

Parecer - CSMP

sobre a

Proposta de LEI nº 116/XII/2.^a (Gov)

Que estabelece os princípios gerais e o regime jurídico da mediação civil e comercial, dos mediadores e da mediação pública

1. O Presidente da Comissão de Assuntos Constitucionais, Direitos, Liberdades e Garantias, da Assembleia da República, solicitou ao Conselho Superior do Ministério Público parecer sobre a Proposta de LEI nº 116/XII/2.^a (Gov) que estabelece os princípios gerais e o regime jurídico da mediação civil e comercial, dos mediadores e da mediação pública.

Atento o objeto da auscultação, o Conselho Superior do Ministério Público pronuncia-se, nos termos do art. 27.º do EMP, tecendo algumas considerações às soluções adotadas na proposta, seja de conteúdo seja de forma.

2. Como se alcança do teor do articulado e da exposição de motivos adjacente, a Proposta de diploma em apreço visa instituir os princípios gerais que devem reger este sector de resolução alternativa de conflitos, o regime jurídico da mediação civil e comercial, um quadro de regulação estatutário e de seleção dos mediadores e, ainda, um quadro de regulação geral da mediação pública, à semelhança do que sucedeu com a lei da arbitragem (Lei nº 63/2011, de 14 de Dezembro).

2.1. Pretende a Proposta fornecer um *âmbito de regulamentação* dirigido à mediação em geral, estendendo segmentos do regime jurídico veiculado quer à mediação privada quer à pública, como expressamente se refere na exposição de motivos e como decorre de regras, no capítulo III da Proposta, dirigidas à mediação civil e comercial e, no capítulo VI, dedicadas à mediação pública.

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

Todavia, importa notar a evolução registada na actual versão face à versão originária do projecto de Proposta de diploma, agora, sistemática e tecnicamente mais coerente em termos de soluções propostas.

2.3. Conforme se estabelece no art. 3º, os princípios consagrados no Cap. II aplicam-se a todas as mediações realizadas em Portugal, independentemente da natureza do litígio objecto da mediação.

Acresce que, em matéria de mediação civil e comercial, aquele objecto tanto pode respeitar a questões de “natureza patrimonial” como as que, não tendo natureza patrimonial, sejam passíveis de transação (art. 11º). O mesmo é dizer que se opta, neste particular, pelo critério da *transigibilidade* dos direitos em vez do critério da “não indisponibilidade de direitos”, em linha com o que sucede na nova Lei da arbitragem.

3. Naturalmente, não se mostra fácil para o legislador encontrar o ponto de compromisso entre soluções que se dirigem a litígios de diferente natureza, ora mais compagináveis com a mediação pública ora com a mediação privada.

3.1. Tal sucede, por exemplo, com a regra aberta do art. 18º (que permite às partes *i*) comparecer pessoalmente; *ii*) fazer-se representar nas sessões de mediação; *iii*) serem assistidas por causídico; *iv*) ou serem assistidas por (outros) técnicos, desde que não haja oposição da outra parte. Mas já a regra do art. 36º acolhe a orientação da obrigatoriedade da presença das partes nas sessões de mediação.

Se é verdade que a lei que se pretende aprovar se dirige a um vasto leque de situações e contextos, onde a comparência pessoal não se revelará decisiva, o certo é que, no plano da lógica da mediação, da sua razão de ser e da sua eficácia, a presença das partes é, as mais das vezes, condição essencial, no sentido de as mesmas superarem divergências e aproximarem pontos de vista de modo informal, amigável e concertado.

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

3.2. Por sua vez, apesar de no alinhamento sistemático do projeto de diploma se separar a mediação privada (cap. III) da pública (cap. VI), várias normas daquele capítulo são extensíveis ou expressamente dirigidas à mediação pública (v.g. nº 2 e nº 5 do art. 13º).

3.3. De igual modo, procede o legislador a remissões que são, substancialmente, inócuas já que normas há que remetem para outras cuja solução importa um conteúdo ou uma função motivadora novos (v.g. art. 35º por reporte ao art. 21º sobre duração da mediação), registando-se alguma redundância sem utilidade acrescida.

4. Em sede dos princípios e linhas gerais do regime veiculado pela Proposta, ressalta, entre o mais, o princípio da executoriedade – o que é uma inflexão relativamente à

proposta inicial – desde que verificados determinados pressupostos (art. 9º). Do que decorre atribuir o legislador força executiva ao acordo de mediação, quer na mediação pública quer na privada quer na realizada noutro Estado-Membro da União Europeia, o que representa um avanço do regime, não obstante os riscos e vicissitude que podem vir a surgir na fase de execução se o acordo não for cumprido pelas partes.

Também se estabelece o princípio da confidencialidade (art. 5º) – aparentemente externa e interna – no procedimento de mediação, privada e pública, não podendo o conteúdo das sessões da mediação ser valorado em tribunal.

A regra da confidencialidade só pode ser quebrada por razões de ordem pública, *maxime*, para assegurar o superior interesse da criança, tutela da integridade física ou psíquica de qualquer pessoa ou, ainda, para garantir a execução do acordo de mediação.

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

Ora, se é verdade que o dever de confidencialidade é reiterado no leque de deveres do mediador (al. d) do art. 26º), de onde pode decorrer o sancionamento da sua violação pelo mediador nos sistemas de mediação pública (art. 44º), ficam sem cobertura as violações nos demais “sistemas”, além de se mostrar inócuo o dever de confidencialidade para os demais intervenientes (partes, representantes, assistentes, etc.) que o desrespeitem.

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

partes para o processo de mediação “voluntária” e na possibilidade de revogar o consentimento, sem que isso signifique violação do dever de cooperação; *ii*) o da *responsabilidade das partes pela definição e observância do acordo* de mediação, ainda que se confere *eficácia executiva*, ou seja, *sem necessidade de ser homologado por acto judicial*, a menos que a lei disponha de maneira diferente e as partes assim estabeleçam do acordo de mediação pré-judicial (arts. 4º, 9º e 14º da Proposta).

6. A *convenção de mediação* parece assumir quer a modalidade de “cláusula compromissória”, em contrato, tendo por objecto litígios eventualmente emergentes da relação jurídica, quer a de “termo de compromisso” ou “protocolo”, relativo a um litígio atual, o que se compreende face aos índices de informalidade que a mediação reveste e em paralelo com o que sucede com a arbitragem (arts. 12º e 13º).

6.1. No plano da validade formal, exige-se a *forma escrita* para a convenção de mediação (nº 2 do art. 12º).

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

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

De resto, a lei comina a nulidade da convenção (nº 3 do art. 12º) para a ausência de forma válida. Em todo o caso, não se estabelece a mesma exigência de forma para as situações de revogação da convenção ou consentimento que pode ocorrer em qualquer momento do processo de mediação (nº 2 do art. 5º).

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

6.3. Finalmente, a iniciativa do “desvio” do litígio da via judicial para a mediação parece ficar confinada à vontade do “réu deduzido” (nº 4 do art. 12º) – quando o art. 34º confere tal prerrogativa a ambas as partes, ao tribunal, ao Ministério Público ou à Conservatória de Registo Civil e outras entidades públicas ou privadas – sem se prever a possibilidade de o próprio autor ou terceiro interessado (por exemplo, seguradora com o encargo da responsabilidade civil para si transferida) também proporem ou, porventura, o tribunal convidar as partes a recorrerem, em certo prazo, à mediação.

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

Há, todavia, aspectos que subsistem naquele código – o que torna a transposição das regras limitada – como seja a de, em qualquer estado da causa judicial, se admitir o recurso a mediação, suspendendo a instância, *ex vi* 279º-A do CPC (norma esta que não é revogada pelo art. 48º da Proposta). O sentido da norma em apreço não deixa de ser paradoxal face ao teor da norma do nº 4 do art. 12º da Proposta que confina o recurso à mediação até ao momento da apresentação pelo réu do primeiro articulado.

8. Por sua vez, prevê-se no art. 22º da Proposta a suspensão do processo de mediação, ainda que com carácter excepcional e fundamentado, designadamente para efeitos de experimentação de “acordos provisórios”.

Todavia, não deixa de ser estranha a solução da suspensão do processo, face ao carácter urgente do procedimento de homologação (facultativo, é certo) do acordo

estabelecido (nº 4 do artº 14º da Proposta), sobretudo, depois de ter estado suspenso o processo de mediação.

Só a circunstância de o âmbito de tutela do projecto de diploma ser muito alargado – havendo sectores de actividade ou dimensões da vida que, porventura, podem justificar a medida – explica a opção legislativa, num quadro procedimental (de mediação) que é suposto ser expedito.

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

Considera-se, em todo o caso, que o preceito do art. 14º deveria estabelecer que a homologação, a tramitar preferencialmente por via eletrónica – como o nº 2 já contempla –, a mesma deveria seguir os termos definidos para a transação, por forma a mostrar-se coerente o regime com o disposto no nº 5 do art. 279-A do CPC.

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

10. Não obstante se instituir um mecanismo legal de fiscalização do exercício da actividade de mediação pública (art. 43º), o projecto de diploma é omissivo, sob esse prisma, em sede de mediação privada, o que naturalmente comporta riscos, no limite,

de manipulação de acordos a que o Estado vai conferir a sua chancela através da homologação dos mesmos.