades ou assimetrias. Assim “pode funcionar como fiel da balança, fazer um equilíbrio de forças”, como refere Cátia Marques Cebola, sendo certo que, nos casos de *power imbalance*, que sejam submetidos a mediação, deve o mediador empregar todos os meios necessários para compensar ou neutralizar esses desequilíbrios³⁰.

2.2.5. Princípio da independência

Importa sublinhar que o princípio da independência não se confunde com os princípios da imparcialidade do mediador e da igualdade de partes. Nestes últimos visa-se a equidistância e a neutralidade, ao passo que no primeiro se visa o exercício livre e descomprometido da função do mediador. O prin-

²⁹ *Vd.* Cátia Marques Cebola (2010, p. 101).

³⁰ *Vd.* Cátia Marques Cebola (2013, pp. 188 e ss.).

cípio da independência desdobra-se em duas dimensões. Por um lado, traduz-se na insubordinação do mediador a quaisquer outras entidades, públicas ou privadas, uma vez que o exercício da mediação é por natureza livre e não pode ser submetido a ordens de outros profissionais ou autoridades; por outro lado, implica a emancipação do mediador face a interesses próprios ou de terceiro, valores pessoais ou influências externas. O mediador deve conseguir libertar-se das suas convicções íntimas, para assim auxiliar os mediados a encontrar um acordo que os satisfaça, pondo de parte os seus próprios interesses ou juízos ou orientações quanto ao acordo a alcançar.

Esta última dimensão do princípio da independência concretiza-se na neutralidade do mediador quanto ao desfecho do procedimento, porquanto não pode ter qualquer influência nas opções das partes, mesmo que o acordo lhe pareça injusto. Sublinhe-se que esta neutralidade tão pretendida é, em concreto, impossível de alcançar em absoluto, visto que o mediador é uma pessoa que pautará a sua conduta pelos seus valores, ensejos, convicções e emoções, não sendo possível abster-se totalmente de tudo isso. Simplesmente, no exercício das suas funções deverá agir da forma mais inócua possível, utilizando ao máximo a sua capacidade técnica para não influir nas escolhas dos mediados.

2.2.6. Princípio da competência e da responsabilidade

Nos sistemas públicos de mediação, há condições legais que garantem a competência do mediador, por forma a garantir o correto exercício da sua função. A lei não só estabelece um conjunto de requisitos legais de acesso à atividade (idoneidade, idade, formação geral e específica), como o recrutamento é feito por concurso público. Porém, a LdeM veio introduzir um princípio da competência e da responsabilidade, que tem como propósito garantir que todos os que pretendam exercer a função de mediador adquiram aptidões e capacidades específicas para o desempenho da atividade, consagrando ainda que a violação dos deveres próprios do ofício implica a responsabilidade civil do mediador.

No que tange às aptidões e competências, a formação específica não é um requisito de acesso à função de mediador. A lei limita-se a determinar que o mediador de conflitos “*pode frequentar ações de formação que lhe confirmam aptidões específicas, teóricas e práticas, nomeadamente cursos de formação de mediadores de conflitos*” (artigo 8.º, n.º 1). Deste modo, a lei só garante a habilitação dos mediadores nos sistemas públicos.

O princípio aparenta efetivamente ter um efeito prático, através da análise conjunta do n.º 1 do artigo 8.º com a alínea e) do n.º 1 do artigo 9.º, parecendo implicar que só os mediadores que hajam obtido aprovação em ações de formação certificadas é que fazem parte da lista de mediadores de conflitos organizada pelo Ministério da Justiça. A intervenção de mediador constante da referida lista é condição necessária para que o acordo que seja alcançado tenha força executiva.

Quanto à responsabilidade, o princípio significa que à violação dos deveres a que o mediador está adstrito no exercício da sua atividade corresponde o dever de responder pelos danos que a sua conduta ilícita causar.

2.2.7. Princípio da executoriedade

O princípio da executoriedade encontra-se plasmado no artigo 9.º da LdeM, prevendo o normativo a executoriedade dos acordos obtidos através do procedimento de mediação, obedecendo aos requisitos elencados e sem necessidade de homologação judicial.

Como forma de potenciar o recurso à mediação, o legislador nacional veio dispensar o acordo de homologação judicial para que a mesma possa adquirir a força executiva, uma vez que, não sendo esta exigida pela Diretiva Europeia, corresponde a uma opção do legislador nacional. No seu artigo 6.º, a Diretiva apenas exige que as partes possam requerer a um tribunal a declaração de executoriedade do acordo obtido através de mediação. No seu considerando 22, todavia, respeita-se a opção pela classificação dos acordos obtidos através do processo de mediação como títulos executivos.

É um facto que a executoriedade dos acordos alcançados é pressuposto do sucesso da mediação, pois só deste modo é que as partes podem confiar no êxito da resolução do diferendo através da mediação, tal como se a deliberação tivesse sido tomada por um juiz. O fim da contenda deixa de ser decidido por um terceiro e passa a sê-lo pelas próprias partes, mas cuja execução é judicialmente exigível. Para que a força executiva se produza, a lei elenca alguns requisitos, a saber: *i*) existência de um conflito que legalmente pode ser objeto de mediação, ou seja que versa sobre interesses de natureza patrimonial ou, não tendo esta índole, que sejam suscetíveis de transação; *ii*) inexistência de norma especial que exija a homologação judicial; *iii*) que as partes sejam capazes; *iv*) que a mediação haja cumprido a lei, nomeadamente que o acordo revista a forma escrita; *iv*) e ainda que o conteúdo do acordo não viole a ordem pública.

Por outro lado, é exigido que o mediador esteja inscrito na lista organizada pelo Ministério da Justiça (o que deverá implicar a aprovação em cursos de formação de mediadores certificados). O acordo de mediação alcançado em sede de um procedimento de mediação constitui um contrato ou uma transação – contrato através do qual as partes “terminam um litígio mediante recíprocas concessões”, o qual só poderá incidir sobre direitos disponíveis. A transação tem de revestir necessariamente a forma escrita, tal como se estabelece para o acordo de mediação. Deste modo, duas consequências da disciplina do artigo 9.º da LdeM podem aqui ser registadas. Quando o acordo goza de força executiva, não é vedado a qualquer das partes requerer ao tribunal que homologue o acordo. A ratificação judicial pode afigurar-se útil em dois casos: por um lado, quando se pretende a respetiva eficácia além-fronteiras, já que não é comum a atribuição de força executiva aos acordos de mediação nos demais Estados-Membros; por outro lado, quando uma das partes vise atribuir à convenção uma especial força executiva pela sua equiparação a sentença judicial, tal reduz, assim, os fundamentos admissíveis de oposição à execução. Pensando de imediato na aplicação do princípio aos acordos alcançados por mediação dos conflitos jurídico-administrativos, a homologação necessária pode apresentar vantagens e inconvenientes, sendo certo que o problema da mediabilidade do conflito pode ser resolvido no momento do controlo homologatório a efetuar pelo juiz. E esta é uma virtude da necessidade da homologação do acordo.

3. Desenvolvimentos precisos

É importante reforçar que, em Portugal, a arbitragem, a mediação e a conciliação sempre desempenharam um papel importante na resolução de disputas privadas. Além disso, sempre existiu um forte recurso à arbitragem no domínio dos contratos públicos, especialmente no que diz respeito a obras públicas (mormente nas empreitadas e concessões) e também de serviços.

E, de facto, a mediação, a conciliação e a arbitragem, geralmente referidas como ADR ou mecanismos de resolução alternativa de litígios, alcançaram um crescimento exponencial na área dos litígios jurídico-administrativos, sendo hoje possível afirmar que a questão da invalidade de atos administrativos pode ser apreciada pelo juiz arbitral ou no âmbito de qualquer outro ADR.

E isto é evidenciado pelo sucessivo reforço do quadro normativo que contempla os ADR, como já apontámos, estando essa extensão legal legitimada

no n.º 4 do artigo 202.º do Texto Constitucional, ao permitir ao legislador ordinário criar formas e meios não jurisdicionais de resolução de conflitos. A LdeM, ainda que pensada sobretudo para a mediação civil e comercial, não deixa de contemplar a mediação administrativa, existindo o acolhimento expresso da mediação intraprocessual, no âmbito do processo administrativo (artigo 87.º-C do CPTA).

É importante lembrar, mais uma vez, que todos eles têm ganho renovados ímpetus: o CPTA, em 2015, alargou a arbitragem ao controlo da validade dos atos administrativos, foram criados centros de arbitragem, tal como o Centro de Arbitragem Administrativa (CAAD), e a arbitragem institucionalizada passou a ser muito frequente quanto a certos litígios em matéria fiscal, parecendo ser também a desejada agora, desde 2017, pelo legislador dos contratos públicos para os diferendos relativos à contratação pública.

Lembramos também o significativo volume de ordem financeira que possuem os litígios submetidos aos mecanismos de resolução alternativa de litígios, sendo que, segundo o relatório do Tribunal de Contas, as crescentes contendas em matéria de PPP's relativas à saúde, de há cerca de uma década até aos nossos dias, são resolvidas através de mediação, negociação e arbitragem, envolvendo valores que rondam os 61 M€³¹, sendo que o Estado viu ser-lhe reconhecido o direito a 22,7 M€, as entidades gestoras a 15,7 M€, estando por resolver questões equivalentes aos restantes 22,3 M€³².

³¹ Milhões de euros.

³² Neste relatório (Relatório n.º 5/2021), ironicamente o Tribunal de Contas faz um elogio às PPP da saúde, propondo a sua continuidade, precisamente um elogio fúnebre, uma vez que surge numa altura em que as mesmas estão a ser extintas em Portugal. Na verdade, ao fazer o balanço positivo de mais de 10 anos de gestão privada de hospitais públicos, o Tribunal de Contas, no seu relatório de 2021, concluiu que esses hospitais foram melhores do que os que integram o SNS, em todas as dimensões em apreço. Precisamente, a ironia prende-se com o facto de este relatório surgir numa altura em que a sobrevivência destas parcerias não está de modo algum assegurada. Antes pelo contrário, as PPP na saúde estão praticamente extintas. Braga já terminou há mais de três anos, em 1 de setembro de 2019; Vila Franca de Xira acabará este ano, tendo o Governo determinado nos dois casos a internalização e a reversão da gestão para a esfera pública, por motivos de superior interesse público. Em relação ao Hospital de Cascais e Loures, o Governo, no dia 3 de março de 2020, pela Resolução do Conselho de Ministros n.º 10/2020, assumiu a manutenção do modelo de PPP dual, tendo sido lançada, em 5 maio de 2020, a parceria público-privada para a gestão e prestação de cuidados de saúde, dando-se início à preparação de uma PPP para a respetiva gestão clínica, no caso do Hospital de Loures. Segundo a Unidade Técnica de Acompanhamento das Parcerias

O Estatuto da Carreira Docente Universitária prevê essa possibilidade no artigo 84.º-A, consagrando com regime especial a possibilidade de resolução de litígios emergentes de relações reguladas no Estatuto através destes mecanismos, incluindo a mediação e a arbitragem³³.

(UTAP), no segundo trimestre de 2020 estavam em execução, em Portugal, 38 PPP – 21 no setor rodoviário, 8 no setor da saúde, 4 no setor portuário, 3 no setor ferroviário e 2 no setor aeroportuário. É igualmente matéria recheada de complexidade técnica, que envolve riscos, se pensarmos nos contratos de gestão clínica, e muita imprecisão, uma vez que se trata de contratos duradouros, sobretudo os de gestão de edifício, que pressupõe a conceção, construção, financiamento, gestão e manutenção do edifício hospitalar e dos equipamentos não clínicos. É assunto sujeito a experimentalismo, sujeito a uma multiplicidade de regras jurídicas, portuguesas e europeias, regras gerais e especiais, e a cálculos de números ou euros. Este tema ainda envolve muita falta de transparência e de divulgação objetiva e credível de resultados, sobre o qual os estudos técnicos independentes e neutros são escassos e onde ainda há pouca sindicância e escrutínio judicial. Lembre-se que a formação das PPP e a respetiva execução geram muitos litígios entre entes públicos e operadores económicos e entre contraentes públicos e parceiros privados e a forma de resolução dos mesmos é através de mediação, negociação e arbitragem. Como se apontou, hoje estão pendentes em processos de mediação, negociação e arbitragem litígios correspondentes a 22 Milhões de Euros e sobre a forma como serão resolvidos pouco ou nada se virá eventualmente a saber, no futuro. Ora, a publicitação destes acordos e das sentenças dos tribunais arbitrais é absolutamente importante para credibilizar este tipo de contratação pública e para promover a transparência e permitir o escrutínio democrático dos projetos. Por isso se louva a vinda a público, em abril de 2021, do relatório síntese do Tribunal de Contas Português resultante de quatro auditorias que realizou à execução daquelas PPP entre 2014 e 2019.

³³ Verifique-se o artigo 84.º-A (Resolução alternativa de litígios)

“1 – Sem prejuízo da possibilidade de recurso a outros mecanismos extrajudiciais de resolução de conflitos, pode ser constituído tribunal arbitral para julgamento de quaisquer litígios emergentes de relações reguladas pelo presente Estatuto, inclusive as relativas à formação dos contratos quando não estejam em causa direitos indisponíveis e quando não resultem de acidente de trabalho ou de doença profissional. 2 – Exceptuam-se do disposto no número anterior os casos em que existam contra-interessados, salvo se estes aceitarem o compromisso arbitral.

3 – A outorga do compromisso arbitral por parte das instituições de ensino superior compete ao órgão máximo da instituição de ensino superior, nos termos fixados nos respectivos estatutos.

4 – As instituições de ensino superior podem, ainda, vincular-se genericamente a centros de arbitragem voluntária institucionalizada com competência para dirimir os conflitos referidos no n.º 1, por meio de previsão no regulamento a aprovar por cada instituição de ensino superior, o qual estabelece o tipo e o valor máximo dos litígios, conferindo aos interessados o poder de se dirigirem a esses centros para a resolução de tais litígios.

Os litígios emergentes de procedimentos ou contratos a que se aplique o CCP podem ser submetidos a mecanismos de resolução alternativa de litígios, tal como dispõe o n.º 1 do seu artigo 476.º, em particular à mediação e à arbitragem, sempre que a entidade adjudicante o requeira.

3.1. Desenvolvimentos precisos e algumas questões abertas

Pois bem, dito isto, suscita-se, contudo, um conjunto de dúvidas precisas quando trazemos o tópico para o domínio dos litígios jurídico-administrativos, a começar pela questão de como densificar o âmbito de aplicação da mediação judicial ou intraprocessual ou *court annexed*, para que exista suspensão da instância e remessa do processo para a mediação (nos termos do artigo 87.º-C do CPTA), o mesmo se aplicando à conciliação. E, assim, interrogamo-nos como aplicar a norma que a contempla: “*quando a causa couber no âmbito dos poderes de disposição das partes, pode ter lugar, em qualquer estado do processo, tentativa de conciliação ou mediação, desde que as partes conjuntamente a requeiram ou o juiz a considere oportuna*” (n.º 1 do artigo 87.º-C). Esta é uma dúvida que nos remete para os temas da “mediabilidade do conflito” e da “conciliabilidade” na densificação do critério da “livre disponibilidade pelas partes do objeto da causa”.

Atente-se agora no regime previsto no CPTA sobre a conciliação intraprocessual: quando a causa couber no âmbito dos poderes de disposição das partes pode existir conciliação, sendo certo que “[a] *tentativa de conciliação é presidida pelo juiz, devendo este empenhar-se ativamente na obtenção da solução mais adequada aos termos do litígio*” (n.º 3 do artigo 87.º-C). A conciliação pode ocorrer também na audiência prévia, nos termos do artigo 87.º-A, n.º 1, alínea a), e na audiência final, nos termos do artigo 91.º, n.º 3.

Interrogamo-nos, inclusive, e este propósito, se fará sentido pensar separadamente os métodos de concretização destas ferramentas de resolução de litígios jurídico-administrativos e os critérios de *mediabilidade* e de *conciliabilidade administrativas*.

5 – Sem prejuízo do disposto na lei e nos números anteriores em matéria de arbitragem, são admitidos outros mecanismos de resolução alternativa de litígios emergentes das relações jurídicas reguladas pelo presente Estatuto, designadamente através da mediação e da consulta.

6 – Pode, designadamente, ser requerida pelas partes, no âmbito da consulta, a emissão de parecer por uma comissão paritária constituída por dois representantes da instituição de ensino superior e por dois representantes da associação sindical em que o docente esteja inscrito.”.

Lembramos que, na lide atinente à ação administrativa, podem estar as seguintes pretensões em juízo, *ex vi* do artigo 37.º do CPTA: reconhecimento de situações jurídicas subjetivas; condenação à adoção de condutas necessárias ao restabelecimento de direitos ou interesses; condenação à adoção ou abstenção de comportamentos; condenação ao cumprimento de deveres de prestar, incluindo pagamento de quantia, entrega de coisa ou prestação de facto; condenação à reparação de danos, no contexto da responsabilidade civil; interpretação, validade e execução de contratos; restituição de enriquecimento sem causa; relativas a atos e normas, em que se escrutina a respetiva validade.

Quanto à conciliação, uma vez que o terceiro é o juiz administrativo conciliador, o problema pode estar em parte resolvido, uma vez que lhe cabe de imediato aferir da transigibilidade dos direitos e interesses, não passando à sua margem esse controlo e sobre a possibilidade de acordo sobre o conflito. Já no que respeita à mediação, dispõe o n.º 5 do artigo 87.º-C do CPTA, que esta se processa “*nos termos previstos na lei processual civil e no regime jurídico da mediação civil e comercial, com as necessárias adaptações*”, não sendo claro como harmonizar os regimes da LdeM e do CPC, advogando-se, em todo o caso, a intervenção de controlo do procedimento de mediação pelo juiz administrativo, a jusante, no momento da homologação do acordo. A mediação pode ser requerida pelas partes ou proposta pelo juiz em qualquer estado do processo.

E, por outro lado, quanto à mediação voluntária, fora do processo administrativo, questionamo-nos como pode a mediação ser promovida. Convocar a LdeM (Lei n.º 29/2013, de 19 de abril) e os princípios que nela estão previstos para toda a mediação realizada no território português é uma resposta positiva. Contudo, a incerteza também existe em relação à norma competencial, que permita a uma entidade pública submeter certo litígio à mediação, chamando a LdeM e afastando os tribunais administrativos, uma vez que, salvo para os litígios em matéria civil e comercial, as entidades públicas dependem de autorização competencial semelhante à que existe para a arbitragem, nos termos do artigo 180.º do CPTA, que é genérica, ou outras específicas, como sejam normas que legitimem as entidades administrativas a negociar ou a submeter o litígio a mediação, como acontece em matéria de contratação pública, no n.º 1 do artigo 476.º do CCP³⁴. O tema é

³⁴ Sobre o tema, *vd.* Isabel Celeste Fonseca e Cláudia Figueiras (2018, pp. 251-278).

muito oportuno e no plano do direito comparado não tem suscitado tantas reservas, como entre nós, nem na Espanha³⁵, nem na França, por exemplo³⁶.

Ora, o CPA prevê a celebração de acordos endoprocedimentais a partir dos quais pode a entidade administrativa determinar a fixação do conteúdo discricionário do ato a praticar (nos termos do artigo 57.º, n.º 3) e acolhe a possibilidade de o procedimento administrativo terminar com a celebração de um contrato, e não com a prática de um ato administrativo, sempre que a lei não o proibir ou a natureza das relações a estabelecer não o afastem. (artigo 127.º). Ademais, o CPA e o CCP permitem às entidades públicas que, para a prossecução dos seus fins, celebrem contratos (administrativos), salvo se outra coisa resultar da lei ou da natureza das relações a estabelecer (artigos 200.º, n.º 3, do CPA e 278.º do CCP), o que nos remete para o tema da natureza das relações e aferir nelas a existência de direitos absolutamente

³⁵ Fomos desafiadas pelos Colegas da Faculdade de Direito da Universidade de Valência a refletir sobre as possibilidades de mediação pelo Serviço Público de Polícia Municipal em Portugal, tendo as perguntas concretas sido estas: Poderão os serviços públicos municipais portugueses fazer mediação de conflitos, hoje, à luz do quadro normativo existente? Podem, nas controvérsias de vizinhança, atuar como terceiros, propondo ativamente a celebração de acordos para a respetiva resolução? Pois bem, a resposta começou a ser equacionada à luz dos princípios da descentralização e da subsidiariedade, previstos na CRP, sendo certo que, depois, invocamos tanto a Constituição como a lei para identificar as atribuições locais nos domínios de polícia para proceder à cooperação na manutenção da segurança e tranquilidade locais, manifestando-se estas atribuições em competências ambientais, de controlo de ruídos e de promoção da convivência nas relações de vizinhança na comunidade local. É certo que se impõe aqui proceder à distinção entre decisões administrativas de autoridade (mormente sancionatórias) e a atuação material dos serviços e dos agentes. Não querendo confundir mediação comunitária com a mediação *tout court*, impõe-se apurar se existirá abertura para esta última e se, sem prejuízo do Regime Geral das Contraordenações e da lei geral sobre contraordenações ambientais, há norma competencial para permitir à autoridade administrativa de polícia municipal realizar a mediação nestes assuntos. Por exemplo, em Espanha, a polícia local tem as seguintes competências: “*vigilancia y control del tráfico; vigilancia y control de las infracciones administrativas distintas al tráfico; (...) recoger reclamaciones, quejas y/o sugerencias de vecinos, comerciantes y/o responsables de centros oficiales o representantes de colectivos del barrio; servicio Mediación Policial; canalizar los conflictos vecinales (Ruidos, uso del espacio público como parques y plazas, molestias por obras, salubridad, problemas de convivencia y civismo...); intervención temprana para buscar solución conjunta con la ciudadanía y derivación si procede; seguimiento de los conflictos vecinales y de los acuerdos del proceso de mediación*”. Sobre o tema, *vd.* Isabel Celeste Fonseca e Cláudia Figueiras (2018, pp. 251-278).

³⁶ Sobre o tema, *vd.*, designadamente, David Renders e Thomas Bombois (2008, pp. 141-256).

indisponíveis: aqueles em que se impede em todos os casos e circunstâncias a constituição ou disposição por vontade das partes. Trata-se de direitos que não podem deixar de ser exercidos, sendo certo que, não sendo pelos próprios exercidos, cabe aos entes públicos efetivá-los, de acordo com a legalidade e o interesse público.

Este assunto leva-nos à equação de casos em que a negociação possa não ser possível: domínio das sanções administrativas, lembrando ainda assim que o Regime Geral das Contraordenações (RGCO – Decreto-Lei n.º 433/82, de 27 de outubro, com alterações posteriores) dá alguma abertura à negociação em momentos de admoestação, atenuação/substituição de coima ou “multa” em substituição da prestação de serviço à comunidade, por exemplo. No domínio disciplinar, no quadro das relações especiais de poder e na relação de trabalho em funções públicas, pode existir a possibilidade de acordo quanto ao *iter* do procedimento e no doseamento das sanções de tipo conservatório (apenas nos espaços de discricionariedade do empregador público e já não quanto à questão de aplicação de sanção).

Na verdade, há previsões legais diversas que permitem expressamente a mediação administrativa. Por exemplo, a Lei-quadro das entidades administrativas independentes (designadas de entidades reguladoras) (Lei n.º 67/2013, de 28 de agosto) atribui competências às mesmas para promover a resolução alternativa de litígios através de mediação ou conciliação. As diversas entidades independentes preveem regulamentos próprios para efetivar estes mecanismos³⁷. É também possível a mediação para resolver conflitos relativos ao emprego público, nos termos da Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas, bem como, em particular, no contexto dos litígios relativos aos vínculos na carreira docente universitária. E fica a possibilidade da eventual criação de sistemas públicos de mediação a par dos existentes

³⁷ A entidade reguladora da saúde (ERS), pertencente à Administração Independente do Estado, com funções de regulação e supervisão, dispõe de um sistema de mediação para a resolução de conflitos no SNS, designadamente conflitos entre estabelecimentos do SNS, entre estes e prestadores públicos e privados, entre prestadores de cuidados de saúde e utentes, podendo ainda intervir para resolução de litígios no domínio de parcerias público-privadas e de outras relações contratuais no setor da saúde. O princípio da voluntariedade norteia todo o procedimento de mediação que ocorra neste domínio, só podendo a ERS intervir para efeitos de resolução de litígios com o consentimento das partes. A mediação será conduzida por um mediador, nomeado pelo Conselho de Administração, no quadro técnico da ERS. Todo o procedimento de mediação se encontra previsto no regulamento de mediação da ERS.

(familiar, laboral, penal e julgados de paz). Neste contexto, é nosso entendimento que faria todo o sentido um sistema público de mediação administrativa, a contemplar as matérias de contratos públicos, emprego público, proteção social, urbanismo e ambiente, em sintonia, aliás, quase total, com os domínios em que é possível criar os centros de arbitragem, nos termos do art. 187.º do CPTA, podendo estes ser os primeiros a operacionalizar a tentativa de mediação do conflito.

4. Algumas notas conclusivas

O tema é bastante desafiante e há muitas questões que nos obrigam a refletir. É importante, em primeiro lugar, trabalhar o âmbito e a extensão do domínio da reserva judicial dos tribunais administrativos estatais, tendo em conta a alegada privatização da justiça e a fuga aos tribunais administrativos, e, depois, pensar em soluções iguais para questões e problemas muito semelhantes. Julgamos que é inevitável configurar uma proposta normativa sobre mediação pública e arbitragem administrativa, uma vez que, em nosso entender, a Lei da Arbitragem Voluntária (Lei n.º 63/2011, de 14 de dezembro) e a Lei da Mediação (Lei n.º 29/2013, de 19 de abril) são insuficientes para responder às necessidades inerentes aos métodos e processos de resolução dos conflitos jurídico-administrativos.

Também entendemos que importa redesenhar a dimensão deontológica do árbitro para os litígios público-administrativos, uma vez que a aplicação, *ex vi* do n.º 4 do artigo 181.º do CPTA, do regime de deveres e impedimentos do árbitro previstos no regime jurídico da arbitragem em matéria arbitrária, com as necessárias adaptações, não nos parece suficiente e satisfatória e o mesmo se aplica quanto ao mediador, devendo aqui ser chamado, com especial cuidado, o tema atinente aos conflitos de interesse. Importa, do nosso ponto de vista, cuidar a formação do mediador para as controversas administrativas, tendo em vista a sua inclusão na lista de mediadores.

Finalmente, é necessário considerar princípios orientadores para a mediação administrativa a fim de conciliar a confidencialidade com os deveres de publicidade e transparência, que são absolutamente necessárias ao escrutínio da legalidade administrativa. Se hoje a sentença arbitral é obrigatoriamente publicada, já o acordo pode permanecer secreto e fechado ao escrutínio privado e públicos.

Enfim, julgamos que, quanto ao tema da *mediabilidade* e da *conciliabilidade* e à definição do respetivo âmbito de intervenção e escolha de critérios que permitam identificar o quê, da relação jurídica-administrativa, pode caber

no âmbito do poder de disposição das partes, somos da opinião de que caberá ao legislador determinar, em lista, o que pode ser mediável, sendo importante trazer, aqui, como modelo a seguir o que dita a arbitrabilidade administrativa: artigos 180.º e 187.º do CPTA. Lembramos que este modelo acolhe um critério legal (a que se junta o da indisponibilidade em uma ou duas matérias), sendo certo que nos termos da LAV, surge o critério da patrimonialidade dos interesses. Sobre *mediabilidade* e *conciliabilidade* intraprocessuais existe outro critério: que pressupõe apurar se “*a causa [cabe] no âmbito de apreciação das partes*”, o que nos leva a refletir sobre a transigibilidade do direito controvertido. Normalmente, os litígios objeto de mediação civil e comercial são litígios que, enquadrando-se nessas matérias, respeitem a interesses de natureza patrimonial, ou não tendo natureza patrimonial, são litígios em relação aos quais as partes podem celebrar transação sobre o direito controvertido. Em suma, importa adotar um só e um único critério para este efeito. E esta harmonização deve ser realizada por escolha do legislador, com elenco de matérias no quadro de limites emergentes do Texto Fundamental, lançando o legislador complementarmente mão dos critérios da transigibilidade das pretensões, podendo o legislador ordinário equacionar se deve afastar (ou se não pode afastar) dos tribunais do Estado e da jurisdição do juiz administrativo questões sancionatórias; questões disciplinares (relativas ao emprego público e a relações especiais de poder); questões relativas a direitos, liberdades e garantias; questões relativas a estrangeiros; questões relativas à defesa e segurança e do domínio militar; questões de contencioso eleitoral (tendo em conta o princípio democrático) ou outras.

Evidenciamos questões complicadas. Quisemos deixar registadas precisamente algumas das reflexões que temos vindo a fazer, em outros lugares, procurando recordar os limites naturais da utilização de meios alternativos de resolução de litígios no domínio jurídico-administrativo, no contexto de uma justiça administrativa do século XXI, e, sobretudo, sublinhar as dificuldades que ainda existem no campo da mediação administrativa em Portugal. Embora possamos dizer que este método autocompositivo tem vindo a afirmar-se entre nós e embora no panorama de direito comparado tenha revelado ser bem sucedido, recomendamos, por último, que seja constantemente sujeito a avaliação³⁸.

³⁸ Sobre o tema, no contexto francês, vd. MARIE-ODILE DIEMER, “À propos de quelques confusions sur la médiation administrative”, acessível in <https://blogdroitadministratif.net/2021/10/14/a-propos-de-quelques-confusions-sur-la-mediation-administrative/>.

Bibliografia necessária

- AA.VV. (2013). *Arbitragem administrativa e tributária: problemas e desafios*, Isabel Celeste M. Fonseca (coord.), 2.^a ed., Almedina, Coimbra.
- AA.VV. (2019). *Arbitragem administrativa: uma proposta*, Tiago Serrão (coord.), Almedina, Coimbra.
- AA.VV. (2019). *Mediação administrativa: as (im)possibilidades*, Isabel Celeste M. Fonseca (coord.), Almedina, Coimbra.
- AA.VV. (2022). *Resolução Alternativa de litígios Jurídico-Públicos. Novas sobre a mediação, a conciliação e a arbitragem administrativas. Estudos em comemoração do 10.º Aniversário do curso de mestrado em Direito Administrativo*, Isabel Celeste M. Fonseca (coord.), Almedina, Coimbra.
- AA. VV. (2010). *Mais justiça administrativa e fiscal*, CAAD (coord.), Coimbra Editora.
- AA.VV. (2012). *L'éthique dans l'arbitrage*, Guy Keutgem (coord.), éditions Bruylant, Groupe de Boeck S.A.
- AA.VV. (2015). *Arbitragem e direito público*, Carla Amado Gomes/Domingos Soares Fariño/Ricardo Pedro (coord.), AAFDL, Lisboa.
- AA.VV. (2015). *Estudos de Direito da Arbitragem em Homenagem a Mário Raposo*, Agostinho Pereira de Miranda/Miguel Cancela de Abreu/Paula Costa e Silva/Rui Pena/Sofia Martins (coord.), Universidade Católica Editora, Lisboa.
- ABREU, Miguel Cancell de/Campos, Clara Moreira (2015). “LAV e os novos desafios à mediação”. *Estudos de Direito da Arbitragem em Homenagem a Mário Raposo*, Universidade Católica Editora, Lisboa, pp. 161-173
- ALMEIDA, Mário Aroso de, (2012). “Tópicos sobre o problema do âmbito subjetivo da arbitragem sobre relações jurídicas multilaterais ou poligonais de direito administrativo”. *V Congresso do Centro de Arbitragem Comerci*, Centro de Arbitragem Comercial da Associação Comercial de Lisboa (org.), Almedina, Coimbra, pp. 209-221.
- ALMEIDA, Mário Aroso de, (2012). “Sobre o âmbito das matérias passíveis de arbitragem de direito administrativo em Portugal”. *Estudos em homenagem a Miguel Galvão Teles*, Vol. II, Coimbra, Almedina,
- ALMEIDA, Mário Aroso de, (2013). “Arbitragem e direito administrativo – algumas considerações”. *Newsletter do CAAD*, n.º 1, pp. 17-25.
- ALMEIDA, Mário Aroso de (2014). “Arbitragem e tribunais administrativos”. *Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação*, Vol. VII, número especial *Arbitragem e Direito Público*, APA, pp. 47-64.
- ALMEIDA, Mário Aroso de, (2020). “Arbitragem administrativa: presente e futuro”. *Revista de Direito Administrativo*, n.º 7, pp. 57-62.
- ANDRADE, José Robin de (2014). “Publicidade e impugnação de decisões arbitrais em matéria administrativa (O projecto de revisão do Código de Processo nos Tribunais

- Administrativos e a nova LAV)”. *Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação*, n.º 7, APA, Almedina, Coimbra, pp. 15-28.
- ANDRADE, José Robin de (2014). “Balanço de um ano de vigência da nova lei de arbitragem voluntária”. *VII Congresso do Centro de Arbitragem Comercial*, Centro de Arbitragem Comercial, pp. 147-160.
- BAPTISTA, Luiz Olavo (2012). “Confidencialidade na arbitragem”. *V Congresso do Centro de Arbitragem Comercial da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa*, Centro de Arbitragem Comercial da Associação Comercial de Lisboa (org.), Almedina, Coimbra, pp. 197-208.
- BASTOS, Filipe Brito (2015). “A arbitragem em direito administrativo e o direito fundamental de acesso ao direito nos tribunais portugueses”. *Arbitragem e Direito Público*, Lisboa, AAFDL, pp. 75-98.
- CABRAL, Margarida Olazabal (2015). “A arbitragem no projeto de revisão do CPTA”. *Julgar*, n.º 26, pp. 99-119.
- CARAMELO, António Sampaio (2017). *Direito da Arbitragem. Ensaios*, Almedina, Coimbra.
- CARDOSO, António de Magalhães/Nazaré, Sara (2015). “A arbitragem necessária, natureza e regime: breves contributos para o desbravar de uma (também ela) necessária discussão”. *Estudos de Direito da Arbitragem em Homenagem a Mário Raposo*, Universidade Católica Editora, Lisboa, pp. 33-55.
- CARVALHO, Jorge Morais (2011). “A consagração legal da mediação em Portugal”. *Julgar*, n.º 15, pp. 271-290.
- CARVALHO, Jorge Morais; PINTO-FERREIRA, João Pedro e CARVALHO, Joana Campos (2017). *Manual de resolução alternativa de litígios de consumo*, Almedina.
- CASANOVA, Nuno Salazar (2013). “Reflexões práticas sobre a ética na arbitragem. Uma introdução ao tema”. *VI Congresso do Centro de Arbitragem Comercial da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa*, Almedina, pp. 61-74.
- CAVALEIRO, Vasco (2019). “A arbitragem e o poder disciplinar laboral público: uma análise SWOT” [anotação à Decisão Arbitral do CAAD de 15/12/2013, Proc. n.º 31/2013-A]. *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 135, maio-junho, pp. 25-38.
- CEBOLA, Cátia Marques (2008). *Resolução extrajudicial de litígios. Um novo caminho, a costumada justiça*. Tese de mestrado apresentada à Universidade de Coimbra.
- CEBOLA, Cátia Marques (2010). “A mediação pré-judicial em Portugal: Análise do Novo Regime Jurídico”. *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 70, Vol. I/IV, pp. 441-459.
- CEBOLA, Cátia Marques (2013). *La mediación*, Marcial Pons.
- CORREIA, José Manuel Sérvulo (1994). “A arbitragem voluntária no domínio dos contratos administrativos”. *Estudos em memória do Professor Doutor João de Castro Mendes*, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, pp. 229-263.

- CORREIA, José Manuel Sérvulo (2015). “A representação das pessoas coletivas públicas na arbitragem administrativa”. *Separata de Estudos de Direito da Arbitragem em Homenagem a Mário Raposo*, Agostinho Pereira de Miranda; Miguel Cancela de Abreu; Paula Costa e Silva; Rui Pena e Sofia Martins (coord.), Universidade Católica Editora, Lisboa, pp. 109-135.
- CORTEZ, Francisco (1992). «A arbitragem voluntária em Portugal. Dos “ricos homens” aos tribunais privados». *O Direito*, Ano 124, n.º 4, pp. 365-404.
- CRUZ, Rossana Martingo (2011). *Mediação familiar: Limites materiais dos acordos e o seu controlo pelas autoridades*. Centro de Direito da Família da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra Editora.
- FIGUEIRAS, Cláudia (2014). “A arbitragem em matéria de direito público: qual o modelo a seguir?”. *Estudos em Comemoração dos 20 Anos da Escola de Direito da Universidade do Minho*, Coimbra Editora, pp. 165-185.
- FIGUEIRAS, Cláudia (2020). *Justiça Tributária: Prevenção e Resolução Alternativa de Litígios*, Almedina.
- FONSECA, Isabel Celeste (2009). *Processo temporalmente justo e urgência. Contributo para a autonomização da categoria da tutela jurisdicional de urgência na justiça administrativa*, Coimbra Editora.
- FONSECA, Isabel Celeste (2012). “A arbitragem na contratação pública em Portugal: uma realidade com futuro?”. *Los retos del poder judicial ante la sociedad globalizada. Actas del IV Congreso Gallego de Derecho Procesal (I Internacional)*, A Coruña, 2 y 3 de junio de 2011, A. J. Pérez-Cruz Martín e X. Ferreiro Baamonde (coord.), Universidade da Coruña, Servizo de Publicacións, A Coruña.
- FONSECA, Isabel Celeste (2015). “A arbitragem na contratação pública em Portugal: forma (a)normal de resolver litígios nas PPPs”. *Tensões entre o público e o privado – Anais do II Encontro Luso Brasileiro de Direito*, Érico Andrade e Maria Tereza Fonseca Dias (coord.), II Encontro Luso-Brasileiro de Direito Público, organizado pelo Programa de Mestrado em Direito da Universidade FUMEC, Belo Horizonte, MG, Brasil, em 2013, Editora Fórum.
- FONSECA, Isabel Celeste (2019). “Das (im)possibilidades da mediação administrativa: *dare to fly higher*”, ebook, FDUP.
- FONSECA, Isabel Celeste (2019). “*Due process of law* vs. arbitragem, publicidade vs. confidencialidade: *quis, quid, quando, ubi, cur, quem ad modum, quibus adminiculis*”. *Estudos de conciliação, mediação e arbitragem: O estado da arte*, Coleção Estudos Jurídicos – Mestrado em Direito Administrativo AEDUM/NEDIP, Braga, pp. 11-33.
- FONSECA, Isabel Celeste (2020). “CEDH, Processo Administrativo e Arbitragem (administrativa)”. *Comentário da Convenção Europeia dos Direitos Humanos e os Protocolos Adicionais*, Paulo Pinto de Albuquerque (coord.), Universidade Católica Editora.

- FONSECA, Isabel Celeste e FIGUEIRAS, Cláudia (2018). “A mediação administrativa e a polícia municipal: ensemble (de Portugal)”. *Convivencia ciudadana: mediación, conciliación y técnicas de prevención y resolución del conflicto ciudadano*, Paz Lloria García (coord.), Iustel, pp. 251-278.
- GARCÍA PÉREZ, Marta (2019). “La mediación intrajudicial en ejecución de sentencia. El caso del antiguo edificio de Fenosa (A Coruña, España)”. *Estudos de conciliação, mediação e arbitragem: O estado da arte*, Isabel Celeste Fonseca (coord.), Coleção Estudos Jurídicos – Mestrado em Direito Administrativo AEDUM/NEDIP, Braga, pp. 87-122.
- GONÇALVES, Pedro Costa (2013). “Administração Pública e arbitragem – em especial, o princípio legal da irrecorribilidade de sentenças arbitrais”. *Estudos em homenagem a António Barbosa de Melo*, Fernando Alves Correia (coord.), Almedina.
- GONÇALVES, Pedro Costa (2014). “Arbitragem e regulação (a arbitrabilidade dos conflitos regulatórios)”. *Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação*, Vol. VII, pp. 65-86.
- GOUVEIA, Mariana França (2015). *Curso de resolução alternativa de litígios*, 3.^a ed., Almedina.
- LANDROVE, Juan Carlos (2006). “European Convention on Human Rights’ Impact on Consensual Arbitration”, p. 79, disponível em http://www.landrove.ch/pdf/ECHR_2006_Landrove.pdf.
- LATTY, F. (2018). “Le TAS marque des points devant la CEDH”. *Jurisport: la revue juridique et économique du sport*, Juris éditions, Dalloz, 192, pp. 31-36.
- LOPES, Dulce e PATRÃO, Afonso (2016). *Lei de mediação comentada*, 2.^a ed., Almedina.
- LOUSA, Nuno Ferreira (2012). “A escolha de árbitros: a mais importante decisão das partes numa arbitragem?”. *V Congresso do Centro de Arbitragem Comercial da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa*, Centro de Arbitragem Comercial da Associação Comercial de Lisboa (org.), Almedina, pp. 15-54.
- KEUTGEN, Guy (coord.) (2012). *L'éthique dans l'arbitrage*, éditions Bruylant, [edição traduzida em português, *A ética na arbitragem jurídica*, Edições Piaget, tradução de João Duarte, 2014].
- MACHETE, Rui Chancerelle de (2013). “O alargamento do âmbito das matérias sujeitas à arbitragem administrativa no direito português”. *VI Congresso do Centro de Arbitragem Comercial da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa*, Centro de Arbitragem Comercial da Associação Comercial de Lisboa (org.), Almedina, pp. 169-184.
- MARQUES, João Paulo Remédio (2011). *Ação declarativa à luz do código revisto*, 3.^a ed., Coimbra Editora.
- MARTINS, Alexandre Soveral, “Notas sobre o procedimento de arbitragem segundo o regulamento de arbitragem da Câmara de Comércio Internacional de Paris (CCI)”,

- Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*, Vol. IV, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp. 567-614
- MARTÍN DIZ, Fernando (2018). *Mediación en el ámbito contencioso-administrativo*, Thomson Reuters, Aranzadi.
- MARTINEZ, Pedro Romano (2005). “Análise do vínculo jurídico do árbitro em arbitragem voluntária ad hoc”. *Estudos em memória do Prof. Doutor António Marques dos Santos*, Vol. I, Almedina, pp. 827-841.
- MARTINEZ, Pedro Romano (2012). “Constituição do tribunal arbitral e estatuto do árbitro”. *Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação*, n.º 5, pp. 221-228.
- MEDEIROS, Rui (2014). “Arbitragem necessária e Constituição”. *Estudos em memória do Conselheiro Artur Maurício*, Maria João Antunes (coord.), com a colaboração de Marta Cavaleira, Coimbra Editora.
- MEDEIROS, Rui (2020). “Nem oito nem oitenta... A propósito da proposta de uma LAV para as arbitragens administrativas”. *Revista de Direito Administrativo*, n.º 7, pp. 68-74.
- MENDES, Armindo Ribeiro (2015). “Os tribunais arbitrais são tribunais, mas não são «tribunais como os outros»”. *Estudos de Direito da Arbitragem em Homenagem a Mário Raposo*, Universidade Católica Editora, Lisboa, pp. 57-65.
- MONTEIRO, António Pedro Pinto (2018). “O *due process* na arbitragem desportiva do TAS/CAS: sentido, alcance e (frequentes) confusões na matéria”. *Revista PLMJ Arbitragem*, n.º 2, I, pp. 75-92.
- NETO, Dora Lucas (2018). “A jurisdição arbitral administrativa”. *Estudos Jurídicos em Comemoração do Centenário da AAFDL – Contributo para o presente e Futuro dos meios de resolução alternativa de litígios*, Tiago Serrão (coord.), Vol. I, AAFDL, Lisboa.
- OTERO, Paulo (2009). “Admissibilidade e limites da arbitragem voluntária nos contratos públicos e nos actos administrativos”. *II Congresso do Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa*, Centro de Arbitragem Comercial da Associação Comercial de Lisboa (org.), Almedina, pp. 89-91.
- OTERO, Paulo (2012). “Arbitragem interna de litígios de direito público: a publicização da arbitragem interna de direito privado”. *Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação*, n.º 5, pp. 179-193.
- PENA, Rui, (2015). “O(s) equívoco(s) da confidencialidade na arbitragem”. *Estudos de Direito da Arbitragem em Homenagem a Mário Raposo*, Universidade Católica Editora, Lisboa, pp. 235-266.
- PEREIRA, Frederico Gonçalves (2012). “O estatuto do árbitro: algumas notas”. *V Congresso do Centro de Arbitragem Comercial da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa*, Centro de Arbitragem Comercial da Associação Comercial de Lisboa (org.), Almedina, pp. 159-195.

- QUADROS, Fausto (2012). «Arbitragem “necessária”, “obrigatória”, “forçada”: breve nótula sobre a interpretação do artigo 182.º do Código de Processo nos Tribunais Administrativos». *Estudos em Homenagem a Miguel Galvão Teles*, Vol. II, Coimbra, pp. 257-265.
- QUADROS, Fausto (2014). “Linhas Gerais da reforma do Código de Processo nos Tribunais Administrativos em matéria de arbitragem”. *Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação*, Vol. VII, pp. 7-14.
- RENDERS, David e BOMBOIS, Thomas (2008). “La médiation en droit public”. *La médiation: voie d’avenir aux multiples facettes ou miroir aux alouettes?*, Actes du colloque du 29 mai 2008, Pierre-Paul Renson (coord.), Centre de médiation du barreau de Charleroi, Colloque, Louvain-la-Neuve, Anthemis, pp. 141-256.
- SALÉM, Suheil Mahomed (2016). “Arbitragem administrativa: o papel conferido ao Ministério Público no Processo Arbitral”. *Revista Eletrónica de Direito Público*, Vol. 3, n.º 2, disponível em <https://e-publica.pt/pdf/artigos/Vol.3-N2-Art.12.pdf> file:///C:/Users/Utilizador/Downloads/34469-arbitragem-administrativa-o-papel-conferido-ao-ministerio-publico-no-processo-arbitral-1.pdf
- SILVA, Paula Costa e (2010). “*De Minimis Non Curat Praetor*: o acesso ao sistema judicial e os meios alternativos de resolução de controvérsias: alternatividade efectiva e complementariedade”. *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Paulo de Pitta e Cunha*, III, Almedina, pp. 287-301.
- SILVA, Paula Costa e (2009). *A nova face da justiça. Os meios extrajudiciais de resolução de controvérsias*, Coimbra Editora.
- STADLER, Astrid (1998). “Außergerichtliche obligatorische Streitschlichtung – Chance oder Illusion?”. *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)*, pp. 2479-2487.
- VENTURA, Raul (1986). “Convenção de arbitragem”. *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 46, pp. 289-413.
- VICENTE, Dário Moura (2002). “A manifestação do consentimento na convenção de arbitragem”. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Ano 43, n.º 2, pp. 987-1004.
- VILAR, Silvia Barona (1999). *Solución extrajudicial de conflictos*, Tirant lo Blanch.
- WISLER, Roselle (1997). “The effects of mandatory mediation: empirical research of small claims and common pleas courts”. *Willamette Law Review*, Vol. 33, pp. 565-604.

Capítulo 13

Desafios da aplicação da lei da mediação ao domínio jurídico administrativo: Em especial na atual era digital

BÁRBARA MAGALHÃES

Professora da Universidade Portucalense Infante D. Henrique
e da Escola de Direito da Universidade do Minho

SUMÁRIO: 1. A crise da justiça estadual. 2. Critério de mediabilidade. 3. Principologia aplicável. 4. Procedimento. 5. Repercussões da mediação no andamento do processo administrativo. 6. A mediação eletrónica – principais desafios. 7. Conclusões.

RESUMO: Face à crise da justiça estadual que vivemos, caracterizada pela escassez de recursos humanos, materiais e morosidade decisória, o princípio da tutela jurisdicional efetiva encontra-se fragilizado. A justiça não revela aptidão para responder à resolução de litígios num prazo razoável, daí o recurso crescente aos meios alternativos de resolução de litígios, em prol da eficácia, celeridade e eficiência. A mediação, enquanto meio alternativo de resolução de litígios, é realizada através de um terceiro, um mediador, imparcial, o qual mediante conversações auxilia as partes a encontrarem um entendimento. Volvidos 10 anos desde a entrada em vigor da lei que disciplina a mediação no ordenamento jurídico português, propomo-nos analisar as particularidades que esta forma alternativa de resolução de litígios revela do ponto de vista jurídico administrativo. Inicialmente, a Lei n.º 29/2013, de 19 abril, foi pensada para disciplinar apenas a mediação civil e comercial, pelo que sendo o Direito Administrativo um ramo de direito público, cujo fim é a prossecução do interesse público, impõe-se a análise das soluções previstas naquele diploma, a fim de concluir pela adequabilidade das mesmas, designadamente no que contende com o âmbito material do instituto, conteúdo principiológico e procedimento. Propomo-nos analisar as soluções previstas naquele diploma a fim de aferir se as mesmas são idóneas à resolução dos litígios jurídico-administrativos ou se, pelo contrário, estes reclamam uma lei autónoma, disciplinadora da mediação nesta área do Direito.

ABSTRACT: Given the State justice crisis we are experiencing, characterized by the scarcity of human and material resources and decision delays, the principle of effective judicial protection is weakened. Justice does not have the ability to solve disputes within a

reasonable period, hence the increasing use of alternative dispute resolution means, in favor of effectiveness, speed and efficiency. Mediation, as an alternative means of solving disputes, is carried out through a third party, the mediator, impartial who, through conversations, helps the parties find an understanding. Ten years after the entry into force of the law governing mediation in the Portuguese legal system, we propose to analyze the particularities that this alternative form of dispute resolution reveals from an administrative legal point of view. Initially, Law No 29/2013, of April 19, was designed to regulate civil and commercial mediation, so that since Administrative Law is a branch of public law, whose purpose is the pursuit of the public interest, an analysis of the envisaged solutions is required. In that legal document, in order to conclude for their adequacy, namely in what concerns the material scope of the institute, principled content and procedure. We propose to analyze the solutions provided for in that diploma in order to assess whether they are suitable for the resolution of administrative legal disputes or whether, on the contrary, these require an autonomous law, disciplining mediation in this area of law.

1. A crise da justiça estadual

A justiça estadual portuguesa encontra-se a viver um conturbado período de crise.

O princípio da tutela jurisdicional efetiva, enquanto concretizador de decisões materialmente justas, equitativas e emanadas num período razoável é colocado em questão, suscitando-se um clima de desconfiança dos cidadãos face à justiça.

Ao longo do século XXI temos assistido a um aumento substancial da conflitualidade, e, por conseguinte, da litigiosidade. Nessa esteira, verifica-se um claro aumento do recurso aos tribunais. Face à escassez de meios materiais e humanos na justiça estadual, excesso de formalidades e complexidade das matérias objeto de litígio, as decisões tornam-se cada vez mais morosas e ineficientes¹.

O fator complexidade prende-se designadamente com a constante mutação do conceito de relação jurídico-administrativa, a emergência de novos sub-ramos de direito administrativo, o fenómeno da globalização e a fuga para o direito privado².

Face a este contexto, impôs-se a busca por soluções alternativas. Nesta sequência, temos assistido a um alargamento da utilização dos meios alter-

¹ Neste sentido, Manuel Santos Serra (2013).

² Ricardo Pedro (2019, p. 10).

nativos de resolução de litígios no domínio da justiça administrativa, a conciliação, a mediação e a arbitragem. Verifica-se, igualmente, um franco alargamento do âmbito material de aplicação daqueles meios.

A Lei n.º 29/2013, de 19 de abril (Lei da Mediação), revelou-se um importante contributo para a definição do âmbito material da mediação, no entanto, como adiante veremos, ainda há um extenso e sinuoso caminho a percorrer.

Nessa sequência, propomo-nos analisar a adequação de algumas das soluções previstas na lei da mediação à realidade jurídico administrativa, percebendo se este diploma será suficiente para regular esta forma de resolução alternativa de litígios nesta área do direito ou se se impõe a configuração de um diploma legal especialmente vocacionado para regular a mediação nesta matéria.

2. Critério de mediabilidade

A mediação, enquanto meio auto compositivo de resolução de conflitos, encontra previsão expressa no Código de Processo dos Tribunais Administrativos, de ora em diante CPTA, no entanto este diploma é omissivo quanto ao âmbito material de mediabilidade.

A mediação é um meio alternativo de resolução de litígios, através do qual se atribui às partes o designado *empowerment*, no sentido de escolherem a melhor solução para o seu diferendo, mediante o auxílio de um terceiro, imparcial, e encontra-se regulada na Lei n.º 29/2013, de 19 abril, vocacionada para a regulação da mediação privada, mormente para a resolução de litígios de direito civil e direito comercial³.

No que contende com o âmbito material da mediação, a Lei da Mediação, no seu artigo 11.º, combina os critérios da patrimonialidade e da transigibilidade, no entanto tal critério seria apenas aplicável à mediação em matéria civil e comercial, como decorre da própria epígrafe daquela disposição legal.

Perante a ausência de critério legal no que contende com a mediabilidade da matéria jurídico administrativa, coube à doutrina a busca por um critério, no sentido de se determinar com exatidão as matérias mediáveis no domínio jurídico-público.

Uma vez que o legislador, no artigo 187.º do CPTA, definiu o elenco de matérias arbitráveis, referindo que os centros de arbitragem poderiam reali-

³ Isabel Celeste Fonseca (2019, pp. 81-92).

zar sessões de mediação, surgiram entendimentos no sentido de considerar as matérias mediáveis como sendo as matérias arbitráveis.

No entanto, percebeu-se que tal posição não seria aceitável, dadas as particularidades da mediação relativamente à arbitragem, desde logo no contexto da mediação impõem-se concessões recíprocas das partes, o que não se verifica no âmbito da arbitragem, em que a questão é dirimida por um terceiro. De facto, a margem de negociação da Administração Pública em matéria de foro jurídico-administrativo é diminuta, “devido à *indisponibilidade* do interesse público, à submissão da Administração Pública ao princípio da *legalidade* e à relação de *poder* estabelecida entre o Estado e o administrado”. Entende-se que a mediação administrativa devia “estar vedada aos litígios onde não se reconheça a capacidade para transigir ou em que não exista o poder para dispor do direito litigioso ou, mais adequadamente, onde não exista uma autorização legal, segundo o princípio da competência, para a Administração Pública recorrer à mediação”⁴.

Contudo, não será aceitável afirmar-se que o grau de disponibilidade da Administração é inexistente. Pense-se nos casos em que a lei atribui poder discricionário à Administração. Nestas situações, a lei habilita a Administração a escolher a melhor opção para a prossecução do interesse público no caso concreto, não se verificando qualquer renúncia ou disposição do interesse público.

O critério da mediabilidade no domínio jurídico-administrativo resultaria de uma sinergia entre o critério da disponibilidade e da transigibilidade.

Questionava-se também se os litígios jurídico-administrativos poderiam ser objeto de transação. O poder auto-negociativo é reconhecido à Administração Pública. As formas de impugnação administrativas relativamente a atos discricionários praticados pela Administração, demonstram a possibilidade de negociação. Aquando da perceção dos fundamentos invocados pelo particular, a Administração pode entender rever a sua decisão, transigindo.

A própria previsão legal, no artigo 56.º do Código de Procedimento Administrativo (CPA), dos acordos endoprocedimentais apontam para a transigibilidade em matérias jurídico-administrativas. Perante o exercício de poder discricionário é permitido à Administração acordar os termos procedimentais com o particular, reforçando a ideia do poder de auto-negociação da Administração Pública.

⁴ Ana Celeste Carvalho (2015, p. 3-12).

A este propósito, podem surgir questões relacionadas com matérias jurídico-administrativas específicas, designadamente no contexto das relações especiais de poder e nas relações de trabalho em funções públicas. Vejamos, equacionar-se-á a possibilidade de as partes negociarem, no âmbito de uma relação disciplinar o *iter procedimental*, ou a aplicação de sanções substitutivas ou até mesmo o *quantum da sanção*?

Como já referimos a previsão normativa dos acordos endoprocedimentais indiciam a admissibilidade de negociação entre a Administração e os particulares sobre os termos procedimentais e o conteúdo da decisão administrativa, no âmbito da discricionariedade procedimental. Uma vez que a Lei Geral de Trabalho em Funções Públicas nada refere a propósito da admissibilidade de negociação no âmbito da atividade disciplinar, devemos aplicar o artigo 56.º do CPA a esta matéria, concluindo pela admissibilidade do referido acordo no domínio da discricionariedade existente no contexto disciplinar.

Concluimos pela possibilidade de a atividade disciplinar discricionária ser objeto de acordo endoprocedimental, pelo que, por maioria de razão, admitir-se-á a mediação neste domínio nos mesmos termos que poderá existir acordo endoprocedimental, no entanto, cumpre-nos determinar os concretos termos em que a mediação pode ter lugar. Poderemos equacionar a aplicação do instituto da mediação no âmbito da fixação de uma sanção disciplinar e respetiva substituição por outra ou apenas na determinação do *quantum* relativamente à mesma?

Os acordos de mediação obtidos em sede disciplinar deverão ser integrativos do ato administrativo a praticar e não substitutivos, podendo apenas recair sobre os espaços de discricionariedade do empregador público, isto é, “este acordo pode incidir: sobre o espaço de liberdade que é dado ao empregador de decidir se a prática de determinada infração se basta com a sanção de repreensão escrita, dispensando a exigência de procedimento disciplinar; ou sobre a medida e graduação de determinada sanção, dentro daquilo que é a liberdade discricionária do empregador no respeito pelos critérios de determinação legal da sanção”⁵.

Face às dúvidas existentes, o legislador administrativo previu um critério legal de mediabilidade no artigo 87.º-C do CPTA, o qual dispõe que “quando a causa couber no âmbito dos poderes de disposição das partes, pode ter lugar, em qual-

⁵ Vasco Cavaleiro (2017, p. 130).

quer estado do processo, tentativa de conciliação ou mediação, desde que as partes conjuntamente o requeiram ou o juiz a considere oportuna”, parece impelir-nos para o critério da disponibilidade de direitos.

A redação desta norma suscita algumas dúvidas, cujo esclarecimento se impõe. A questão que se coloca a propósito da redação do artigo 87.º-C prende-se com o facto de o juiz poder considerar a mediação oportuna, mas as partes não a requererem. Parece-nos que o princípio da voluntariedade, ao qual se encontra adstrito qualquer processo de mediação, encontrar-se-ia ferido.

De acordo com o artigo 4.º da Lei da Mediação, para recurso a este meio, impõe-se a vontade livre e esclarecida das partes em aceitar este mecanismo de resolução de litígios. Parece-nos atentatória, tal imposição às partes. No entanto parece-nos que devemos interpretar tal preceito no sentido de considerando o juiz conveniente, deverá sugerir a mediação como forma de resolução do conflito e não impô-la.

Mesmo em situações de mediação necessária antes do recurso a um tribunal, o princípio da voluntariedade não estará em causa, pois não sendo o acordo alcançado, haverá sempre a hipótese de recurso à via judicial.

3. Principologia aplicável

Podemos dividir as normas constantes na Lei da Mediação em dois grupos, normas gerais aplicáveis a todo e qualquer processo de mediação e normas especiais, aplicáveis apenas à mediação civil e comercial. De entre as normas gerais, encontramos os princípios norteadores de todo e qualquer procedimento de mediação (artigos 3.º a 9.º da Lei da Mediação).

A propósito da principologia aplicável, coloca-se, desde logo a questão de sabermos se todos os princípios ali previstos se articulam com a mediação em Direito administrativo.

Conforme já fora referido, a mediação em matéria jurídico-administrativa encontra-se prevista no artigo 87.º-C do CPTA, cujo n.º 5, desde 2019, opera uma remissão expressa para a Lei da Mediação. Até então, a remissão era efetuada para “*diploma próprio*”, no entanto face à ausência de regulamentação da mediação nesta matéria, não poderíamos deixar de aplicar os princípios norteadores da mediação, previstos na Lei da Mediação⁶.

⁶ Apesar da inexistência de regulamentação legal para a mediação de litígios jurídico-administrativos, esta forma de resolução alternativa de litígios, já é admitida há vários anos

Um dos principais princípios adjacentes à Lei da Mediação é o princípio da voluntariedade, o qual se encontra previsto no artigo 4.º da Lei da Mediação.

Este princípio manifesta-se em diversos momentos do processo de mediação⁷. Em primeira instância, implica que as partes escolham a mediação como forma de resolução do litígio, sendo que nos termos do artigo 4.º, n.º 3, da Lei da Mediação, a recusa das partes em iniciar ou prosseguir o processo de mediação não constitui violação do dever de cooperação. A voluntariedade encontra-se também presente na medida em que as partes podem revogar em qualquer momento o acordo prestado para se submeterem à mediação, nos termos do artigo 4.º, n.º 2, da Lei da Mediação. Por fim, as partes podem igualmente conformar os termos da mediação conforme lhes aprouver, tendo inclusivamente a liberdade de escolha do mediador, nos termos do artigo 17.º da Lei da Mediação.

Concluimos que a voluntariedade é uma característica inerente à mediação no ordenamento jurídico português⁸.

A mediação, quando obrigatória, implica o recurso necessário à mesma, prévio à instauração de uma ação judicial. Em alguns ordenamentos jurídicos, onde se configura a mediação obrigatória, verifica-se uma taxa de insucesso relativamente à mesma⁹. Deste modo, “a imposição da mediação por lei, transformada em seco pressuposto ou fase processual que as partes têm obrigatoriamente de ultrapassar traduz-se em insucesso relativo nos países onde foi implementada, nomeadamente na Argentina e em França onde essa obrigatoriedade existe nas áreas do conflito familiar e relações de trabalho”¹⁰.

Por outras palavras, na eventualidade de as partes serem impelidas a recorrer necessariamente à mediação, previamente à instauração de uma ação judicial, é provável que não revelem motivação suficiente para encon-

em matéria de contratos de gestão na área da saúde, prevista no Decreto Regulamentar n.º 14/2003, de 30 de junho, neste sentido Pedro Ricardo (2019, p. 69).

⁷ Dulce Lopes e Afonso Patrão (2021, pp. 33-35)

⁸ Em consonância com o artigo 3.º, alínea *a*), da Diretiva 2008/52/CE.

⁹ Sem prejuízo da posição do legislador português, a legislação e jurisprudência da União Europeia aceitam a viabilidade da mediação obrigatória. Neste sentido, Joaquín Tornos Mas (1995, p. 170).

¹⁰ João Alves Pereira (2006, p. 152).

trar um acordo, pois não escolheram esta forma de resolução de conflitos e muitas vezes revelam desconfiança relativamente à mesma.

A voluntariedade foi também a posição adotada pelo legislador administrativo, no artigo 87.º-C do CPTA. Como já referido anteriormente, a interpretação desta norma poderia conduzir a configurar-se a situação de uma mediação forçada, obrigatória ou necessária, na medida em que mesmo que as partes não requeiram a mediação, se o juiz a considerar oportuna, o processo seria remetido para mediação. Não obstante, este dispositivo legal deverá ser interpretado no sentido de que o juiz considerando esta forma de resolução do litígio oportuna, deverá sugerir a mediação, independente de as partes o terem requerido, não se encontrando o princípio da voluntariedade minimamente beliscado. Ainda que assim não fosse, o facto de uma das partes ter de sujeitar-se a um processo de mediação, não significa que terá que levá-lo necessariamente até ao fim ou até mesmo chegar a um acordo.

O princípio da igualdade e da imparcialidade encontram-se interrelacionados no contexto da mediação administrativa, revelando-se mais difícil a garantia do seu cumprimento no domínio jurídico-administrativo, dada a posição de autoridade em que se encontra a Administração Pública relativamente aos particulares¹¹.

O princípio da igualdade, nos termos do artigo 6.º da Lei da Mediação, pressupõe que o mediador consiga gerir o procedimento no sentido de garantir o equilíbrio de poderes e a possibilidade de ambas as partes participarem no mesmo.

Nos termos do artigo 6.º, n.º 2, da Lei da Mediação deve ser também garantida a imparcialidade, tendo o mediador a obrigatoriedade de revelar qualquer circunstância que a possa diminuir. O artigo 27.º, n.º 4, daquele diploma prevê algumas circunstâncias que contêm com 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*”¹².

Outro princípio com especial relevância no âmbito da mediação é o princípio da confidencialidade. Este princípio encontra-se previsto no artigo 5.º da Lei da Mediação e traduz-se numa condição importante para o sucesso do processo de mediação, pois as partes só revelarão os seus interesses se

¹¹ Neste sentido, María Avilés Navarro (2020, p. 28).

¹² Cátia Marques Cebola (2015, p. 59).

souberem que a informação que prestam naquele processo não será valorada em tribunal.

No domínio jurídico-administrativo, a aplicação deste princípio levanta sérias dúvidas designadamente no que respeita ao princípio da transparência administrativa, subjacente a toda a atividade da Administração Pública.

O princípio da confidencialidade na mediação traduz-se na obrigação de sigilo do mediador, no sentido de que este não pode utilizar a informação que lhe foi facultada pelas partes ou que teve conhecimento no âmbito do processo de mediação, não podendo igualmente transmitir a uma das partes a informação que lhe foi facultada pela outra. Por fim, verifica-se uma impossibilidade de ser valorado o conteúdo da mediação em sede judicial ou sede de impugnação administrativa. Todas as dimensões deste princípio garantem a manutenção da confiança das partes no processo de mediação.

A principal dificuldade que se afigura prende-se com a articulação entre o princípio da confidencialidade e o princípio da transparência administrativa, de facto “o que a Administração confessou ou as contrapartidas que propôs à contraparte não são conhecidas e, por isso, controláveis”¹³.

O problema coloca-se sobretudo em caso de frustração do acordo de mediação. Na verdade, quando o processo de mediação finda com um acordo, este configura um contrato celebrado pela Administração Pública, sendo este sujeito a publicidade.

A todos os argumentos elencados acresce o facto de, ao contrário da maioria dos procedimentos de Direito Privado, os procedimentos administrativos serem públicos, pelo que se este findar através de um acordo de mediação, os trâmites em que este ocorreu também deverão ser conhecidos¹⁴.

Sem prejuízo do exposto, o artigo 5.º, n.º 3, da Lei da Mediação, refere-se às causas de extinção do dever de confidencialidade, isto é, razões de ordem pública ou razões que determinam a execução do acordo. Uma vez que a referida norma não elenca taxativamente o âmbito material que constitui as razões de ordem pública, consideramos que configura-se possível alicerçar a necessidade de assegurar a transparência nos processos de mediação administrativa no âmbito das razões de ordem pública.

O artigo 7.º daquele diploma prevê o princípio da independência, o qual impõe ao mediador a inexistência de vínculo de subordinação profissional,

¹³ Dulce Lopes e Afonso Patrão (2020, p. 953).

¹⁴ Dulce Lopes e Afonso Patrão (2020, p. 955).

prevendo no seu n.º 2 que o mediador “*deve estar livre de qualquer pressão, seja esta resultante dos seus próprios interesses, valores pessoais ou de influências externas*”. O artigo 27.º, n.º 2, da Lei da Mediação elenca algumas situações suscetíveis de colocar em causa a independência do mediador.

Deve-se garantir igualmente que o mediador possui conhecimentos adequados para o desempenho da função, podendo ser responsabilizado civilmente se se concluir pelo não cumprimento dos deveres inerentes ao exercício da função.

No domínio jurídico administrativo e princípio da competência/responsabilidade assume especial relevância, dada a complexidade e especificidades da matéria, pelo que se deve garantir que o mediador possui conhecimentos e competências específicas neste âmbito.

A efetivação da responsabilidade e por conseguinte do ressarcimento revela-se mais fácil quando nos encontramos perante sistemas públicos de mediação. Neste caso, sendo violados os deveres inerentes ao exercício da profissão por parte do mediador e tendo este comportamento originado danos, estes serão ressarcidos ao abrigo da responsabilidade civil extracontratual do mediador. O mediador apenas incorrerá na obrigação de indemnizar se se provar que o respetivo comportamento se revelou ilícito e culposos.

Por fim, o princípio da executóriedade, previsto no artigo 9.º da Lei da Mediação, segundo o qual a mediação é dotada de força executiva, independentemente de homologação, desde que o acordo seja lícito e o mediador se encontre inscrito na lista de mediadores, aprovada pelo Ministério da Justiça. Não obstante, as partes podem sempre requerer a homologação nos termos do artigo 14.º da Lei da Mediação, o que se revelará necessário para que o acordo produza os seus efeitos fora do território nacional. O princípio da executóriedade justifica-se à luz da celeridade que se impõe a este tipo de processos.

Na eventualidade de existir homologação, tal poderá contender com o princípio da confidencialidade, norteador da mediação, pois o acordo seria reproduzido em sentença, a qual tem, por sua vez, caráter público.

Apesar de não se tratar da regra, parece-nos que seria vantajoso que o acordo de mediação administrativa devesse ser homologado¹⁵, dadas as características inerentes a uma relação jurídico-administrativa bem como o interesse a prosseguir.

¹⁵ Cláudia Figueiras (2018, pp. 257-258).

4. Procedimento

A propósito do conjunto de atos e formalidades a que deve obedecer a mediação em matéria jurídico-administrativa, levanta-se outra questão. Se as normas relativas ao procedimento de mediação, previstas no capítulo III da Lei da Mediação apenas se aplicam à mediação civil e comercial, quais as regras procedimentais que aplicar-se-ão à mediação administrativa? Deparamo-nos com ausência de regulamentação nesta matéria, sendo que, desde 2019, o artigo 87.º-C, n.º 5, do CPTA opera uma remissão expressa para esta lei, não deixando margem para dúvidas sobre o regime legal aplicável à mediação administrativa.

Sem prejuízo da aplicação das regras procedimentais da mediação privada à mediação administrativa colocam-se algumas cautelas. Não esqueçamos que em sede jurídico-administrativa em que a prossecução do interesse público se evidencia, existem garantias procedimentais que necessitarão ser cumpridas sem descuidar a exigível flexibilidade inerente ao processo de mediação, com especial enfoque na necessidade de homologação judicial do acordo de mediação.

5. Repercussões da mediação no andamento do processo administrativo

Face à inexistência de uma lei de mediação, especificamente aplicável aos litígios jurídico-administrativos, urge a questão de saber quais os efeitos processuais que resultam da utilização da mediação no domínio jurídico-administrativo.

A utilização da mediação depende em larga medida da confiança das partes neste mecanismo. É evidente que as partes apenas aceitarão o recurso à mediação se a respetiva utilização deste mecanismo não precluir os direitos e garantias que aquelas têm em sede de contencioso administrativo.

Tratando-se de uma mediação pré-judicial, coloca-se a questão de saber se os prazos de propositura da ação se suspendem? E se as partes entenderem submeter a demanda a um processo de mediação, já depois de instaurada a ação administrativa, tal facto terá alguma repercussão na demanda?

Conforme já referido anteriormente, de acordo com o artigo 87.º-C, n.º 5, aplica-se à mediação administrativa as regras previstas na Lei da Mediação. Se assim não se entendesse, na eventualidade de frustração do acordo de mediação, poderíamos estar perante uma preclusão do direito de ação, o que acarretaria sérias desvantagens para a opção pela mediação.

Não obstante, o efeito suspensivo poderia sempre ser alcançado, pois o artigo 187.º, n.º 3, do CPTA “admite a intervenção dos centros de arbitragem

administrativa para prestação de serviços de mediação no âmbito de procedimentos de impugnação administrativa. Nessa medida, é possível que o interessado apresente reclamação e recurso hierárquico do ato administrativo e, em simultâneo, desencadeie o início do procedimento mediativo”¹⁶.

Por outro lado, o interessado poderia lançar mão do expediente previsto no artigo 58.º, n.º 3, do CPTA, o qual permite a impugnação de ato administrativo para além dos 3 meses admitidos.

Relativamente à suspensão da instância em momento ulterior à instauração da ação, o artigo 87.º-C do CPTA prevê uma remissão para a lei processual civil, podendo ser a instância suspensa por 3 meses. Sem prejuízo desta previsão, entendemos que a Lei da Mediação deveria prever um prazo de suspensão mais extenso para os processos administrativos dada a complexidade inerente aos mesmos.

6. A mediação eletrónica – principais desafios

Do ponto de vista da justiça administrativa, ao longo do século XXI, temos assistido a um aumento substancial da conflitualidade, e, por conseguinte, do recurso aos tribunais.

Como já foi referido anteriormente, face à escassez de meios materiais e humanos na justiça estadual, excesso de formalidades e complexidade das matérias objeto de litígio, as decisões tornam-se cada vez mais morosas e ineficientes. Os mecanismos de justiça digital revelaram ser uma possível resposta para os problemas elencados, e com as recentes alterações de que foi objeto o Código de Processo dos Tribunais Administrativos assistimos a uma tentativa de desmaterialização da justiça administrativa.

Nesta sequência surgem os ODR – *Online Dispute Resolution*, onde a mediação eletrónica se insere.

A Lei n.º 29/2013, de 19 de abril, nada dispõe acerca da mediação online, no entanto não veda a sua utilização.

Não obstante a evidência de vantagens inerentes a estes meios de resolução de litígios, existem algumas dificuldades/desafios que deverão ser solucionados sob pena de violações das garantias dos particulares¹⁷.

A mediação online resulta da intervenção de um terceiro, o mediador, que auxiliará as partes a chegarem a um acordo de forma não presencial, isto é, com o auxílio de um equipamento eletrónico. Ao falarmos desta modali-

¹⁶ Dulce Lopes e Afonso Patrão (2020, p. 964).

¹⁷ A este propósito consultar Bárbara Magalhães (2022, pp. 256 e ss.).

dade de mediação podemos estar simplesmente a referirmo-nos à mediação nos moldes tradicionais, mas realizada à distância com interposição de equipamentos informáticos, podendo esta ser síncrona ou assíncrona. Parece-nos que esta última apresenta franca vantagem, pois permite que as partes possam refletir cuidadosamente sobre todos os elementos trazidos à colação no processo e o mediador poderá, por sua vez, ponderar exatamente como vai conduzir as conversações entre as partes.

Por outro lado, o mediador poderá ser uma pessoa física ou pode tratar-se de um mediador virtual, caso em que haverá recurso a um algoritmo.

Se o mediador for uma pessoa física, o mediador online deverá para além de uma formação na área do litígio que está a ser mediado, ter uma formação específica para mediador online, devendo existir uma plataforma de acreditação dos mediadores online, encontrando-se estes sujeitos a direitos e deveres.

A mediação online apresenta-se como um meio de pacificação/concertação de conflitos que acarreta uma responsabilização de cada um, a possibilidade de flexibilidade de espaço e tempo que esta modalidade de mediação permite e o carácter menos oneroso da mesma.

A inteligência artificial, por sua vez, consiste numa ciência da computação em que as máquinas atuam através de algoritmos, desempenhando tarefas em substituição de seres humanos.

Normalmente a inteligência artificial encontra-se aliada a um sentido forte e a um sentido fraco. No primeiro caso, a inteligência artificial é concebida no sentido de reproduzir integralmente o pensamento humano, no segundo, o *robot* é apto a desempenhar determinadas tarefas, mas desprovido de capacidade para tomar decisões autonomamente e de reproduzir o pensamento humano¹⁸.

Em suma, o algoritmo materializa um procedimento através do qual são submetidos uma série de *inputs* de particulares e emitidos *outputs*¹⁹.

No que tange ao enquadramento legal do uso destas tecnologias, tem-se verificado um substancial esforço por parte de entidades europeias e internacionais para a respetiva regulamentação²⁰.

¹⁸ Artur Flamínio da Silva (2020, p. 12).

¹⁹ Thomas H. Cormen, *et al.* (2015, p. 5).

²⁰ A Organização das Nações Unidas elaborou, em 2015, uma série de objetivos relacionados com o desenvolvimento sustentável, acompanhados de orientações e recomendações dirigidas aos Estados de cada País.

Com especial incidência na matéria que nos propomos tratar, em 2018 foi constituído o Grupo Europeu de Ética na Ciência e Novas Tecnologias da Comissão Europeia, responsável pela constituição de um código ético, aplicável à produção e uso da inteligência artificial.

Não obstante, para concebermos um justo e equitativo processo de mediação através do recurso à inteligência artificial, deverá existir na Lei da Mediação, ou em lei autónoma, normas que disciplinem a respetiva utilização, designadamente quanto a alguns aspetos essenciais.

Se não vejamos, uma questão relevante a propósito das garantias dos cidadãos em processos de mediação automatizados prende-se com o problema da imputação da responsabilidade relativamente a vícios ocorridos no respetivo processo, a questão de sabermos quem será o responsável.

Podemos equacionar circunstâncias que possam afetar o equipamento, desde sobreaquecimento, infiltração de partículas de pó no equipamento, mudanças de temperatura, entre outras, ou então vícios relacionados com o programa, como por exemplo erros relacionados com a introdução de programas na máquina ou de interpretação de algoritmos, pensemos na dificuldade com que se pode deparar um programador ao introduzir requisitos e premissas do processo de mediação jurídica num processador. Apesar de o programador dever ser auxiliado, nem sempre a transmissão ou percepção de informação encontra-se desprovida de erros. Outro facto com que nos podemos deparar e que também poderá gerar erros relaciona-se com a não atualização permanente do sistema informático com as leis em vigor.

Na eventualidade dos erros cometidos veicularem à tomada de decisões danosas para uma das partes, a quem será imputada a responsabilidade? Ao fornecedor do serviço?

Outro problema garantístico que a mediação digital comporta reside na potencialidade de discriminação e desigualdade de acesso e a possibilidade de os algoritmos conduzirem a decisões discriminatórias^{21/22}.

Efetivamente a utilização de meios digitais poderão carrear problemas a uma parcela da população que em função da idade, condição económica ou localização terão maiores dificuldades de acesso. Tal situação não pode representar uma discriminação no acesso em função dos fatores elencados.

²¹ A este propósito, Artur Flamínio da Silva (2020, p. 25) e Miguel Prata Roque (2018, pp. 505 e ss.).

²² Paulo Otero (2013, p. 489).

Outro problema associado ao uso da inteligência artificial neste domínio prende-se com a proteção de dados pessoais que por questões de limitação, optamos por não discorrer de forma desenvolvida sobre a problemática.

Também podemos evidenciar a dificuldade em garantir o cumprimento do princípio da confidencialidade quando o processo de mediação se desenrola online. Não se consegue garantir que outras pessoas, para além das partes, não estão a presenciar o desenrolar do processo.

Na mediação online o princípio da imediação também seria gravemente prejudicado, a falta de contacto físico diminui substancialmente a confiança das partes depositada no processo e no mediador, podendo perder-se alguma matéria relevante.

Os problemas tecnológicos também podem ser apontados como um eventual desafio que se coloca a esta forma de resolução.

7. Conclusões

Perante a escassez de meios materiais e humanos no âmbito da justiça administrativa, o recurso aos meios alternativos de resolução de litígios tem revelado uma tendência crescente enquanto veículo da eficácia, eficiência e celeridade da resolução de controvérsias no contexto deste ramo do Direito.

A mediação, enquanto forma alternativa de resolução de litígios tem tido uma utilização substancial no domínio jurídico público. Nesta sequência, tornou-se imperiosa a regulação da mediação para a resolução de litígios jurídico-administrativos.

Surge então a questão de saber qual a lei aplicável. A legislação jurídico-administrativa apenas dispõe de uma norma sobre a mediação, o artigo 87.º-C do CPTA, o qual, desde a alteração de que foi objeto aquele diploma em 2019, opera uma remissão expressa para a Lei da Mediação.

A Lei da Mediação foi construída e pensada para a regulação de litígios de Direito Privado, pelo que algumas soluções dela constantes não se compaginam com a respetiva aplicação no âmbito da resolução de litígios jurídico-públicos, designadamente no que respeita ao critério de mediabilidade aplicável, aos princípios norteadores, ao procedimento aplicável e a alguns aspetos específicos da mediação neste ramo do direito que não se encontram regulados. Quanto ao critério de mediabilidade, salientamos as especificidades deste ramo do direito e para determinação das matérias mediáveis, concluímos pela opção da sinergia entre o critério da disponibilidade e da transigibilidade.

Por outro lado, analisamos os princípios aplicáveis em sede da Lei da Mediação e consideramos e concluímos que alguns deles não se adequam às especificidades deste ramo do Direito, designadamente o princípio da confidencialidade que não se articula com o princípio da publicidade das decisões administrativas.

Demos igualmente conta de algumas especificidades necessárias no âmbito do procedimento de mediação e repercussões de carácter temporal desta no processo judicial.

Por fim, analisamos a realidade, cada vez mais utilizada, da mediação eletrónica e apontamos alguns desafios que se impõem no domínio da mesma a qual não encontra ainda regulação no âmbito do ordenamento jurídico português.

Em suma, percebemos que nem todas as soluções previstas na Lei da Mediação se compagam com esta modalidade de resolução de litígios no contexto administrativo e diagnosticamos igualmente alguns aspetos essenciais, ainda não regulados, pelo que urge num curto espaço de tempo a elaboração de um corpo sistemático de normas que discipline os aspetos da mediação no contexto jurídico-administrativo.

Referências bibliográficas

- CARVALHO, Ana Celeste (2015). “A mediação em matéria administrativa: uma possibilidade com futuro”. *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 109, pp. 3-12.
- CAVALEIRO, Vasco (2017). *O poder disciplinar e as garantias de defesa do trabalhador em funções públicas*, Dissertação de Mestrado apresentada à Universidade do Minho, disponível em: <https://repositorium.sdum.uminho.pt/bitstream/1822/52128/1/Vasco%20José%20da%20Silva%20Cavaleiro.pdf>.
- CEBOLA, Cátia Marques (2015). “Regulamentar a mediação: um olhar sobre a nova lei de mediação em Portugal”. *Revista Brasileira de Direito*, Vol. 11, n.º 2, pp. 53-65.
- CORMEN, Thomas H., et al. (2009). *Introduction to Algorithms*. 3.^a ed., Cambridge, The MIT Press.
- SILVA, Artur Flaminio Da (2020). “Inteligência Artificial e Direito Administrativo”. *Direito Administrativo e Tecnologia*, Almedina, pp. 9-28.
- FIGUEIRAS, Cláudia (2018). *Justiça Tributária*, Almedina.
- FONSECA, Isabel Celeste (2019). “Das (im)possibilidades da mediação administrativa: *Dare to fly higher*”. *A Mediação Administrativa: contributos sobre as (im)possibilidades*, Almedina, pp. 81-92.
- LOPES, Dulce e PATRÃO, Afonso (2020). “A mediação como mecanismo de solução de litígios jurídico administrativos”. *Comentários à legislação processual administrativa*, Vol.

- II, Carla Amado Gomes, Ana F. Neves, Tiago Serrão (coord.), Associação Académica da Faculdade de Direito, AAFDL Editora, Lisboa, pp. 1291-1345.
- LOPES, Dulce e PATRÃO, Afonso (2016). *Lei de Mediação Comentada*, 2.^a ed. reimpressa em 2021, Almedina.
- MAGALHÃES, Bárbara (2022). “Desafios da inteligência artificial nas garantias do direito e processo administrativo”. *Liber Amicorum Benedita Mac Crorie*, Vol. I, UMinho Editora, pp. 243-260.
- NAVARRO, María Avilés (2020). “La mediación en el orden jurisdiccional contencioso administrativo en España”. *Revista Acta Judicial*, n.º 6, julho-dezembro, pp. 24-47.
- OTERO, Paulo (2013). *Direito Administrativo I*, Vol. I, Almedina.
- PEDRO, Ricardo (2019). “Da efetividade do Direito Administrativo à efetividade da(s) justiça(s) administrativas(s)”. *Estudos sobre Arbitragem (Em especial, de Direito Público)*, AAFD Editora, pp. 7-24.
- PEDRO, Ricardo (2019). “A arbitragem e outros meios de resolução de litígios de direito administrativo, em especial em matéria de contratos públicos: entre a efetividade e as dúvidas...e notas breves sobre a proposta de lei n.º 168/XIII”. *Estudos sobre a arbitragem (Em especial, de Direito Público)*, AAFDL Editora, pp. 49-78.
- PEREIRA, João Alves (2006). “Mediação voluntária, sugerida ou obrigatória?”. *Resolução Alternativa de Litígios: Colectânea de textos publicados na Newsletter DGAE*, pp. 152-154, disponível em: <https://alvespereira.com/wp-content/uploads/mediacao-voluntaria-sugerida-ou-obrigatoria.pdf>.
- PRATA ROQUE, Miguel (2018). “O procedimento administrativo eletrónico”. *Comentários ao Novo Código do Procedimento Administrativo*, Vol. I, AAFDL Editora, pp. 499-530.
- SERRA, Manuel Santos (2013). “Breves notas sobre a Arbitragem Administrativa e Tributária”. *Newsletter CAAD*, n.º 1/2013, pp. 3-7.
- TORNOS MAS, Joaquín (1995). “Medios Complementarios a la Resolución Jurisdiccional de los Conflictos Administrativos”. *Revista de Administración Pública*, n.º 136, pp. 149-177.

Capítulo 14

A mediação inerente ao RERE e à recuperação extrajudicial de empresas

SARA LUÍS DIAS

Advogada na YBOM

Professora na ESG do IPCA

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. A recuperação como via preferencial no processo de insolvência. 3. A proliferação dos processos de recuperação judicial e extrajudicial no Direito da insolvência e a sua difícil articulação. 4. O Regime Extrajudicial de Recuperação de Empresas (RERE). 4.1. Natureza e características. 4.2. Tramitação do RERE. 5. O mediador de recuperação de empresas. 5.1. A figura do mediador de recuperação de empresas. 5.2. Competências e funções do mediador de recuperação de empresas. 5.3. Perspetivas futuras sobre a figura do mediador de recuperação de empresas. 6. Conclusões.

RESUMO: Considerando as inúmeras alterações legislativas que se têm sucedido no Direito da Insolvência e da Recuperação de Empresas, no sentido de reforçar as medidas que privilegiam a reestruturação empresarial e a celebração de acordos de pagamento com os credores, importa compreender as dificuldades e desafios que se têm colocado na articulação e aplicação prática dos vários mecanismos jurídicos – judiciais e extrajudiciais – de recuperação atualmente existentes no nosso ordenamento jurídico. Partindo deste contexto, pretendemos, em especial, analisar o Regime Extrajudicial de Recuperação de Empresas (RERE)¹, aprovado pela Lei n.º 8/2018, de 2 de março, intentando enquadrá-lo no atual paradigma do Direito falimentar, analisando a sua natureza e características e as várias fases da sua tramitação, percebendo quais as principais vantagens e limitações em relação aos demais processos judiciais de recuperação. Passaremos depois à análise da figura do Mediador de Recuperação de Empresas, cujo regime jurídico se encontra regulado pela Lei n.º 6/2018, de 22 de fevereiro, descrevendo as suas funções e ponderando sobre a relevância do seu papel na recuperação de empresas, em especial no âmbito das recuperações extrajudiciais, já que é essencialmente neste âmbito que este profissional pode exercer o seu papel e revelar-se um contributo positivo para a reestruturação das empresas economicamente viáveis, através do estabelecimento de

¹ Doravante RERE.

negociações e celebração de acordos com os credores. Percebendo o reduzido interesse das empresas na contratação deste profissional, procuraremos apontar as principais fragilidades do regime jurídico que regula o seu estatuto, analisando os problemas que aqui se levantam e que desincentivam as empresas a utilizar os serviços do Mediador de Recuperação de Empresas. Por fim, ponderaremos sobre a relevância do seu papel nos futuros processos de recuperação de empresas e sobre a necessidade de fomentar a relevância deste profissional e rever o seu regime jurídico e do próprio RERE, partindo de uma visão global e una do sistema e valorizando a coordenação eficaz dos diversos mecanismos de recuperação de empresas.

ABSTRACT: Considering the numerous legislative changes that have succeeded in the Insolvency and Corporate Restructuring Law, to strengthen measures which favor the companies' restructuring and the conclusion of payment agreements with creditors, it is important to understand the difficulties and challenges that have arisen in the coordination and practical application of the various legal mechanisms – judicial and extrajudicial – of recovery currently existing in our legal system. Starting from this context, we intend to analyze the *Regime Extrajudicial de Recuperação de Empresas* (RERE), approved by Law No 8/2018, of March 2, trying to fit it into the current paradigm of Insolvency law, analyzing its nature and characteristics and the various stages of its proceedings, understanding its main advantages and limitations in relation to other judicial recovery processes. We will then analyze the figure of the *Mediador de Recuperação de Empresas*, whose legal regime is regulated by Law No 6/2018, of February 22, describing its functions and considering the relevance of its role in the recovery of companies, especially in the extrajudicial processes, since it is essentially in this context that this professional can play its role and prove to be a positive contribution to the restructuring of economically viable companies, through the establishment of negotiations and conclusion of agreements with creditors. Realizing the reduced interest of companies in hiring this professional, we will try to highlight the main limitations of the legal regime that regulates his statute, analyzing the problems that arise and that discourage companies from using the services of the *Mediador de Recuperação de Empresas*. Finally, we will consider the relevance of its role in future company recovery processes and the need to promote the relevance of this professional and review their legal regime and the RERE itself, based on a global and unified vision of the legal system and valuing the effective coordination of the various mechanisms for company recovery.

1. Introdução

Nos últimos anos, a Lei da Insolvência tem sido objeto de inúmeras alterações visando o reforço das medidas recuperatórias e a reestruturação das empresas que, apesar de se encontrarem em situação de insolvência iminente ou económica difícil, revelam viabilidade.

Partimos de uma inversão de paradigma do processo de insolvência surtida em 2012 com as alterações introduzidas pela Lei n.º 16/2012, de 20 de abril, que destacaram a recuperação económica dos devedores e a celebração de acordos com os credores como mecanismo preferencial para lograr a satisfação “dos seus interesses”.

De entre as sucessivas modificações legislativas que se verificaram após tal data, destacamos aqui a criação de um (novo) procedimento de recuperação, de cariz extrajudicial, denominado Regime Extrajudicial de Recuperação de Empresas, que veio substituir o precedente Sistema de Recuperação de Empresas por Via Extrajudicial (SIREVE) e se destaca pela sua natureza confidencial e por prever a possibilidade de intervenção do mediador de recuperação de empresas, cujo papel, funções e relevância pretendemos aqui analisar.

2. A recuperação como via preferencial no processo de insolvência

O Direito da Insolvência tem, ao longo dos últimos anos, sido objeto de inúmeras alterações legislativas² que visam reforçar as medidas que favorecem a recuperação empresarial e a celebração de acordos de pagamento com os credores existentes.

Se, inicialmente³, o processo de insolvência se destacava por ser um processo que, visando a satisfação dos direitos dos credores, privilegiava a liquidação do património do devedor e o consequente encerramento das empresas, atualmente, procura lograr o mesmo objetivo mas através da realização de acordos de pagamento com os credores, que permitam a reestruturação económica das empresas e a sua manutenção em atividade.

Esta inversão de paradigma verificou-se com as alterações operadas pela Lei n.º 16/2012, de 20 de abril, que entrou em vigor a 20 de maio, reorientando o Código da Insolvência e Recuperação das Empresas⁴ para a pro-

² Destacamos a Lei n.º 16/2012, de 20 de abril; a Lei n.º 66-B/2012, de 31 de dezembro; o Decreto-Lei n.º 26/2015, de 06 de fevereiro; o Decreto-Lei n.º 79/2017, de 30 de junho; a Retificação n.º 21/2017, de 25 de agosto; a Lei n.º 114/2017, de 29 de dezembro; a Lei n.º 8/2018, de 02 de março; o Decreto-Lei n.º 84/2019, de 28 de junho e o Decreto-Lei n.º 57/2022, de 25 de agosto; a Lei n.º 99-A/2021, de 31 de janeiro; e a Lei n.º 9/2022, de 11 de janeiro.

³ Aquando da aprovação do Código da Insolvência e Recuperação das Empresas, pelo Decreto-Lei n.º 53/2004, de 18 de março.

⁴ Doravante CIRE.

moção da recuperação do devedor⁵. Destaca-se, nesse sentido, a alteração do artigo 1.º, que passou a prever a conclusão de acordos de recuperação como mecanismo preferencial para a satisfação dos credores⁶ e a criação do processo especial de revitalização⁷. Processo que permite aos devedores em situação de insolvência meramente iminente ou em situação económica difícil intentarem a sua recuperação através da celebração de um acordo de revitalização com os credores, numa fase de pré-insolvência⁸.

Estas modificações surgiram na sequência das obrigações que o Estado assumiu no “Memorando de Entendimento Sobre as Condicionalidades de Política Económica”⁹ e a fim de fazer face à situação financeira do país, tornando-se a reestruturação das empresas viáveis um dos principais objetivos de política económica¹⁰. Foi, assim, aprovada a Resolução n.º 43/2011, de 25 de outubro, que enumera os princípios orientadores da recuperação extrajudicial de devedores e prevê a alteração do CIRE no sentido de facilitar e fomentar a celebração de acordos de reestruturação entre o devedor e os credores.

Neste âmbito, sucederam-se várias outras alterações legislativas que visaram reforçar os instrumentos de recuperação de empresas. Destacamos o

⁵ Refere-se na exposição de motivos da proposta de Lei n.º 39/XII, que «*A presente situação económica obriga, com efeito, a gizar soluções que sejam, em si mesmas, eficazes e eficientes no combate ao “desaparecimento” de agentes económicos, visto que cada agente que desaparece representa um custo apreciável para a economia, contribuindo para o empobrecimento do tecido económico português, uma vez que gera desemprego e extingue oportunidades comerciais que, dificilmente, se podem recuperar pelo surgimento de novas empresas*».

⁶ Este normativo passou a prever que “*o processo de insolvência é um processo de execução universal que tem como finalidade a satisfação dos credores pela forma prevista num plano de insolvência, baseado, nomeadamente, na recuperação da empresa compreendida na massa insolvente, ou, quando tal não se afigure possível, na liquidação do património do devedor insolvente e a repartição do produto obtido pelos credores*”.

⁷ Doravante PER.

⁸ Este processo encontra-se regulado nos artigos 17.º-A a 17.º-H do CIRE, caracterizando-se por ser um processo de natureza especial, urgente e cariz voluntário. Para maiores desenvolvimentos, vd. Sara Luís Dias (2021, pp. 106-108); Maria do Rosário Epifânio (2016) e Catarina Serra (2017).

⁹ Vd. pontos 2.17 e seguintes do “Memorando de Entendimento sobre as condicionalidades de política económica”, assinado pelo Governo português, em 17/05/2011, com Comissão Europeia, o Banco Central Europeu e o Fundo Monetário Internacional.

¹⁰ Vd. Programa do XIX Governo Constitucional, disponível em https://www.portugal.gov.pt/media/130538/programa_gc19.pdf.

Decreto-Lei n.º 26/2015, de 6 de fevereiro, que introduziu alterações ao *Sistema de Recuperação de Empresas por Via Extrajudicial*¹¹, entretanto já revogado, e no PER, tendo, ainda, sido alterado o regime de emissão de obrigações e ações preferenciais do Código das Sociedades Comerciais, tendo em vista a sua clarificação e flexibilização.

Seguiram-se as modificações implementadas pelo Decreto-Lei n.º 79/2017, de 30 de junho¹², que aditou, nos artigos 222.º-A a 222.º-J do CIRE, um novo *processo especial para acordo de pagamento*¹³, o qual, seguindo os mesmos objetivos que o PER, destina-se a devedores não enquadrados no conceito de “empresa”, introduzindo, ainda, por alteração do Código das Sociedades Comerciais, um mecanismo simplificado de aumento do capital social por conversão de suprimentos.

Posteriormente surge, pela Lei n.º 8/2018, de 3 de março, a criação do *Regime Extrajudicial de Recuperação de Empresas*¹⁴, um novo instrumento de recuperação extrajudicial que substituiu o SIREVE e a Lei n.º 6/2018, de 22 de fevereiro, que aprovou o *Estatuto do mediador de recuperação de empresas*, criando esta figura, cuja principal função – como veremos com maior detalhe – é assistir a empresa devedora nas negociações que serão levadas a cabo com os credores tendo em vista a celebração de um acordo extrajudicial de reestruturação. Foi, ainda, aprovado, pela Lei n.º 7/2018, de 2 de março, o *Regime Jurídico da conversão de créditos não subordinados em capital social*, de natureza extrajudicial com o intuito de facilitar a recuperação das sociedades que se encontrem numa situação económica difícil¹⁵, pela conversão em capital de créditos, que, por si só, ou conjuntamente, representem, pelo menos, dois

¹¹ Doravante SIREVE.

¹² Corrigido pela Retificação n.º 21/2017, de 25 de agosto. Este diploma surge após a aprovação, pela Resolução do Conselho de Ministros n.º 42/2016, de 18 de agosto, do Programa Capitalizar, de apoio à capitalização das empresas, que propende reduzir o seu endividamento, impulsionando a sua reorganização e reestruturação e a dinamização do mercado financeiro.

¹³ Doravante PEAP.

¹⁴ Doravante RERE.

¹⁵ Nos termos do disposto no artigo 3.º do referido diploma, sociedades cujo capital próprio seja inferior ao capital social e que se encontrem em mora superior a 90 dias de 10% do seu passivo não subordinado ou 25% do mesmo respeitante a prestações de reembolso parcial de capital e juros.

terços do total do passivo da sociedade devedora¹⁶ e a maioria dos créditos não subordinados.

Mais recentemente, destacamos a Lei n.º 75/2020, de 27 de novembro, que, reagindo à crise económica e social gerada pela pandemia COVID-19, procurou facilitar e incentivar o recurso aos processos de recuperação, tendo prorrogado os prazos para a conclusão das negociações no plano de recuperação e facilitado o acesso das empresas em situação de insolvência atual ao RERE, criou um novo processo de recuperação, o *processo extraordinário de viabilização de empresas*¹⁷ destinado às empresas que se encontrem em situação económica difícil, insolvência atual ou iminente, provocada pela crise económica decorrente da pandemia da doença COVID-19¹⁸.

Já, durante o ano de 2022, foi publicada a Lei n.º 9/2022, de 11 de janeiro, que, transpondo a Diretiva (UE) 2019/1023, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de junho de 2019, “*estabelece medidas de apoio e agilização dos processos de reestruturação das empresas e dos acordos de pagamento*”. Entrou em vigor no dia 12 de abril de 2022, destacando-se pelas alterações introduzidas no PER, no sentido de procurar solucionar alguns dos constrangimentos surgidos na tramitação deste processo e melhorar a sua eficácia¹⁹ e por ter reduzido para 3 anos o período de cessão no regime da exoneração do passivo restante das pessoas singulares.

Em suma, das mencionadas alterações legislativas ressalta evidente a preocupação do legislador em reorientar as normas relativas ao Direito da Insolvência para a recuperação económica dos devedores, visando-se alcançar a finalidade de satisfação dos interesses dos credores através da adoção de medidas de reestruturação financeira dos agentes económicos.

¹⁶ Ficam, no entanto, expressamente excluídos deste regime as sociedades cujo volume de negócios seja inferior a 1.000.000,00 Euros, de acordo com as últimas contas de exercício aprovadas (artigo 2.º, n.º 4).

¹⁷ Designado PEVE.

¹⁸ A propósito das diversas medidas adotadas no âmbito da Lei n.º 75/2020 e do seu impacto na reestruturação das empresas, ver Sara Luís Dias e Emília Rita Ferreira (2021, pp. 247 e ss.).

¹⁹ Para maiores desenvolvimentos sobre as alterações desta lei no âmbito do PER, *vd.* Leticia Marques Costa (2022).

3. A proliferação dos processos de recuperação judicial e extrajudicial no Direito da insolvência e a sua difícil articulação

Com intuito de reorientar as normas falimentares para o favorecimento da recuperação dos devedores e a manutenção das empresas no mercado, o legislador optou por disponibilizar diferentes processos de reestruturação económica, que subsistem na legislação insolvencial e que, na prática, se têm procurado articular e conjugar.

Resumindo, verificamos que, atualmente, encontram-se legalmente consagrados cinco instrumentos de recuperação das empresas: *plano de recuperação* (artigos 192.º e ss. do CIRE), *plano de revitalização* (artigos 17.º-A e ss. do CIRE), *acordo de pagamento*, (artigos 22.º-A e ss. do CIRE), *regime extrajudicial de recuperação de empresas* (Lei n.º 8/2018, de 02 de março) e o *processo extraordinário de viabilização de empresas* (Lei n.º 75/2020, de 27 de novembro). A estes processos acresce o referido regime extrajudicial da conversão de créditos não subordinados em capital social (Lei n.º 7/2018, de 2 de março).

A torrente de alterações legislativas verificadas nos últimos anos destabiliza, por si só, a harmonia e unidade do sistema jurídico, originando problemas de aplicação prática. A promoção e diversificação dos meios de recuperação e reestruturação dos agentes económicos, embora congruente com as orientações comunitárias de favorecimento das medidas de reestruturação do tecido empresarial, origina ainda maiores dificuldades de gestão e controlo na eficácia das medidas recuperatórias, agudizando a instabilidade, a incerteza e descrença dos credores no sucesso destas medidas e gerando até uma certa desresponsabilização para as empresas, que encontram nestes meios um porto de abrigo que, de forma cómoda e segura, lhes permite permanecer no comércio em condições mais vantajosas²⁰.

Tantas são as vias à disposição do devedor, que se torna complexo perceber qual a melhor via para o caso concreto e de que forma os credores podem acautelar-se para salvaguardar as suas próprias empresas e assegurar que a adoção de medidas de revitalização dos seus devedores não vai “aniquilar” a sua própria permanência no mercado. Como adiantámos noutra sede, «[o] mercado é, por definição, dinâmico e competitivo, muitas empresas “morrem” e muitas empresas “nascem”, não sendo benéfico nem possível recupe-

²⁰ Sara Luís Dias (2022, p. 114).

rar todas as entidades que revelam dificuldades financeiras, necessariamente à custa do sacrifício de outros agentes económicos»²¹.

Cremos, assim, que seria de todo o interesse organizar e sistematizar todos os institutos de recuperação existentes, regulando-os de forma uniforme e ordenada, num mesmo diploma, para facilitar a sua articulação e aplicação prática²², de forma a assegurar, de modo mais consistente e seguro, que apenas as entidades que revelem viabilidade económica e efetivas probabilidades de se reestruturarem economicamente, atuando como agentes ativos e dinamizadores do mercado, beneficiam destas medidas favoráveis de reestruturação económica.

4. O Regime Extrajudicial de Recuperação de Empresas (RERE)

4.1. Natureza e características

Como referido, o RERE foi aprovado pela Lei n.º 8/2018, de 2 de março, que revogou o precedente *sistema de recuperação de empresas por via extrajudicial*²³ e regula o regime jurídico deste mecanismo. É um processo que se destina a empresas e outras pessoas coletivas que se encontrem em situação económica difícil ou em situação de insolvência meramente iminente²⁴, mas que

²¹ Sara Luís Dias (2022, p. 114).

²² Catarina Serra (2017, p. 96), referiu, a este propósito e ainda antes da entrada em vigor do RERE, que tendo estes instrumentos funções afins e finalidade similares, “seria expectável que lhes correspondesse uma disciplina unitária e um tratamento coordenado mas não foi isto o que sucedeu. É sempre mais fácil, claro, legislar livremente do que de forma articulada / integrada”. Cremos que este comentário continua pertinente, apesar de o RERE ter revogado o SIREVE, substituindo esse regime.

²³ Doravante SIREVE. Aprovado pelo Decreto-Lei n.º 178/2012, de 3 de agosto. Tratava-se de um processo de revitalização extrajudicial, acompanhado pelo IAPMEI (Instituto de Apoio às Pequenas e Médias Empresas), que se aplicava às empresas que se encontrassem em situação económica difícil ou numa situação de insolvência iminente, nos termos do CIRE, e cumprissem os requisitos constantes no artigo 1.º do referido diploma. Este regime substituiu o anterior procedimento extrajudicial de conciliação (PEC), aprovado pelo Decreto-Lei 316/98, de 20 de outubro.

²⁴ O artigo 17.º-B do CIRE define a situação económica difícil como a situação da “empresa que enfrentar dificuldade séria para cumprir pontualmente as suas obrigações, designadamente por ter falta de liquidez ou por não conseguir obter crédito”. A situação de insolvência iminente não encontra definição expressa no CIRE, referindo-se apenas no n.º 4 do artigo 3.º do CIRE, podendo definir-se como a situação em que é possível prever que o devedor

ainda sejam suscetíveis de reestruturação²⁵. Visa a aprovação de um acordo de reestruturação, assente em negociações levadas a cabo com os credores, que alteram a composição e condições do ativo e passivo do devedor, com o intuito de possibilitar a recuperação da empresa (artigo 2.º, n.º 2 do RERE).

Tem natureza extrajudicial, decorrendo na Conservatória de Registo Comercial²⁶, sem intervenção dos Tribunais, o que se poderá revelar uma vantagem a nível de tempo (por permitir uma gestão mais fácil e acelerada das diligências²⁷) e custos (não implicando o pagamento de custas judiciais).

Conforme decorre do disposto nos artigos 2.º, n.º 1, e 4.º, n.º 1, do RERE, assume natureza voluntária, podendo o devedor para o efeito convocar todos ou apenas alguns dos seus credores para participar nas negociações²⁸. Ademais, de acordo com o previsto nos artigos 7.º, n.º 1, e 19.º, n.º 1, do RERE, as partes têm a liberdade de fixar livremente o conteúdo do protocolo de negociação, desde que contendo os elementos previstos no artigo 7.º do RERE. Produz efeitos apenas *inter partes*, não se aplicando aos credores não subscritores do plano.

Outra característica diferenciadora do RERE é a sua confidencialidade. A natureza sigilosa representa para os devedores uma relevante vantagem pois permite-lhes negociar com alguns credores e beneficiar das demais vantagens que este regime apresenta, sem afetar a sua reputação e imagem perante os demais credores, evitando que estes conheçam (pelo menos de uma forma tão evidente) as suas dificuldades financeiras e situação económica difícil, descredibilizando-a no mercado ou colocando outros entraves

estará impossibilitado de cumprir as suas obrigações quando estas se vencerem [Catarina Serra (2018, p. 63)]. Como explica Luís Menezes Leitão (2020, p. 12), “é difícil, por isso, efectuar uma delimitação precisa entre os dois conceitos, parecendo que as duas situações podem facilmente ser agregadas num conceito de pré-insolvência, em que a empresa manifestamente se encontra em vias de atingir a situação de insolvência efectiva, se não forem atempadamente tomadas providências de recuperação”.

²⁵ Pode envolver as entidades mencionadas no artigo 3.º do RERE.

²⁶ E não no IAPMEI, como acontecia com o SIREVE.

²⁷ Mesmo considerando que os processos judiciais de recuperação têm, geralmente, carácter urgente.

²⁸ A este propósito, refere Catarina Serra (2019, p. 17) que “[a] diversidade de interesses económicos e o carácter voluntário da sua participação resultarão quase sempre em que a maioria fique à margem do acordo e a reestruturação não seja possível devido ao escasso envolvimento dos credores”.

negociais²⁹. Esta característica torna, assim, este regime bastante atrativo em relação aos demais processos de recuperação. No regime da negociação do acordo de reestruturação, são confidenciais tanto as negociações como o conteúdo do protocolo de negociação, exceto se as partes acordarem por unanimidade em dar-lhes publicidade, no todo ou em parte (artigo 8.º, n.º 1 do RERE). O depósito do protocolo de negociação não prejudica a confidencialidade do seu conteúdo, conforme decorre do disposto no artigo 8.º, n.º 3, do RERE.

Importa, contudo, realçar que a Segurança Social, a Autoridade Tributária e Aduaneira, os trabalhadores e as organizações representativas dos trabalhadores, sempre que forem credores do devedor ou que com este mantenham acordo prestacional, ficam obrigadas a participar nas negociações que se irão desenvolver ao abrigo do RERE, mesmo que não subscrevam o protocolo de negociação (artigo 14.º, n.º 3, do RERE), devendo ser informados do depósito do protocolo de negociação e do seu conteúdo (artigo 8.º, n.º 6 do RERE)³⁰.

Encontra-se igualmente prevista, no artigo 21.º do RERE, a confidencialidade do conteúdo do acordo de reestruturação, no entanto tal efeito cessa, de acordo com o disposto no n.º 2 de tal disposição, para efeito de extinção dos processos judiciais relativos aos créditos incluídos no acordo, mencionados no artigo 25.º do RERE e de comunicação à Autoridade Tributária e Aduaneira, para efeitos de aplicação de benefícios fiscais previstos nos artigos 268.º a 270.º do CIRE (artigo 27.º do RERE).

4.2. Tramitação do RERE

Podemos dividir a tramitação do RERE em 3 fases distintas: protocolo de negociação, negociações e acordo de reestruturação, podendo distinguir-se, no entanto, dos regimes especiais: o regime da negociação do acordo de reestruturação (artigos 6.º e ss. do RERE), cujo objetivo é lograr a celebração

²⁹ Neste sentido, Catarina Serra (2019, p. 16).

³⁰ De acordo com o disposto no artigo 8.º, n.º 5, do RERE, qualquer pessoa que tenha intervenção no acordo de reestruturação tem o direito de obter a cópia dos documentos arquivados na Conservatória do Registo Comercial, do mesmo modo que a Autoridade Tributária tem o direito de aceder aos mesmos, para efeitos de verificação dos pressupostos necessários à produção dos efeitos previstos no artigo 27.º do RERE.

de um acordo e o regime do acordo de reestruturação (artigos 19.º e ss. do RERE), cuja finalidade é executar o acordo³¹.

Pretendendo submeter as negociações ao presente regime, o devedor deve depositar na Conservatória do Registo Comercial um protocolo de negociação subscrito por si e por credores que representam, pelo menos, 15% do passivo do devedor que, de acordo com o CIRE, seja considerado não subordinado (artigo 6.º, n.º 1, do RERE)³².

Prevê o n.º 4 do referido artigo 6.º do RERE que, para verificação do requisito previsto no n.º 1 (ou seja, a verificação de que os credores subscritores representam 15% do passivo não subordinado do devedor), deve ser anexada ao protocolo de negociação uma declaração emitida, há 30 dias ou menos, por contabilista certificado ou revisor oficial de contas. De salientar que, ao contrário do que sucede no PER³³, a referida declaração não visa assegurar a legitimidade do devedor, ou seja, estes profissionais não têm, nesta fase, de atestar que o devedor não se encontra em situação de insolvência atual, cumprindo-se o requisito previsto na alínea b) do n.º 1 do artigo 3.º do RERE. Sabendo-se que uma das maiores fragilidades destes processos é o facto de se revelar difícil controlar a utilização abusiva destes mecanismos, já que há o risco de que empresas em situação de insolvência atual (e que deveriam requerer a declaração da sua insolvência nos termos previstos no artigo 18.º do CIRE) recorram a estes processos de recuperação, numa fase pré-insolvência, “fugindo” ao seu dever de apresentação à insolvência³⁴, beneficiando dos efeitos processuais e substantivos que o início destes processos produzem (como a suspensão ou extinção de ações de cobrança) e tornando estes acordos muitas vezes inúteis e dilatórios por se revelarem insuficientes para lograr uma efetiva reestruturação destes devedores, prejudicando-se, assim,

³¹ Catarina Serra (2019, p. 12).

³² Luís Menezes Leitão (2020, p. 20), explica que este protocolo não constitui um contrato-promessa, uma vez que as partes não assumem uma obrigação de contratar mas apenas de negociar com o devedor.

³³ Nos termos do disposto no n.º 2 do artigo 17.º-A do CIRE, o devedor deve juntar uma declaração escrita, emitida por contabilista certificado ou revisor oficial de contas, que ateste que o devedor não se encontra em situação de insolvência atual, reunindo as condições necessárias para a sua recuperação.

³⁴ Previsto no artigo 18.º do CIRE.

ainda mais os interesses dos credores³⁵. Deste modo, não compreendemos que, no âmbito do RERE, não tenha o legislador utilizado o mesmo mecanismo para controlar o recurso ilegítimo e abusivo a este regime já na fase de depósito do protocolo, manifestando uma maior preocupação em assegurar a percentagem do passivo do devedor (ou seja, o volume de créditos) que aceita encetar negociações com o devedor. Aceitamos que, sendo possível incluir apenas alguns créditos nas negociações deste regime e nos efeitos do plano de reestruturação, possa ser relevante assegurar que o recurso a este expediente (que tem efeitos suspensivos e extintivos sobre ações de cobrança e processos de insolvência: artigos 11.º, n.º 2 e 25.º do RERE) é feito com intuito de promover a recuperação do devedor, abrangendo um valor mínimo dos créditos abrangidos, mas é igualmente importante controlar que este processo, mesmo assumindo natureza extrajudicial, é iniciado por devedores com viabilidade económica e passíveis de se recuperarem financeiramente pelo recurso a estes acordos. No entanto, o legislador optou por exigir apenas na fase de depósito do acordo de reestruturação a junção de declaração, emitida pelos referidos profissionais, a atestar que, nessa data, a sociedade não se encontra em situação de insolvência e a certificar o passivo total do devedor [artigo 19.º, n.º 2, alínea *a*) do RERE].

Quaisquer credores podem aderir ao protocolo de negociação durante o período em que decorrerem as negociações, subscrevendo uma declaração de adesão (artigos 6.º, n.ºs 2 e 3, e 7.º, n.º 5, do RERE), contudo, a adesão deverá ser integral, não sendo admissível a adesão parcial ou sujeita a condição (artigo 7.º, n.º 6, do RERE). O conteúdo do protocolo de negociação é estabelecido livremente entre as partes, devendo, no entanto, conter os elementos enunciados no artigo 7.º do RERE. Após o depósito, a alteração deste protocolo apenas pode ocorrer mediante a celebração de um protocolo de alteração, sujeito a depósito, sendo necessário o consentimento expresso de

³⁵ Como referimos noutra sede, «[a] cresce que, apesar dos esforços envidados pelo legislador no sentido de “controlar” a utilização dos processos destinados a empresas que ainda não se encontrem numa situação de insolvência atual, verificámos que, na prática, muitas empresas nesta condição tentam recorrer ao PER ou ao RERE no sentido de lograr a celebração de acordos de pagamento, com os seus credores, suspender as eventuais ações de cobrança em curso e evitar a declaração de insolvência. No entanto, o recurso a tais processos acaba por se revelar uma manobra inútil e dilatória, acabando estas empresas por ser declaradas insolventes, por não aprovação dos acordos ou por incumprimento posterior dos mesmos», cfr. Sara Luís Dias (2021, pp. 112 e 113).

todas as partes que o subscreveram inicialmente e das que posteriormente a ele tenham aderido (artigos 6.º, n.º 2, e 7.º, n.º 7, do RERE).

O depósito do protocolo de negociação produz alguns efeitos para as partes, ficando o devedor, nos termos do disposto no artigo 9.º do RERE, obrigado a manter o curso normal do seu negócio e a não praticar atos de especial relevo³⁶ salvo se previstos no protocolo ou autorizados por todos os credores, devendo informar as entidades referidas no n.º 6 do artigo 8.º do RERE. Também os credores assumem, após o depósito do protocolo, a obrigação de cumprir os compromissos aí assumidos, nos termos previstos no artigo 10.º do RERE.

De acordo com o disposto no artigo 12.º do RERE, os prestadores de serviços essenciais aí descritos ficam impedidos de suspender os fornecimentos pelo prazo mínimo de 3 meses, verificando-se, ainda, os efeitos processuais descritos no artigo do 11.º do RERE sobre o processo de insolvência em curso ou sobre ações executivas. De salientar que as ações instauradas por credores que não subscrevam o acordo não são afetadas pelos efeitos aqui previstos (artigo 11.º, n.º 3, do RERE).

Segue-se a fase das negociações, prevista nos artigos 14.º a 18.º do RERE, cujo prazo, incluindo prorrogações³⁷, não pode exceder três meses contados da data em que foi requerido o depósito do protocolo (artigo 6.º, n.º 5, do RERE). É nesta fase que o devedor pode solicitar a nomeação de um mediador de recuperação de empresas, podendo os credores designar um (ou mais) credor(es) líder(es), que será(ão) o(s) interlocutor(es) preferencial(ais) dos credores no contacto com o devedor. Do mesmo modo, pode ser nomeado um comité de credores, para acompanhar a atividade do devedor no decurso das negociações e assessorar o credor líder na interligação com o devedor, devendo as funções específicas deste comité de credores ser acordado entre as partes.

O RERE favorece o estabelecimento de relações transparentes entre as partes, devendo o devedor, no decurso das negociações, fornecer às demais partes envolvidas informação atual, verdadeira e completa, que permita aferir com rigor a sua situação económico-financeira (artigo 5.º, n.º 2, do

³⁶ Referidos no artigo 161.º do CIRE. A consequência da prática destes atos sem autorização deverá ser a ineficácia do ato em relação ao seu património (aplicando-se o disposto nos artigos 17.º-C, n.º 4, 34.º e 81.º, n.º 6, do CIRE).

³⁷ Prazo inicialmente acordado [artigo 7.º, n.º 1, alínea b), do RERE] pode ser prorrogado nos termos previstos no artigo 16.º, n.º 3, do RERE.

RERE), podendo ser elaborado um diagnóstico económico-financeiro do devedor que permita aos credores conhecer os pressupostos nos quais se pode basear o acordo de reestruturação (artigo 15.º, n.º 2, do RERE)^{38/39}.

As negociações encerram com o depósito do acordo de reestruturação, ou se o devedor se apresentar à insolvência ou esta for declarada, ou com o decurso do prazo previsto para as negociações sem que o acordo seja depositado ou se o devedor pretenda cessar as negociações, comunicando tal decisão aos credores subscritores do protocolo e à Conservatória do Registo Comercial. Este encerramento está sujeito a registo, devendo ser mencionada a respetiva causa. Enquanto não se encerrarem as negociações, o devedor não pode iniciar outras, já que o devedor não pode sujeitar ao RERE mais do que um processo de negociação em simultâneo (artigo 18.º, n.º 1, do RERE). Após a conclusão das negociações, tenha ou não sido alcançado um acordo de reestruturação, o devedor é livre de se sujeitar a novas negociações ao RERE, iniciadas com os mesmos ou com diferentes credores, desde que não viole os termos específicos do acordo anteriormente alcançado ao abrigo deste regime, segundo o disposto no artigo 18.º, n.º 2, do RERE.

No que concerne ao acordo de reestruturação, este visa, como se prevê no artigo 2.º, n.º 2, do RERE, “*a alteração da composição, das condições ou da estrutura do ativo ou do passivo de um devedor, ou de qualquer outra parte da estrutura de capital do devedor, incluindo o capital social, ou uma combinação destes elementos, incluindo a venda de ativos ou de partes de atividade, com o objetivo de permitir que a empresa sobreviva na totalidade ou em parte*”. Ou seja, este consiste num acordo celebrado entre o devedor e os credores intervenientes e que deve ser formalizado por escrito com reconhecimento das assinaturas dos subscritores (artigo 20.º do RERE) e depositado a Conservatória (artigo 22.º do RERE). Contém todas as medidas tendentes à recuperação da empresa e pode atribuir determinados benefícios a todos ou apenas a alguns dos credores, de forma a incentivá-los a consentir os sacrifícios que a reestruturação acarreta, a aceitar afetar ou condicionar os seus direitos de crédito, assim como, até, a conceder novos financiamentos à empresa, favorecendo a sua recuperação⁴⁰.

³⁸ A transparência não se limita às negociações do acordo de reestruturação, devendo verificar-se em qualquer fase do RERE [Catarina Serra (2021, p. 490)].

³⁹ O incumprimento destes deveres durante as negociações poderá constituir responsabilidade pré-contratual, nos termos gerais (artigo 227.º do Código Civil). Neste sentido, Luís Menezes Leitão (2020, p. 17).

⁴⁰ Catarina Serra (2019, p. 17).

Como explicámos anteriormente, é neste momento que se deve apresentar, com o acordo, a declaração emitida por revisor oficial de contas a atestar que, na data da celebração do acordo, a sociedade não se encontra em situação de insolvência e a certificar que o passivo total do devedor, bem como uma lista de todas as ações judiciais em curso contra o devedor instauradas por entidades que sejam parte do mesmo (artigo 19.º, n.º 2, do RERE). Este acordo produz efeitos entre o devedor e cada um dos credores subscritores (artigo 23.º do RERE), gerando os demais efeitos previstos nos artigos 24.º e ss. do RERE.

Mesmo que não tenha sido depositado protocolo de negociação, o acordo de reestruturação celebrado com os credores pode, ainda assim, ser submetido ao RERE, devendo ser assinado por todos os intervenientes e sujeito a depósito eletrónico na Conservatória do Registo Comercial, conforme previsto no artigo 22.º do RERE.

De salientar ainda a possibilidade de, nos termos previstos no artigo 27.º do RERE, poderem ser conferidos às partes os benefícios fiscais previstos nos artigos 268.º a 270.º do CIRE, desde que o acordo compreenda a reestruturação de créditos correspondentes a, pelo menos, 30% do total do passivo não subordinado do devedor⁴¹, podendo, no entanto, a Autoridade Tributária e Aduaneira, a requerimento fundamentado apresentado por alguma das partes subscritoras, aceitar que o acordo produza tais efeitos ainda que este não abranja tal percentagem do passivo. Cremos que deixar na discricionariedade da Autoridade Tributária e Aduaneira tal decisão não se coaduna com os princípios da legalidade e igualdade aqui subjacentes.

No que respeita ao seu incumprimento e como avança Catarina Serra, o seu regime “não diverge muito do regime geral do incumprimento (cfr. arts. 801.º e s. do Código Civil) e do regime geral de resolução (cfr. arts. 432.º e s. do Código Civil)”⁴² já que permite ao credor lesado o direito de resolução, não determinando a invalidade das obrigações assumidas com os demais credores nem determina o automático incumprimento das demais obrigações constantes do acordo. De referir, contudo, que o acordo constitui título exe-

⁴¹ Para comprovar tal facto e que, com a celebração do acordo, a situação financeira da empresa fica mais equilibrada, por aumento da proporção do ativo sobre o passivo, e os capitais próprios do devedor são superior ao capital social, deve ser junta declaração emitida por revisor oficial de contas que certifique tais factos.

⁴² Catarina Serra (2019, p. 17).

cutivo relativamente às obrigações pecuniárias nele assumidas pelo devedor (artigo 30.º, n.º 4, do RERE).

Apesar de apresentar algumas vantagens e diferenças – confidencialidade, voluntariedade, natureza extrajudicial, entre outras – em relação aos processos judiciais de recuperação e de pressupor, inclusive, uma participação obrigatória da Autoridade Tributária e Aduaneira e da Segurança Social⁴³, procurando mitigar as dificuldades que têm surgido no tratamento dos créditos públicos nos processos de recuperação⁴⁴, parece-nos que este regime não teve o acolhimento pretendido, revelando-se algo complexo nomeadamente quando envolve dívidas à Autoridade Tributária e à Segurança Social e se pretende a aprovação destas entidades para a celebração de acordos de pagamento, que acabam por exigir informações e condições adicionais para a aprovação de planos prestacionais nos termos e condições previstos no 196.º do Código de Procedimento e de Processo Tributário e no 186.º do Código de Regimes Contributivos dos Sistema Previdencial de Segurança Social.

Pedro Pidwell entende que os devedores mantêm um maior interesse no PER já que as negociações extrajudiciais não oferecem segurança jurídica, por não vincularem todo o universo de credores. O plano aprovado no PER é “oponível” a todos os credores, incluindo aqueles que não reclamaram créditos, participaram nas negociações ou que votaram contra (artigo 17.º-F, n.º 11, do CIRE), o que não sucede nas negociações extrajudiciais que caracterizam o RERE⁴⁵.

5. O mediador de recuperação de empresas

5.1. A figura do mediador de recuperação de empresas

Como referimos, o devedor pode solicitar, nos termos do disposto no n.º 1 do artigo 14.º do RERE, a nomeação de um mediador de recuperação de empresas⁴⁶. Esta figura foi instituída pela Lei n.º 6/2018, de 22 de fevereiro, que estabelece o estatuto deste profissional, definindo-o como a pessoa incumbida de prestar assistência à empresa devedora nas negociações que esta levar a cabo com os seus credores com vista à celebração de um acordo

⁴³ Cfr. artigos 8.º, n.º 6, e 14.º, n.º 3, do RERE.

⁴⁴ Para maiores desenvolvimentos sobre este tema, *vd.* Sara Luís Dias (2021, pp. 135 a 156).

⁴⁵ Pedro Pidwell (2019, p. 239).

⁴⁶ Doravante MRE.

extrajudicial de reestruturação para a sua recuperação (artigo 2.º do Estatuto do Mediador de Recuperação de Empresas⁴⁷)^{48/49}. Da leitura desta definição, poder-se-ia concluir que o MRE pode intervir em qualquer processo de recuperação, não se exigindo expressamente a natureza extrajudicial desse mecanismo de recuperação, no entanto o artigo 15.º do EMRE refere que o MRE apenas pode intervir no PER ou no processo de insolvência, se este profissional tiver participado na elaboração prévia da proposta do plano de reestruturação.

A intervenção do MRE é facultativa, dado que este apenas intervém se a empresa, nos termos do disposto no n.º 1 do artigo 14.º do RERE, requerer a sua nomeação junto do *Instituto de Apoio às Pequenas e Médias Empresas e à Inovação*⁵⁰, podendo livremente fazer cessar a sua intervenção até ao início das negociações com os credores ou, com a autorização dos credores, se pretender fazer cessar a sua intervenção após a assinatura do protocolo (artigo 16.º do EMRE). Cremos que esta voluntariedade coloca naturalmente em causa a necessidade e o interesse na nomeação de um mediador para assistir nas negociações⁵¹. Os devedores questionar-se-ão sobre a relevância desta figura e da necessidade de recorrer aos seus serviços, sabendo até que o diagnóstico económico financeiro a que faz referência o artigo 15.º do RERE pode ser feito sem a intervenção destes profissionais, utilizando-se por exemplo a ferramenta de autodiagnóstico que se encontra disponibilizada no sítio da internet do IAPMEI (artigo 15.º, n.º 2, do RERE).

⁴⁷ Doravante EMRE.

⁴⁸ O Instituto de Apoio às Pequenas e Médias Empresas e à Inovação define este profissional como aquele que “será um possível interventor em processos no âmbito do Regime Extrajudicial de Recuperação de Empresas (RERE), com qualificação técnica e experiência profissional relevante na área da gestão ou da assessoria empresarial, sendo previamente acreditado pelo IAPMEI e tendo também frequentado formação específica para o desenvolvimento desta atividade” (<https://www.iapmei.pt/PRODUTOS-E-SERVICOS/Revitalizacao-Transmissao/Revitalizacao-Empresarial/RERE/Mediador-de-Recuperacao-de-Empresas.aspx>)

⁴⁹ Em 2020, foi fundada a *Associação Representativa dos Mediadores de Recuperação de Empresas*, que consiste numa associação sem fins lucrativos que tem como objetivo divulgar e promover, junto de associações empresariais e das empresas, as melhores práticas e os apoios à recuperação e reestruturação das empresas e do papel dos MRE que, através da sua ação, contribuem para a redução do número de insolvências de empresas e, o que tal significa em termos do tecido empresarial, do emprego e das finanças do Estado (<https://amre.pt/go/>).

⁵⁰ Doravante IAPMEI.

⁵¹ Neste sentido Pedro Pidwell (2019, p. 241).

Nos termos do artigo 12.º do EMRE, é o IAPMEI quem procede à nomeação do MRE, no prazo máximo de cinco dias após a empresa ter requerido a sua intervenção⁵². Compete também a esta entidade o acompanhamento, fiscalização e disciplina da atividade do mediador, bem como a sua destituição do MRE quando a empresa desejar cessar a sua intervenção. A este propósito, parece-nos que faria sentido permitir que fosse o próprio devedor a escolher o MRE que acompanhará as negociações, já que é crucial que a empresa acredite nas competências deste profissional e perceba a relevância da sua intervenção para o sucesso da sua recuperação. Por outro lado, estabelecer uma relação de confiança e proximidade com este profissional pode favorecer as negociações e a recuperação⁵³.

Estas questões relativas à voluntariedade da sua intervenção e às limitações de nomeação do MRE assumem um relevo ainda maior quando, nos termos do disposto no n.º 5 do artigo 22.º do EMRE, é o próprio devedor que, por princípio, assegura o pagamento da remuneração deste profissional e o reembolso das despesas necessárias ao exercício da sua profissão⁵⁴, salvo se

⁵² Para poder ser nomeado pelo IAPMEI, o MRE terá que constar nas listas oficiais de mediadores (cumprindo os requisitos previstos no artigo 3.º do EMRE, não estar em situação de incompatibilidade conforme prevê o artigo 4.º do EMRE e ter realizado a ação de formação a que se refere o artigo 8.º do EMRE). Serão nomeados por ordem sequencial da lista ou, excepcionalmente, poderá ser nomeado com base na experiência e na disponibilidade de meios adequados (artigo 14.º, n.ºs 4 e 6, do EMRE). A este propósito, Pedro Pidwell (2019, p. 238), ressalta a discricionariedade significativa que é atribuída ao IAPMEI na nomeação do MRE em cada caso concreto, considerando a utilização de conceitos indeterminados (“experiência adequada” e “disponibilidade de meios adequados”) para o estabelecimento dos critérios que lhe permitem “saltar a sequência da lista”.

⁵³ Pedro Pidwell (2019, p. 239), reforça esta ideia referindo que os devedores que tenham possibilidade de recorrer a assessoria especializada não estarão interessados em requerer a nomeação de um mediador que desconhecem, no qual não confiam e com quem não tiveram oportunidade de efetuar os indispensáveis trabalhos preparatórios.

⁵⁴ A remuneração do MRE compreende uma componente base e outra variável. A componente-base da remuneração consiste no pagamento de certos montantes ilíquidos legalmente fixados, que variam consoante a empresa em questão seja uma microempresa, uma pequena e média empresa ou uma grande empresa. A componente-base será entregue ao MRE em três prestações, sendo a primeira prestação entregue após a nomeação e no valor de trinta por cento do montante total da componente-base, a segunda prestação será entregue após a elaboração do plano de recuperação onde o MRE tenha interferido e no valor de vinte por cento do montante total da componente-base e, por fim, a terceira prestação será entregue ao MRE após o encerramento do processo de negociação com os credores, no montante dos

o acordo de reestruturação prever em sentido diferente. Se pensarmos que, nesta fase, a empresa se encontra numa situação económica difícil ou até em situação de insolvência iminente, assumir este custo, sem garantias quanto às competências do MRE, à confiança no seu trabalho e às vantagens que a sua nomeação pode representar na celebração de um acordo de recuperação, pode revelar-se questionável e difícil, hesitando o devedor no momento de optar ou não pela nomeação deste profissional.

5.2. Competências e funções do mediador de recuperação de empresas

Importa-nos perceber agora quais as funções a desempenhar pelo MRE no âmbito de um RERE. Prevê o artigo 18.º do EMRE que o MRE deve, em conjunto com a empresa, analisar a sua situação económico-financeira e aferir as suas perspetivas de recuperação, auxiliando o devedor na elaboração de uma proposta de acordo de reestruturação e nas negociações a estabelecer com os credores.

Quanto ao diagnóstico económico-financeiro do devedor, mencionado no artigo 15.º, n.º 1, do RERE, deve o MRE, quando nomeado, participar na elaboração e apresentação do mesmo aos credores, atuando de forma transparente e dando-lhes a conhecer os pressupostos nos quais pode basear-se o acordo de reestruturação.

O MRE deve, por aplicação do disposto no artigo 19.º do EMRE, manter sigilo de todas as informações que lhe sejam facultadas pelo devedor, assegurando que, após a assinatura do protocolo de negociação, todos os credores que participam na negociação têm o acesso equitativo a todas as informações relevantes para o bom andamento do processo de negociação, nomeadamente, as que lhe permitam realizar o diagnóstico da situação económico-financeira da empresa devedora e aferir as suas perspetivas de recuperação. Cabe, ainda, ao MRE prestar um aconselhamento profissional e auxiliar a

restantes cinquenta por cento do montante total da componente-base (artigo 22.º, n.º 3, do EMRE e artigo 4.º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 26/2019, de 14 de fevereiro). Relativamente à componente variável da remuneração, esta será calculada com base na fórmula prevista no artigo 5.º, n.º 2, do referido Decreto-Lei n.º 26/2019, salvo acordo escrito em contrário. Este montante variável será pago em caso de conclusão de um acordo de reestruturação e deverá ser pago numa única prestação no prazo de trinta dias após a conclusão do acordo de reestruturação, salvo convenção escrita em contrário (artigos 22.º, n.ºs 2 e 4, do EMRE e 5.º, n.º 3, do referido Decreto-Lei n.º 26/2019).

empresa a pôr em prática todas as medidas necessárias para a sua recuperação, bem como a negociação com os seus credores⁵⁵.

No desenvolvimento da sua atividade, o MRE deverá atuar com imparcialidade, independência e isenção quer perante o devedor quer perante os credores, não podendo praticar quaisquer atos que, para seu benefício ou de terceiros, prejudiquem a recuperação da empresa e a satisfação dos interesses dos respetivos credores (artigos 13.º, n.º 1, e 20.º, n.º 2, do EMRE). Os credores deverão ser tratados de forma equitativa durante todo o procedimento de negociação, cabendo ao MRE gerir o procedimento, assegurando o equilíbrio e a transparência do mesmo (artigo 20.º, n.º 1, do EMRE). O MRE tem, ainda, o dever de comunicar ao IAPMEI o encerramento do processo para o qual tenha sido nomeado, acompanhado do respetivo motivo, como determina o artigo 17.º do EMRE.

Em resumo, e como explica Luís Menezes Leitão, “[o] mediador de recuperação de empresas está sujeito a deveres específicos de sigilo, independência e isenção, tratamento equitativo e imparcialidade e informação”⁵⁶, caracterizando estes deveres a figura deste profissional e a sua intervenção nos processos de recuperação.

Cremos, contudo, que a figura do MRE não se confunde com a de um “mediador de conflitos” pois, não obstante o MRE poder recorrer a técnicas utilizadas na mediação que facilitam o diálogo entre as partes, promovem a confiança da empresa devedora e dos seus credores e, desse modo, permitem otimizar as condições do acordo celebrado entre os mesmos, o MRE exerce funções de assessoria especializada, atuando com o objetivo de alcançar um acordo com os credores que facilitem a recuperação de empresas pela via extrajudicial, não visando, em concreto, a resolução de litígios ou conflitos que opõem as partes.

Releva, ainda, destacar o disposto no artigo 21.º do EMRE que determina que, no decurso do exercício das funções de mediador e nos três anos seguintes à cessação dessas funções, o mediador não pode praticar os atos de intermediação em negócios realizados entre o devedor e os credores, nem poderá prestar assessoria à empresa, a qualquer dos credores e às entidades em relação de domínio ou de grupo ou de simples participação com o devedor ou com algum dos seus credores. Ademais, o MRE também não poderá

⁵⁵ Catarina Serra (2018, p. 512).

⁵⁶ Luís Menezes Leitão (2020, p. 19).

ser membro dos órgãos sociais ou dirigente de empresas em que tenha participado como MRE, nem poderá desempenhar nessas empresas alguma outra função, quer ao abrigo de um contrato de trabalho quer de um contrato de prestação de serviços (artigo 4.º, n.º 4, do EMRE). Estas limitações pretendem assegurar uma atuação independente, isenta e imparcial por parte deste profissional, que orientará as negociações e procurará lograr a celebração de um acordo com os credores sem pretender obter daí qualquer benefício ou realizar qualquer interesse em relação às partes intervenientes. Neste sentido, aliás, dispõe o artigo 13.º, n.º 1, do EMRE ao determinar que, no exercício normal das suas funções, este deverá atuar com independência e isenção, abstendo-se de praticar atos que possam prejudicar a recuperação da empresa devedora ou a satisfação dos créditos dos respetivos credores, seja para benefício próprio ou de terceiro.

Destacam-se, finalmente, os deveres elencados no artigo 13.º, n.ºs 2 a 7, do EMRE: *i*) o MRE deve aceitar a nomeação para intervir em processos apenas se tiver disponibilidade para se dedicar ao mesmo e dispor de meios necessários para o acompanhamento dos processos em que são nomeados; *ii*) o dever do MRE em comunicar ao IAPMEI, no prazo máximo de cinco dias, a recusa da nomeação, se considerar não ter condições para exercer a função ou se se encontrar numa situação de incompatibilidade ou impedimento; *iii*) o dever de contratar um seguro de responsabilidade civil; *iv*) o dever do MRE em proceder ao pagamento das taxas devidas e fixadas; *v*) o dever de frequentar ações de formação contínua definidas pelo IAPMEI; *vi*) o dever de comunicar ao IAPMEI o encerramento dos processos para os quais tenha sido nomeado; *vii*) e, por fim, o dever de fornecer ao IAPMEI toda a informação necessária para a avaliação do seu desempenho.

5.3. Perspetivas futuras sobre a figura do mediador de recuperação de empresas

Compreendemos o propósito da criação da figura do MRE e a relevância do seu papel nas negociações com os credores, especialmente num contexto extrajudicial.

Nem sempre os representantes legais das empresas, por força do envolvimento – muitas vezes pessoal – na vida das sociedades que gerem, conseguem ter uma visão clara da atual situação económica da empresa e das suas reais capacidades, abstrair-se de todas as condicionantes subjacentes ao surgimento das dívidas e às relações estabelecidas com os credores para negociar as dívidas existentes no sentido de sensibilizar os credores a cooperarem

na recuperação da empresa e lograr um acordo que viabilize a reestruturação financeira das sociedades.

A presença e intervenção de um profissional, o MRE, qualificado, com formação adequada em mediação de recuperação de empresas⁵⁷, experiência⁵⁸ e sem ligação ou participação ativa e direta na vida da empresa⁵⁹, poderá, de facto, revelar-se importante para aferir das condições necessárias para a recuperação da empresa e motivar os credores a negociarem com o devedor e lograr a celebração de um acordo de reestruturação adequado às condições da sociedade (como capacidade de produção, tesouraria, rentabilidade, entre outras), eficaz e passível de vir a ser integralmente cumprido pela empresa. Além disso, a mediação no âmbito da recuperação de empresas permitirá até à obtenção de reestruturações mais céleres, assentes numa tramitação flexível e eficiente motivada pela promoção de um clima de comunicação menos tenso, conflituoso e focado na procura da melhor solução possível para todos os interessados (devedor e credores).

Não obstante, verificamos que, até à data, a criação desta figura se revelou um fracasso, não tendo as empresas recorrido aos seus serviços conforme se projetava⁶⁰. Se, por um lado, tal se pode justificar pela novidade do regime⁶¹ e, eventualmente, à falta de promoção e divulgação desta figura e da sua relevância e até do próprio regime de recuperação extrajudicial (o RERE),

⁵⁷ Capaz de aplicar técnicas de mediação que facilitam o diálogo entre as partes, promovem a confiança do devedor e dos seus credores e, conseqüentemente, permitem otimizar as condições do acordo celebrado entre os mesmos.

⁵⁸ Recordamos que este profissional deve revelar experiência profissional adequada ao exercício da atividade e que, nos termos do n.º 2 do artigo 3.º do EMRE, se demonstra com o exercício, pelo mínimo de 10 anos, de funções de administração ou direção ou gestão de empresas, auditoria económico-financeira ou reestruturação de créditos.

⁵⁹ Este profissional revela-se isento, imparcial e independente, participando ativamente nas negociações que visam o acordo de reestruturação, sem qualquer poder decisório. Os devedores e os seus credores têm, por princípio, interesses opostos e a intervenção do MRE poderá contribuir para uma facilitação das negociações entre estes devido à sua isenção, independência e credibilidade.

⁶⁰ Os primeiros mediadores de recuperação de empresas foram nomeados mais de três anos volvidos da criação do seu regime, verificando-se uma fraquíssima adesão das empresas (vd. a este propósito a seguinte notícia: <https://eco.sapo.pt/2021/07/12/recuperacao-de-empresas-levou-tres-anos-para-apontar-um-mediador/>).

⁶¹ Apesar de este regime existir há já cerca de 4 anos não encontrava precedente na lei, pelo que é compreensível que gere, ainda, algumas dúvidas e hesitações.

no qual este profissional assumiria maior relevância, cremos que, por outro lado, este insucesso se deve também às fragilidades e limitações – algumas das quais fomos já apontando ao longo deste trabalho – do seu regime legal.

Cremos, assim, que, no futuro das medidas incentivadoras à recuperação das empresas, dificilmente a situação atual quanto ao papel do MRE se inverterá enquanto o legislador, percebendo os atuais constrangimentos do regime legal aplicável a este profissional, não encontrar soluções que ressaltem a procura deste profissional e tornem mais atrativo e simples o recurso aos seus serviços. E cremos que tal passará também por rever o RERE e simplificar a sua tramitação.

6. Conclusões

Como pudemos verificar, atualmente o Direito da Insolvência e da Recuperação de Empresas está claramente focado na reestruturação dos agentes económicos, coexistindo, no nosso regime jurídico, distintos processos de recuperação que apresentam âmbitos de aplicação, características e efeitos muito semelhantes. A sua existência simultânea e em diferentes diplomas jurídicos agudizam a desorganização e ineficiência do sistema legal sobre esta matéria, sendo difícil – tanto para os devedores como para os credores – perceber quais as vantagens e desvantagens dos vários processos, as suas limitações e a sua eficiência. Gerou-se, ainda, uma certa desresponsabilização para as empresas, que, conhecendo as diversas alternativas que têm ao seu dispor, podem “abusar” destas medidas, obtendo vantagens indevidas e protelando o desfecho – muitas vezes inevitável – de encerramento, prejudicando ainda mais os credores e afetando as empresas que se mantêm ativas e, com esforço e organização, honram os seus compromissos.

Cremos que, neste contexto, a criação do RERE, em substituição do anterior SIREVE, perdeu relevância, não percebendo as empresas as vantagens do recurso a uma via extrajudicial de recuperação quando tem ao seu dispor meios judiciais de revitalização, com efeitos mais abrangentes e eficazes em relação ao passivo. Se é verdade que nos parece fácil apontar algumas limitações e críticas ao RERE, que a doutrina tem vindo – e bem – a evidenciar, cremos que o seu insucesso se deve também à instabilidade e confusão do sistema jurídico sobre esta matéria. Torna-se desafiante fomentar o recurso a um regime jurídico extrajudicial quando tantas são as alternativas recuperatórias ao dispor do devedor e quando se multiplicam as alterações legislativas sobre a matéria.

Concluimos que todas estas limitações e constrangimentos, aliadas às próprias fragilidades do seu regime jurídico, afetam a figura do Mediador de Recuperação de Empresas e desvalorizam o seu papel e relevância na recuperação (em especial, extrajudicial) das empresas.

Conseguimos apontar várias vantagens e benefícios no recurso aos serviços deste profissional, crendo que a sua participação pode facilitar as negociações com os credores, fomentar a recuperação dos agentes económicos que efetivamente se revelem viáveis e lograr a celebração de acordos de recuperação mais adequados e eficazes. Ou seja, acreditamos que a participação ativa e recorrente do MRE pode contribuir não só para o sucesso da recuperação das empresas que assistam, mas também, de um modo generalizado, para limitar o recurso abusivo das empresas já em situação de insolvência atual e sem viabilidade económica, a estes processos de recuperação, já que poderão, como profissionais experientes e isentos, aferir da efetiva viabilidade financeira destas empresas.

No entanto, constatámos que, apesar destas vantagens, a criação desta figura se revelou um insucesso e tal deve-se também a algumas fragilidades, que o seu regime legal apresenta e que desincentivam as empresas a recorrer aos serviços deste profissional. Apontámos aqui algumas dessas debilidades: voluntariedade da sua participação, a seleção aleatória do MRE que vai exercer funções num determinado processo e o facto de ser a empresa a suportar todos os custos atinentes à sua intervenção e exercício de funções.

Em síntese, cremos que urge rever esta matéria, não só apenas em relação aos regimes jurídicos específicos do RERE e do MRE, mas também, com uma visão de ordenação, coesão e equilíbrio que devem caracterizar um ordenamento jurídico uno e eficaz, a articulação dos vários mecanismos jurídicos de recuperação de empresas.

Referências bibliográficas

- COSTA, Leticia Marques (2022). “O Processo Especial de Revitalização com as alterações introduzidas pela Lei n.º 9/2022, de 11 de janeiro”. *Revista Electrónica de Direito*, Vol. 29, n.º 3, pp. 79-103.
- EPIFÂNIO, Maria do Rosário (2016). *O Processo Especial de Revitalização*, Almedina.
- DIAS, Sara Luís; FERREIRA, Emília Rita (2021). “Medidas fiscais no âmbito da Lei n.º 75/2020, relativa ao Processo Extraordinário de Viabilização de Empresas (PEVE)”. *E.TEC YEARBOOK Governance & Technology*, pp. 247 e ss.
- DIAS, Sara Luís (2021). “Novas Medidas no Plano Fiscal”. *Seminário de Direito da Insolvência*, Catarina Serra (coord.), Almedina, pp. 135-156.

- DIAS, Sara Luís (2022). “Os processos judiciais e extrajudiciais de recuperação de empresas: Algumas considerações”, *Revista Jurídica Portucalense*, Vol. I, n.º especial, pp. 101-116.
- LEITÃO, Luís Menezes (2019). *A Recuperação Económica dos Devedores*, 2.ª ed., Almedina.
- PIDWELL, Pedro (2019). “O Mediador de recuperação de empresas – algumas notas”. *Seminário de Direito da Insolvência*, pp. 241-254.
- SERRA, Catarina (2021). *Lições de Direito da Insolvência*, 2.ª ed., Almedina.
- SERRA, Catarina (2019). “Novo Regime Extrajudicial de Recuperação de Empresas”. *Seminário de Direito da Insolvência*, Almedina, pp. 9-17.
- SERRA, Catarina (2017). “Direito da Insolvência em movimento – A reestruturação de empresas entre as coordenadas da legislação nacional e as perspetivas do Direito europeu”. *Revista de Direito Comercial*, pp. 94-136;
- SERRA, Catarina (2016). *O Processo Especial de Revitalização na Jurisprudência*, Almedina.

Capítulo 15

The case for a universal and evidence-based practice of mediation

FRANÇOIS BOGACZ

Professor na Singapore Management University

ANA MARIA MAIA GONÇALVES

Mediadora Master ICFML

Fundadora do ICFML – Instituto de Certificação e Formação de Mediadores Lusófonos

SUMÁRIO: 1. Introduction. 2. The case of cross-border mediation. 2.1. The lack of international standards of practice. 2.2. The Singapore Convention on mediation: a great step ahead. 2.3. The Universal Disclosure Protocol for Mediation: another step ahead. 3. Collecting and using more scientific evidence for a better mediation practice. 3.1. The ABA Report. 3.2. The first randomized controlled trial study of mediation. 3.3. Boosting mediation research and translating its results to practice: the URPM. 4. Conclusions.

RESUMO: O presente trabalho descreve a razão pela qual é fundamental reunir mais provas científicas sobre o funcionamento da mediação. Utilizamos o caso da mediação transfronteiriça como ponto de partida para demonstrar por que razão é difícil desenvolver uma abordagem universal da mediação, o que tem sido feito a esse respeito, bem como abordarmos uma recente iniciativa que visa orientar o debate no sentido de uma base comum universal. Em seguida, apresentamos o que sabemos sobre o que funciona na mediação e o que ainda precisa ser conhecido, o que foi feito recentemente para melhorar a investigação científica sobre a mediação e concluímos com uma reflexão sobre a forma como a tecnologia apoiará a investigação futura.

ABSTRACT: The current paper describes why gathering more scientific evidence about how mediation works is critical. We use the case of cross-border mediation as a starting point to show why a universal approach to mediation is hard to develop, what has been done about it as well as a recent new initiative to steer the conversation towards a universal common ground. We then present how much we know about what works in mediation and what still needs to be known, what has been done recently to improve the scientific research on mediation and we then conclude by reflecting on how technology will support further research.

1. Introduction

Mediation has been around in various forms for thousands of years, but its adoption as a conflict resolution process stays limited compared to litigation or arbitration, including in Portugal. In Australia, a country where mediation is supposed to be more mainstream than in others, roughly only a third of divorce cases were until recently referred to mediation¹, while the costs to society and families of divorce disputes managed through the legal system are notoriously high. Mediation training and certification programs abound, but the mediation demand still needs to be higher, and for now, only a few mediators can make a living from their practice. Nevertheless, practitioners and parties generally agree that “mediation works”, and several studies have confirmed that mediation’s settlement rate is usually high². At the same time, associated costs are lower than other dispute resolution alternatives³. However, systematic research about *what* should be done and *when* by the mediator to *make mediation work* is scarce and non-conclusive, as illustrated in a recent American Bar Association Section for Dispute Resolution report⁴. This can probably be explained by the fact that mediation is hard to study because its proceedings are complex (mediation sessions involve at least three parties and often more when lawyers are present) and confidential. The consequence of this lack of research is that mediation is more an art than a science and a highly “balkanised” practice, varying from one country to another, from one target audience to another (i.e., business users vs romantic couples), and from one mediation institution to another. In this chapter, we will use the case of cross-border mediation to illustrate why this Balkanisation is detrimental to the success of mediation and will then share what has been done about it. From there, we will go into more detail about what we know from scientific research about what works in mediation and how that can be further extended to create more solid scientific foundations of mediation.

¹ Cfr. François Bogacz; Thierry Pun; Olga Klimecki (2020, pp. 1-14).

² Cfr. François Bogacz; Thierry Pun; Olga Klimecki (2020, pp. 1-14).

³ Cfr. François Bogacz; Thierry Pun; Olga Klimecki (2020, pp. 1-14).

⁴ Cfr. Roselle Wissler, *et al.* (2017).

2. The case of cross-border mediation

Cross-border mediation has been challenging to users and practitioners for many years and several reasons. The first is the high variability in how mediation is practised in different countries and regions⁵.

2.1. The lack of international standards of practice

The only international mediation body, the International Mediation Institute, is a relatively young organisation that was created in 2007 and focused on developing a loose set of standards for mediation certification⁶, as well as an international code of professional conduct⁷ and a “Qualifying Assessment Program” (QAP) scheme⁸. The QAP scheme allows third-party organisations to certify mediators in their respective countries and improve their mediation expertise. For instance, in Portugal and Brazil, the ICFML (*Instituto de Certificação e Formação de Mediadores Lusófonos*), one of the first International Mediation Institute Qualifying Assessment Programs, has certified more than 700 mediators since its creation in 2011, using among other criteria a series of strict observable behaviours of the mediators as the foundation of the certification. However, the QAP approach has several caveats. First, it is still to be proven that QAP-certified mediators, wherever they are, help parties achieve better outcomes than non-certified ones. Second, the International Mediation Institute has refrained from imposing a universal certification framework through its QAPs. This means that a Qualifying Assessment Program in one country can thus set up a process to certify mediators which may be significantly different from another Qualifying Assessment Program in another country because the criteria that those programs are required to use are the *least common denominators* that the International Mediation Institute could agree upon. Third, the International Mediation Institute exercises little or no control over what is being done and how by QAPs. Said differently, the attitudes, knowledge and skills expected from mediators certified by the various Qualifying Assessment Programs are only partially consistent worldwide. By comparison, in executive coaching, a practice with many commonalities with mediation, the International Coaching Federation has issued stringent education and experience requirements,

⁵ Cfr. Ana Maria Maia Gonçalves; François Bogacz; Daniel Rainey (2019, pp. 164-169).

⁶ Cfr. International Mediation Institute (2022c).

⁷ Cfr. International Mediation Institute (2022b).

⁸ Cfr. International Mediation Institute (2022a).

including Core Competencies organised in four domains⁹ and well-defined credentials that are valid all over the world¹⁰. As far as we know, the only Qualifying Assessment Program organisation that has developed a framework as stringent as the International Coaching Federation is the ICFML, with three levels of certification. This is good news for the quality of mediation in Portuguese-speaking countries but rather bad news for other countries. When selecting a mediator for a cross-border case in those other countries, parties are thus left to rely on word of mouth and have no solid framework of practice to refer to. Of course, for cross-border commercial disputes between large corporations, lawyers and counsel will probably suggest that their clients go through the International Chamber of Commerce, but this is not something all parties can afford, especially for other types of disputes where parties have limited resources, like family ones. This situation can not only lead to misunderstandings on what to expect from the mediator, but it also does not create sufficient certainty on what mediation is about and is undoubtedly detrimental to its adoption. It is as if mediation had condemned itself to seduce “early adopters” only. Consistency is critical to cross the chasm and convince a majority of users. Imagine if, when buying an iPhone, the product’s performance – or even the main features – was inconsistent. As attractive as its design was, the iPhone would have failed. Of course, a complex service like mediation is not fully comparable to a manufactured product, but you get the idea.

The second challenge of cross-border mediation is the enforceability of the agreements in the respective countries of the parties. This issue has recently started being addressed through the Singapore Convention on Mediation.

2.2. The Singapore Convention on mediation: a great step ahead

The Singapore Convention on Mediation is a “*uniform and efficient framework for international settlement agreements resulting from mediation*”¹¹. According to the text, “*it ensures that an international mediated settlement agreement reached by parties becomes binding and enforceable under a simplified and streamlined procedure. It thereby helps to strengthen access to justice and the rule of law and promote certainty*

⁹ Cfr. ICF (2021).

¹⁰ Cfr. International Coaching Federation (2022).

¹¹ Cfr. Singapore Convention on Mediation Text (2019), available at <https://www.singapore-convention.org/convention/text>, accessed on 13.01.2023.

and stability in the field of international commercial mediation. This contributes to the development of a mature, rules-based global commercial system”¹². On 7 August 2019, 46 States signed the Convention. Since then, more States have come on board, and 55 States have now signed the Convention¹³. The Convention entered into force on 12 September 2020. In addition, a few countries, like Singapore, Fiji, Qatar, Saudi Arabia, Belarus, Ecuador, Honduras, Turkey, Georgia, and Kazakhstan, have deposited their respective instruments of ratification or approval. However, the European Union¹⁴, the UK¹⁵ and Canada are still assessing the Convention as an instrument. This limited adoption of the Convention reduces its impact and further limits the adoption of mediation as a cross-border dispute-resolution process.

2.3. The Universal Disclosure Protocol for Mediation: another step ahead

During the MANE Conference in August 2019, where the Singapore Convention on Mediation was introduced, an innovative initiative to address the lack of international standards was also presented, the Universal Disclosure Protocol for Mediation¹⁶. Acknowledging the fact that the mediation community was reluctant to create and adopt a unique and detailed framework of standards for various reasons, including cultural, historical and political ones, and that this lack of standards might not only limit the adoption of mediation but also represent a limit to the relevance of the Convention, the authors suggested that the community should at the minimum focus on harmonising what is *disclosed* by the mediator before the mediation. Accordingly, a set of international working committees identified four guiding principles (Support Self-determination, Acknowledge Cultural Influences, Promote Transparency and Respect for the Flexibility of the mediation process). In addition, it validated five elements for disclosure: Conflict of Interest, Confidentiality, General Process, Role of the Mediator and the Parties, Technology and Impact of Venue. The Protocol is available on the Internet

¹² Cfr. Singapore Convention on Mediation Text (2019), available at <https://www.singapore-convention.org/convention/text>, accessed at 13.01.2023.

¹³ Cfr. Jurisdictions of the Singapore Convention on Mediation (2022), available at <https://www.singaporeconvention.org/jurisdictions>, accessed at 13.01.2023.

¹⁴ Cfr. Henneke Brink (2021).

¹⁵ Cfr. Jan O'Neill (2022).

¹⁶ Cfr. Ana Maria Maia Gonçalves; François Bogacz; Daniel Rainey (2019, pp. 164-169).

and can be endorsed by various mediation practitioners¹⁷. However, if we were to ask fifty of the mediators who have endorsed the Protocol when, why and how they would decide to adapt the mediation process, we are pretty confident that we would get at least ten different answers if not fifty. This creates the chasm we mentioned earlier. In the rest of this chapter, we will analyse what we know from research about what techniques work in mediation, how we can further improve, and what we can do with the additional research results.

3. Collecting and using more scientific evidence for a better mediation practice

We often surprise other mediators when we tell them that scientific research on mediation techniques is scarce. However, the evidence has been available to everyone on the Internet since 2017 when the American Bar Association (ABA) Dispute Resolution Section published a report from its Task Force on research on mediator techniques¹⁸.

3.1. The ABA Report

The ABA Task Force selected forty-seven studies, most of them involving court-connected mediation. The report highlighted how much of the research about mediation has “*followed a “black-box” approach, skipping over what happens in the mediation process itself*”¹⁹. It also highlighted how it is easier to find theoretical writings expressing the author’s opinions than articles with empirical data. Finally – and this is not mentioned in the report – none of the selected forty-seven studies was a randomised controlled trial. Said differently, at the time of the ABA review, there had not been any study of mediation that randomly assigned participants to an experimental group or a control group, which is the most rigorous (and costly) way of validating an effect.

The report identified seven categories of mediation actions and styles: (1) pressing or directive styles and actions; (2) offering recommendations, suggestions, evaluations, or opinions; (3) eliciting disputants’ suggestions or solutions; (4) addressing disputants’ emotions, relationships, or hostility; (5) working to build rapport and trust, expressing empathy, structuring the

¹⁷ Cfr. Ana Maria Maia Gonçalves; Daniel Rainey (2020).

¹⁸ Cfr. Roselle Wissler, *et al.* (2017).

¹⁹ Cfr. Roselle Wissler, *et al.* (2017).

agenda, or other “process” styles and actions; (6) using pre-mediation caucuses; and (7) using caucuses during mediation²⁰.

We will not replicate here the significant findings of the report and invite the reader to go through the entire document and see which categories can be classified as generally having a positive effect on mediation, some others an adverse effect and others a mixed result.

What we would like to highlight is the following.

First, the ABA Task Force acknowledged that the seven categories were quite general and did not represent observable behaviours. For instance, “pressing or directive styles and actions” is very generic and could be expressed through different actions that are more or less explicit: there is probably a difference of impact for a mediator between saying, “Have you thought about...?”, “Why don’t you...?”, “In my opinion, you should...”, or “Now, please stop it!” and if it is said in a humorous way, a condescending one, a grumpy one or a parenting one – and the list of options could be longer. For the study of the category to be helpful in the future, either in training, certification, or practice, it would be good to identify as objectively as possible the underlying actions and associated “markers”.

Second – and this is a significant limitation of most of the studies included in the ABA Report that its authors have identified – those actions are, by definition, contextual. Ideally, their context should be identified, as well as the reaction they trigger from the parties.

Third, the psychological profile of the parties could be identified jointly with the impact of the actions on them, for instance, to control for a predisposition to constructive conflict attitudes since recent research has shown the relevance of those attitudes in conflict resolution²¹. As mentioned before, the mediation process is at least a triadic matter and should be studied as such.

Fourth, the studies selected in the ABA Report were all conducted in English-speaking countries and most of them in the USA. The relevance of the seven categories and associated actions in other cultures should be validated, including in Portugal or Brazil, where the dominant culture is still much different from the USA.

²⁰ Cfr. Roselle Wissler, *et al.* (2017).

²¹ Cfr. François Bogacz; Thierry Pun; Olga Klimecki (2020, pp. 1-14).

3.2. The first randomized controlled trial study of mediation

To complement the ABA Report, one of the authors recently conducted a randomised controlled trial study of the impact of mediation compared to direct negotiation²². Thirty-eight heterosexual romantic couples were randomly allocated to the experimental group (mediation) or the control group (direct negotiation) to discuss a topic of recurring disagreement. In the context of this chapter, the study presents a couple of interests.

First, it validated that mediation works better than direct negotiation – not a surprise for all mediation practitioners, but something worth mentioning to sceptics who are still reluctant to join the early adopters.

Second, it validated a framework for measuring mediation outcomes that could be used in future research.

Third, it made available a database of thirty-eight video recordings of conflictual discussions for further analysis. One of the authors is currently using the database of the nineteen recordings done in the experimental condition to study the impact of mediator interventions using an existing protocol of observation²³. In addition, the database could be used for other research, such as automatically identifying emotional expressions and more complex communication patterns using AI-based software such as IMotions²⁴.

Furthermore, the study's protocol could be replicated for studies in other cultural settings or to compare mediation to different types of intervention, such as conciliation.

3.3. Boosting mediation research and translating its results to practice: the URPM

We propose for the near future a straightforward and open initiative boosting research and applying its results to push the development of the mediation practice globally and cross the chasm mentioned above.

As an extension of the UDPM, we suggest that a new protocol is created by academics committed to open research on mediation and that we will call the Uniformed Research Protocol for Mediation (URPM). The protocol would define a universal set of psychological and cultural traits of the mediators and parties, observable behaviours by mediators and parties, and mediation outcome variables. Every new study conducted by the academic

²² Cfr. François Bogacz; Thierry Pun; Olga Klimecki (2020, pp. 1-14).

²³ Karl A. Slaikeu, *et al.* (1985, pp. 55-74).

²⁴ Cfr. IMotions (2022).

signatories of the URPM would refer to the universal set of data, and its results would enrich the common knowledge.

Furthermore, QAPs would be invited to endorse the URPM and use the research results to refine their certification process.

Finally, once a robust data set has been created in various countries and cultures, it could help transform the UDPM into a Universal Code of Conduct.

Even though not every mediator's action in one culture will work in another, there *must* be a set of actions that work in *all* cultures, since the emotional, social, and cognitive brains function following neuro-psychological rules that are for a large part universal²⁵.

But again, we go back to where we began: without solid scientific evidence, there can't be any agreement on this and only unfruitful clashes of perspectives and beliefs – something that, if they are honest with themselves, mediators would call a conflict.

4. Conclusions

We hope that implementing a Uniformed Research Protocol for Mediation will create the foundation for better research based on real-world data. As Artificial Intelligence becomes ubiquitous, the multi-modal analysis of mediation dynamics – particularly a better understanding of the impact of the interventions by the mediator – becomes more achievable every day. We sincerely hope that AI will soon be used to deliver real-time predictive data to mediators so that they can guide even more effectively the parties towards a positive resolution.

References

- BOGACZ, François; PUN, Thierry; KLIMECKI, Olga (2020). “Improved conflict resolution in romantic couples in mediation compared to negotiation”. *Humanities and Social Sciences Communication*, Vol. 7, n.° 131, pp. 1-14.
- BRINK, Henneke (2021). “The Singapore Convention on Mediation – Where's Europe?”. *Mediate.com*, <https://www.mediate.com/the-singapore-convention-on-mediation-where-europe/>.
- ICF (2021). *ICF Core Competencies*, <https://coachingfederation.org/core-competencies>.
- IMOTIONS (2022). *iMotions website*, <https://imotions.com/>.

²⁵ Cfr. Jeremy Lack; François Bogacz (2012, pp. 33-80).

- INTERNATIONAL COACHING FEDERATION (2022). *The ICF Credentials & Paths Explained*, <https://coachingfederation.org/credentials-and-standards/credentials-paths>.
- INTERNATIONAL MEDIATION INSTITUTE (2022a). *Criteria for QAPs*, <https://imi-mediation.org/orgs/cag-qaps/>.
- INTERNATIONAL MEDIATION INSTITUTE (2022b). *Code of Professional Conduct*, <https://imimediation.org/practitioners/code-professional-conduct/>.
- INTERNATIONAL MEDIATION INSTITUTE (2022c). *Competency Criteria*, <https://imimediation.org/practitioners/competency-criteria/>.
- LACK, Jeremy; BOGACZ, François (2012). “The Neurophysiology of ADR and Process Design: A New Approach to Conflict Prevention and Resolution?”. *Cardozo Journal Conflict Resolution*, Vol. 14, n.º 1, pp. 33-80.
- MAIA GONCALVES, Ana Maria; BOGACZ, François; RAINEY, Daniel (2019). “Beyond the Singapore Convention”. *International Journal of Online Dispute Resolution*, n.º 2, pp. 164-169.
- MAIA GONCALVES, Ana Maria; RAINEY, Daniel (2020). *Universal Disclosure Protocol of Mediation*, <https://universaldisclosureprotocolmediation.com/>.
- O’NEILL, Jan (2022). “Should the UK sign the Singapore Convention? Weighing the issues...”. *Herbert Smith Freehills*, <https://hsfnotes.com/adr/2022/03/22/should-the-uk-sign-the-singapore-convention-weighing-the-issues/>.
- SLAIKEU, Karl A.; CULLER, Ralph; PEARSON, Jessica; THOENNES, Nancy (1985). “Process and outcome in divorce mediation”. *Mediation Quarterly*, n.º 10, pp. 55-74.
- WISSLER, Roselle, *et al.* (2017). *Resolution report of the task force on research on mediator techniques*. American Bar Association, https://www.americanbar.org/content/dam/aba/administrative/dispute_resolution/materials/2019-mediation-research-task-force-report.pdf.

ÍNDICE

NOTAS BIOGRÁFICAS DAS(OS) AUTORAS(ES)	5
LISTA DE ABREVIATURAS.....	13
NOTAS PRÉVIAS.....	15
PREFÁCIO	17
 Capítulo 1 – Mediação de conflitos em Portugal: passado, presente e futuro ...	21
<i>Cátia Marques Cebola</i>	
 Capítulo 2 – Mediando a própria mediação: o modelo <i>easy opt-out</i> resolve a eterna querela entre a voluntariedade ou a obrigatoriedade da mediação ...	53
<i>Giuseppe De Palo</i>	
 Capítulo 3 – Executoriedade do acordo de mediação em matéria civil e comercial – um princípio em múltiplas facetas.....	85
<i>Lurdes Varregoso Mesquita</i>	
 Capítulo 4 – Convenção de medição de Singapura: da conveniência da adesão de Portugal.....	111
<i>Mariana Soares David / Beatriz de Macedo Vitorino</i>	
 Capítulo 5 – As normas processuais na lei da mediação.....	137
<i>Joana Campos Carvalho</i>	
 Capítulo 6 – A suspensão dos prazos de caducidade e prescrição por efeito da mediação (pré-judicial): análise e reflexões.....	161
<i>Diana Leiras</i>	

Capítulo 7 – A organização associativa dos mediadores de conflitos nos tempos actuais.	183
<i>Anabela Quintanilha / Maria João Castelo-Branco / Catarina Castro Oliveira</i>	
Capítulo 8 – A formação contínua do mediador familiar e a Lei n.º 29/2013, de 19 de abril.	205
<i>Rossana Martingo Cruz</i>	
Capítulo 9 – O sistema de mediação familiar à luz da lei da mediação, do seu ato regulatório e da prática.	229
<i>Marta Lobo San-Bento</i>	
Capítulo 10 – Relações, conflitos e mediação laboral: entre o público e o privado. Estudo de caso.	253
<i>Susana Sardinha Monteiro</i>	
Capítulo 11 – A eficácia dos programas de justiça restaurativa em vítimas e ofensores: Uma revisão da literatura científica.	283
<i>Margarida Santos / Rosa Saavedra / Gilda Santos</i>	
Capítulo 12 – Mediação administrativa em Portugal: Volvida uma dezena de anos, fica uma centena de possibilidades.	313
<i>Isabel Celeste Fonseca</i>	
Capítulo 13 – Desafios da aplicação da lei da mediação ao domínio jurídico administrativo: Em especial na atual era digital.	347
<i>Bárbara Magalhães</i>	
Capítulo 14 – A mediação inerente ao RERE e à recuperação extrajudicial de empresas.	365
<i>Sara Luís Dias</i>	
Capítulo 15 – The case for a universal and evidence-based practice of mediation.	391
<i>François Bogacz / Ana Maria Maia Gonçalves</i>	

