

Faculdade de Direito – Universidade Nova de Lisboa

Ano letivo 2018/2019

Mestrado em Direito Forense e Arbitragem

Introdução à mediação

João Pedro Pinto-Ferreira

Joana Campos Carvalho

1. A DINÂMICA DO CONFLITO	4
1.1. TEORIA DA ESCALADA DO CONFLITO DE GLASL	4
1.2. DIFERENTES ABORDAGENS À RESOLUÇÃO DE CONFLITOS	7
1.2.1. A abordagem assente nos interesses.....	8
1.2.2. A abordagem assente nos direitos	8
1.2.3. A abordagem assente no poder.....	9
1.2.4. Conclusões gerais.....	9
2. MOVIMENTO DE RESOLUÇÃO ALTERNATIVA DE LITÍGIOS	10
3. A NEGOCIAÇÃO	12
3.1. A NEGOCIAÇÃO COMPETITIVA	12
3.2. A NEGOCIAÇÃO COOPERATIVA	14
4. A MEDIAÇÃO	16
4.1. ENQUADRAMENTO LEGAL	17
4.2. OS PRINCÍPIOS DA MEDIAÇÃO.....	19
4.3. O ESTATUTO DO MEDIADOR	25
4.3.1. Os direitos do mediador	25
4.3.2. Os deveres do mediador	27
4.3.3. O princípio da confidencialidade, em específico.....	29
4.4. QUESTÕES JURÍDICAS SUSCITADAS PELA MEDIAÇÃO	33
4.4.1. A convenção de mediação: validade e efeitos	33
4.4.2. A compatibilidade dos esquemas de mediação obrigatória com a Constituição e com a Lei	36
4.4.3. A mediação facilitadora e interventiva.....	39
4.4.4. A homologação judicial do acordo.....	39
4.5. OS SISTEMAS PÚBLICOS DE MEDIAÇÃO	42
4.5.1. O acesso à lista de mediadores.....	42
4.6. BARREIRAS À UTILIZAÇÃO DA MEDIAÇÃO	44
5. INTRODUÇÃO AO PROCESSO E TÉCNICAS DE MEDIAÇÃO	45
5.1. AS FASES DA MEDIAÇÃO.....	46
EXERCÍCIOS	52

A mediação é um meio de Resolução Alternativa de Litígios porque faz uma abordagem diferente ao litígio quando comparada com os meios judiciais comuns.

Temos, portanto, vários aspetos essenciais que distinguem esta abordagem dos meios judiciais comuns e também de outros meios de resolução alternativa de litígios:

- A abordagem adotada pela mediação é assente nos interesses e não na posição. A mediação não se preocupa com “o quê?”, mas sim com o “porquê?”. **Exemplo:** duas partes querem o único limão do supermercado. A pretensão de ambas é incompatível porque ambas querem “o quê?” – o mesmo limão. Mas se perguntarmos o “porquê?” de ambas quererem aquele limão, podemos descobrir que uma apenas quer o sumo e a outra a raspa do limão. Afinal a pretensão que inicialmente parecia incompatível é compatível, resolvendo-se o litígio desta forma.
- Na abordagem adotada pela mediação há um pleno domínio das partes quanto ao processo – empowerment. Não só participam no litígio como controlam toda a mediação.
- A mediação só ocorre quando esta seja a vontade de ambas as partes. Se a decisão de recorrer à mediação não for consensual, não se pode seguir esta via alternativa de resolução de litígios.
- A mediação caracteriza-se pela intervenção de um terceiro – o mediador. Enquanto outros meios de resolução alternativa de litígios são conduzidos pelas próprias partes – como é o caso da negociação, -a mediação é conduzida por um terceiro que facilita a negociação entre as partes.



O mediador é um terceiro independente e imparcial. A mediação assenta a confiança das partes no mediador, daí que seja importante manter a equidistância, a imparcialidade e a independência, inclusive face às suas opiniões pessoais.

A sua função é, no fundo, auxiliar as partes a retomar o diálogo e a construir um acordo. Dos seus poderes não faz parte o poder de impor qualquer solução; não é como um juiz que, em caso de não haver acordo, pode impor uma decisão. Se não houver acordo, então o processo de mediação simplesmente termina sem acordo.

Vantagens da mediação

- Participação das partes que são colocadas no centro da resolução do litígio;
- Celeridade por comparação com os meios judiciais;
- Custos reduzidos;
- Potencial de continuidade das relações: o que se procura é uma solução consensual e, portanto, em que todos ganhem;
- Processo flexível e informal;

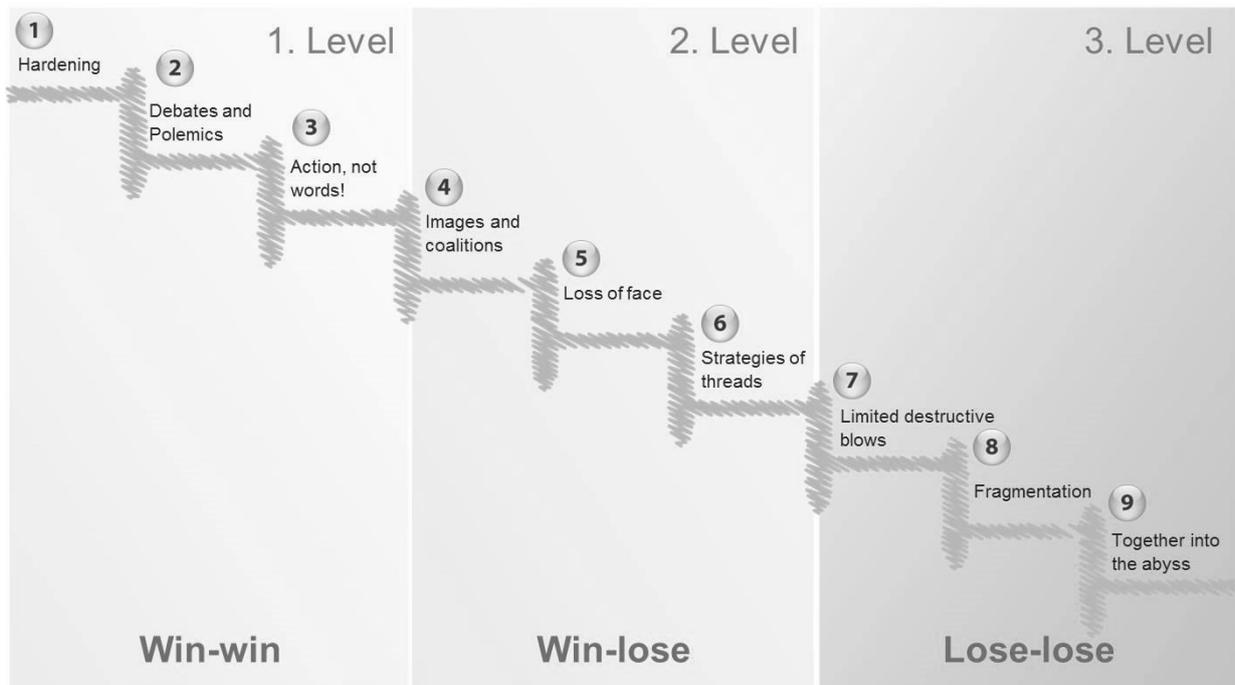
Exemplo: num caso de condomínio, imagine-se que temos um prédio onde habitam 10 famílias e todos pagam 50€ por mês de condomínio. Alguns condóminos têm em dívida o valor correspondente a um ano inteiro. Temos então A: B deve este dinheiro e B: não quero pagar esse dinheiro. A mediação pretende perguntar o que se passa. O condomínio deverá querer obter um interesse económico e o condómino poderá simplesmente não ter dinheiro para pagar. Na mediação explorou-se a situação e tentou descobrir-se uma solução fora da caixa que permitisse acomodar os interesses de A e B. A solução a que se chegou foi que B, que trabalhava em construção civil faria serviços no prédio no montante do valor que tinha em atraso.

1. A dinâmica do conflito

1.1. Teoria da escalada do conflito de Glasl

A Teoria da escalada do conflito é uma teoria desenvolvida por Friedrich Glasl, que divide o conflito em três momentos (“win-win”, “win-lose”, “lose-lose”) e identifica os gatilhos que explicam a escalada do conflito.

Esta teoria permite ao mediador adaptar o processo e as técnicas ao caso de forma a evitar a escalada do conflito.



A teoria da escalada do conflito de Glasl divide o conflito em três momentos:

1. Win-win
2. Win-lose
3. Lose-lose

Na primeira fase - **win-win**, as partes procuram uma solução mutuamente vantajosa. Esta fase caracteriza-se pelos seguintes momentos:

1. **Endurecimento da posição:** Nesta fase as partes assumem posições que na sua ótica são incompatíveis. Começam a formar-se grupos a favor ou contra as posições. Os membros destes grupos criam um filtro face à situação afetando a perceção de informações relevantes. Para além disto, começam a trazer ao caso informações negativas sobre a parte contrária, o que impede a informação positiva de fluir. A postura das partes é cooperativa e o debate é conduzido de forma leal e com base em argumentos racionais. Aqui, cada uma das partes tenta convencer a outra de que a sua pretensão é a melhor. O que tende a acontecer é que ou o conflito se resolve por aqui porque um acaba por concordar com o outro, ou então não se resolve. Se não se resolver, as partes vão começar a ficar cada vez mais frustradas e vão começar a sentir que o debate com base em fundamentos reais não leva a lado nenhum. Passa-se para a fase seguinte quando uma ou ambas as partes deixam de acreditar que o problema se irá resolver por meio deste tipo de comunicação. Quando se começa a utilizar a manipulação e argumentos táticos, passa-se para a fase seguinte.

Exemplo: Imagine-se um litígio entre pai e filho sobre as horas de chegada a casa em dias de semana: o filho quer sair até ao mais tarde possível e o pai quer que ele saia apenas até uma certa hora. A sua ótica é incompatível. Em torno das pretensões começam a formar-se grupos. Por exemplo, a mãe está do lado do pai e a irmã do lado do filho.

2. **Debate e polémica:** Nesta fase as posições tornam-se mais inflexíveis e o conflito deixa de estar focado numa questão específica. O debate é construído em torno de argumentos táticos e técnicas de manipulação (extremar de posições, argumentos de autoridade) tais como:

- Exageros das consequências que teria a adoção da posição contrária, de modo a torna-la absurda;
- Referências a autoridades e tradições para criar pontos de vista;
- Levar as alternativas aos extremos para que a outra parte aceite um “compromisso razoável”;

Nesta fase as partes ainda comunicam verbalmente e estão focadas na sua pretensão, mas oscilam entre uma atitude cooperativa e competitiva. Começa a haver uma sensação de insegurança e perda de controlo que faz com que as partes tenham necessidade em afirmar-se. Com a subida de tensão e a frustração as partes deixam de confiar uma na outra e começam a criar uma imagem da outra parte com base no seu padrão de comportamento (não é ainda uma imagem estereotipada).

Passa-se para a fase seguinte quando uma das partes assume com falar é inútil e começa a agir sem consultar a outra parte.

Exemplo: o conflito deixa de estar apenas relacionado com o horário de saída à noite e começa a alastrar para toda a relação de pai e filho. O filho começa a dizer que todos os amigos saem à noite até tarde e o pai a dizer que ele é que manda. Depois começam a lembrar-se de vários episódios um contra o outro.

3. **Atos em vez de palavras:** As partes começam a ver-se como adversárias. O mais importante a este ponto é impedir a outra parte de alcançar o seu objetivo. Começa a dar-se prioridade às ações e à comunicação não verbal. A falta de comunicação verbal potencia equívocos e fantasias acerca de motivos e estratégias ocultos da outra parte. A cooperação inicial dá lugar à competição. Passa-se para a fase seguinte quando começam os ataques à atitude e reputação da outra parte.

Exemplo: o filho vai sair sem dizer nada ao pai, ou o pai vai trancar o filho no quarto. A falta de comunicação potencia equívocos, passando o pai a ser um déspota autoritário e o filho a ser um irresponsável.

Saímos desta primeira fase em que se procura uma solução vantajosa para ambos quando uma das partes começa a disferir ataques contra a outra.

Na segunda fase – **win-lose**, as partes procuram uma solução vantajosa, mas também a vitória sobre a outra parte. Mais que a preocupação com a pretensão incompatível, quer-se conseguir impor-se sobre a outra parte. Caracteriza-se pelos seguintes momentos:

4. **Imagens e coligações:** Neste momento o conflito passa a ser encarado em termos de vitória ou derrota. Com a falta de comunicação que ficou limitada na última fase, a imagem criada da outra parte começa a estereotipar-se e a consolidar-se. As partes começam também a procurar o apoio de terceiros. Há ataques indiretos baseados em técnicas de insinuação ironia, linguagem corporal... como a comunicação está afetada a retaliação é feita através de novos ataques. A atuação de cada um é muito associada às imagens que foram criadas para cada uma das partes. Passa-se para a fase seguinte quando os ataques começam a ser diretos.

Exemplo: O filho vai trazer amigos para explicarem ao pai como funcionam as coisas em casa deles e o pai vai recorrer ao avô para que este diga que no tempo dele não era nada assim.

5. **Perda da face:** A imagem dicotómica da realidade potencia a (re)interpretação de toda a conduta da outra parte durante todo o conflito; começa a assumir-se que todos os passos “construtivos” que foram dados tinham na realidade uma intenção subliminar. As posições já não se definem em termos de superioridade e inferioridade, mas em termos de bem e de mal. Para o próprio, representa-se sempre o bem e para a

outra parte o mal. Os ataques deixam de ser indiretos e passam a ser diretos com o intuito de afetar a imagem da outra parte. Há uma pressão cada vez maior e uma dificuldade crescente em sair da imagem que já se criou – a do pai autoritário e a do filho irresponsável. Tudo o que irão fazer cairá neste estereótipo. O isolamento das partes vai crescer e, portanto, vai começar a haver uma dificuldade de obtenção de feedback externo.

Exemplo: o filho começa a queixar-se do pai aos amigos e o pai começa a queixar-se do filho em jantares de família.

6. **Ameaças:** começa-se com ameaças genéricas que se vão tornando cada vez mais concretas até se transformarem em ultimatos, com vista a forçar a parte contrária na direção certa. Cada parte só vê as suas próprias exigências começando a haver também atuação baseada no pânico de perder o controlo. Qualquer ação de poder começa a parecer atrativa. As partes começam a perder o controlo da situação que se envolve num ambiente caótico e turbulento.

Exemplo: passa-se de “se não atinas vou ter de fazer algo” para “se não atinas até à próxima semana vou mandar-te para os teus avós durante uns tempos”.

Na terceira fase – **lose-lose**, o foco é derrotar a outra parte ainda que à custa de uma solução desvantajosa. Só se quer que o outro não consiga aquilo que pretende. Temos novamente três momentos:

7. **Golpes destrutivos limitados:** A comunicação que ainda existia através das ameaças dirigidas à outra parte cessa. As partes atacam-se mutuamente para afetar a capacidade da outra de produzir danos à outra parte, sendo esses ataques sucedidos retaliações por vezes ainda mais destrutivas. A noção das consequências perde-se, só interessando causar danos à outra parte, mesmo que não permitam a satisfação do interesse inicial. O objetivo passa a ser neutralizar a outra parte.

Exemplo: o pai envia efetivamente o filho para os avós e o filho deixa de dirigir a palavra ao pai.

8. **Fragmentação:** Os ataques intensificam-se com o objetivo de destruir as fontes de poder do adversário. Cada parte tenta atacar o núcleo da outra parte (o grupo que se formou inicialmente). Estes ataques visam fragmentar a outra parte e prejudicar a sua capacidade de tomar decisões. A situação torna-se incontrolável, mas cada parte mantém o sentido de auto-preservação.

Exemplo: O filho tenta virar o pai contra a mãe e o pai tenta virar o filho contra os irmãos.

9. **Abismo:** Abandona-se o instinto de auto-preservação. O objetivo é derrotar a outra parte, independentemente das consequências que isso possa acarretar.

Exemplo: o filho vai sair sem querer saber das consequências.

O litígio pode escalar muito depressa, não sendo necessário passar por todas estas fases. Há situações em que podem não haver todas as fases, apesar de a tendência ser para que estas se sigam.

Este é apenas um modelo teórico. A intervenção de um terceiro como um mediador pode ajudar a recuar algumas fases. Esta intervenção é sobretudo importante nas duas primeiras fases, uma vez que na terceira já é difícil reunir condições para uma mediação bem conseguida. Ainda assim, não se pode excluir que o mediador, com as suas capacidades e técnicas, consiga retroceder o litígio.

A ideia subjacente é a de que quanto mais o litígio avançar, mais difícil será o sucesso da mediação e mais serão as técnicas que o mediador terá que utilizar.

Este modelo aplica-se a qualquer litígio, aplicando-se muitas vezes ao nosso dia-a-dia em que acabam por ser as pessoas à nossa volta que servem de mediador. O facto de termos um terceiro a intervir a ajudar a causa, não quer dizer que estejamos perante a mediação. A mediação tem uma filosofia e regras próprias.

Um terceiro pode conseguir, através da sua personalidade e das suas experiências, conseguir que as partes retrocedam na escalada, mas isso não significa que estamos perante uma mediação. A mediação requer que sejam adotadas técnicas específicas.

A teoria da escalada dos conflitos de Glasl permite-nos olhar para a nossa vida de forma diferente porque muitas vezes conseguimos identificar-nos com a teoria da escalada. Por outras palavras, este modelo ajuda-nos a pôr a nossa própria vida em perspetiva.

1.2. Diferentes abordagens à resolução de conflitos

Um **conflito** tem início quando uma pessoa (ou entidade) apresenta uma reivindicação ou exigência que a outra rejeita. A **resolução de um conflito** significa transformar posições contrárias – a reivindicação e a sua recusa – numa solução única.

Num conflito estão em jogo determinados interesses. Além disso, existem certas normas ou direitos relevantes que definem o que se entende por um resultado justo. Há ainda um certo equilíbrio entre os poderes das partes. Interesses, direitos e poder são os três elementos básicos de um conflito que as partes podem privilegiar na resolução de um conflito.

De entre as várias abordagens à resolução de litígios vamos abordar três:

- Abordagem baseada nos direitos: pense-se num consumidor que adquiriu um telemóvel que tem um qualquer problema. Uma abordagem à resolução deste litígio seria não aceitar a reparação do produto e pedir um novo porque a lei dá o direito de exigir a substituição imediata do produto. Esta é a abordagem mais familiar para um jurista.
- Abordagem baseada no poder: por exemplo, num litígio laboral em que os trabalhadores reclamam que só não haverá greve se o aumento salarial corresponder à sua proposta. Aproveitam-se da sua posição e do seu poder de controlo da produção da fábrica para alcançar o seu objetivo.
- Abordagem baseada nos interesses: num caso em que um pai e um filho discutem porque o filho quer chegar mais tarde a casa. Em vez de dizer apenas isto o filho acrescenta que só quer chegar a casa mais tarde num determinado dia para ir assistir a um concerto. Pede para chegar mais tarde e explica o seu interesse. A única abordagem à resolução de litígios em que as partes explicitam os seus interesses é nesta última. Nos primeiros casos, apenas se demonstra uma posição.

As diferentes abordagens à resolução de conflitos – interesses, direitos e poder – têm custos e benefícios diferentes, dos quais destacamos quatro:

- **Custos**: todos os processos de resolução de conflitos acarretam custos. Tempo, dinheiro, energia emocional despendida, recursos gastos e oportunidades perdidas.
- **Satisfação das partes**: trata-se de ponderar a satisfação mútua das partes com os resultados obtidos. A satisfação depende da perceção de justiça na resolução e da perceção de justiça no próprio procedimento. Nestas perceções intervêm fatores como: a oportunidade do litigante exprimir o seu ponto de vista, a capacidade de intervenção na aceitação ou recusa do acordo, a participação na formulação do mesmo e a convicção de que o terceiro, se interveio, agiu com equidade. Este é um aspeto muito importante porque na medida em que as partes não vão estar satisfeitas, isso vai influenciar todos os outros fatores;
- **Efeitos na relação**: a abordagem adotada para a resolução de um conflito pode afetar a sua capacidade de manterem uma relação a longo prazo ou mesmo uma colaboração quotidiana.
- **Recorrência**: Duração dos custos obtidos com uma determinada abordagem. A forma mais simples de recorrência é a incapacidade de manter uma dada solução.

Estes quatro critérios estão interligados. Descontentamento com os resultados pode afetar a relação, o que contribui para a recorrência de conflitos que, por sua vez, aumentam os respetivos custos.

Por vezes, um custo apenas pode ser reduzido aumentando o outro.

1.2.1. A abordagem assente nos interesses

Interesses são necessidades, desejos, preocupações, receios que estão subjacentes às posições assumidas pelas pessoas.

Não é fácil conciliar estes interesses, sendo necessário investigar preocupações muito profundas, idealizar soluções criativas e fazer concessões quando são antagónicos. As emoções subjacentes são fundamentais para a negociação de uma solução.

A abordagem assente nos interesses pressupõe desde logo a cooperação entre as partes, daí que a negociação baseada nos interesses seja uma negociação dita cooperativa e se oponha a uma negociação baseada no poder - negociação posicional.

Quando não há cooperação entre as partes é difícil adotar uma abordagem baseada nos interesses porque esta pressupõe, sobretudo, uma grande dose de comunicação entre as partes. Outra postura que não a cooperativa, dificulta a comunicação entre as partes.

Esta abordagem não implica obrigatoriamente a intervenção de um terceiro: na negociação, por exemplo, não é necessário um terceiro, mas na mediação já é. Estes são os dois exemplos mais comuns de abordagens assentes nos interesses.

Ainda assim, nem todas as negociações ou mediações se centram na conciliação de interesses. Por exemplo, quando vizinhos trocam ameaças ou contra-ameaças não temos uma negociação cooperativa e portanto uma negociação baseada nos interesses.

Vantagens:

- Maior satisfação das partes, quer pela sua participação na resolução do litígio, quer pelo alcançar de uma solução mutuamente vantajosa que tenham em conta os interesses de ambas as partes;
- Diminuição da conflitualidade subsequente, fruto da maior satisfação das partes;
- Diminuição dos custos com litígios futuros, fruto da maior satisfação das partes;
- Potencial de continuidade da relação possibilitado pela postura de cooperação;

1.2.2. A abordagem assente nos direitos

A abordagem assente nos direitos pressupõe a aceitação de uma norma reconhecida como legítima ou justa, para determinar quem tem razão. Por regra, exige a intervenção de um terceiro neutro que no caso de as partes não chegarem a acordo vai decidir com base nesses mesmos direitos. Pode ser complexa e demorada, com várias diligências e burocracias.

Nesta abordagem, a solução não será mutuamente vantajosa, adotando-se a posição de uma parte em detrimento da outra. Para alcançar a solução recorre-se a padrões objetivos como a lei, um contrato, um precedente, etc. Este aspeto é o que nos permite distinguir a abordagem assente nos direitos da abordagem assente no poder.

Temos como exemplos os tribunais judiciais, os tribunais arbitrais, a avaliação neutral prévia, etc.

Vantagens:

- Maior previsibilidade da solução;
- Útil quando a questão tenha um impacto social mais amplo;
- Útil quando as partes não adotem uma postura cooperativa;

Desvantagens:

- Menor adequação: a regra é única e os casos são todos diferentes;
- Menor criatividade na solução;
- Custos mais elevados, por regra;
- Menor celeridade para resolução;

- Solução uma lógica de “win-lose”;
- Pode não evitar conflitos futuros;

1.2.3. A abordagem assente no poder

O poder de que aqui se fala é a capacidade de coagir alguém a fazer algo que voluntariamente não faria. Exercer o poder significa normalmente impor custos à outra parte ou ameaçar fazê-lo.

O exercício do poder assume duas formas principais: ato de agressão como sabotagem ou agressão física; e retenção dos benefícios resultantes de uma relação.

O grau de poder mede-se pela maior ou menor dependência de um em relação ao outro; e o grau de dependência é determinado pelo modo como as alternativas satisfazem os interesses de cada um.

Não implica a intervenção de um terceiro e é custosa para a relação já que impõe uma relação que não é vantajosa para a outra parte com o mero exercício de poder.

Temos como exemplos a negociação competitiva e a disputa de poder.

A solução aqui resulta no exercício do poder por uma das partes, o que poder ter efeitos negativos na relação e afetar a estabilidade da solução, com os custos daí decorrentes. Esta é a abordagem que mais afeta a relação das partes, assim com aquela que mais gera insatisfação na parte vencida.

1.2.4. Conclusões gerais

O enfoque nos interesses pode resolver o problema subjacente ao conflito de uma forma mais eficaz do que uma abordagem direcionada para os direitos ou o poder.

Além de contribuir para revelar problemas ocultos, a abordagem baseada nos interesses pode ajudar as partes a identificarem as questões mais importantes para cada uma delas. Através de cedências em relação a questões secundárias, ambas as partes podem ganhar com a resolução do conflito. Há mais hipóteses de obter este benefício conjunto se cada uma das partes se concentrar nos seus interesses.

O enfoque nos direitos, como acontece na litigância, ou no poder, deixa pelo menos uma das partes com a sensação de derrota. A conciliação dos interesses tende a produzir um nível mais elevado de satisfação com os resultados do que isto.

Se as partes ficarem mais satisfeitas, o seu relacionamento melhora e as probabilidades de recorrência do conflito diminuem. Estabelecer quem tem razão ou quem é mais poderoso, enfatizando o conceito de vitória ou derrota, apenas contribui para tornar a relação mais tensa e antagónica e para aumentar a recorrência.

Conclui-se que o enfoque nos direitos tende a produzir resultados mais satisfatórios, melhores relações de trabalho, menor recorrência de conflitos e, eventualmente, custos mais reduzidos. Uma abordagem baseada nos interesses é, portanto, menos dispendiosa do que um procedimento que privilegie os direitos ou o poder.

No que toca à determinação dos interesses e do poder, esta converte-se frequentemente num confronto em que cada uma das partes procura dominar a outra.

Um confronto de poder é mais oneroso em termos de recursos consumidos e oportunidades perdidas. Além disso, os confrontos de poder produzem, com frequência, novos agravos e novos conflitos, aliados à desconfiança e ao desejo de vingança. Prejudicam mais a relação e provocam maior recorrência conflitual do que os confrontos sobre direitos.

Conclui-se que uma abordagem baseada nos direitos é menos dispendiosa do que a baseada no poder.

A conciliação de interesses é então a opção mais vantajosa. Mas isto não quer dizer que o enfoque nos interesses seja sempre o procedimento mais adequado, mas apenas o que produz tendencialmente custos menores, resultados mais satisfatórios, uma relação menos tensa e uma recorrência de conflitos mais baixa.

Em alguns casos, não é possível iniciar uma negociação baseada nos interesses sem antes recorrer aos direitos ou ao poder para persuadir uma parte recalcitrante a sentar-se à mesa das negociações. **Exemplo:**

um grupo e munícipes pode organizar uma manifestação a fim de persuadir o presidente da câmara a discutir os seus interesses relativamente à melhoria do serviço de recolha do lixo.

Noutro conflitos, as partes não conseguem chegar a acordo com base nos interesses porque as suas perceções sobre quem tem razão ou quem é mais poderoso são, de tal modo divergentes que não lhes permitem sequer estabelecer uma plataforma de negociação.

Pode acontecer ainda que os interesses sejam de tal modo opostos que não seja possível chegar a acordo.

Nem todos os conflitos podem ou devem ser resolvidos por conciliação de interesses. Os procedimentos baseados nos direitos ou no poder obtêm, por vezes, resultados que uma abordagem orientada para os interesses não consegue atingir.

Em alguns casos, os procedimentos judiciais (assentes nos direitos) são, portanto, mais eficazes, em termos sociais do que uma resolução através de negociações baseadas nos interesses. Por exemplo, apenas uma sentença judicial tem autoridade para solicitar questões de importância pública.

O problema é que as abordagens incidentes no poder e no direito são muitas vezes usadas desnecessariamente. O objetivo a atingir consiste, então, em formular um sistema de resolução de conflitos em que a maioria dos casos seja resolvida pelos interesses, alguns através da determinação dos direitos e uma minoria mediante a determinação de poder.

2. Movimento de resolução alternativa de litígios

Os meios de resolução alternativa de litígios são geralmente apontados como uma das possíveis respostas à crise da justiça portuguesa. Esta é uma crise quanto à qualidade, quantidade e morosidade na justiça, pretendendo os meios de resolução alternativa de litígios ser uma resposta no âmbito da qualidade e não da quantidade como se poderia pensar. É que os meios de resolução alternativa de litígios postulam uma abordagem diferente do conflito procurando a solução mais adequada. Não se trata de fazer o mesmo mais rápido, mas de o fazer diferente e, em certos casos, melhor.

Deve buscar-se a razão do nascimento dos meios de resolução alternativa e litígios em dois lugares:

- **Na crise do direito e da justiça oficial:** nos dias que correm verifica-se um afastamento do cidadão perante o Estado e, em consequência em relação à lei. As normas jurídicas têm como função estabilizar as relações sociais, reduzindo a complexidade, criando segurança, valor tão ou mais importante socialmente que a justiça. Hoje, a complexidade social, económica e política é obstáculo permanente à coerência, impedindo que a lei seja a única fonte de direito, o que implica que haja várias instâncias diversificadas de aplicação de soluções jurídicas. Assim, o Estado é obrigado a suportar múltiplas concorrências normativas, sendo uma dessas abordagens a resolução alternativa de litígios.
- **No crescente desejo do cidadão participar na resolução dos seus conflitos:** em regra, o cidadão necessita de um interlocutor para fazer valer os seus direitos (patrocínio judiciário), dada a complexidade do sistema jurídico. Esta marginalização do cidadão tornou-se insustentável com a evolução social em que a autoridade já não é suficiente para aceitar uma decisão: o cidadão exige a explicação e exige ser convencido por ela. Estes novos modelos sociais recebem resposta através e alguns meios de resolução alternativa de litígios, onde as partes são colocadas no domínio do litígio, não apenas quanto aos eu desfecho, mas também quanto ao processo que a ele conduz.

A resolução alternativa de litígios está ligada *Critical Legal Studies*, um movimento que surgiu nos EUA no fim dos anos 60. O movimento tem uma origem essencialmente política, querendo isto dizer que surgiu da constatação de que o Direito não era um saber neutral como a matemática e a física, mas sim um saber carregado de ideologia e programa. Era a expressão de uma vontade – todas as opções jurídicas constituíam escolhas políticas.

Esta constatação revolucionária tem consequências importantes ao nível do acesso ao Direito e à Justiça. Reconhece-se a insuficiência dos mecanismos oficiais de aplicação do Direito (legislado) e promove-se o conhecimento e a reintegração de mecanismos comunitários de justiça.

Em 1976, numa conferência sobre administração da justiça, Frank Sander defendeu a ideia da diversidade dos meios de resolução de litígios, lançando a ideia da criação de um tribunal multi-portas- uma instância que disponibiliza vários meios de resolução de litígios com o intuito de permitir uma maior adequação do meio escolhido ao caso. O tribunal multi-portas teria diversos serviços de resolução de litígios como a mediação, a conciliação, a arbitragem ou a investigação dos factos.

Não se trata de substituir o sistema tradicional de justiça, mas sim complementá-lo com os meios de resolução alternativa de litígios. A alternatividade destes meios está relacionada com a abordagem que privilegia:

- Os interesses;
- A obtenção de uma solução consensual;
- A intervenção das partes na construção da solução ou na escolha do procedimento;

Quanto aos EUA podemos identificar três fases:

1. **Fase de experimentação:** criaram-se vários meios de resolução alternativa de litígios, uns que funcionaram melhor e outros pior. Houve essencialmente duas tensões: uns funcionaram pior por falta de financiamento e outros por questões relacionadas a alguma tensão entre dois objetivos subjacentes à resolução alternativa de litígios (a ideia de celeridade e as outras características – menores custos, maior flexibilidade, menor formalismo, maior participação das partes...);
2. **Dúvidas e receios:** suscitou sobretudo um problema relacionado com o papel destes mecanismos, dúvida sobre a compatibilidade destes meios com algumas matérias (questão de saber se estes meios de resolução consensual de litígios devem ou não ser resolvidos em casos que envolvam interesses públicos ou mais amplos).
3. **Institucionalização:** o que se procura é essencialmente promover a utilização destes meios de RAL. Isso implica que haja mais oferta dos mesmos e mais divulgação

Em Portugal, os meios de RAL têm conhecido um desenvolvimento brutal, impulsionado pelo poder público. Podemos dividi-lo em quatro momentos:

1. Criação de centros de arbitragem
2. Criação e desenvolvimento dos Julgados de Paz
3. Aposta em sistemas de mediação
4. Aprovação das Leis da arbitragem (2011) e da mediação (2013)

O desenvolvimento dos meios de RAL iniciou-se no final da década de 80 através da área do consumo, através da criação de centros de arbitragem de conflitos de consumo e de centros de informação autárquica ao consumidor. A mediação aqui realizada era tecnicamente incipiente essencialmente devido à falta de formação especializada dos mediadores.

O forte impulso à mediação surgiu com os Julgados de Paz, onde se tornou clara a importância da mediação enquanto meio técnico, científico e de resolução alternativa de litígios. Surgem, assim, os primeiros cursos de mediadores e passa a exigir-se a sua frequência e certificação pelo Ministério da Justiça para que os mediadores possam exercer a sua ação nos julgados de paz.

Mais recentemente, têm sido criados sistemas de mediação em áreas específicas, com características próprias: a mediação laboral, a mediação familiar e a mediação penal.

As últimas alterações implementadas pelo poder público dirigiram-se primeiro à inserção dos meios de resolução alternativa de litígios em diplomas substantivos ou adjetivos já existentes e, depois, à aprovação de leis específicas sobre arbitragem e mediação.

Para além da evolução legislativa, alguns dados provam também a boa receção dos meios de resolução alternativa de litígios no nosso país. “*Num inquérito realizado a 3418 empresas portuguesas entre junho e setembro de 2012, 95% das empresas reportou não ter estado envolvida em qualquer processo de resolução alternativa de litígios em 3 anos, mas em simultâneo afirmam que, quando têm escolha, preferem-na de forma esmagadora (83%) em relação à litigância junto dos tribunais judiciais*”.

É fácil constatar o enorme crescimento recente dos meios de RAL. Este desenvolvimento tem sido feito pelo poder político, através de entidades públicas, nuns casos em colaboração com entidades privadas, noutros não. Não podemos, porém, esquecer que também há iniciativas exclusivamente privadas, designadamente centros que efetuam arbitragem e mediação.

Os meios de resolução alternativa de litígios são parte integrante do nosso sistema de justiça, sendo impensável pensá-lo sem os incluir. No entanto, o seu sucesso só acontecerá plenamente quando fizerem parte da cultura social portuguesa. O que não sendo para já uma realidade, deu, seguramente os primeiros passos.

Em Portugal, os meios de resolução alternativa de litígios mais conhecidos são:

- Negociação
- Mediação
- Conciliação
- Arbitragem

Temos ainda meios menos conhecidos e que têm, sobretudo, grande ênfase nos EUA:

- **Avaliação neutral prévia:** as partes expõem o seu caso a um terceiro e esse terceiro vai avaliar os pontos fortes e fracos do caso e sugerir às partes o que poderá ser necessário fazer caso o litígio continue (que prova cada um terá que fazer, por exemplo) e pode tentar auxiliar as partes a chegar a um acordo.
- **Mini-trial e summary jury trial:** No mini-trial quem expõe o litígio são os advogados das partes que aqui fazem parte de um painel composto por três pessoas: as partes e um terceiro que vai fazer aquilo que o terceiro faz na avaliação neutral prévia e dar o seu feedback às partes. O summary trial é igual, mas o painel é composto exclusivamente por terceiros e não pelas partes.
- **Med-arb e Arb-med:** são meios híbridos que misturam a mediação e a arbitragem num único processo. Na med-arb começa-se com a mediação e se não se chegar a acordo passa-se à arbitragem. O mediador passava a ser árbitro, mas atualmente já existe um modelo em que o árbitro é outro terceiro, o que parece mais compatível com a voluntariedade da arbitragem. O arb-med funciona exatamente ao contrário.

3. A negociação

A negociação é um meio de resolução alternativa de litígios que decorre entre as partes em litígio e não implica a intervenção de um terceiro. Temos, essencialmente, dois tipos de negociação:

- **Negociação competitiva (ou posicional):** caracteriza-se por ser baseada no poder negocial e nas posições. O que interessa aqui é saber qual a posição das partes. Interessa aqui melhorar o seu resultado.
- **Negociação cooperativa (ou baseada nos interesses):** vai servir de modelo ao estudo da mediação. Interessa aqui melhorar o resultado global.

A negociação corre entre as partes, não sendo necessário um terceiro. As duas partes podem, por elas próprias, adotar técnicas da mediação não necessitando da intermediação de um terceiro.

Em alguns casos, o que acontece é que a negociação ocorre entre os representantes das partes e não entre os próprios. Por exemplo, entre o administrador da empresa A e o da empresa B. Isto não afasta a ideia de que a negociação ocorre entre as partes em litígio, não necessitando da intervenção de um terceiro, mesmo nestes casos de representação.

3.1. A negociação competitiva

As partes negociam com base em posições, que se tornam gradualmente mais inflexíveis.

Exemplo: A pretende vender um quadro valioso por 850000€; B pretende comprar o quadro por 500000€; as ofertas e contraofertas sucedem-se. A poderá baixar um pouco o preço, B subir e assim sucessivamente até chegarmos ao máximo que cada um está disposto a oferecer. Assim, aquilo que vai determinar se vai ou não haver acordo é saber se os limites e cada uma das partes se cruza em algum momento.

Um aspeto muito importante é que normalmente as cedências que cada uma das partes faz vão sendo cada vez menores. É que a negociação baseada em posições tende a amarrar-nos à posição inicial, sendo cada vez mais difícil fazer uma oferta sem perder a face. No fundo, cada parte procura obter o máximo para si: é uma abordagem baseada no poder.

A metáfora utilizada para explicar este tipo de negociação é a do jogo da corda em que uma das partes puxa para um lado e a outra para o outro.

Principais características:

- Modelo simples com comunicação limitada entre as partes que impossibilita que se descortinem os interesses. Isto não vai possibilitar que se criem opções, mantendo-se um teorema de opção única.
- Cada parte procura maximizar os seus ganhos à custa da outra. É como se existisse um bolo para repartir e cada parte procura conseguir um pouco mais de bolo mesmo que para isso a parte tenha que perder. Não há maneira de obter uma maior fatia sem retirar da outra parte.
- A negociação só avança mediante cedências.

Há situações em que o interesse de ambas as partes pode ser satisfeito naquela relação ou com outra. Vamos imaginar que estamos numa situação em que a pretensão só pode ser satisfeita no contexto daquela relação; isso vai determinar que as partes comecem a entrar numa espiral e mentiras, pressões.

Outro problema deste modelo é a explicação do resultado final a um terceiro. Qual o padrão objetivo no qual se vai basear a solução? Esta é uma solução que reparte a diferença entre posições que inicialmente eram diferentes. Quando se quer explicar a um terceiro que aquela solução se relaciona, por exemplo, com o valor do bem no mercado... na verdade foi simplesmente uma repartição de diferenças. Ambos tinham pretensões, foram cedendo e chegaram ali. Outras partes na mesma situação poderiam ter chegado a um lugar diferente.

Este modelo é, ainda assim, adequado em algumas situações:

- Relações de carácter isolado (“one-off”);
- Valor pouco significativo;
- Várias alternativas;

Principais desvantagens:

- As táticas de pressão podem agravar o conflito;
- As partes ficam “amarradas” às posições e os interesses não são revelados;
- Privilegia soluções que não assentam em critérios objetivos;
- Ineficiência (tempo e esforço despendido);
- Potencia o desequilíbrio de poder entre negociadores com posturas diferentes;
- Não separa as pessoas do problema;

3.2. A negociação cooperativa

Este é um modelo de negociação desenvolvido por Harvard que tem as seguintes ideias-chave:

- Separar as pessoas do problema
- Ênfase nos interesses
- Criação de opções
- Critérios objetivos
- Alternativas

A negociação de interesses já não é caracterizada pela existência de um bolo em que se tenta ganhar mais, mas pelo contrário, as pessoas tentam cooperar para formar soluções vantajosas, como numa sinergia.

O primeiro aspeto é **separar as pessoas do problema**. É preciso distinguir a relação entre as partes do problema substantivo. Por exemplo, a parte não deve confundir o problema com a relação que mantém com a outra parte. O perigo disto é confundirmos o problema substantivo com o um problema relacional que se criou. Para este problema devemos adotar técnicas que permitam resolver esse problema.

Um aspeto muito importante é que há casos em que a relação entre as partes é mais importante que o problema substantivo. Pense-se num litígio entre marido e mulher sobre a escola em que inscrever o filho. O que é mais importante? A vertente relacional.

A ideia é sempre a mesma, para resolver o problema das pessoas devemos adotar determinadas técnicas específicas. Para resolver uma situação de falta de confiança que se gerou entretanto, pode adotar-se o “pedido de desculpas”, por exemplo.

A solução deve assegurar, no mínimo, uma relação funcional. Se até se chegar a uma solução, mas a relação ficar de tal modo afetada que as partes não se conseguem ver, qual é a utilidade do acordo? Nenhuma. Eventualmente volta a ter-se algum problema substantivo porque a situação relacional não ficou resolvida. Os problemas de relacionamento devem ser resolvidos através de técnicas específicas com cedências substantivas.

Aspetos a ter em conta para separar as pessoas do problema:

- Perceções: colocar-nos no lugar da outra parte, discutir as perceções, atuar no sentido de as alterar;
- Emoções: compreender e partilhar emoções, gestos simbólicos;
- Comunicação:
 - A nossa comunicação com o outro: devemos dirigir-nos à outra parte e não ao público; ter em conta as perceções do destinatário, reformular a mensagem, se necessário;
 - A comunicação do outro conosco: é importante termos uma escuta ativa, colocar questões e reformular as afirmações para evitar equívocos;

Relativamente ao **ênfase nos interesses** devemos desde logo fazer a distinção entre:

- **Posições:** aquilo que exteriorizamos e que só pode ser satisfeito de uma forma (“Pretendo a substituição do telemóvel!”. Interessa aqui obter aquilo que se pretende pura e simplesmente. A posição consegue descrever-se perguntando “o quê?”.
- **Interesses:** objetivos subjacentes às posições (“Pretendo a substituição do telemóvel porque preciso de aceder ao e-mail durante o dia por motivos profissionais”). O interesse consegue descrever-se perguntando “porquê?”.

Assim sendo, é importante expor os nossos interesses de forma clara e detalhada e levar a outra parte a colocar-se no nosso lugar. Para isto é importante ordenar os nossos interesses: haverá interesses mais importantes do que outros. Temos também de tentar identificar os interesses da outra parte e de terceiros que possam ser afetados com o acordo, já que isso pode dificultar a implementação do mesmo.

A análise de interesses permite:

- Detetar interesses comuns, diferentes e conflitantes;
- Compreender melhor a outra parte;
- Gerar opções criativas;

A **criação de opções** é fundamental já que aumenta a margem dentro da qual as pessoas podem chegar a uma cordo mutuamente vantajoso. Uma das principais técnicas de criação de opções é evitar juízos prematuros, ou seja, é importante separar a invenção da avaliação e decisão. Existem várias técnicas:

- **Evitar juízos prematuros:** deve começar-se por realizar um “brainstorming” (com ou sem a outra parte) que pode vir a ser muito útil para o processo criativo. Num segundo momento deve depois separar-se a invenção da avaliação e decisão (das ideias tidas com o brainstorming).
- **Alargar opções:** não ficar apenas num tipo de opções, ter em conta várias perspetivas e considera-las com força diferente (permanente ou provisória; geral ou parcial).
- **Obter proveitos mútuos:** há interesses partilhados e podem também haver interesses diferentes, nomeadamente no horizonte temporal (uns podem valorizar mais o curto prazo e outros o longo prazo), pelo que se deve tentar articular estes interesses diferentes.

Os **critérios objetivos** distinguem esta abordagem da abordagem baseada nos poderes. O objetivo aqui é permitir às partes explicar o acordo a terceiros afastando-o de um mero exercício de poder.

Exemplos de padrões objetivos são:

- Valor de mercado
- Parecer técnico
- Decisão judicial

Estes são padrões independentes da vontade das partes que se abstraem de aspetos subjetivos. Se ainda estivermos a ter em conta a vontade das partes, então não estamos perante padrões objetivos.

Imagine-se que temos um litígio que envolve quarenta estados. Qual será a solução que mais facilmente permita às partes chegar a acordo? Através de um critério objetivo que seja independente de qualquer um dos estados.

Pode também acontecer que não se chegue a acordo quanto a um critério objetivo ou quanto à solução a dar ao caso. Poderá, ainda assim haver a possibilidade de se chegar a acordo quanto ao procedimento para chegar a uma solução. Assim sendo, deve estar-se preparado para responder a critérios objetivos propostos pela outra parte ou para explicar os critérios que propõe.

No que toca a **alternativas**, na negociação posicional o que interessa é a fixação de limites (máximo e mínimo. Esta definição tem vários problemas, nomeadamente o facto de ser rígida: só tem em conta o valor.

Na negociação de interesses não vamos ter em conta os limites, mas aquilo que é a melhor alternativa a um acordo negociado: se não chegarmos a acordo, qual é a melhor solução que tenho? Por exemplo, se quiser comprar um quadro e não chegar a acordo quanto à sua compra, que opções tenho? Tentar procurar outro, desistir dele... qual será a melhor alternativa ao acordo?

Assim, em vez de termos o limite máximo, temos a chamada BATNA – Best Alternative to a Negotiation Outcome. A BATNA permite à parte aceitar propostas que deva recusar e recusar propostas que deva aceitar. Quanto melhor for a BATNA, maior será o poder negocial. Se através da BATNA descobrir que há um esboço mais barato, então previne-se de gastar mais com aquele negócio; se descobrir que há um esboço mais caro, percebe que mais vale aproveitar o primeiro acordo.

Algumas técnicas são:

- Transformar a BATNA numa alternativa real;
- Pensar na BATNA da outra parte e em como torna-la menos atrativa (de forma legítima);

Por fim, é importante percebermos que qualquer acordo é composto por compromissos. É importante pensar desde o início naquilo que deve constar do acordo para evitar problemas no decurso da negociação ou na implementação do acordo.

Algumas técnicas para tornar isto mais eficiente são:

- Preparar uma lista daquilo que se pretende ver discutido;
- Ponderar o objetivo de cada sessão;
- Pensar em possíveis obstáculos à implementação do acordo e em terceiros que devam ser consultados;

Então, o que devemos fazer quando a outra parte adota uma posição negocial, em vez de demonstrar interesses?

- Identificar os interesses e critérios subjacentes;
- Transformar ataques pessoais em ataques ao problema;
- Fazer perguntas;
- Sugerir a intervenção de um terceiro;

O que fazer quando a outra parte adota técnicas desonestas?

- Afirmações falsas ou ambíguas
 - Pressão psicológica
 - Pressão posicional
- } Negociar o procedimento

4. A mediação

É preciso recorrer ao conceito de mediação (**artigo 2º, a**) e de mediador (**artigo 2º, b**). Para se encontrar a noção de mediação tem de se conjugar, no fundo, estas duas definições.

Análise do art 2º da LM:

- 1) Forma de resolução alternativa de litígios;
- 2) Realizada por entidades públicas ou privadas;
- 3) Caráter voluntário;
- 4) Duas ou mais partes em litígio;
- 5) Intervenção de mediador;
- 6) Visa obtenção de acordo;
- 7) Mediador imparcial e independente;
- 8) Desprovido de poderes de imposição.

Estas são as principais características, mas vamos analisar os aspetos mais relevantes:

- (1) Não é essencial, dado que nada acrescenta face aos outros meios de alternativa de litígios.
- (2) Não é essencial, uma vez que é uma característica incidental. Ex: se a mediação passasse a ser realizada apenas por entidades públicas ou privadas não deixaria de ser mediação.
- (3) É essencial esta característica. É um conceito mais amplo, pois inclui a possibilidade de a parte desistir a qualquer momento da mediação sem necessidade do acordo da outra parte e também abrange o conteúdo da solução, ambos não acontecem na arbitragem.

- (4) Não é essencial, dado que esta seria comum a todos os meios de alternativa de resolução de litígios.
- (5) É essencial.
- (6) A intervenção visa no fundo facultar às partes os instrumentos necessários para que elas, assim entenderem, cheguem a acordo. Esses instrumentos são restabelecer a comunicação entre as partes e a partilha de interesses comuns. Mas não visa necessariamente a obtenção de um acordo.
- (7) É essencial. As partes só revelarão os seus interesses se tiverem confiança no mediador.
- (8) A mediação tem um caráter voluntário, pois a tarefa do mediador não é impor uma solução, mas sim ajudar as partes no restabelecimento da comunicação.

Em conclusão, “**Mediação** é um procedimento confidencial e voluntário em que as partes, mantendo o poder decisório, são auxiliadas por um terceiro independente e imparcial na procura de uma solução para o conflito.”

4.1. Enquadramento legal

1º fase (até 2009):

- Desde 2001 com o surgimento dos Julgados de Paz em que a mediação ficou mais institucionalizada até 2009.
- O que caracterizava a mediação era a existência de uma regulamentação dispersa consoante o objeto. Ou seja, não havia uma regra que se aplicasse a todas as mediações.

Alguns exemplos:

- Mediação de consumo (arts 15º da Lei nº 23/96 e 5º A-4 do DL nº 67/2003) = este diploma diz respeito aos serviços públicos essenciais, ex: água, eletricidade, gás, comunicações eletrónicas, etc. Este art 15º prevê que face à prescrição do direito de exigir o pagamento da fatura, que é um prazo relativamente curto, 6 meses, se suspende quando se esteja dependente um processo de mediação.
- X ----- Y = o serviço é prestado no dia X, a partir desse momento começa a decorrer o prazo da prescrição (6 meses) e dentro deste prazo a prestadora de serviços deverá propôr ação destinada a exigir o pagamento. Se houver uma mediação antes do momento Y o prazo suspende-se. É um dos efeitos da mediação.

O DL nº 63/2003 estabelece quais são os direitos do consumidor caso um determinado bem tiver um problema. Ex: um telemóvel que tem uma bateria viciada. E este art 5º A refere que o prazo de caducidade para propositura da ação, para fazer valer os direitos do consumidor se suspende se houver um processo de mediação.

- Mediação Familiar (art 1774º do CC), os tribunais como a conservatória do registo civil têm o dever de informar as partes sobre o sistema de mediação.

2º fase – Transposição da Diretiva nº 2008/52/CE

Ocorre a transposição da diretiva para o CPC antigo (**Lei nº 29/2009**). Esta diretiva regula a mediação de litígios transfronteiriços em matéria civil e comercial e alguns Estados-Membros (incluindo Portugal) estenderam as suas regras aos litígios nacionais.

Aspetos centrais desta Lei nº 29/2009:

- Qualquer litígio era passível de mediação, não havia qualquer critério de mediabilidade, ou seja, independentemente do respetivo objeto o litígio era passível de mediação. Aqui havia uma diferença

entre a diretiva e a lei portuguesa, pois a diretiva dispunha de um critério de mediabilidade que era o de disponibilidade do direito.

- Suspensão dos prazos de prescrição e de caducidade (sistemas públicos de mediação). Se as partes recorressem à mediação privada não se dava este efeito de suspensão dos prazos de prescrição e caducidade; mas se recorressem aos sistemas públicos de mediação (Julgados de Paz, sistema mediação laboral, sistema de mediação penal, sistema de mediação familiar) já haveria suspensão dos prazos.
- Confidencialidade.
- Remessa do processo para mediação pelo juiz = apesar de o juiz ter a iniciativa de dizer às partes que aquele processo pode ser adequado para mediação cabe sempre às partes a ultima palavra, porque se alguma das partes se opuser o processo não pode ser remetido para mediação. Por outras palavras, o juiz sugere a remessa do processo para mediação sem ser necessário o consentimento das partes; mas caso alguma parte não concorde, aí o processo já não pode ir para mediação.

Nota1: A diretiva impunha que as partes chegando a acordo, tivesse de ser facultado às partes um mecanismo para que esse acordo tivesse força executiva, já a lei portuguesa não o previa. Porquê ? porque os particulares já tinham força executiva.

Nota2: quando se falar dos princípios da mediação, com a alteração do CPC em 2013, foi também necessário introduzir na lei da mediação um regime específico quanto à executoriedade, pois esta deixou de estar assegurada para a generalidade dos casos.

3º fase – Aprovação da Lei de Mediação (Lei nº 29/2013, de 19 de abril)

A lei tem em vista os sistemas públicos de mediação e a mediação privada, embora mantenha algumas distinções entre elas.

Esta lei está dividida em seis capítulos:

- 1. Disposições gerais (art 1º e 2º):**
- 2. Princípios da mediação (arts 3º a 9º):** aplicáveis a qualquer mediação realizada em Portugal;
- 3. Processo de mediação (arts 10º a 22º):** mediação civil e comercial, mediação nos Julgados de Paz. Ou seja, estes artigos não são aplicáveis nos restantes sistemas públicos;
- 4. Estatuto do mediador (art 23º a 29º):** mediação privada e sistemas públicos de mediação (salvo disposição especial no ato constitutivo). Direitos e deveres do mediador;
- 5. Sistemas públicos de mediação (arts 30º a 44º):** regras especiais - incluem as taxas, a duração do procedimento, a presença obrigatória ou não das partes, a forma de designação do mediador, etc.;
- 6. Disposições finais (arts 45º a 50º):** prevê-se a homologação do acordo obtido na pendência de uma ação judicial, ou seja, quando as partes recorram à mediação no âmbito de uma ação judicial - ou por chegarem acordo no sentido de recorrer à mediação ou por o juiz lhes sugeriu o recurso à mediação e as partes não se opuseram, esse acordo, se as partes chegarem a acordo na mediação, será sempre homologado pelo juiz. E, assim, passará a revestir a forma de sentença;

Sistemas públicos

- ➔ Mediação laboral (tem uma menor utilização)
- ➔ Mediação ambiental
- ➔ Mediação familiar - Mediação de consumo
- ➔ Mediação penal (tem uma menor utilização)

Mediação Privada

- Mediação empresarial
- Mediação nos Julgados de Paz (é a mais usada, porque a mediação está inserida na própria tramitação do processo).

Uma coisa é o sistema público de mediação, que oferece o serviço de mediação familiar, penal, laboral. Outra é a possibilidade das partes, fora desse sistema, recorrerem a um mediador familiar, penal, laboral a título privado, fora do sistema.

As estatísticas o que demonstram é que a mediação nos Julgados de Paz em relação aos outros sistemas públicos é a mais utilizada, porque a mediação está inserida na própria tramitação do processo. A que tem menor utilização é a mediação penal e laboral.

Regulamentar ou não?

Sim:

- Segurança e certeza jurídicas:** sobre o que é a mediação e quais são os termos em que, normalmente, esta mediação de desenvolve;
- Qualidade da mediação:** havendo o princípio da confidencialidade, é difícil controlar a qualidade da mediação, pois as informações não passam para fora. O que se entende é que estabelecendo a lei certos padrões, garante-se melhor a qualidade, do que não os estabelecendo.

Não:

- Flexibilidade da mediação:** a lei da mediação não pode mediar para além do que é estritamente necessário e não prejudica a flexibilidade da mediação.

4.2. Os princípios da mediação

Princípio da voluntariedade (artigo 4º, LM)

Este princípio é uma tradução do “empowerment” - pleno domínio do processo pelas partes. Este pleno domínio pelas partes encontra-se em todo o processo, pois cabe às partes a opção de concorrerem ou não à mediação; após iniciada a mediação, cabe a estas manterem-se ou não na mediação; e, por fim, limitar com alguma amplitude o conteúdo do acordo da mediação.

Há uma distinção, clara, entre a mediação e o recurso a tribunal, pois quem desempenha esta função principal e quem domina o processo, não são as partes, mas sim o juiz e os advogados, e no caso da arbitragem o árbitro e os advogados. No caso da mediação as partes estão em primeiro plano. Ou seja, esta assenta na ideia de que cabe às partes a responsabilidade pela resolução do litígio, porque no fundo são estas que estão diretamente interessadas na resolução daquele litígio.

A nossa lei de mediação não optou por um sistema caracterizado por uma mediação obrigatória, optou por estabelecer o princípio da voluntariedade em todos os seus momentos.

A voluntariedade caracteriza todos os momentos do processo.

Desde logo, o recurso à mediação depende da vontade de ambas as partes, sendo que essa vontade deve ser qualificada, isto é, deve existir o consentimento esclarecido e informado das partes para a realização da mediação (**artigo 4º/1 LM**).

A escolha do mediador cabe às partes, pois diz respeito à questão de confiança que deve caracterizar o vínculo entre as partes e o mediador (**artigos 17º/1 e 38º/1 LM**).

Nos sistemas públicos de mediação há um pequeno desvio deste princípio da voluntariedade quanto à escolha do mediador, dado que, em primeiro lugar, as partes só podem escolher o mediador que tiver na lista

do sistema público (**artigo 38º/1**). Enquanto que no **artigo 17º/1** refere-se, essencialmente, à mediação privada e, portanto, compete às partes escolher o mediador, quer ele tenha ou não formação em mediação; nos sistemas públicos as listas de mediadores são, desde logo, formadas por mediadores, que entre outras características têm formação específica.

Aqui há uma preocupação com a qualidade da mediação, ie, pretendem assegurar que o mediador que conduz aquela mediação tem formação para o fazer.

Nota 3: na mediação privada quando as partes não chegam a acordo com a escolha do mediador não há mediação. Nos sistemas públicos, se as partes não chegarem a acordo com a escolha do mediador e, portanto, não designem um mediador. O que acontece é que a designação é realizada de modo sequencial de acordo com a ordem que resulta da lista do sistema público.

Existe ainda a possibilidade de abandonar a qualquer momento a mediação (**artigo 4º/2 e 3 LM**). Deste modo, qualquer uma das partes, a qualquer momento, sem necessidade de justificação pode abandonar o processo de mediação. Sem que a sua recusa de iniciar ou prosseguir a mediação seja uma violação ao dever de cooperação, ou seja, se a parte não pretender recorrer à mediação ou prosseguir com o procedimento não lhe pode ser aplicada qualquer sanção por essa circunstancia.

A voluntariedade reflete-se, também, quanto ao resultado final da mediação, isto é, não só estamos perante uma solução consensual como é às partes que cabe a responsabilidade das decisões tomadas no decurso do processo e, incluindo, obviamente, a delimitação do conteúdo do acordo, com uma ampla liberdade (**artigo 4º/1**).

Princípio da confidencialidade (artigo 5º)

Será abordado mais à frente com maior teor.

Princípio da igualdade (artigo 6º)

Este princípio manifesta-se sob a forma do tratamento equitativo das partes durante todo o processo de mediação (**nº1**). Isto é, a ambas as partes devem ser asseguradas as mesmas oportunidades para exporem os seus interesses e devem ser informadas sobre os aspetos que possam ser relevantes para a mediação, desde que não exista contra eles confidencialidade.

Principais problemas que podem desequilibrar uma das partes:

1. Disparidade de conhecimento, uma das partes ter mais conhecimento;
2. Relações assimétricas;
3. Diferença de recursos (ex: uma ter mais dinheiro do que outra);
4. Representação por advogados (ex: A está representado por advogado e B não está. O que é que o mediador faz? o mediador pode ignorar a situação de estar ali um advogado ou suscitar a B a questão de que A está representado por advogado e que este também tem direito de ser representado, se assim quiser ou então caso não queira constituir advogado pode desistir do processo de mediação).
5. Maior capacidade negocial, ou seja, uma parte ser melhor negociadora do que a outra, que domine melhor as técnicas de negociação.

A intervenção do mediador é justamente para que ambas as partes tenham um tratamento igual. As técnicas do mediador permitem que ambas as partes tenham a mesma igualdade.

Nota 4: O mediador só não pode impedir que A esteja representado por um advogado, pois é um direito que a parte tem.

Princípio da imparcialidade

Manifesta-se sob a forma de equidistância do mediador em relação às partes (**artigo 6º/2**):

- Não tomar partido
- Não aconselhar as partes
- Ausência de conflitos de interesses

O mediador poderá intervir, sim, mas para assegurar o princípio da igualdade.

Princípio da independência

O princípio da independência tem uma dupla dimensão:

- **Vertente interna:** relativa às convicções (**artigo 7º/2**). O mediador deve ser neutro em relação ao objeto de mediação.

Exemplo: numa mediação familiar, o mediador por várias circunstâncias, nomeadamente, porque é psicólogo, entende que num caso de regulação de exercício das responsabilidades parentais em caso de divórcio a melhor decisão passa sempre pela guarda partilhada, porque é a que menos prejudica o menor. É uma convicção que ele tem com base no seu exercício da atividade profissional como psicólogo. A questão que se suscita é que o mediador terá de avaliar se no caso de mediação familiar ele reúne ou não as condições de independência necessárias para atuar como mediador naquele processo. Ou seja, ele tem de se assegurar que esta sua convicção pessoal não se reflete na mediação. Ele tem de ser independente face às suas convicções/ aos seus valores pessoais.

Neste caso ele apenas deveria ajudar as partes a restabelecer a comunicação e que elas próprias construíssem uma solução que fosse adequada para ambas.

- **Vertente externa:** o mediador não está sujeito a instruções de terceiros ou das próprias partes (**artigo 7º/3**).

Exemplo 1: o processo foi remetido para mediação na sequência da sugestão do juiz, sem que nenhuma das partes se tenha oposto. O juiz não pode contactar o mediador e dar-lhe uma instrução.

Exemplo 2: num sistema público de mediação, o mediador não está sujeito à fixação de resultados globais (x de mediações por ano com acordo). Isto vai contra a independência externa.

Nos sistemas públicos, o mediador não pode intervir no caso (a qualquer título) após o final da mediação, independentemente de as partes chegarem ou não a acordo. A ideia é há uma mediação nos Julgados de Paz, as partes não chegam a acordo, o mediador não pode intervir no caso subsequentemente.

Exemplo 3: se as partes não chegarem a acordo e forem para tribunal o mediador não pode ser advogado de uma das partes, pois isso levantaria problemas graves a nível da confidencialidade. E não pode prestar, por exemplo, apoio psicoterapêutico às partes, no caso de ser psicólogo.

Nota 5: o objetivo de se evitar qualquer intervenção do mediador no caso após o final da mediação é que se evite que o mediador tenha interesse naquele litígio, pois ele deve ser totalmente desinteressado do litígio.

Nota 6: a **Lei 144/2015** diploma que regula a resolução alternativa de litígios de consumo contém algumas garantias adicionais de independência que estão relacionadas, designadamente, com a remuneração (não pode depender do resultado, isto é, se chegam ou não a acordo); a pessoa não pode ser afastada das funções sem motivo justificado.

Princípio da competência (artigo 8º/1)

A lei não impõe que o mediador frequente essas ações de formação.

Temos de distinguir:

- Sistemas públicos: o acesso à lista de mediadores depende da formação em mediação. Deste modo, há um interesse público a tutelar, que é o da qualidade da mediação e, por isso, um dos requisitos para aceder à lista de mediadores é que o mediador tenha essa formação. Em alguns casos basta a formação genérica, noutras casos tem de ser uma formação específica (sistema de mediação familiar, penal, laboral).
- Mediação privada: não é exigida formação anterior, não tem nenhuma obrigação legal. Pode haver é uma obrigação deontológica e extensível a quem seja mediador associado da federação.

Desta forma, não é exigida formação anterior ao mediador, mas caso não tenha o acordo nunca vai ter força executiva direta.

Em qualquer caso, a executividade direta dos acordos de mediação depende da certificação [arts. 9º/ al. e) LM e art. 3º/1/al. b) Portaria n.º 344/2013].

Deste modo, a lei da mediação prevê que verificadas determinadas circunstâncias o acordo de mediação tem executividade direta, isto é, o acordo tem força executiva sem necessidade de homologação por parte do juiz. Um desses requisitos é a certificação pelo Ministério da Justiça. Essa certificação exige aprovação de um curso de mediação certificado.

No sistema público, esta questão não se coloca, pois o acesso à lista depende sempre de formação em mediação.

Princípio da responsabilidade

O mediador que viole os seus deveres incorre em responsabilidade civil (**artigo 8º/2**).

Nos sistemas públicos só há responsabilidade extracontratual, porque não existe uma relação contratual entre o mediador e as partes.

Na mediação privada a responsabilidade pode ser uma responsabilidade civil contratual, será o caso, por regra, na mediação privada, porque neste caso há um contrato que é celebrado entre as partes e o mediador. E, ainda, poderá haver responsabilidade extracontratual quando haja a violação de uma regra destinada a proteger o interesse das partes.

Para além da responsabilidade civil:

- Sistemas públicos: repreensão, suspensão ou exclusão da lista (**artigo 44º**).
- Mediação privada: exclusão da lista, ou seja, os acordos de mediação obtidos a partir desse momento deixam de ter força executiva (**art. 7º da Portaria n.º 344/2013**).

Exemplo: o mediador que divulgue uma informação que lhe foi transmitida pelas partes no âmbito de uma sessão de mediação, violando, assim, o princípio da confidencialidade. -> estamos, simultaneamente, perante um incumprimento do contrato, pois é um dos deveres do mediador quando assume uma mediação, em sede do protocolo de mediação; e também estamos perante um dever legal, por isso, há uma responsabilidade contratual e extracontratual.

Nota7: não há responsabilidade civil do mediador se as partes não chegarem a acordo. A obrigação que o mediador assume não é de resultado, mas sim de meios. O mediador o que assume é, no fundo, a obrigação de aplicar as suas melhores técnicas no sentido de restabelecer a comunicação entre as partes e auxiliá-las a chegar a um acordo, não se comprometendo a que elas cheguem realmente a um acordo. Agora se o mediador,

no protocolo de mediação, por alguma razão, se comprometer a auxiliar as partes a chegar a acordo, e se estas acabarem por não chegar a acordo, o mediador, aqui, já é responsável, porque ele transformou uma mediação de meios em uma mediação de resultado.

Princípio da exequoriedade

O acordo de mediação pode ter força executiva sem necessidade de homologação judicial (**artigo 9º**).

Os documentos particulares deixaram de revestir força executiva na generalidade dos casos e, portanto, a exequoriedade direta do acordo de mediação foi uma forma de suprir essa alteração da legislação processual. Mesmo que não estejam reunidos os requisitos do art 9º há outras duas situações em que o acordo de mediação pode ter força executiva:

- a) Quando seja homologado por um juiz, aí terá força executiva como integrado numa decisão judicial;
- b) No caso de um acordo de mediação ser autenticado por um notário.

Objetivo: estimular o recurso à mediação.

O principal problema que poderia ocorrer da ausência de força executiva era precisamente a circunstância de a homologação e/ou da intervenção do notário pressuporem o acordo de ambas as partes. Ou seja, por um lado, só haverá a possibilidade de autenticação com a intervenção de ambas as partes; por outro lado, a homologação carece de um conjunto de ambas as partes. Portanto, o pedido de homologação terá de ser feito por ambas as partes ao tribunal.

O acordo de mediação foi concluído perante o mediador, num contexto confidencial (mediação). Portanto, para haver autenticação, esse acordo tem de ser obtido outra vez perante o notário, para que ele autentique o acordo.

A lei exige o pedido conjunto da autenticação pelo notário e da homologação judicial, visto que pressupõe o acordo das partes. Daí que seja importante que o acordo de mediação em determinadas hipóteses tenha força executiva, independentemente da homologação ou de autenticação do notário.

O acordo de mediação é um contrato, por isso, se este não tivesse força executiva a parte estaria a incumprir o contrato e poderia ser responsável nos termos de incumprimento contratual. Agora não se conseguiria levar ao cumprimento do acordo. Deste modo, a existência de força executiva previne, precisamente, levar ao cumprimento do acordo.

Há outra razão pelo o qual atribuição de força executiva ao acordo é importante, dado que permite que as partes, sem necessidade de se deslocarem ao notário ou sem necessidade de proporem uma segunda ação judicial, consigam, em caso de incumprimento, executar aquilo que consta no acordo. No fundo, dispensa formalidades adicionais. É por isto que se refere que o objetivo é estimular o recurso à mediação e aumentar a eficácia do acordo de mediação.

Requisitos cumulativos:

- O litígio tem de ser **mediável**;
- **Lei não imponha a homologação.** Há situações em que há homologação por parte do juiz. Por exemplo: o acordo de mediação seja obtido quando já esteja dependente uma ação judicial – uma ação de Julgados de Paz ou num tribunal judicial, pois a lei impõe que o acordo seja homologado pelo juiz, ou seja, nesta situação não há exequoriedade direta;
- **Capacidade das partes para concluir o acordo:** a parte tem de ter capacidade de exercício.

Exemplo: se o menor concluir um acordo de mediação que implique a alienação de um imóvel no valor de dois milhões de euros é, evidente, que este acordo não tem força executiva, porque o menor não tem capacidade para realizar o acordo;

- **Mediação conforme à lei:** diz respeito ao procedimento de mediação. Por exemplo, se o acordo não for escrito não tem força executiva, porque a lei da mediação impõe que o acordo seja escrito (**artigo 20º**);
- **Acordo conforme à ordem pública;**
- **Inscrição do mediador na lista de mediadores do Ministério da Justiça, só assim o acordo tem força executiva direta ao abrigo deste preceito.**

→ Existe uma diferença significativa, na execução subsequente, entre o acordo ter executoriedade direta ao abrigo do **artigo 9º, LM** e ter executoriedade porque foi homologado pelo juiz. Ambos os casos têm força executiva, contudo os fundamentos de oposição à execução são de formas distintas:

- a) no caso de o acordo de mediação constar apenas de um documento particular, porque não houve nenhuma apreciação jurisdicional e, portanto, a parte pode reagir contra a execução com qualquer meio de defesa (são muito mais amplos). Não há caso julgado;
- b) no caso de a sentença como houve uma apreciação jurisdicional os meios de oposição à execução são muito mais reduzidos.

Reunidos os seis requisitos o acordo de mediação tem força executiva, independentemente da homologação ou autenticação pelo notário. Nos restantes casos o acordo de mediação não tem força executiva, por isso:

- a) ou as partes estão satisfeitas e não pretendem atribuir força executiva ao acordo;
- b) ou atribuem força executiva ao acordo, caso em que terão de propor uma ação ou intentar um pedido de homologação;
- c) ou dirigem-se ao notário para que este autentique o acordo.

Outros princípios

- **Celeridade (artigos 16º/3, g e 21º/1):** é ou não um princípio? A Lei da Mediação não a incluiu nos princípios. Todavia, a lei inclui no seu **artigo 21º/1** esta característica. Mas falta algo mais para se dizer que é um princípio. Por exemplo, falta a existência de um prazo máximo para a realização da mediação (que a LM não prevê) e tem de se ter em conta o **artigo 16º/3/ al. g)** que nos diz que no protocolo de mediação há o programa que estabelece as regras pelos quais procede a mediação. Assim, pode-se concluir, que a LM reconhece a importância da celeridade, mas, na verdade, a duração do processo em concreto depende das partes e do mediador.

No âmbito dos **sistemas público de mediação**, já não é bem assim, pois há vários sistemas públicos que preveem prazos para a duração da mediação:

- Mediação penal pode durar no máximo 3 meses, com possibilidade de prorrogação de mais 2 meses;
- Mediação laboral pode durar no máximo de 90 dias, mas admite-se (desde que haja acordo entre todos os envolvidos) a livre prorrogação do prazo;
- Mediação de consumo pode durar no máximo de 90 dias, com possibilidade de prorrogação de duas vezes de igual período.
- Mediação familiar e mediação nos Julgados de Paz não se prevê qualquer duração.

Pode-se ter, em abstrato, uma mediação até 270 dias. Deste modo, não se pode falar de um princípio de celeridade, mas sim de várias regras que procuram concretizar o procedimento mais célere possível.

- **Flexibilidade:** ideia de conceber um processo adequado às circunstâncias concretas, adaptar as técnicas tendo em conta às partes que teremos perante nós (exemplo: pode ser necessário reunir separadamente com as partes, quando o mediador perceba que há uma grande dificuldade de comunicação entre estas ou que as partes tenham desconfiança e não revelem, numa 1ª parte, os seus interesses; ou que uma das partes tenha mais dificuldade em exprimir-se e seja necessário que o mediador faça mais uso da técnica da formulação).

A questão que se coloca há ou não flexibilidade?

Antes da aprovação da LM a flexibilidade era quase total. Contudo, com a aprovação da LM nem tudo é permitido e, desde logo, a lei estabelece antes da mediação um protocolo e o respetivo conteúdo.

- antes de o iniciar a mediação, o protocolo de mediação tem de prever as regras do procedimento acordadas entre as partes e o mediador (**artigo 16º/3, f**). Para o professor há aqui uma certa rigidez, uma vez que parece que há um limite, pois o mediador pode pretender alterar a sua abordagem tendo em conta as particularidades do caso e se for, assim, perde-se alguma flexibilidade da mediação.
- A lei não limita a utilização de determinadas técnicas. Por exemplo, poderia referir-se algo sobre as sessões privadas entre as partes, mas deixou-se para o mediador decidir em concreto se justifica, ou não, realizar reuniões privadas. Por outro lado, há outras regras que limitam o procedimento de mediação.

4.3. O estatuto do mediador

O estatuto do mediador compreende os direitos e deveres do mediador.

4.3.1. Os direitos do mediador

- **A remuneração**

Existem regras diferentes para a mediação pública e para a mediação privada:

→ Mediação privada: fixada por acordo entre as partes e o mediador (**artigo 29º**). Se as partes não chegarem a acordo em relação à remuneração não há mediação. Os critérios para a fixação da remuneração podem ser variados, ex:

- a) Pode-se estabelecer uma remuneração total para aquela mediação, independentemente do nº de sessões e sua duração;
- b) Pode-se estabelecer uma remuneração por sessão, cada sessão terá um custo de X;
- c) Pode-se estabelecer uma remuneração diária ou por hora;
- d) Pode ter ou não em conta as deslocações do mediador;
- e) É até possível que apenas uma das partes seja responsável pela remuneração do mediador. Contudo, isto pode criar problemas quanto à independência do mediador, pois a parte que pagará pode ter a tentação de pressioná-lo para que este adote uma determinada posição. Se assim for, o mediador deve dar conhecimento à outra parte e terminar com a mediação.

→ Sistemas públicos de mediação: existe uma tabela que estabelece o valor de remuneração (**artigo 42º**). Não é uma questão que esteja na liberdade das partes, porque, também, não há uma relação contratual entre as partes e o mediador.

	Pré-mediação (apenas a sessão que o mediador explica as fases)	sem acordo	com acordo
Julgados de Paz	25€	90€	110€
Mediação Laboral	----	90€	120€
Mediação Penal	25€	90€	120€
Mediação Familiar	25€	100€	125€

Vários autores, nomeadamente Cátia Marques Cebola, entende que este sistema pode apresentar várias desvantagens, uma vez que o próprio modelo incentiva o mediador a que as partes cheguem a um acordo, visto que o valor da mediação com acordo é superior ao da mediação sem acordo. Ou seja, é a própria lei que acaba por indiretamente colocar em causa a independência do mediador.

Se consultarmos qualquer código deontológico diz que é proibido qualquer valor a receber pelo mediador dependendo do resultado do procedimento. Se consultarmos o código de deontologia e de boas práticas do mediador de conflitos da Federação Nacional de Mediação de Conflitos, verifica-se que no **artigo 13º/3** que o mediador na mediação privada não pode fixar a sua remuneração de forma diferente caso exista ou não acordo.

- **Autonomia na condução da mediação (artigo 25º/a, e)**

Está relacionado com o princípio da independência. Esta autonomia diz respeito ao **artigo 25º/al a)** – à metodologia e aos procedimentos a adotar nas sessões (as técnicas). Do próprio estilo de mediação, apesar de estarmos sobretudo a basear a nossa análise de mediação num modelo da posição cooperativa aos outros modelos, portanto, caberá o mediador escolher o modelo (mediação narrativa ou mediação transformativa).

A autonomia também se reflete no direito de o mediador recusar tarefa ou função que considere incompatível com o seu título e com os seus direitos e deveres, **artigo 25º/al. e)**. É com base nesta norma que o mediador pode recusar uma instrução de um terceiro. Por exemplo, o mediador que tenha recebido uma instrução por parte do juiz que sugeriu às partes a remessa do processo para mediação, no sentido que é um processo que é para resolver rapidamente. O mediador pode recusar a instrução ou até mesmo recusar a própria mediação.

Deste modo, um mediador autónomo é independente e, por sua vez, responsável.

- **Recusar a nomeação ou deduzir escusa (artigo 27º/7)**

A lei não só permite estas duas situações, como vai mais além, pois se o mediador considerar que a sua independência/imparcialidade é afetada ou está afetada com aquelas circunstâncias o mediador não só tem o direito como o dever de recusar a mediação para aquele processo ou, caso já o tenha iniciado, pedir escusa.

Fala-se num direito, porque há que salvaguardar o que acontece em termos remuneratórios. E nesse sentido a lei no **artigo 27º/7** diz que as recusas não determinam a perda ou prejuízo de quaisquer direitos do mediador, isto é, num sistema público o mediador que se recuse a uma nomeação com base neste fundamento (por entender que aquela situação a sua independência e imparcialidade estão em causa) não perde o direito de nomeação quando da próxima vez que for o próximo na lista, de acordo com a ordem sequencial, e no caso da escusa, o mediador tem na mesma o direito à remuneração. Porém, não se sabe como é que essa remuneração se calcula, uma vez que a lei apenas indica os valores com e sem acordo.

- **Determinar o fim da mediação (artigo 19º/c, d)**

Ao mediador é conferido o direito de terminar a mediação nas duas situações do artigo 19º. Nomeadamente:

- Se o mediador assim o decidir, fundamentadamente;
- O mediador verifique a impossibilidade de obter acordo;

Há ainda três questões que se discutem quanto aos direitos do mediador. Nomeadamente:

1. **O que fazer quando o acordo seja ilegal?**

2. **O que fazer quando uma das partes estiver a usar a mediação como uma técnica dilatória?** Por exemplo, uma das partes (A) está no espírito cooperativo da mediação, porém a outra parte (B) só aceita recorrer à mediação porque se aproxima o período anual de divulgação dos resultados anuais da empresa e, portanto, esta não quer que se saiba que aquele litígio existe e, que muito provavelmente, haverá ali uma ação judicial. E, assim, B está a utilizar a mediação, apenas, para aguentar a situação até à divulgação dos resultados. – neste caso, o mediador deve ter reuniões privadas com ambas as partes, para questionar esta situação. Se na sequência dessa reunião o mediador perceber que B não equaciona chegar a acordo com aquela mediação, este deve pôr termo à mediação, com base na al. d) do art 19º da LM.

3. **O que fazer quando existam interesses de terceiros?** Por exemplo, um casal que se divorcia, na mediação estão prestes a chegar a um acordo que consiste no seguinte - guarda partilhada - só que ambos vivem em cidades diferentes, o pai em Lisboa e a mãe em Sintra. As questões que se colocam são:

- a) Há ou não acordo entre as partes?

- b) São ou não necessárias técnicas específicas que o mediador tenha formação para usá-las.

Assim, o mediador deve expor a situação referindo alguns interesses que as partes não estejam a ter em conta. Contudo, se as partes continuarem a querer seguir com aquele acordo, aí o mediador deve pôr fim à mediação, uma vez que o que importa, neste caso, é o interesse da criança que está a ser desvalorizado pelos pais. No entanto, não há uma resposta certa, depende tudo da argumentação utilizada.

4.3.2. Os deveres do mediador

Existe uma relação estreita entre os deveres do mediador (**artigo 26º**) e os princípios da mediação.

Desde logo, no que diz respeito ao **princípio da voluntariedade (artigo 26º, a, e)**, cabe ao mediador:

- Expor as características essenciais da mediação: voluntariedade num momento inicial em que as partes decidem recorrer à mediação;
- Obter o consentimento esclarecido das partes: voluntariedade num momento inicial em que as partes decidem recorrer à mediação;
- Não impor qualquer acordo: a obrigação do mediador não é uma obrigação de resultado, mas de meios. Este não deve assumir qualquer compromisso quanto ao resultado.

O **dever de revelação** existe quanto a todas as circunstâncias que possam suscitar dúvidas fundadas sobre a independência e a imparcialidade (**artigo 27º**).

Exemplo 1: relação com uma das partes; interesse financeiro no resultado da mediação (**artigo 27º/4**). O Código Europeu de conduta para mediadores impõe no seu ponto 2.1 não só as situações de dever de revelação em que o mediador tem de prestar serviço anteriormente à parte; como quando um elemento do organismo tenha de prestar serviços à parte. Ou seja, é um dever de revelação que não diz respeito a factos do próprio, mas sim a factos de terceiro.

Exemplo 2: se o mediador trabalhar numa empresa, onde presta serviços de mediação privada e um dos seus colegas já tiver prestado outros serviços sem ser de mediação (advocacia, psicologia) a uma das partes, o mediador terá de revelar esta circunstancia.

Deverá ser aplicado este requisito aos sistemas públicos, em que há inúmeros nomes na lista de mediadores e o contacto entre eles pode ser muito reduzido? o professor tem algumas dúvidas, para ele esta regra foi pensada mais para os sistemas privados.

Se durante o procedimento o mediador se lembrar que reconhece uma das partes deve revelar às partes.

Deve o mediador recusar a nomeação ou escusar-se sempre que se verifique uma destas circunstâncias?

Exemplo: o mediador que é colega de escritório do tio da parte. A questão que se coloca é se o mediador deve automaticamente recusar a mediação ou escusar-se sempre que se verifique essa circunstancia.

O facto de existir, em específico, este dever de revelação é para que o mediador verifique até que ponto afeta os seus interesses, não havendo uma recusa/escusa direta. É por isso que o professor acha que o mediador deve ter sempre em conta o caso em concreto. Deste modo, o mediador não deve recusar automaticamente.

Mas isto levanta duas questões:

1. O mediador deve dizer que naquelas circunstancias não vai continuar com a mediação.
2. Como é que deve ser feita apreciação (o mediador deve revelar a circunstancia às partes, dar-lhes a palavra e, só depois do que as elas disserem é que ele deve fazer uma retrospeção, permitindo às partes que elas escolham continuar ou não com a mediação)?

Haverá outros casos (não previstos na lei) em que o dever de revelação também se justifica? A lei no **artigo 27º/4** diz “designadamente”, por isso, há outros casos.

Por exemplo, uma mediação entre uma figura pública (José castelo branco) e uma revista (TV7dias). tem que revelar que tem uma pré-conceção sobre aquela pessoa.

Agora imaginamos que o mediador não conhecia esta figura pública e vai criando uma pré-conceção negativa durante o processo. Neste caso o mediador terá de avaliar se consegue ou não prosseguir com a mediação, caso não consiga terá de revelar às partes, e estas decidem o que fazer.

Exemplo 1: uma mediação com um jogador de futebol do Benfica e o mediador é do sporting. tem que revelar que tem uma pré-conceção por ser do sporting.

Exemplo 2: o mediador que atuou como advogado da parte contraria num processo de divorcio da irmã da parte. Aos olhos da parte pode haver aqui uma circunstancia que afete a sua confiança em relação àquele mediador. O critério base é perceber se a circunstancia em causa, aos olhos da parte, é ou não suscetível de afetar essa confiança, se for o mediador tem de revelar.

Revelar → fazer introspeção → decidir ou revelar → perguntar às partes → fazer introspeção.

Nos sistemas públicos além de revelar às partes, o mediador também deve revelar as circunstâncias ao sistema público, dado que as partes não decidirem prosseguir com aquele mediador, então, o sistema terá de nomear outro mediador, sendo que o processo prossegue, **artigo 48º** da LM. Na mediação privada, caso as partes não queiram ou o mediador não queira, estas terão de realizar outro protocolo de mediação com outro mediador.

Outros deveres importantes:

- **Dever de confidencialidade (artigo 26º/d):** o mediador deve rasgar os apontamentos após a sessão terminar, uma vez que está implícito o principio da confidencialidade. Para além de que se as partes pensarem que aquilo que disserem pode ser usado em tribunal, estas nunca falarão metade das coisas.

- **Sugerir a intervenção ou consulta de técnicos especializados quando necessário ou útil ao esclarecimento e bem-estar das partes:** ou seja, o mediador que tenha, por exemplo, formação jurídica não deve aconselhar as partes sobre a questão, apenas deve restabelecer a comunicação entre as partes e procurar auxiliá-las na tentativa de chegarem a acordo. Desde logo, para distinguir o seu papel de mediador da sua formação, mas também para manter a sua imparcialidade.
- **Competência:** assegurar a formação inicial e contínua (al. h) do art 26º da LM); não intervir em mediações para as quais não se sinta preparado (al. g) do art 26º da LM).
Exemplo: mediação familiar com a intervenção do menor, neste caso o mediador pode não ter formação específica para a utilização de técnicas necessárias com o menor e, neste caso, o mediador não deve aceitar a mediação.
- **Respeitar as regras éticas e deontológicas previstas no Código Europeu de Conduta para Mediadores:** todas estas regras também se aplicam.

4.3.3. O princípio da confidencialidade, em específico

Este é um dos mais importantes da mediação, portanto, se tivermos um processo que cumpra todos os outros princípios, mas que não se preveja a confidencialidade, então, não se está perante uma mediação. Para haver mediação, o princípio da confidencialidade tem de estar previsto.

A ideia geral deste princípio é: “o que acontece na mediação, fica na mediação”.

Este princípio é absolutamente fundamental, porque vai permitir que se passe do nível das posições para o nível dos interesses. O conflito tem, pelo menos, dois níveis de profundidade:

→ O que está a superfície, posições iniciais das partes.

Exemplo: se se está a discutir um incumprimento do contrato eu quero que o A me pague 500€, esta é a minha posição. Corresponde à ponta do iceberg que está de fora: o que toda a gente sabe.

→ Mas na mediação é necessário irmos mais fundo e perceber o porquê daquela posição (ex: de eu querer aquelas 500€), e para isso, é fundamental que as partes tenham confiança e se sintam à vontade para se expressarem, explicar os verdadeiros interesses. E as partes ficam descansadas por duas razões:

1. O que elas disserem não pode ser tornado público;

Exemplo: processos de grandes empresas = discute-se um grande segredo da coca-cola

2. O que é dito na mediação não pode ser usado no futuro num eventual processo em tribunal ou em sede de arbitragem, que tenha a ver com o mesmo litígio.

Exemplo: o A deve-me 500€, e este na mediação diz que sim que me deve 500€ (isto é uma confissão). Ele está absolutamente à vontade em dizer isto na mediação porque ele sabe que isto não poder ser utilizado como prova num futuro processo. Imaginando que aquela mediação termina sem sucesso, o mediador sabe que o A deve-me 500€, mas não vai poder ser utilizado como prova num processo judicial. O mediador não vai poder testemunhar que A disse que me devia 500€.

O conteúdo do princípio varia ao longo do tempo e do espaço, mas o seu núcleo tem de estar sempre assegurado.

Em todos os países que tenham um conceito idêntico ao nosso, consagram o princípio da confidencialidade, mas cada estado poderá ter opções políticas diferentes (ex. EUA têm regras mais flexíveis, no que diz respeito à quebra do princípio da confidencialidade, do que na Europa.)

O princípio da confidencialidade aplicado ao mediador

Este resulta de um dever legal:

→ **Artigo 5º/1 da LM** – principal norma, mas há repetição em mais 2 artigos:

→ **Artigo 26º/ al. d) da LM**, para deixar bem claro que o mediador tem esse dever na sua profissão.

É também, uma obrigação contratual:

→ **Artigo 16º/3 / al. d) da LM** – não é bem repetição, mas acrescenta algo – relativamente ao protocolo de mediação, é um contrato que é celebrado no início da mediação e que visa regular os principais aspetos que vão estipular aquela sessão, vai ser assinado pelas partes e pelo mediador, juntamente com a declaração do princípio da confidencialidade, que é uma obrigação contratual, e não só um dever legal – pois daqui vai decorrer as consequências do princípio da confidencialidade não só a nível de responsabilidade extracontratual, mas também poderá haver responsabilidade contratual.

Quanto ao **conteúdo**:

O **artigo 5º da LM** diz que o mediador deve manter sigilo sobre todas as informações de que tenha conhecimento no âmbito da mediação. É necessário definir o conceito de “informações”.

Antes da lei da mediação tínhamos a lei Julgados de Paz que referia que o mediador tinha de manter sigilo quanto às “declarações verbais ou escritas proferidas no decurso da mediação”.

Qual a diferença neste momento? Agora é elencado também as declarações não verbais, tácitas (como expressões como revirar os olhos, etc), assim como os documentos apresentados durante a mediação, como fotografias (antes da LM, por não ser uma declaração verbal nem escrita, portanto não estava abrangido pelo princípio da confidencialidade).

Neste momento, a formulação é mais abrangente permitindo incluir declarações expressas ou tácitas, declarações não verbais, atos, documentos, ou seja, tudo o que se passa na mediação estará abrangido pelo princípio da confidencialidade.

O princípio da confidencialidade tem um **duplo efeito**:

- **efeitos externos**, é o que pensamos num primeiro momento, isto é, o princípio da confidencialidade impede que um mediador saia da sessão de mediação e vá para um jornal expor o que se passou ou que vá testemunhar para um tribunal;
- **efeitos internos**, impedem que o mediador saia de uma sessão privada com uma das partes (A) e vá à sessão privada com a outra parte (B) revelar o que A lhe disse.

Quanto aos **limites**:

O princípio da confidencialidade é importante porque garante o sucesso da mediação, mas há outros valores que são mais importantes do que qualquer sucesso de mediação, valores esses da sociedade. Assim, o princípio não é absoluto e os seus limites encontram-se no **artigo 5º/3 da LM**.

Há dois limites:

- Ordem pública;
- Aplicação ou execução do acordo.

Quanto ao conceito de ordem pública, a lei elencou duas circunstâncias, apesar de no **artigo 5º/3** ser utilizado o termo “nomeadamente”, o que quer dizer que estes são meramente exemplificativos:

1. Proteção do superior interesse da criança
2. Integridade física ou psíquica de qualquer pessoa.

Conceito de ordem pública: são os princípios fundamentais do ordenamento jurídico que se consideram que em nenhum momento podem ser dispensados pelo ordenamento jurídico, conceito indeterminado, sendo que só no caso em concreto é que podemos saber se há ou não razão de ordem pública.

Não basta invocar a ordem pública para quebrar o sigilo, é necessário especificar qual o princípio em causa, fundamentá-la, demonstrar qual é o princípio de ordem pública que está ali a ser violado, por exemplo: direito à vida, à liberdade, dignidade da pessoa humana, à integridade física. Nestes casos, haverá uma razão de ordem pública.

Ou seja, quando é que se considera que o Estado tem interesse em defender aquele direito, que seja de tal forma chocante para que não se possa permitir em Portugal. Ex, em relação ao direito ao trabalho o Estado não acha que tem de intervir. Se está em causa a vida de alguém, não interessa se está numa sessão de mediação, mas não se admite nenhum processo que esteja em causa a vida de alguém ou a sua integridade.

Temos três cenários diferentes para perceber se está em causa ou não a ordem pública:

1º - Ato ilícito praticado durante a mediação – Pode-se prescindir do raciocínio sobre se está ou não a violar a ordem pública, numa simples razão, é que está sempre a violar-se a ordem pública quando é praticado um ato ilícito na medida em que o Estado não poderia permitir fosse utilizado o princípio da confidencialidade para criar uma zona de impunidade no sistema. Aqui o ato ilícito é praticado perante o mediador.

Exemplo: não se pode agredir ninguém na sala de aula, como também não se pode cometer esse crime numa mediação. = o nosso ordenamento jurídico não permite tal situação e, por isso, o princípio da confidencialidade cessa. Deste modo, o mediador pode testemunhar acerca daquilo que viu. Quando se refere facto ilícito pode ser agressão, danificação de um objeto de outra pessoa, injúrias, ameaças (preenchidos o tipo penal).

2º - Ato ilícito praticado no passado – A pessoa confessa durante a mediação que praticou o ato ilícito. Este é o cenário que mais dificuldades coloca, uma vez que pode ser mais difícil destrinçar quando é que o princípio da confidencialidade cessa. Porque em primeiro lugar, o que interessa, não é se no passado o ato colocou em causa um princípio incluído na ordem pública.

Exemplo 1: Marido bateu num vizinho/marido bateu no amante da mulher – Ofensas à integridade física, que põem em causa a ordem pública, mas aquilo aconteceu no passado. Neste momento o mediador não pode fazer nada para que possa contribuir para a reposição da ordem pública, dado que se ele fizer queixa à polícia não vai resolver nada nem repor a ordem pública.

Não está em causa a ordem pública.

Exemplo 2: O marido bateu na mulher, mas tinha sido uma situação pontual (há dois anos atrás) e nunca mais se tinha repetido = aqui não se está a falar de proteção de interesses privados, mas sim de proteção de interesses públicos e, portanto, aqui o raciocínio é saber quais é que são as situações pelos quais o nosso ordenamento jurídico sente que deve intervir. Onde é que se traça o limite? o limite é quando a ordem pública, hoje, ainda está a ser posta em causa e o mediador tem forma de o impedir.

O mediador apercebe-se que naquela mediação há uma situação de violência doméstica, em que reiteradamente o marido bate na mulher. Neste caso há uma violação de ordem pública **atual**, tendo o mediador oportunidade de contribuir para que deixe de haver violação de ordem pública naquele momento ou até tentar pôr fim àquela situação.

A mediação é um mecanismo privado e as partes têm de ter um mecanismo de confiança e, portanto, o Estado intervém na esfera privada apenas na medida do que é necessário, ie, quando está em causa um núcleo de esfera fundamental.

3º - Prática futura de atos ilícitos – está relacionado com ameaças, é um crime atual.

O mediador está numa mediação e uma das partes diz “eu vou chegar lá fora e vou-te matar” – esta situação cabe no tipo penal do **artigo 153º, CP** - crime de ameaça -, pelo que se tem a prática de um ato ilícito **atual**. Portanto, voltamos ao cenário inicial em que o mediador testemunha a prática de um crime. Se estivermos a falar de palavras que são proferidas e que permitem preencher um tipo penal da ameaça. Havendo um crime atual, cessa o princípio da confidencialidade.

Se forem proferidas palavras que nós comumente designamos de ameaça, mas que na verdade não preenchem o tipo penal, então, é necessário ver se naquele caso em concreto a quebra do dever de sigilo pode

contribuir para impedir uma situação que ofenda a ordem pública. No entanto, a professora não conseguiu arranjar nenhum exemplo de uma ameaça que não caiba no tipo penal, mas que ainda, assim, viole a ordem pública.

Exemplos que não violam a ordem pública:

- Duas pessoas na mediação, e uma delas vira-se para a outra e diz “eu estou tao irritado contigo que vou chegar a casa e partir aquele santinho que tu tens lá que era da tua avó e que tu adoras, mesmo não valendo nada.” Não preenche o tipo penal de ameaça, mas é um ato ilícito, porem não ofende a ordem pública.
- Ameaça de revelação de segredos - numa mediação A diz a B “se tu não me pagas, eu vou contar ao teu marido que tens um amante.”

Nota1: nem todos os mediadores são juristas, por isso a nossa lei impôs formação de mediação para a mediação pública ou para a mediação privada onde se pretende que o acordo tenha força executiva nos termos do art 9º da LM. A outra ideia está relacionada com senso comum.

Nota2: quando o mediador decide quebrar o sigilo deve fazer, apenas, na estrita medida do que, em concreto, se revelar necessário para a proteção dos referidos interesses.

- O mediador decide quebrar o dever de sigilo, no caso de violência doméstica, e aceita testemunhar em tribunal.
Mas por exemplo uma das partes é uma celebridade e o mediador vai expor a situação para uma revista – Isto já é ir além do que é estritamente necessário para proteger o interesse.

A execução do acordo

O que se passa na mediação não se confunde com o resultado da mediação. Diferentemente é o acordo que resulta da mediação. Assim, a nossa lei refere que o mediador não pode testemunhar sobre o que se passou, mas pode testemunhar sobre o resultado daquela mediação, se for necessário para garantir a execução daquele acordo.

Exemplo: o mediador pode testemunhar dizendo o que foi acordado naquela mediação: dizer que foi acordado que o A pagaria ao B 500€. Ou seja, o mediador não pode é justificar o porquê de terem chegado àquele acordo.

No caso da mediação terminar sem acordo, à partida não há necessidade de testemunhar isso, porque há um documento que vai alegar que a mediação terminou sem acordo.

Não pode testemunhar sobre as razões que levaram a determinado acordo ou sobre as soluções que foram discutidas, mas sobre as quais não houve consenso.

O acordo das partes? Pode ser relevante se não tiver ficado registado por escrito, o que era uma violação da mediação, mas pode acontecer.

Pode ser importante o depoimento do mediador quando há acordo escrito, mas há divergência na interpretação do acordo e ele pode ajudar a clarificar qual era exatamente o conteúdo do acordo.

As partes podem, por acordo, quebrar o dever de sigilo do mediador?

As partes chegam ao fim, não chegaram a acordo e vão para tribunal e depois pedem, por acordo, ao mediador que vá testemunhar sobre alguma coisa que assistiu, é possível?

No fundo, é saber se o **artigo 5º** contém uma norma imperativa ou supletiva?
Norma imperativa é aquela que não pode ser afastada por acordo das partes; norma supletiva pode ser afastada por acordo das partes.

A lei 29/2013 (lei da mediação) é a transposição de uma diretiva europeia. Essa diretiva 20/52/CE art 7º/1 continha que “os Estados-Membros devem assegurar que, salvo se as partes decidirem em contrário, nem os mediadores, nem as pessoas envolvidas na administração do processo de mediação sejam obrigadas fornecer provas em processos judiciais ou arbitragens civis ou comerciais, no que se refere a informações decorrentes ou relacionadas com um processo de mediação, exceto [...]”.

Esta diretiva tem também outra norma (artigo 7.º/2 da Diretiva 2011/52/CE) que determina que “nada no n.º 1 obsta a que os Estados-Membros apliquem medidas mais rigorosas para proteger a confidencialidade da mediação”.

Ou seja, a regra é por acordo das partes o dever de sigilo pode ser levantado, mas permite que os Estados-Membros encontrem outras soluções mais rigorosas para proteger o princípio da confidencialidade. E foi isso que a nossa lei portuguesa fez, isto é, determinou que os únicos casos em que o princípio da confidencialidade pode ser quebrado pelo mediador são os casos do **artigo 5º/3 da LM**. Deste modo, verifica-se que a lei portuguesa não permite que as partes, por acordo, levantem o dever de sigilo do mediador.

Deve concluir-se que utilizou a prerrogativa do **artigo 7º/2**, sendo mais restritiva na possibilidade de quebra de confidencialidade.

Qual é o objetivo do princípio da confidencialidade?

Garantir que as partes têm a confiança necessária numa sessão de mediação. O outro objetivo que poderia haver era o de proteção do mediador, isto é, este tem direito que o seu trabalho não seja posto em causa fora da sessão de mediação.

Para a professora este argumento não faz sentido, na medida em que, o mediador é profissional e está a exercer a sua profissão. Não lhe parece que seja um interesse atendível. O interesse do mediador é manter secreto o que se passa na mediação, o conteúdo é das partes, ele apenas as auxilia.

As partes protegidas pela norma deviam poder derrogá-la para seu próprio interesse.

4.4. Questões jurídicas suscitadas pela mediação

Existem essencialmente quatro questões a discutir que são suscitadas pela mediação. São elas:

1. Validade e efeitos da convenção de mediação;
2. A compatibilidade dos esquemas e mediação obrigatória com a constituição e com a lei;
3. A mediação facilitadora e interventiva;
4. A homologação judicial do acordo de mediação

4.4.1. A convenção de mediação: validade e efeitos

Existem três negócios jurídicos relacionados com a mediação:

- Protocolo de mediação
- Acordo
- Convenção de mediação

O que é a **convenção de mediação**? A convenção de mediação é o contrato ou a cláusula contratual inserida num contrato – natureza contratual - através da qual as partes decidem submeter um determinado litígio a mediação.

A circunstância de as partes decidirem submeter litígios a mediação, não quer dizer que iniciem a mediação. Se não houver nenhum litígio, não será preciso protocolo de mediação, e não haverá motivo para chegar a acordo sequer. Assim, a convenção de mediação não presume a existência de um protocolo de mediação, nem um protocolo de mediação presume uma convenção de mediação.

A convenção de mediação e o protocolo de mediação diferem também por terem um objeto diferente e por o protocolo de mediação exigir participação do mediador, enquanto a convenção não.

Requisitos gerais de validade:

- **Capacidade de exercício:** as convenções de mediação celebradas por menores, por exemplo, são inválidas.
- **Legitimidade**
- **Determinabilidade do objeto:** o objeto do acordo tem de ser determinável.

Requisitos específicos de validade:

- **Mediabilidade do litígio:** o litígio tem de ser mediável (**artigo 11º**). O critério de mediabilidade é o da arbitragem: critério da patrimonialidade. Mesmo nos casos em que não se verifique o critério da patrimonialidade temos o critério da transigibilidade que se reconduz à ideia de disponibilidade - para saber isto, vamos ter de saber se o direito é, ou não, disponível. Este critério é bastante amplo. O critério da patrimonialidade pode levantar a questão de saber se estas regras são aplicáveis aos litígios de mediação familiar e laboral. O conceito de mediação civil e comercial exclui, por si só, litígios familiares e laborais (**artigo 10º**), sendo a ideia da lei dizer que não é preciso prever isso na lei da mediação porque já temos sistemas públicos que tratam disto. Porém, também pode haver mediação privada em matéria laboral e familiar. Quando a mediação laboral e familiar são privadas, são extensíveis as regras do **artigo 11º e ss**. A mediação penal é tudo menos mediação civil e comercial, não se podendo aqui estender estas normas para a mediação penal, como se pode para a laboral e familiar. Assim, não existem regras específicas para a mediação penal fora do sistema público.
- **Litígios eventuais emergentes de uma relação contratual (artigo 12º/1):** são litígios eventuais aqueles que ainda não se concretizaram em oposição a litígios atuais. Olhando apenas para o **artigo 12º/1** parece que as partes só podem celebrar convenções de mediação quanto a litígios eventuais. A principal questão é que as partes, surgindo o litígio e pretendendo ambas recorrer à mediação, podem sempre partir para aqui sem celebrar uma convenção. O problema é que só a celebração de uma convenção de mediação tem efeitos processuais que só se produzirão desta forma. Os tipos de litígios referidos são os litígios eventuais emergente dessa relação jurídica contratual. Não se poderia, então, celebrar uma convenção quanto a um litígio de vizinhança, porque a relação não é contratual. Á partida estamos em matéria civil e comercial o que muitas vezes pressupõe uma relação contratual, porém, não parece ser justo excluir questões como litígios de vizinhança. Assim, deverá poder estender-se o âmbito de aplicação do artigo 12º/1 a questões de vizinhança, desde que versem sobre matéria civil ou comercial.
- **Forma escrita (artigo 12º/2):** a forma escrita é definida na mesma forma que o é para a convenção de arbitragem. A única questão que se discute é se este é um requisito de validade. É um requisito ad substantia e não ad probationem.

Qual a importância da celebração de uma convenção de mediação? Se as partes celebraram uma convenção de mediação num primeiro momento e quando o litígio se concretiza uma delas propõe uma ação judicial, o que fazer?

Existem três tipos de respostas constantes na doutrina e jurisprudência:

- 1- **Inadmissibilidade da ação:** o tribunal deve julgar inadmissível esta ação, o que implica absolver o réu da instância e que as partes tenham de submeter primeiro o litígio a mediação. O problema associado relaciona-se com o efeito da convenção da mediação. Se as partes mostraram vontade em recorrer a mediação através da convenção, temos que lhe atribuir algum conteúdo útil. Quando a ação é julgada

inadmissível, volta-se à mediação e só quando esta falhar é que se volta a tribunal. Isto origina um problema de eficiência e economia processual.

- 2- **Responsabilidade obrigacional:** a convenção de mediação é um contrato, pelo que se for incumprido haverá consequências. A responsabilidade civil tem como pressupostos
- 3- **Suspensão da instância e remessa do processo para mediação:** proposta a ação judicial, o juiz deve, em vez de absolver o réu da instância, o juiz remete as pessoas para mediação continuando a ação judicial pendente. Se as partes não chegarem a acordo na mediação, volta-se ao tribunal sem necessidade de colocar uma nova ação judicial. Esta solução é que permite atribuir uma maior efetividade à convenção de mediação porque permite encaminhar as partes para a mediação e assegura uma maior eficiência e economia processual porque não exige a propositura de uma nova ação.

Olhando para o **artigo 12º/4**, o que está previsto é precisamente a suspensão da instância e remessa do processo para mediação.

Quanto a esta regra, alguns aspetos importantes:

- Através do princípio da voluntariedade as partes comprometem-se antes ou depois do surgimento do litígio a submete-lo a mediação. Mas quando as partes se comprometem a submeter o litígio a mediação, a qual das fases do processo nos referimos? Pré-mediação, protocolo de mediação, ou mediação?

Esta questão nunca foi sequer discutida, pelo que não há respostas certas ou erradas.

Numa situação em que as partes tenham convencionado recorrer à mediação é porque já a conhecerão, pelo que poderá fazer sentido que a vinculação seja já à própria mediação. Há, contudo, um problema que não se consegue ultrapassar. Se a convenção de mediação diz respeito à própria mediação, como explicamos a existência do momento 2 – o protocolo de mediação? O protocolo de mediação tem que ter celebrado entre o mediador e as partes.

O princípio da voluntariedade está sempre assegurado pela convenção da mediação. Só há pré-mediação porque as partes assim manifestam.

- A Lei de RAL de consumo prevê no **artigo 13º** que o efeito processual da suspensão da instância e remessa do processo para mediação só se aplica ao profissional. Isto é:

- 1- Se a ação foi proposta pelo profissional contra o consumidor, o juiz deve remeter o processo para mediação e se não houver acordo, continuar a ação judicial.

- 2- Se a ação foi proposta pelo consumidor contra o profissional, a ação procede.

Isto seguiu-se a uma discussão que já existia sobre se as cláusulas de mediação seriam abusivas por afastarem o direito de acesso aos tribunais. Ao professor sempre pareceu que esta discussão não tinha grande sentido

A lei optou por introduzir esta diferença de regimes, o que quer dizer que os litígios de consumo, apesar de uma cláusula de mediação, o consumidor tem sempre a palavra final quanto à mediação.

Uma vez proposta a ação, se o réu nada disser, a ação procede – renuncia à convenção de mediação. Uma parte renunciou à convenção ao propor a ação em tribunal e a outra ao nada dizer quanto a isto.

Pode o juiz conhecer da validade da convenção de mediação?

No momento em que a ação é proposta, pode o juiz antes de remeter o processo para mediação pode ou deve conhecer a validade da convenção da mediação? O que acontece quando a convenção é inválida? Aí o tribunal não tem jurisdição.

Temos uma questão diferente do que acontece na arbitragem em que se entende que na maior parte dos casos, confrontado com a alegação da invalidade, o juiz deve remeter o processo para o tribunal, mesmo assim – critério da manifesta nulidade. Isto faz sentido porque vai remeter o processo para um órgão também ele com competências jurisdicionais.

No caso da mediação, não faz sentido falar de um critério para aferir a competência – essa não é a sua função. O mediador está ali para restabelecer a comunicação das partes e ajudá-las a chegar a um acordo e

não para avaliar a validade da convenção de mediação. Isso só fará sentido quando seja de conhecimento oficioso, ou se alguma das partes o tenha arguido. Depois, a avaliação pelo juiz dependerá da aplicação das regras processuais. Porém, o ponto onde se quer chegar é que se o juiz não aferir esta questão, o mediador também não o fará.

Exemplo: A propõe a ação em tribunal. B suscita a convenção de mediação, A deve arguir a sua invalidade para que o juiz decida (ou não).

O juiz deve suspender a instância quando esteja em causa um procedimento cautelar?

O juiz não deve suspender a instância quando esteja em causa um procedimento cautelar.

Quando as partes celebram a convenção podem não ter prefigurado a situação como uma situação de urgência como se veio a revelar. Para além disto, suspender a instância podia levar a que se perdesse o sentido útil da decisão.

Assim, deve prosseguir-se com a ação, proferir a ação cautelar e depois na ação principal, com a tutela cautelar assegurada sim, deve suspender-se a instancia e remeter as partes para mediação.

Já havendo providência cautelar, as partes já não partem da mesma posição porque uma das partes já tem parte do pretendido, mas é preferível a esbarrar com o periculum in mora.

Nota: A lei não prevê nada acerca destas duas últimas questões.

4.4.2. A compatibilidade dos esquemas de mediação obrigatória com a Constituição e com a Lei

Vantagens:

- Descongestiona os tribunais;
- Suscita a questão do acordo quando as partes à primeira vista achem que este não será possível;
- Pode fazer sentido para questões menores: questões mais pessoais, crimes contra a honra

Desvantagens:

- Violação do direito de acesso aos tribunais e do princípio da tutela jurisdicional efetiva por dificultar ao cesso à justiça e porque as partes vão encarar essa parte processual como algo a ultrapassar para terem a tutela do seu direito;
- O princípio da voluntariedade é fundamental na mediação e não pode ser prescindido; tem um caráter fundamental;
- A mediação não pode ser eficaz se não for vontade das partes quererem a mediação: só assim a mediação pode ter sucesso;
- É uma forma de estragar a visão da mediação: se a mediação não resultar do acordo, então isso só vai aumentar o descontentamento porque vão haver maiores custos e maior dificuldade no acesso aos tribunais;

Compatibilidade dos sistemas de mediação obrigatória com o direito de acesso à justiça (artigo 20º, CRP e artigo 6º, CEDH)

Há vários Ordenamentos Jurídicos que preveem sistemas de mediação obrigatória: Alemanha (para pequenos litígios), Itália (para alguns litígios), Brasil (para alguns litígios), Argentina...

Em Inglaterra, desde o acórdão Boswick, é a jurisprudência que a mediação obrigatória coloca em causa o princípio de acesso à justiça. Este acórdão baseia-se num acórdão do TEDH que tratava uma situação em que a parte era não só compelida a usar um mecanismo de resolução alternativa, como de resolvê-lo pro aquela via; não havia, portanto, possibilidade de ir depois a tribunal.

Tribunal de justiça da UE: não viola o princípio de acesso aos tribunais desde que:

- Não pode ser imposta uma solução;
- O litígio tem que ser resolvido num prazo curto, com suspensão dos prazos, com custos reduzidos;
- Haja possibilidade de obter tutela cautelar;

Em Portugal há jurisprudência constitucional que diz que a mediação obrigatória não viola o princípio de acesso à justiça. A maioria reconhece que sim, restringe, mas numa forma proporcional, não havendo violação do princípio de acesso à justiça. Temos que conseguir justificar qual o objetivo a ser tutelado: o da administração da justiça (evitar ou minorar a crise quantitativa e qualitativa da administração da justiça).

Paula Costa e Silva defendeu que a referência ao acesso à justiça nos textos internacionais e constitucionais não significa acesso irrestrito e imediato aos tribunais judiciais “se a limitação imposta puder considerar-se justificável atendendo às finalidades que lhe presidem e não implicar uma desvantagem proporcional para as partes, estará salvaguardada a sua conformidade com aqueles textos”.

Para saber se a mediação pré-judicial obrigatória obedece aos padrões constitucionais é necessário analisar se há justificação razoável para a sua imposição. Obrigar a mediar pode ter uma de duas justificações:

- Uma afetação mais racional dos recursos da justiça;
- Uma nova abordagem ao conflito e à forma da sua resolução;

Num sistema ideal, os meios de resolução de litígios seriam alternativos entre si. Em função do tipo de conflito, as partes deveriam ser reencaminhadas para o meio que melhor o resolvesse. Todos os mecanismos seriam alternativos entre si e obrigatórios em conjunto. Este seria um sistema ideal, na lógica dos tribunais multiportas de que se falou inicialmente

Uma análise atenta do direito de acesso à justiça facilmente nos leva à conclusão que o que se pretende é proibir o Estado de impedir o exercício dos direitos pelos cidadãos. Ou seja, se o Estado impedir que uma pessoa exerça em tribunal o seu direito, estará a esvaziá-lo de conteúdo útil. Só deve, assim, falar-se de restrições inconstitucionais ao direito de acesso à justiça quando essa restrição impeça efetivamente o exercício do direito.

Ora, não é de todo isto que está em causa quando se institui a obrigatoriedade da mediação. Pelo contrário, a intenção não é dificultar o exercício dos direitos, mas a oposta, a de aproximar a justiça ao cidadão.

É claro que esses sistemas têm de cumprir alguns requisitos ao nível das garantias dos particulares, como um prazo máximo relativamente curto, custos razoáveis, imparcialidade e independência do mediador e proteção do conteúdo das sessões através de confidencialidade.

Conclui-se que a possibilidade de mediação obrigatória não afasta nunca o recurso aos tribunais (estaduais ou arbitrais), mas apenas a dilata no tempo, não sendo por isso inconstitucional.

Mecanismos de mediação induzida

Aqueles em que a mediação não é imposta, mas há incentivos ou a intervenção e um terceiro a propor a mediação. Pode ser o juiz a propor a mediação, por exemplo. Pode argumentar-se que este tipo de mediação suscita questões relacionadas com a imparcialidade

Discute-se também as consequências a nível de custas. Podemos pensar de duas formas:

- Incentivos positivos: mediação como a redução das custas;
- Incentivos negativos: se não recorrer tem agravamento de custas;

Compatibilidade com o princípio da voluntariedade

No momento inicial da mediação, a voluntariedade é um dos aspetos mais importantes.

Os sistemas de mediação instituídos no nosso país são voluntários, sendo necessário o consentimento de ambas as partes. Para além disto, a Lei da Mediação refere no seu **artigo 4º**, que as partes podem, a qualquer momento, revogar o seu consentimento para a participação do processo de mediação.

O **artigo 273º do CPC** estatui a possibilidade de o juiz determinar a remessa do processo para mediação, aparentemente sem colher previamente o consentimento das partes. No entanto, ainda de acordo com esta norma, a oposição expressa de uma das partes impede a remessa. Assim, fica garantida a voluntariedade, porque qualquer uma das partes pode recusar participar na mediação, ainda antes do seu início. No entanto, pode também dizer-se que a parte pode não se sentir completamente livre para recusar a remessa do processo, na medida em que isso contrariaria a vontade do juiz, podendo a parte recear que tal lhe traga dissabores na resolução do seu caso.

Será a instituição de mediação obrigatória produtiva?

A mediação pressupõe o pleno domínio das partes, ou seja, o seu total envolvimento e responsabilidade. Ora, se as partes estiverem obrigadas a mediar, tal impossibilita este domínio. Pode ainda inviabilizar o sucesso da mediação. É que as partes tenderão a encará-la como mais uma fase processual, dilatária da resolução do litígio. Mas isto não é um dogma, faltam ainda experiências neste sentido.

A doutrina tem entendido que no momento atual, a instituição da obrigatoriedade da mediação seria contraproducente em Portugal. Por outro lado, porém, o desenvolvimento da mediação não tem sido o esperado. As estatísticas disponíveis espelham alguma diminuição dos números.

Face a este panorama, uma solução poderia ser a instituição de obrigatoriedade de mediação em algumas matérias ou de pré-mediação.

O professor diria que:

- Verificadas certas garantias nada obsta à existência de um sistema de mediação obrigatória: não obsta o direito de acesso à justiça que só implica que em algum momento as partes possam recorrer a tribunais, nada diz sobre ter que recorrer a este mecanismo logo de início.
- Não pode haver imposição de uma decisão;
- O processo tem de recorrer num prazo curto;
- Os custos não podem ser excessivos para que aquela via tenha uma acessibilidade económica
- Tem de se suspender os prazos da prescrição e da caducidade;
- Tem que se permitir a tutela cautelar se for precisa uma tutela de urgência, afastando-se nestes casos a mediação obrigatória

A utilidade da mediação leva o professor a restringir a solução quanto a fazer sentido existir um sistema de mediação obrigatória, ou seja, que as partes sejam confrontadas num primeiro momento com aquilo que é a mediação.

Um sistema de mediação obrigatória teria que ser filtrado quanto ao tipo de litígios a que seria aplicado. Defende-se então uma pré-mediação obrigatória consoante o tipo de litígio em causa.

4.4.3. A mediação facilitadora e interventiva

O essencial da mediação é o pleno domínio do processo pelas partes – empowerment. É nas partes que reside a solução do problema e é através delas que se encontra a solução adequada e justa.

Este princípio consta da lei da mediação ao referir-se a voluntariedade na procura do acordo, ao definir-se o mediador como alguém que apenas assiste e não impõe (**artigo 2º/b, LM**), ao estabelecer-se como dever do mediador que se abstenha de impor qualquer acordo (**artigo 26º/b, LM**).

Para que exista mediação, o aspeto essencial é o de o mediador se encontrar no mesmo nível do que as partes, sem poderes de autoridade, mantendo estas total liberdade em todas as fases do processo. O mediador tem apenas como função restabelecer a comunicação entre as partes. A partir daí podem existir vários níveis de intervenção do mediador, justificando-se uma postura mais ativa nuns casos e mais passiva noutros.

Distingue-se, então:

- Mediação interventiva: pressupõe uma postura mais ativa do mediador, não se limitando a trazer as partes ao diálogo, mas agindo também ao nível da questão. Neste modelo será natural a possibilidade de o mediador apresentar propostas.
- Mediação facilitadora: centra o trabalho do mediador na reabertura das pessoas ao diálogo, tentando que a sua intervenção seja o menos visível possível, embora determinante.

Na lei da mediação, concretamente no **artigo 26º/b**, estabelece-se que o mediador deve “abster-se de impor qualquer acordo aos mediados”, o que concorre para a ideia de que o nosso sistema jurídico assumiu uma mediação facilitadora.

No entanto, há quem defenda que a imposição de um acordo pressupõe que se exerce algum tipo de pressão para que esse acordo seja aceite, o que não é aceitável na mediação, uma vez que contende com o princípio da voluntariedade; mas a mera formulação de propostas, pelo contrário, não contende com aquele princípio.

Uma das vantagens da mediação é a flexibilidade do processo, pelo que poderá fazer sentido que o mediador, consoante o caso concreto, possa assumir uma posição de maior ingerência. Isto é, poderá ser vantajoso que o mediador tenha a possibilidade de intervir mais ou menos, conforme considere adequado ao caso.

4.4.4. A homologação judicial do acordo

Por regra, a homologação é facultativa (**artigo 14º/1 da LM**). A homologação é facultativa sobretudo devido ao princípio da confidencialidade: podem as partes pretender que o acordo não se torne público, ora porque estão em causa importantes interesses, ora porque estão em causa detalhes relacionados com a vida privada, etc.

As exceções inserem-se no âmbito dos julgados de paz e quando esteja pendente uma ação judicial, a homologação do acordo é obrigatória.

Apesar de isto estar previsto para a mediação pré-judicial (**artigo 14º**) também se aplica nas mediações que ocorram no âmbito da mediação judicial.

Artigo 163º e 164º, CPC: o acesso aos autos é limitado quando isto possa causar dano à vida privada ou familiar das pessoas, ou pôr em causa a eficácia da decisão proferida. Havendo homologação, o acordo de mediação vai ser incorporado na decisão que é pública, pelo que é possível consultar a decisão e ter acesso ao seu conteúdo.

Para além de ser facultativa, o **artigo 14º/2** levanta a questão de se alguma das partes quiser requerer a homologação não o poder fazer sozinha: tem que ter o consentimento da outra parte.

Isto quer dizer que de acordo com este artigo, a homologação não é uma forma de impor o acordo à outra parte. Isto é, se uma das partes não cumprir com o acordo de mediação e este não tiver força executiva (porque o mediador não estava inscrito, p. ex), a parte pode ou não requerer a mediação? Não se a outra parte não estiver de acordo.

Podemos, todavia, ter uma situação em que uma das partes antes de haver incumprimento pretende a homologação, ou uma situação em que a parte requer a homologação porque a outra não está a cumprir. Havendo incumprimento, a regra não faz muito sentido.

A ação pode ser proposta a todo o tempo, em qualquer tribunal competente em razão da matéria (**artigo 14º/2**), tendo este processo natureza urgente (**artigo 14º/4**).

A ação de homologação pode ser proposta em qualquer momento em qualquer tribunal judicial competente em razão da matéria. Numa mediação em relação a matéria administrativa, por exemplo, tem de se recorrer a um tribunal administrativo.

Em suma, quando a lei não imponha, a homologação é facultativa. Esta carece do consentimento de ambas as partes. A ação proposta para obter homologação do acordo pode ser proposta a qualquer momento em qualquer tribunal competente em razão da matéria. Este é um processo com natureza urgente.

A **homologação facultativa** tem duas utilidades:

1. Quando o acordo não tenha executoriedade direta (artigo 9º) por falta de um dos requisitos, passa a ter força executiva. A partir do momento em que seja homologado por um juiz, o acordo está integrado numa sentença e então já beneficia da força executiva da sentença, formando já um título executivo.
2. Se as partes quiserem atribuir ao acordo eficácia no estrangeiro, será importante a circunstância de ser um título executivo judicial.

A **homologação é obrigatória**:

- Nos termos da lei dos julgados de paz: nos julgados de paz a fase de mediação insere-se no contexto da própria tramitação processual. Temos uma fase inicial (dos articulados) onde se inclui a pré-mediação ou a pré-mediação e a mediação. Se as partes não chegarem a acordo a ação procede para julgamento; se as partes chegarem a acordo a homologação é obrigatória (**artigo 56º, LJP**).
- Nos termos do código processual civil em que se prevê que se as partes em algum momento recorrerem a mediação na pendência do processo, ora por sua iniciativa, ora por sugestão do juiz, o acordo a que as partes cheguem no âmbito dessa mediação, o acordo que daí saía deve ser homologado pelo juiz (**artigos 273º/5, CPC e 25º, LM**).
- Nos termos da Lei tutelar das crianças (Lei 51/2015) que prevê que qualquer acordo em que se chegue na pendência da ação, deve ser homologado pelo juiz, sobretudo por estar em causa o interesse da criança.

Em que casos pode o juiz recusar a homologação? Os fundamentos para recusa encontram-se no **artigo 14º/3** e são eles:

- Litígio insuscetível de mediação
- Incapacidade das partes
- Violação da ordem pública
- Contrariedade aos princípios gerais de direito e à boa-fé ou abuso de direito

Que fundamentos temos no artigo 9º para a força executiva do acordo?

- Mediabilidade
- Capacidade das partes
- Conformidade com a ordem pública

- Conformidade com a lei da mediação
- Mediador certificado
- Homologação facultativa

Quais as diferenças do artigo 14º/3 para com o artigo 9º? Os princípios gerais de direito, a boa-fé e o abuso de direito fazem já parte da boa-fé, pelo que o elenco do **artigo 14º** acerca da recusa de homologação é muito semelhante ao do **artigo 9º**.

Se no processo de mediação não houver protocolo de mediação entre as partes e o mediador, o que acontece? O acordo tem executoriedade direta? Não tem executoriedade num primeiro momento, mas deve ser homologado num segundo momento sobre o juiz.

A formação do mediador corresponde a um dever? E quais as consequências daí resultantes? O princípio da competência parece ser relevante apenas nos sistemas públicos de mediação, exigindo-se que haja apenas formação nuns casos e formação específica noutros. Na mediação privada, o professor não acha que tenha que haver alguma formação específica. Assim, se as partes quiserem homologar o acordo, o facto de o mediador não ser certificado não é motivo para recusar a homologação. Esta apenas não é dada diretamente.

Casos especiais:

A questão que se pode colocar tem que ver com a possibilidade de recusa de homologação pelo juiz no caso de haver violação dos princípios da mediação. Por exemplo, o mediador não teve um tratamento equidistante entre as partes. O juiz pode recusar a homologação? E com base em quê? O acordo de mediação que saia daqui contraria a ordem pública e, portanto, o juiz pode recusar a homologação com base no artigo 14º/3.

E no caso da inobservância de regras imperativas? Pode ou não homologar? Não faz sentido homologar um acordo que importe a inobservância de regras imperativas, mas onde se pode incluir a inobservância de normas imperativas atendendo ao **artigo 14º/3**? Há várias formas de resolver o problema?

1. A professora MFG diz que só é fundamento para a recusa quando integre a ordem pública. Os dois argumentos são que a apreciação do juiz é liminar, não é possível produzir prova. Como a apreciação é liminar e não se pode produzir prova não se pode entrar nessa questão. Para além disso, num argumento de igualdade de razão para com os fundamentos de anulação da sentença arbitral.
2. O professor JMC defende que o juiz pode e deve recusar a homologação. Por um lado, admitir-se-ia a mediação para obter um efeito que de outra forma não obteriam porque o direito não permite; por outro, porque o mediador não controla o conteúdo do acordo.

O professor acha que é importante lembrar que de acordo com a voluntariedade se atribui um papel relevante à vontade das partes. Será que esse papel permite afastar regras imperativas? O professor tem dúvidas, mas também tem de ser reconhecer uma liberdade às partes para fixarem soluções criativas que não correspondam ao previsto na lei.

Estas soluções não têm, contudo, que ir contra a lei. Se o juiz concluir tendo em conta os dados que tenha, que efetivamente há ali uma violação de uma norma imperativa o juiz deve recusar a homologação. Mas com que base legal? Na opinião do professor com base numa contrariedade aos princípios gerais de direito.

Esta é uma questão discutida, sendo possível argumentar nos dois sentidos. O importante aos responder a esta questão é expor o raciocínio e concluir se o juiz deve ou não recusar a homologação?

Em caso de **recusa de homologação** o acordo não produz efeitos (**artigo 14º/5**) e as partes podem efetuar um novo acordo e submetê-lo a homologação no mesmo processo no prazo de dez dias.

4.5. Os sistemas públicos de mediação

Temos essencialmente quatro sistemas públicos de mediação:

- Julgados de paz (**Lei 78/2001**)
- Mediação laboral (**protocolo de acordo**)
- Mediação penal (**Lei nº 21/2007**)
- Mediação familiar (**Despacho 13/2018**)

A lógica dos **julgados de paz** é a da proximidade com o cidadão. Ainda assim, a rede de julgados de paz não abrange todo o território nacional.

Os julgados de paz têm competência para julgar alguns litígios civis e criminais (**artigo 8º, 9º, LJP**).

Quanto a questões civis, os julgados de paz julgam, nomeadamente, questões de cumprimento de obrigações (exceto quando a obrigação seja pecuniária e emerja de um contrato de adesão) e questões de relações de vizinhança.

Já no que concerne aos litígios criminais, não estamos aqui perante o nucelo do processo penal, mas sim perante a possibilidade de se julgar pedidos de indemnização cível de uma participação criminal.

O **sistema de mediação familiar** resolve litígios relacionados com, por exemplo, responsabilidades parentais, divórcio e separação de pessoas e bens, alimentos (**artigo 4º do despacho**) e funciona em todo o território nacional.

O **sistema de mediação laboral** estabelece que são mediáveis todos os litígios laborais com exceção dos relativos a direitos indisponíveis ou a acidentes de trabalho (**artigo 1º/1 do protocolo**). Assim, litígios relacionados, por exemplo, com a licença de paternidade ou o direito a férias não serão mediáveis. Já questões relacionadas com a alteração do posto de trabalho, serão. Este sistema de mediação funciona, também, em todo o território nacional.

O **sistema de mediação penal** integra-se numa ótica de justiça restaurativa – interessa reparar as situações emergentes da prática do crime e restaurar a relação entre as partes. A mediação permite que as partes reparem de certa forma a relação anterior e que, através do acordo, o arguido repare as consequências decorrentes do facto ilícito.

O sistema de mediação penal tem também cobertura territorial limitada.

Em que casos será a mediação penal admissível?

- Não inclui crimes públicos (**artigo 2º/1**): estão em causa direitos públicos, daí que a vontade das partes não seja relevante nem no momento de apresentação da queixa, nem nos momentos subsequentes.
- Quanto aos crimes semipúblicos e particulares, são em princípio mediáveis, mas temos que aferir se, em concreto, o serão: temos que ver as limitações dos **artigos 2º e 3º**.

4.5.1. O acesso à lista de mediadores

Este acesso é feito por concurso público e tem como requisitos:

Gerais:

- Capacidade civil e política;
- Domínio da língua portuguesa;

Específicos:

- Experiência profissional
- Idade superior a 25 anos (SJ, SML e SMP); no caso de SMF não há limite de idade, pedindo-se pelo menos os 18 anos, se tiver licenciatura, o que é difícil;

- Ausência de condenação pela prática de um crime doloso (JP e SML);
- Idoneidade para o exercício da atividade (SMP e SMF);
- Nos julgados de paz exige-se uma licenciatura e o curso de mediação certificado, o que quer dizer;
- Na mediação penal exige-se licenciatura ou experiência profissional adequada; exige-se ainda o curso de mediação penal;
- Na mediação laboral exige-se uma licenciatura adequada e o curso de mediação laboral;

Os sujeitos com **iniciativa para a mediação** também variam consoante o sistema

- Nos **julgados de paz** a pré-mediação é uma fase processual, mas qualquer das partes pode afastá-la (**artigo 49º, LJP**).
- **Sistema de mediação familiar:** juiz, conservador do registo civil e parte(s)
- **Sistema de mediação laboral:** juiz, parte(s), conservador do registo civil
- **Sistema de mediação penal:** Ministério Público, ambas as partes (**artigo 3º/1, LMP**)

Custos: uma das principais vantagens apontadas à mediação é a sua acessibilidade por contraposição aos meios judiciais.

O recurso à mediação penal é gratuito, enquanto nos restantes sistemas existe um custo:

- **Sistema de Mediação Laboral e Sistema de Mediação Penal:** 50€ por parte
- **Julgados de Paz:** as custas do processo já incluem a mediação (35€ por parte)
- Na **mediação familiar** quando estamos perante a lei tutelar de menores também se prevê a gratuidade (**artigo 24º/1, 141/2015**)

Aspetos específicos:

- Mediação penal:

- A escolha do mediador é feita pelo Ministério Público (**artigo 6º/1, portaria 68º-C/2003**);
- Temos um segundo limite relacionado com o acordo: as partes não podem acordar tudo aquilo que entenderem (**artigo 6º/2**). Não podem prever sanções privativas da liberdade, deveres que ofendam a dignidade do arguido ou cujo cumprimento se deva prolongar por mais de seis meses;
- Se as partes chegarem a acordo, o acordo terá que ser homologado pelo Ministério Público (**artigo 5º/6, LMP**).

Mediação familiar:

- Participação dos menores: que fatores devem ser considerados quando se pensa na intervenção a criança na mediação?
 - Idade
 - Tipo de litígio
 - Abordagem cautelosa/especializada
 - Avaliação prévia
 - Consentimento (menor, partes)

A participação do menor pode levar a que tenham que ser adotadas técnicas específicas, nomeadamente quanto à comunicação utilizada. A idade parece também ser um critério legítimo, uma vez que crianças muito novas poderão não contribuir com o necessário para uma sessão de mediação. Verificando tudo isto, parece não haver porque impedir o menor de participar na mediação.

Então e o avô e a avó que vão buscar a criança à escola, será que podem participar na mediação?

- A lei prevê em alguns casos a homologação do acordo pelo Ministério Público ou pelo conservador (**artigos 1776º e 1766º-A, CC**);

4.6. Barreiras à utilização da mediação

Já vimos que em Portugal o panorama da mediação não é animador, mas e a nível europeu? Será este um problema em Portugal ou na Europa?

Em quase 70% de países não há menos de 2000 mediações por ano. Porém, há países que se destacam e que têm mais de 10000 mediações por ano: Itália, Alemanha, Reino Unido e Holanda. Em dois destes países existem sistemas de mediação obrigatória para determinados tipos de litígios (Alemanha e Itália), mas no caso dos outros dois países não há qualquer mediação obrigatória e esta é à mesma bastante utilizada.

Os países com menor número de processos de mediação são Portugal, Croácia, República Checa, Chipre, Malta, Grécia, Finlândia, Luxemburgo, Lituânia, Letónia, Estónia e Bulgária.

Porque é que apesar das vantagens que produz a mediação não alcança os números esperados? Isto tem a ver com várias barreiras que afetam as partes, o juiz e os advogados. Elas são, desde logo:

- Aspectos psicológicos:
 - Desejo de fazer justiça e apurar responsabilidade: o foco da mediação é resolver o problema e chegar a um consenso e não apurar responsabilidades e procurar justiça.
 - Aversão a perdas em condições de incerteza: temos um acidente em que o nosso carro sofre danos no valor de 15mil€ e que para além disso tivemos despesas médicas no valor de 2mil€. Imagine-se que temos duas possibilidades: é-nos oferecido 15mil€ se chegarmos a acordo sem recorrer a tribunal; ou é-nos oferecido 11mil€. Quanto aos 15mil deve conseguir chegar-se a acordo, mas quanto aos 11mil não porque já perdeu muito. Num estudo psicológico demonstrou-se que quanto aos 15mil se a proposta permitir acorrer ao dano a parte tem tendência a aceitar esse acordo em vez de tentar ter os 17mil em Portugal. Se o valor não cobrir o dano todo do carro, a tendência é para querer ir a tribunal porque a parte percebe isto como uma perda. Muitas vezes as partes preferem uma situação em que ou terão 17mil ou terão nada, a uma solução em que até poderiam chegar a acordo com um valor inferior.
 - Excesso de confiança
 - Ameaça à identidade social e profissional. O advogado é visto como defensor de causas, mas na mediação qual é o papel que este desempenha? Não é o mesmo que desempenha em tribunal. E um juiz de carreira? Se tiver um litígio na sua vida privada não pode sentir uma ameaça à sua identidade profissional se recorrer a mediação e não a tribunal? Estes são alguns dos aspetos psicológicos que podem justificar a utilização mais reduzida da mediação.

- Outros aspetos:
 - Desconhecimento da mediação
 - Conflito de interesses entre as partes e o advogado

Vantagens da mediação para os advogados: maior satisfação do cliente, pagamento mais rápido dos honorários, oportunidade de desenvolvimento profissional; melhor gestão do tempo. o papel do advogado divide-se em três fases: antes da mediação, dando-a a conhecer ao cliente, descortinando opções, etc.; na sessão de mediação; e no final da sessão, quando chegarem a acordo, avaliando a sua legalidade.

- No caso específico do juiz
 - Número reduzido de processos remetidos para mediação: mas isto estará relacionado com desconhecimento? Pode também ter a ver com algum conservadorismo ou com a ideia de que se insistir muito na mediação estar a colocar em causa a sua imparcialidade – perda de imparcialidade. Pode também haver uma preferência por meios de RAL mais familiares. A conciliação é um meio mais familiar ao juiz, porque já é utilizado. Muitas vezes são utilizadas técnicas convincentes.

Vantagens da mediação para o juiz: permite-lhe concentrar-se em casos que requerem a sua atenção, que são mais complexos e que dificilmente possam ser resolvidos por acordo. A mediação pode por vezes conduzir também a soluções mais adequadas ao caso, permitindo que ambas as partes ganhem – a mediação permite a criação de soluções criativas. A pacificação social é também uma das finalidades do exercício jurisdicional, sendo a pacificação muito maior quando são as partes a chegar à solução.

Perante este estado de coisas, como ultrapassar esta questão? Algumas ideias poderão ser:

- Mediação (ou pré-mediação) obrigatória
- Envio do processo para mediação sem acordo das partes: aqui haveria uma triagem discricionária do juiz ao remeter a situação para mediação ou não. Parece fazer mais sentido se for apenas para pré-mediação.
- Custas acrescidas para quem não recorra a mediação: em Inglaterra isto acontece
- Incentivos fiscais ou reembolso de custas
- Dever de informação sobre mediação (para advogados e juizes): Não se trata de sugerir para aquele caso, mas sim de dizer que ordenamento jurídico goza da mediação que funciona desta forma. Isto já existe para os juizes no âmbito das ações de divórcio.
- Intervenção obrigatória dos advogados nas sessões de mediação: isto aumenta os custos da mediação. O patrocínio judiciário obrigatório tem uma vantagem, a de levar a uma maior participação dos advogados nas sessões de mediação o que permitira em alguns casos resolver problemas de desconhecimento. Teria o problema dos custos, o da adaptação do papel do advogado à mediação (que é diferente do seu papel em juízo).
- Tabela de honorários para os advogados na mediação: esta teria de ser criada pela AO e não por uma entidade externa. Poderia resolver o problema da incerteza do montante a receber pelo advogado na mediação.
- Desenvolvimento de programas piloto: nalgumas áreas os programas piloto em Portugal têm tido algum sucesso.
- Inclusão da mediação nos programas de formação superior: atualmente muitos juizes e advogados fizeram cursos superiores em que não abordou a mediação e isso contribui para o seu desconhecimento. Poderia fazer sentido promover formações para os juizes e advogados nesta situação.
- Criação de uma semana europeia da mediação
- Campanhas de divulgação
- Medidas legislativas com maior impacto

5. Introdução ao processo e técnicas de mediação

A mediação tem um processo estruturado com método próprio tem muita importância na prática. Esta não deve, nunca, ser desacompanhada dos princípios da mediação que devemos recordar em todos os momentos e fases do processo de mediação.

Existem diferentes métodos/escolas quanto ao processo de mediação:

- **Transformadora (transformar relação):** tem como foco principal a transformação das pessoas e a transformação da relação. O objetivo que é assumido é o de alterar o comportamento e a personalidade das pessoas. isto tem implicações complicadas em termos éticos – crítica a esta escola. Na prática, leva-se um mediador a impor às partes aquilo que são as suas conceções morais porque o que ele diz é “vou transformar-vos porque vocês não sabem o que estão a fazer”, o que pressupõe que o mediador sabe. Será à luz dos seus padrões que tentará mudar o comportamento das partes. Em termos práticos, o mediador tem um papel muito pouco interventivo: deixa as partes falar e pôr tudo em cima da mesa sem preocupação de as conduzir por um determinado caminho.

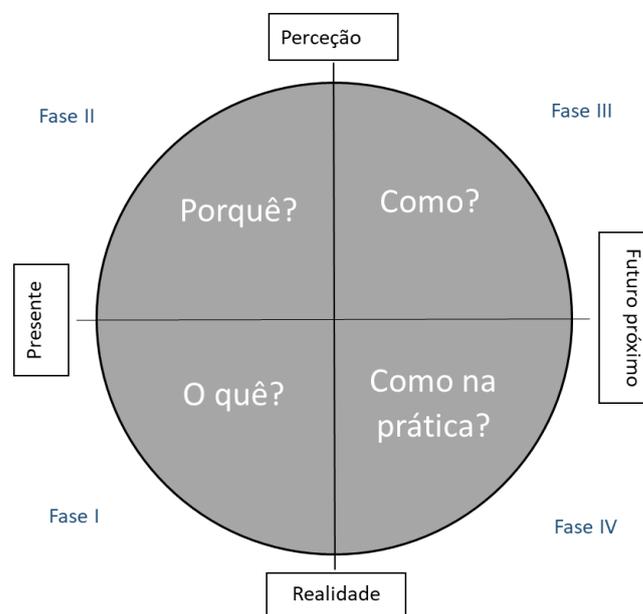
- **Narrative mediation (alterar histórico das partes):** o mediador é muito interventivo. A ideia é que cada um de nós tem uma história acerca do que aconteceu e quando estamos perante um conflito, cada uma delas terá uma história acerca daquele conflito - a sua história. Como em todas as histórias, ela tem a perspetiva de cada um. Nesta mediação, o objetivo do mediador é alterar a história de ambos para criar uma história comum. Se isso for possível, então o problema deverá ser ultrapassado porque ambas as partes passam a ver a realidade da mesma forma. São colocadas questões de modo a destruir a história que a parte traz e em trazer uma nova. Não se permite que no processo de mediação sejam criadas duas histórias, o objetivo é haver uma única história.
- **Escola de Harvard:** é uma escola muito focada em resolver o problema. O foco não é as emoções ou as pessoas: é preciso lidar com isso, mas isso é apenas algo que é necessário para atingir o objetivo principal que é resolver o problema. Na escola de Harvard não há um trabalho tão aprofundado quanto às emoções das pessoas. Porque o tipo de conflito para o qual cada uma destas escolas é adequada é diferente, ou seja, estamos a falar para a escola de Harvard para conflitos comerciais: o importante para duas empresas não é expor emoções, mas expor o problema. Se for uma mediação familiar, o principal objetivo já será outro. Talvez o seu problema não será quem ficará com a casa no divórcio, mas sim uma relação que precisa de ser trabalhada.

Dentro de cada uma destas escolas podemos falar de uma perspetiva mais facilitador e mais interventiva. São dois estilos diferentes que poderão caber dentro de todas as escolas.

5.1. As fases da mediação

Ainda antes de começarmos a mediação temos a fase da preparação. Já dentro da mediação temos a fase da introdução, as 4 fases de fiutak e a conclusão.

O círculo de fiutak ajuda a perceber as diferentes fases enquadradas no todo que é o processo. A mediação começa numa fase de “O quê?” que é uma fase em que vai ser relatada a história. Depois passamos para a fase



do “porquê” em que vamos tentar perceber os interesses por trás. Em seguida, a fase do “como?” – com base no que sabemos como poderemos resolver o problema. Por fim temos o “como na prática?” que será a forma de adotar a solução na prática.

A **preparação da sessão de mediação** surge do facto de que na mediação tudo tem que ser pensado detalhadamente. É que todas as escolhas que são feitas em termos de organização e uma sala, localização,

todas as decisões tomadas vão transmitir uma determinada mensagem a quem está do outro lado e vão ter impacto na forma como o processo de mediação se vai desenrolar.

Uma das primeiras coisas que o mediador tem que fazer é decidir onde vai decorrer a sessão. Imagine-se que estamos numa sessão entre uma empresa e um cliente. Se eu decidir que o processo de mediação vai decorrer nas instalações da empresa, na sala da administração, o que acontecerá? A empresa sentir-se-á mais confortável e o cliente será colocado numa situação em que a outra parte terá vantagem. Isso vai afetar a confiança no mediador e na mediação. O que se conclui é que temos de escolher um local neutro, que não seja especialmente importante para nenhuma das partes. É também importante escolher um sítio a que não haja ligações emocionais. Se se tratar de uma mediação familiar, também não e deverá escolher a casa de família para realizar a mediação. Temos que pensar sempre no que o lugar escolhido irá transmitir. É uma questão de ausência de vantagem de uma das partes, ligações emocionais e equidistância.

Quanto ao mobiliário dependerá também do caso. Haverá situações em que para as partes se sentirem confortável deverá haver uma mesa, e outras em que não. A mesa pode transmitir profissionalismo e trabalho, aumento da distância entre as partes, etc. há que adaptar isto ao caso. Uma mesa poderá ser adequada para uma mediação comercial. Para uma mediação familiar, poderá ser mais importante não criar mais barreiras e optar por uma sala com sofás. Se houver um historial de agressão entre o casal, então aí a parte agredida sentir-se-á mais segura com uma barreira entre si e o agressor. É importante sentar as pessoas de forma a que nenhuma delas esteja em lugar de preponderância perante a outra. Seria o caso de termos uma cadeira de plástico para uma e uma cadeira de madeira para outra; ou de uma ter um sofá em que fica sentada quase no chão e outra alta. Isto significará que uma das partes olhará para a outra de cima para baixo.

É também importante a preparação do caso. Temos vários modelos diferentes. O mediador tomará uma decisão quanto ao modelo a seguir, decisão essa que dependerá da preferência do mediador, mas também do caso.

- **Ausência total de conhecimento do caso:** não se conhece o caso, as pessoas, o problema, o historial... o mediador vai como uma folha em branco para ouvir o que vai ser dito. Há muitos mediadores em Portugal que seguem este modelo. A principal vantagem é que não se entra com juízos prévios realizados.
- **Conhecimento do caso através de documentos:** lê-se antes do caso o requerimento de mediação, a sua resposta e os eventuais documentos que acompanhem esses requerimentos. As vantagens são que num caso com grande complexidade factual o mediador pode não conseguir apanhar todos os pormenores das histórias que se vão contar, pelo que será mais difícil fazer um bom trabalho. A vantagem será poder prestar um melhor serviço se o mediador souber quais os problemas que existem à partida podendo assim conduzir melhor as partes.
- **Realização de entrevistas prévias:** antes da sessão, ambas as partes já tiveram entrevistas individuais, pelo que o mediador já conhece a história de cada uma. Há desvantagens: o tempo e o facto de existirem duas versões sem contraditório, quando as partes estiverem em conjunto já haverá uma certa desconfiança.

Um mediador toma decisões sobre tudo. Há métodos e ferramentas, dentro delas o mediador vai ter de tomar decisões e adotar aquilo que será melhor para o caso concreto.

Preparada a sessão, chega o dia de realizar a primeira sessão de mediação

A fase introdutória inicia-se com receber as partes e cumprimentá-las.

Pode indicar-se às pessoas onde se sentarem ou não. Se eu optar por determinar onde as partes se vão sentar o mediador consegue controlar, consegue garantir que a forma como as pessoas se vão sentar permite garantir que a sessão de mediação se desenrole da forma que o mediador imaginou. Pode utilizar-se este momento como um momento para recolher informação sobre em que pé está a relação ao deixá-las sentarem-se sozinhas para ver se se sentam juntas, afastadas, etc.

Depois de todos estarem sentados o mediador faz a declaração de abertura. Este é um momento-chave da sessão de mediação porque tem vários objetivos diferentes e o seu cumprimento vai determinar a forma como se vai desenrolar a mediação daí para a frente. Os objetivos são:

- Estabelecer o tom da sessão: o mediador tem a oportunidade de demonstrar a partir do seu exemplo o tipo de comunicação que espera das pessoas ali sentadas. Pode transmitir calma, boa disposição, imparcialidade... isto vai permitir às partes perceberem com o que podem contar a partir dali e também derrubar logo algumas barreiras.
- Satisfazer as necessidades básicas de segurança das partes: cada um quando vai para uma situação nova que não conhece, precisa que alguém lhe explique exatamente o que pode esperar daquele ambiente desconhecido para poder sentir-se bem.

A declaração de abertura tem de conter alguns elementos. Tendo em conta estes elementos, assim como os objetivos acima mencionados, a declaração de abertura é uma questão de estilo pessoal. Os elementos essenciais são:

- Apresentação do mediador (nome e contexto profissional)
- Como se tornou mediador naquele caso
- Estabelecer o grau de formalidade da sessão (isto pode ser feito perguntando se podemos tratar-nos pelo primeiro nome; ou pela forma como nos apresentamos, como Joana, professor joana, professora doutora joana... o grau de formalidade vai aqui aumentando)
- Apresentação das partes
- Elogio às partes por estarem disponíveis a colaborar (há quem considere demasiado paternalista e critique; e quem considere positivo e uma forma de ver como as pessoas reagem porque se ao ouvirem o elogio demonstrarem querer ou não ali estar)
- Explicar o que é a mediação e o papel do mediador (a explicação não deverá ser teórica: não interessa dizer que é um meio de RAL, mas sim a diferença para com o tribunal, por exemplo, que são as partes que vão decidir o caso, que podem abandonar o caso em qualquer momento)
- Reforçar alguns dos princípios (não academicamente, mas transmitir a ideia de confiança)
- Reforço do papel imparcial do mediador (relatar todos os encontros anteriores com as partes, pedir que a alertem caso sintam que não está a ser imparcial)
- Descrição dos procedimentos da mediação: este ponto é discutido; há quem opte por explicar em parte como se desenrola uma sessão de mediação e outros que entendem que as partes não têm que estar preocupadas com o processo. Pode também perguntar-se quanto tempo têm, se alguém tem compromissos depois da sessão de mediação, se alguém está com parquímetro, para garantir que nada preocupe as partes, que sabem de quanto tempo dispõem... esclarecer que podem interromper, que o mediador pode ir fazendo perguntas ou não. Tudo deve ser explicado às partes para que não haja nenhum fator de surpresa durante a sessão porque a surpresa normalmente abala a confiança.
- Explicação acerca da possibilidade de existirem reuniões privadas (caucus)
- Esclarecimento acerca da confidencialidade. Existe, mas tem limites. Pode ser opcional explicar estes limites porque se se levantar a possibilidade de ter que se reportar um eventual crime que ali ocorra, levanta-se essa questão e pode gerar desconfiança e insegurança.
- Indicações quanto ao comportamento: “agradeço que mantenham a cordialidade, não levantem a voz, não existam insultos”. Pode também perguntar-se às partes o que é importante estar salvaguardado em termos de comportamentos, ou o que consideram comportamentos inadmissíveis.
- Resposta a pergunta das partes
- Compromisso para iniciar a mediação

Fase 1 – O quê?

O objetivo desta fase é chegar a acordo quanto aquilo em relação ao que estão em desacordo:

- Quais as questões a discutir
- Quais os problemas a tratar

É preciso compreender que nunca há apenas uma realidade face a um acontecimento. As partes estão em papéis diferentes, pelo que as percepções também serão diferentes.

Tendo em conta que há histórias diferentes, o mediador tem vários papéis diferentes, nomeadamente o de reenquadrar a realidade, tornando-a o mais neutra possível. O objetivo é tornar a versão da realidade que uma das pessoas está a contar aceitável para a outra parte. Se eu estou a contar a minha versão e estou a incluir tantos juízos de valor que a outra parte começa a ficar irritada, ela nunca vai aceitar a minha versão da realidade, assumindo que eu nunca tenho razão e que as coisas são como eu quero.

Por exemplo, se eu passo cinco minutos a descrever um telefonema a dizer que foi horrível, que em chamou isto e aquilo, que foi violência gratuita... este é um discurso com muita carga emocional e que pode fazer com que a outra parte tenha ficado irritada. O mediador pode deste discurso de cinco minutos resumir a questão retirando os juízos de valor e a carga emocional. Esta é a técnica da reformulação. O que o mediador faz é pegar nas palavras e entregá-las de forma reformulada. Pegar e dizer “se bem entendi, o que me disse é que...”. A parte que contou a história sente que o mediador a ouviu, o mediador garante que entendeu o que a parte formulou e garante também que a outra parte também compreendeu. A utilização desta técnica faz com que a parte se sinta ouvida, garante-se que o mediador e a outra parte compreenderam e retira-se a carga emocional dos factos.

Deve estabelecer-se uma agenda com todos os assuntos a tratar. Nesta nunca se pode conter coisas como:

- Pagamento da dívida pelo A
- Como é que arranjam uma forma de pagamento que garanta a nossa relação no futuro?

Ao fazer a agenda deve ter-se o cuidado de fazer algo que seja por tópicos para ser facilmente apreensível e de forma totalmente neutra. Os exemplos acima não são neutros, presumem a existência de uma dívida, ainda que de formas diferentes.

Fase II – Porquê?

Aqui interessa descobrir os interesses das partes, o que elas pretendem ver salvaguardado, etc. quando conseguimos perceber o que de verdade motiva as partes conseguimos começar a construir uma solução não baseada nas posições, mas nos interesses.

Uma forma de fazer isto é ir ponto pro ponto na agenda e ir fazer perguntas quanto a todos os assuntos da agenda. Pode perguntar-se diretamente os interesses, mas isso não será eficiente na maior parte das vezes. Primeiro, porque as próprias partes não saberão bem, segundo porque isto pode fazer a parte sentir-se como se estivesse encostada à parede. Pode utilizar-se outro tipo de perguntas que sejam formas de chegar onde se quer mais subtilmente. Que tipos de perguntas se poderão utilizar:

- Perguntas abertas: são as que nos permitem entender o contexto. Em vez de perguntar porque é que o carro é importante, perguntar quando foi a primeira vez que ouviu falar naquele carro.
- Perguntas circulares: “o que lhe parece que o Sr. X deseja e nunca lhe revelou?”, basicamente o que acha que está em causa do outro lado.
- Perguntas hipotéticas: “se as coisas no futuro se passassem assim, como pensa que reagiriam os condóminos?”. Cria-se um cenário e pergunta-se perante tal cenário o que acha que aconteceria.

Temos vários interesses:

- mutuamente exclusivos,
- mistos
- compatíveis

Os interesses coexistem na maior parte das situações. Na mesma situação temos muitas vezes interesses diferentes, todos ao mesmo tempo.

Por exemplo, numa empresa trabalha uma investigadora num departamento de investigação. Até àquela data, os livros publicados tinham sido sempre com a autoria do investigador que a tinha feito. Fazia a investigação, redigia o relatório e era publicado o livro sobre a autoria do investigador principal. A empresa decidiu mudar a política e os livros iriam passar a ser publicados sob a autoria da empresa e sem o nome de quem conduzir ao projeto. A questão vai a mediação. Cada parte quer assumir a autoria.

Os interesses compatíveis são os comuns a todas as pessoas. há um interesse comum: ambas as partes querem a publicação do livro.

Os interesses mistos são incompatíveis, mas não importa que a outra parte o tenha, não causa nenhum problema. Por exemplo, o autor não quer perder o emprego e a agência quer motivar a sua equipa.

Como interesse mutuamente exclusivo temos o facto de ambos quererem crédito pela publicação porque isso traz reputação. Estes são os critérios realmente incompatíveis.

No final da segunda fase é que toda a gente conheça os interesses da outra parte: os mistos, compatíveis e os exclusivos. Importa sobretudo pôr o foco naquilo que é compatibilizável.

Fase III – Como?

O objetivo desta fase é gerar o acordo. Espera-se que já se conheçam todos os interesses envolvidos. O objetivo não é o de fechar um acordo, mas o de alargar ao máximo as possibilidades. Conseguir encontrar tantas soluções quanto a minha imaginação me permite. Se me focar só na primeira solução, ela pode ser boa, mas pode não ser a melhor. Se houver uma fase em que se alarguem horizontes, com base num conjunto de critérios poderemos chegar àquela que será a melhor solução realmente. Estimula-se que as partes pensem em todas as soluções inclusive naquelas que nunca lhes teria ocorrido. A técnica mais conhecida é a do brainstorming.

Fase IV – como na prática?

Aqui o objetivo é escolher de entre todas as soluções, escolher a melhor solução para o caso. Aqui já vão entrar juízos críticos acerca de cada uma das soluções. O que se faz é avaliar de forma estruturada as opções que foram colocadas em cima da mesa, sendo o primeiro critério satisfazer interesses de coisas que interessam para as partes.

Imaginando que existem três soluções e que todas elas acautelam todos os interesses. O que se faz é olhar para todas elas e avaliar custos e benefícios para se eleger a mais eficaz e eficiente. Quais satisfazem que interesses? É possível conjugar opções? Quais os custos e benefícios de escolher uma ou outra?

Deve fazer-se a audição de todas as opções colocadas em cima da mesa:

- confronto com a realidade: “o que aconteceria se...”
- Negociação e reajustamentos até alcançar um acordo final
- Necessidade de moderar expectativas exageradas (“se estivesse na posição da outra parte aceitaria a proposta que está a fazer?”)

Tomando isto em conta, deve escolher-se a melhor solução para o caso!

O círculo de fiutak para além destas quatro fases tem também quatro eixos: os dois quadrantes inferiores são os da realidade e os de cima da perceção. Os da esquerda são o presente e os da direita o futuro.

Isto quer dizer que na primeira fase estamos a discutir os factos da realidade do presente.

Na segunda fase continua-se no presente, mas passa-se para o domínio da percepção, sítio é, aquilo que é o interior consciente e intelectual de cada um de nós. Vai discutir-se com as partes as percepções que elas têm quanto à realidade.

Em seguida, mantemo-nos na percepção, mas deslocamo-nos do presente para o futuro. Começa a discutir-se soluções que no futuro poderiam permitir resolver aquele conflito. Estamos ainda longe da realidade porque se discutem ideias e hipóteses, mas em vez de me focar no que tenho hoje em dia foco-me no que poderia ter para melhorar a situação.

Na última fase mantemo-nos no futuro, mas voltamos a realidade. Pegamos em todas as ideias e aplicamo-las à realidade para ver se realmente funcionam ou não.

Caucus

- Sessões individuais com cada parte – em qualquer momento ao longo do procedimento. Por exemplo quando o mediador:
 - Não está a perceber alguma coisa e nota que a parte está reticente em explicar melhor;
 - Percebe que há interesses que a parte não quer revelar;
 - Perceber que uma das partes está a fazer bluff;
 - Quer testar determinada opção com uma das partes;

Os cuidados a ter no caucus:

- Igualdade (fazer sempre com ambas e de igual duração aproximadamente)
- Confiança (explicar sempre tudo – equilíbrio entre confidencialidade e desconfiança)

Conclusão

Nesta última fase redige-se o acordo e assina-se. Este pode ser redigido pelo mediador, pelos advogados... O mediador faz uma declaração final que corresponde à declaração inicial, mas no fim. O seu conteúdo vai depender do estilo do mediador, mas pode incluir coisas como:

- Felicita as partes pelo acordo
- Despede-se

Posto isto põe-se fim à sessão de mediação.

Exercícios

1. Ana suspeita que o marido, Bernardo, mantém uma relação extraconjugal. No decurso da mediação, Bernardo admite que manteve uma relação extraconjugal com Carolina (que, entretanto, faleceu num acidente de viação) e, em tom jocoso, acrescenta que não há qualquer forma de provar essa relação. No calor da discussão, Ana agride fisicamente Bernardo.

Ana e Bernardo pretendem saber se podem apresentar o mediador como testemunha dos factos relatados.

Está em causa o dever de confidencialidade do artigo 5º. Estão as partes e o mediador sujeitos a este princípio nos termos do artigo 16º/d e do artigo 18º/3, respetivamente. Este é um dever contratual, resultante do protocolo de mediação, e legal.

Nos termos do artigo 28º, o mediador está proibido de intervir, nomeadamente, como testemunha. Existe, no entanto, ressalva dos casos do artigo 5º/3. Aqui deverá considerar-se separadamente a situação e Bernardo e de Ana.

Quanto á situação de Bernardo: O princípio da confidencialidade não visa gerar um espaço de impunidade onde tudo se possa fazer. Estava em causa uma ofensa à integridade física, pelo que o dever de confidencialidade cessa.

Quanto à questão da Ana: o Bernardo confessou uma violação ao dever de fidelidade, mas isto não viola a ordem pública em geral e, sobretudo, a manutenção desta situação não violaria, também, a ordem pública. A infidelidade não é nenhum dos limites do princípio da confidencialidade pelo que não cessa, quanto a estes factos, o dever de confidencialidade.

Está em causa neste caso o princípio da confidencialidade manifesto no artigo 5º da Lei da Mediação (LM). De acordo com o nº3 deste artigo, o dever decorrente deste princípio cessa por razões de ordem pública ou quando seja necessário para efeitos de aplicação ou execução do acordo obtido, sendo estes os motivos que justificam que o mediador possa ser testemunha, nos termos do artigo 28º da LM. Cumpre verificar se estamos perante alguma destas situações.

Exclui-se, à partida a necessidade de assegurar os efeitos do acordo já que nada nos remete para esta situação, restando saber se existem razões de ordem pública que justifiquem a quebra de confidencialidade e permitam ao mediador ser testemunha.

Quanto à relação extraconjugal de Bernardo, existe uma quebra do dever de fidelidade, mas este não parece ser uma questão de ordem pública que invoca valores muito mais elevados, como a violação de princípios fundamentais, por exemplo. Já no que toca à agressão cometida por Ana contra Bernardo, aqui teremos realmente uma questão de ordem pública, por violação do princípio da integridade física sendo este, inclusive, um dos exemplos dado no artigo 5º, nº3 como violação da ordem pública.

Assim sendo, Ana e Bernardo não poderiam apresentar o mediador como testemunha dos factos relatados (acerca da relação extraconjugal de Bernardo), mas poderiam fazê-lo num caso cujo objeto fosse a violação da integridade física de Bernardo por parte de Ana.

2. David mantém um litígio com a mãe, Eduarda, relativo à venda de um precioso automóvel que o avô deixara a David quando este ainda era menor. Ao longo da mediação, Eduarda raramente deixa David falar até ao fim, interrompendo-o constantemente. As partes estão prestes a chegar a um acordo – David pede desculpas à mãe e não se fala mais no assunto. O mediador receia que David esteja a ser

condicionado pelo ascendente psicológico que a mãe tem sobre o filho e pelas técnicas de vitimização que esta adotou ao longo da mediação.

O que pode o mediador fazer? Como avalia a conduta do mediador ao longo da mediação?

O mediador adotou uma postura passiva, não provendo para que as partes tivessem as mesmas oportunidades, permitindo o respeito pelo princípio da igualdade. Se o mediador adotasse uma postura mais ativa, isso também poderia não correr bem, porque poderia tornar-se parcial para o lado da parte mais fraca – o filho.

Temos uma reação assimétrica, pelo que o mediador deveria ter adotado uma posição mais ativa. Esta atuação do mediador não erve para corrigir a desigualdade que existe de partida. O que vai fazer é assegurar que na mediação as partes têm exatamente as mesmas oportunidades de expor as suas opiniões e interesses.

O mediador tinha de convocar uma reunião separada com as partes no sentido de perceber se o consentimento de da vida era esclarecido e informado. Se assim fosse, deveria assinar o acordo; se não, não deveria assinar o acordo justificando o termina da mediação com o argumento da violação do princípio da igualdade. Sempre que o mediador tenha uma reunião privada com uma das partes, tem de ter também com a outra para assegurar a igualdade.

Estamos perante um caso de mediação cujo cerne incide sobre a atuação do mediador no conflito.

O mediador é definido pelo artigo 2º/b da Lei da Mediação (Lei nº29/2013, de 19 de abril, doravante designada como LM) como 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”. Para este propósito, o mediador deve orientar o exercício da sua função através dos direitos e deveres que lhe são concedidos. Devem ainda ter-se em conta os princípios da mediação enunciados no Capítulo II da Lei da Mediação.

Estando as partes a chegar a acordo, estamos na reta final da mediação entre David e a sua mãe Eduarda. Ao mediador não é permitido fazer nada quanto ao acordo a que as partes estão prestes a chegar, sob pena de violar o principio da voluntariedade (artigo 4º/1, LM) de acordo com o qual cabe as partes a “responsabilidade pelas decisões tomadas no decurso do procedimento”, o que quer dizer que cabe às partes delimitar o conteúdo do acordo. Mais do que isto, deve o mediador “abster-se de impor qualquer acordo aos mediados” como exige o artigo 26º/b da LM.

No presente caso levanta-se a questão da existência de uma relação assimétrica, uma vez que Eduarda, na qualidade de mãe de David, tem uma presença preponderante na mediação, demonstrando superioridade e impedindo o filho de se manifestar, o que quer dizer que as partes não estão ao mesmo nível dentro da mediação.

Perante isto, o mediador pode exercer o seu direito de autonomia na condução da mediação (artigo 25º/a) adotando técnicas e metodologias de modo a melhorar a comunicação e a equilibrar a igualdade das partes. O princípio da igualdade surge no artigo 6º/1 da LM e estabelece que às partes devem ser asseguradas as mesmas oportunidades de participação no processo, nomeadamente para expor os seus interesses e pontos de vista, o que não se verifica no caso concreto. Cabe ao mediador tentar que exista a maior igualdade possível.

Concretamente, uma vez que temos uma relação assimétrica, o mediador pode recorrer à técnica das perguntas para garantir que ambas as partes têm oportunidade de manifestar os seus interesses e melhorar a comunicação entre ambas. Pode ainda promover uma reunião separada com cada um (artigo 25º/c, última parte). Se no final do exercício destas técnicas a desigualdade se mantiver, o mediador deve simplesmente continuar a mediação.

Por fim, relativamente à conduta do mediador ao longo da mediação, considero que a sua atuação se deveria ter baseado no exposto nos últimos dois parágrafos, não devendo esperar por que as partes estivessem prestes a chegar a acordo para atuar. Em todo o caso, não posso deixar de lado a ideia de que o mediador apenas conduz a mediação, sendo as partes quem a leva a cabo. Com isto quero dizer que por muito grandes que sejam os esforços e por muito boas que pudessem ter sido as técnicas aplicadas pelo mediador, dependeria sempre da postura cooperativa das partes levar a mediação a bom porto.

3. Numa mediação de consumo, as partes chegam ao seguinte acordo: “Em caso de desconformidade do portátil XYZ, o consumidor renuncia ao direito de exigir a substituição e o profissional compromete-se a devolver o preço através de saldo em cartão”. O acordo foi reduzido a escrito e coincidiu com a celebração do contrato. Verificada uma desconformidade no bem, o profissional alega que a política da empresa exige sempre três tentativas de reparação, pelo que se recusa a cumprir o acordado.

O que pode o consumidor fazer? A resposta seria diferente se o consumidor fosse menor de idade? [Cfr. arts. 4.º e 10.º-1 do DL n.º 67/2003]

O primeiro requisito a verificar para a executoriedade (artigo 9º) era se o litígio era mediável. Neste caso, o litígio é mediável porque o critério da mediabilidade – critério da patrimonialidade está preenchido (artigo 9º/1, a).

Neste caso há capacidade das partes para concluir o acordo (artigo 9º/1, b).

Para que haja executoriedade, o acordo de mediação tem de ser obtido por via de mediação realizada nos termos legalmente previstos (artigo 9º/1, c). Pode entender-se que o acordo pro um lado, não tem força executiva porque viola uma regra quanto ao procedimento de mediação, ou que não viola nada e que, portanto, nada obstava à sua executoriedade.

O quarto requisito é a não violação da ordem pública. Violou uma norma imperativa (artigos 4º e 10º/1, DL 67/2003), mas todas as normas imperativas violam a ordem pública? Contrariedade a uma norma imperativa e à ordem pública é a mesma coisa? Neste caso em concreto, parece que apesar de a proteção do consumidor ser muito relevante, esta norma não integra a ordem pública. A ordem pública está mais relacionada com normas fundamentais de que um ordenamento jurídico não pode prescindir. Entro da ordem pública só há normas imperativas, mas nem todas as normas imperativas fazem parte da ordem pública.

A resposta seria diferente se o consumidor fosse menor de idade? Depende se se considerasse que a norma violava a ordem pública ou não.

4. Fernando está a conduzir uma mediação entre um inquilino e um arrendatário em que se discute quem deve suportar as obras no imóvel. No final da 1.ª sessão de mediação, uma das partes dirige-se a Fernando (sem a presença da outra) e cumprimenta-o efusivamente, recordando que tinham sido colegas no 1.º ciclo.

O que deve o mediador fazer? A sua resposta seria diferente caso Fernando se tivesse lembrado já após o final da sessão de que conhecia uma das partes?

Esta questão deve ser concebida do ponto de vista da outra parte. Pode levantar-se sempre a questão de desconfiança da outra parte, pelo que, mesmo por motivos de *disclosure* deveria haver um dever de revelação.

No caso da segunda pergunta. A diferença entre a independência e a imparcialidade.

Era importante decidir se havia ou não um dever de revelação e concluir que havia (artigo 27º/a). depois era preciso distinguir as duas situações e explicar se, na nossa opinião isso contribuía para aquilo que o mediador deveria fazer. Em terceiro lugar, concluir que aqui estava em causa a imparcialidade e, em último caso, a independência.

Está em causa o princípio da igualdade e da imparcialidade manifesto no artigo 6º da Lei da Mediação (LM), o qual exige que o mediador trate ambas as partes imparcialmente, dando-lhes as mesmas oportunidades e possibilidades ao longo do processo. Ao haver o conhecimento de que o mediador conhece uma das partes envolvidas, podem levantar-se questões de imparcialidade relativamente à outra parte, o que pode conduzir à frustração da mediação. A parte que não tem qualquer relação com o mediador poderá não só perder a confiança no mesmo, como também sentir ameaçada a igualdade que deve caracterizar o procedimento.

Perante esta situação Fernando deve atuar em conformidade com os artigos 26º, alínea f) e 27º, nº2 da Lei da Mediação e revelar aos intervenientes do procedimento a situação em causa.

Se considerar efetivamente que este é um impedimento à sua condução da mediação, então o mediador deverá interromper o procedimento e pedir a sua escusa, nos termos do artigo 27º, nº3.).

Porém, é preciso ressaltar que na primeira formulação da hipótese o mediador não se lembrava sequer da sua relação com a parte, podendo não haver realmente uma prévia relação pessoal como dispõe o artigo 27º, nº4, alínea a) que justificasse o seu pedido de escusa por comprometimento da sua independência e imparcialidade. Caberia, então, às partes, no âmbito do seu poder de controlar o procedimento, decidir se queriam continuar ou não com Fernando como mediador, tendo este sempre a obrigação de suscitar a questão perante as partes.

Se Fernando se tivesse lembrado após o final da sessão que conhecia uma das partes deveria revelá-lo às partes na sessão seguinte pelos mesmos motivos acima enunciados. Se o procedimento englobasse apenas aquela sessão e se Fernando apenas recordasse que conhecia uma das partes após estas chegarem a acordo. à primeira vista não parece haver motivo para frustrar a mediação quando o mediador não poderia, sequer, ter atuado de forma imparcial uma vez que não se recordava dos motivos que poderiam justificar essa imparcialidade. Em todo o caso, consideraria pouco ético e desleal perante as partes omitir esta situação até porque, mesmo terminando a mediação ali, poderiam sempre haver questões de homologação do acordo ou cumprimento do mesmo em que o mediador poderia ser chamado a intervir. Deveria, então, Fernando, atuar da mesma forma se tivesse apenas lembrado após o final da sessão que conhecia uma das partes.

5. Joaquim colabora com a “ETC, S.A.”, empresa especialista em serviços de mediação. No último processo de mediação que lhe foi distribuído, teve de pedir escusa porque já conhecia Nuno, com o qual antipatiza profundamente. Pouco tempo depois, foi informado por Luísa, diretora de recursos humanos, de que nunca mais seria escolhido como mediador porque – nas palavras desta – “não queremos aqui mediadores que peçam escusa por tudo e por nada; tem o dever de se abster das suas convicções pessoais”.

Joaquim, indignado, pretende saber como pode reagir.

Estamos perante uma mediação privada, pelo que não são aplicáveis as normas dos artigos 44º e ss. é aplicável o artigo 27º/7 da LM e o artigo 12º do código de deontologia.

O mediador tem que suscitar a questão perante as partes. Quanto à questão de pedir escusa existem duas opiniões: por um lado, o mediador tem que se libertar destas situações e tentar ser o mais imparcial possível, por outro, estas questões podem influenciar o trabalho do mediador e pode ser difícil para o mediador superá-las. Se o mediador concluir que não está em condições de garantir a imparcialidade deve escusar-se.

No caso de se escusar, podemos interpretar extensivamente o artigo 27º/7 para argumentar que o mediador tinha o direito de não ser excluído.

Estamos perante uma situação que convoca, primeiramente, o regime de impedimentos e escusa do mediador de conflitos. Por ter uma relação pessoal com Nuno, Joaquim tinha um motivo relevante para pedir escusa nos termos do artigo 27º, nº 3 e nº4, alínea a) da Lei da mediação. Apesar de esta ser uma “convicção pessoal” como justifica a diretora de recursos humanos, Joaquim não só tem o direito de recusar a mediação em causa (artigo 25º, alínea e), como tem o dever de o fazer por imposição da lei. Assim sendo, Joaquim deverá reclamar da decisão que lhe foi transmitida.

Estamos perante o exercício da atividade da mediação privada pelo que não serão aplicáveis o artigo 43º e 25º, alínea d) da LM que se reportam à mediação pública. Joaquim pode, todavia, começar por solicitar um parecer sobre a sua conduta à Comissão de Boas práticas ao abrigo do artigo 12º, nº8 do Código de Deontologia e de boas práticas do mediador de conflitos da Federação Nacional de Mediação de Conflitos para que a sua conduta seja avaliada como correta ou incorreta. Pode ainda requerer a intervenção da Federação Nacional de Mediação de Conflitos “na defesa dos seus direitos éticos, deontológicos e profissionais” (artigo 15º, nº 6 do Código de Deontologia) e, em último caso, defender-se da decisão contra si tomada nos trâmites do artigo 12º, nº9 do mesmo diploma.

6. Marco tem em mãos uma mediação delicada: os mediados são duas multinacionais do setor eletrónico e a mediação está a decorrer no contexto de um processo judicial que envolve centenas de milhares de euros. Marco apercebe-se de que nenhuma das partes sequer coloca a hipótese de chegar a acordo, estando a servir-se da mediação com o único intuito de atrasar o processo judicial até à aprovação do relatório e contas anual.

O que deve Marco fazer? A sua resposta seria diferente se uma das partes estivesse a participar na mediação de boa fé?

O mediador deveria, na primeira hipótese acabar com a mediação. No segundo caso, se uma delas não prefigurar chegar a acordo, o mediador deveria promover uma reunião privada para perceber se havia interesse em continuar com a mediação e se concluísse que não deveria terminar a mediação.

A questão em apreço relaciona-se com o facto de, remetendo-se um processo judicial para mediação, suspender-se a instância (a menos que uma das partes se oponha) e consequentemente, os prazos judiciais em decurso, de acordo com o artigo 273º do Código de Processo Civil e com o artigo 13º da Lei da Mediação.

Uma vez que nenhuma das partes coloca a hipótese de chegar a acordo o mediador pode terminar a mediação por se verificar “a impossibilidade de obtenção e acordo” conforme dispõe o artigo 19º, alínea d) da LM.

Se apenas uma das partes estivesse a participar na mediação de boa fé, a situação seria a mesma, se a parte de má-fé não colocasse sequer a possibilidade de chegar a acordo. Em todo o caso, mesmo que não se verificasse a impossibilidade de chegar a acordo, deveria dar-se por terminada a mediação ao abrigo do artigo 19º, alínea c), bastando para tal que o mediador fundamentasse a sua decisão. A sua fundamentação deveria basear-se no facto de que havendo uma parte de má-fé, com segundos interesses quanto à mediação e que não age com os preceitos exigidos, não estão reunidos os pressupostos para que o procedimento de mediação seja levado a bom porto.

7. Guilherme e Helena, empresários, recorrem à mediação no âmbito de um litígio relativo ao incumprimento do prazo para entrega de material informático. Entre outras cláusulas, o mediador faz constar do protocolo de mediação o seguinte: “Cada parte terá uma reunião particular com o mediador. Terminada a mediação, o mediador assistirá as partes na redação do acordo”. Tendo em conta a relutância de Helena em prosseguir com a mediação, esta termina no final da primeira sessão. Como avalia a atuação do mediador na redação do protocolo de mediação?

O que se quer saber é como é a atuação do mediador.

Em primeiro lugar temos a questão de saber se o mediador não está a substituir-se às partes no alcance do acordo. Parece aqui que não, e que o mediador pode ajudar a redigir o acordo já que isto não implica ter um papel no conteúdo do acordo.

Em segundo lugar, ao dizer que no final ajudará na redação do acordo, será que o mediador não está a garantir que a mediação terminará com um acordo? O seu papel é auxiliá-las a alcançar um acordo e restabelecer a comunicação das partes. Se se tratasse de uma obrigação de resultado, se as partes não tivessem chegado a acordo poderia haver responsabilidade civil (se se encontrassem reunidos os pressupostos).

Poderia ainda ser discutível a questão da realização de reuniões privadas. Quando estas existem apenas tem que se garantir que haverá uma reunião com cada uma das partes em prol do princípio da igualdade. Esta cláusula foi fixada no protocolo que é fixado anteriormente à mediação. Até que ponto prever logo esta possibilidade não significaria estar logo a reduzir a inflexibilidade da mediação? Este é um momento demasiado prematuro para deixar prevista esta situação, sobretudo porque esta garantia se torna numa obrigação. Até porque se acabar por não realizar as reuniões, estará a incumprir o contrato que é o protocolo de mediação.

O protocolo de mediação surge no artigo 16º, nº2 da Lei de Mediação como o “acordo das partes para prosseguir o procedimento de mediação” no qual devem constar determinadas informações acerca da identificação das partes, do litígio e das regras de procedimento.

Em primeiro lugar temos previsto que “Cada parte terá uma reunião particular com o mediador”, o que se inclui nos deveres do mediador, nomeadamente no artigo 26º, alínea c) da LM. Esta disposição não precisava, contudo, de vir prevista no protocolo de mediação uma vez que o mediador pode promover essas reuniões particulares se as considerar necessárias independentemente da sua previsão no protocolo.

Em segundo lugar, o protocolo prevê que “o mediador assistirá as partes na redação do acordo”. Este preceito convoca muito mais questões do que o anterior, nomeadamente no respeitante ao artigo 20º que estabelece que “o acordo é livremente fixado pelas partes (...)” e ao artigo 26º, alínea b), ambos da Lei da Mediação, de acordo com o qual “o mediador tem o dever de abster-se de impor qualquer acordo aos mediados”. Agir em contrário ao disposto por estes artigos poderia prejudicar a voluntariedade das partes.

Porém, temos de analisar o preceito do protocolo de mediação com mais atenção. Este apenas refere assistência na redação do acordo, nada dizendo quanto à fixação do mesmo. Contando que as partes chegassem ao acordo sem qualquer imposição do mediador neste sentido, se for essa a sua vontade deverão poder ser auxiliadas na redação do acordo, cabendo-lhes a si responsabilidade pela decisão (“cabendo-lhes [às partes] a responsabilidade pelas decisões tomadas no decurso do procedimento”, artigo 4º, nº1).

Assim sendo, na ótica de que o mediador faz constar do protocolo de mediação o preceito em questão por vontade das partes, a sua atuação foi correta: obedeceu à vontade das partes, que controlam a mediação, e não violou nenhum dos seus deveres enquanto mediador.

8. Ivone é advogada. Desde que descobriu a mediação, esta ocupa as suas horas vagas. Na mediação que tem atualmente entre mãos, surgiu uma questão relacionada com o direito laboral, especialidade de Ivone. As partes pretendem que a mediadora as ajude a ultrapassar essa dúvida – bem fácil, por sinal, pois só implica a análise de uma regra do Código do Trabalho que qualquer cidadão comum consegue compreender.

O que deve Ivone fazer?

Temos aqui uma questão que qualquer cidadão comum conseguiria compreender. Se Ivone for esclarecer a dúvida, estaria a dar uma informação que beneficiaria uma das partes, o que poderia prejudicar a imparcialidade na mediação.

Este caos tinha três questões: a questão da imparcialidade já que Ivone ao esclarecer a dúvida vai tomar partido de uma das partes porque a informação será favorável a uma das partes e desfavorável à outra. A segunda questão tinha a ver com a separação da atividade da mediação com outras atividades. Por fim, tínhamos ainda a questão da voluntariedade relacionada com até que ponto poderá o mediador intervir na mediação.

Em todo o caso, o que se deveria fazer era aconselhar as partes a recorrer a um advogado.

Estamos perante um caso que convoca o principio da independência (artigo 7º da Lei da Mediação). De acordo com este principio o “mediador deve salvaguardar a independência inerente à sua função”, o que quer dizer que a função de mediador deve ser exercida independentemente de outros conhecimentos e profissões que o mediador possa ter.

No presente caso, Ivone encontra-se na posição de mediadora, não devendo permitir que o seu conhecimento jurídico faça parte da mediação, já que o exercício da advocacia e da mediação são independentes uma da outra. Apesar de ser uma questão pequena e que possivelmente Ivone conseguiria compreender enquanto cidadã comum, deverá proteger a sua qualidade de mediadora não dando aso à possibilidade de atuar fora dos seus deveres.

Em todo o caso, não é função da mediadora, advogada ou não, esclarecer esse tipo de dúvidas dos mediados, mas sim conduzir a mediação de modo a facilitar e/ou restabelecer a comunicação entre as partes.

Numa perspetiva de auxiliar as partes Ivone poderá, sim, enquanto mediadora e nos termos do artigo 26º, alínea e) da Lei da mediação sugerir a intervenção de advogados que auxiliem as partes com as suas questões jurídicas.

9. João e Luísa celebram um contrato de compra e venda no qual incluem a seguinte cláusula: “Quaisquer litígios resultantes do presente contrato serão resolvidos, num primeiro momento, através de negociação entre as partes. Se a negociação não tiver sucesso, as partes comprometem-se a iniciar um processo de mediação conduzido pela XYZ, Lda.”.

Luísa propõe ação judicial contra João na qual invoca a nulidade do contrato com base em coação. João, por seu turno, alega que o tribunal deve suspender a instância e remeter as partes para mediação. *Quid juris?*

Os problemas que aqui se colocam relacionam-se com a tentativa de resolução por negociação convenção de mediação, com as suas consequências.

Temos aqui uma cláusula que prevê a resolução de litígios em várias fases e pro vários meios: num primeiro momento pro negociação e depois, se não chegarem a acordo, passa-se para mediação. Este é um modelo muito comum na prática comercial internacional que permite escalonar a resolução do litígio.

Primeiro temos que verificar vários requisitos: a legitimidade das partes, o objeto do litígio e sua mediabilidade, a forma escrita e se estamos perante um litígio eventual e emergente de uma relação contratual. Analisando isto, temos que a convenção de mediação é válida.

Quais as suas consequências? O João, até ao momento da contestação deve requerer a remessa do processo para mediação, o que realmente aconteceu. Assim sendo por regra, o processo é remetido para mediação e se as partes chegarem ao acordo o processo é remetido ao juiz para que o juiz o homologue, encerrando-se a instância. Porém, neste caso, a Luísa alega uma invalidade – a nulidade baseada na coação. O juiz deve conhecer dessa invalidade do negócio e se deferir a nulidade deve prosseguir com o procedimento judicial e não remeter para mediação; se concluir indeferir a nulidade e que a convenção de mediação é válida, então deve remetê-la para mediação.

O professor acha que o juiz deve efetivamente avaliar a existência ou não da invalidade e se ela existir prosseguir com o processo e decidir de mérito. Mas também é sensível a situação de que ao fazer isto o juiz já vai estar a antecipar a decisão de mérito porque as invalidades podem também afetar o negócio. Assim, se a coação determinar a afetação de todo o contrato deveria resolver-se a questão pela via judicial. Se a nulidade apenas afetasse a convenção de mediação, o processo deveria ser remetido para mediação.

O essencial era, por um lado, falar da cláusula escalonada, por outro falar da convenção de mediação e dos seus efeitos processuais. O importante era dizer o efeito processual da convenção de mediação (artigo 12º/4) e discutir as consequências da existência de convenção de mediação e da eventual nulidade do contrato com base na coação. Isto levanta também a questão da autonomia da cláusula de mediação. Por regra entende-se que temos, imagine-se, o contrato e a cláusula de mediação: se o contrato for inválido, isso não afeta necessariamente a validade da convenção de mediação, ou seja, por o contrato ser inválido, não quer dizer que a convenção de mediação seja também necessariamente inválida. Por exemplo, aquando da celebração do contrato uma das partes era menor. No momento da cláusula essa parte já tinha atingido a maioridade. A apreciação da validade da convenção de mediação deve fazer-se com autonomia face ao contrato. Neste caso isto não se aplica, porque se a cláusula é contida no contrato, a invalidade do contrato afeta a convenção de mediação.

10. Nuno e Manuela celebram um contrato de mandato. Três meses depois, Nuno envia uma carta a Manuela propondo-lhe que celebrem uma convenção de mediação, ao que Manuela responde, por e-mail, da seguinte forma: “Quanto à convenção de mediação que referes na tua carta de 15 de novembro, estou de acordo.”

Entretanto, surge um litígio quanto ao valor exato da remuneração de Manuela na sua qualidade de mandatária. Nuno contacta Manuela no sentido de iniciar o processo de mediação, mas esta alega que a cláusula não é válida e indica que pretende iniciar uma ação judicial. *Quid juris?*

Temos que verificar os requisitos da convenção de mediação.

Quanto à forma escrita, Nuno enviou uma carta e Manuela respondeu por e-mail. De acordo com o artigo 12º/2 isto é aceitável. O elemento relevante para estabelecermos a relação entre estes dois elementos é a referência à “carta de 15 de novembro”, sem esta seria difícil entender a relação.

Quanto à determinabilidade, se estivesse determinado que estávamos perante um litígio decorrente do contrato de mandato estaria preenchido, caso contrário não estaria preenchido.

Quanto à legitimidade das partes não temos informações, portanto presume-se a legitimidade.

No que toca à mediabilidade do litígio, é este mediável? Sim, é.

Bastaria concluir dizendo o que nuno deveria fazer no caso de Manuela iniciar uma ação judicial. Nuno poderia alegar a existência da convenção de mediação no prazo da contestação ou renunciava à convenção de mediação e aceitava resolver o litígio por via judicial.

11. Otilia e Pedro são conhecidos no local onde habitam pelas suas constantes discussões: Otilia queixa-se do barulho provocado por Pedro, músico amador; Pedro queixa-se das obras que Otilia fez na sua varanda. Os vizinhos só conseguem colocar-se de acordo após mediação iniciada no âmbito de um processo judicial. Uma das condições essenciais para ambas as partes é o sigilo (não querem perder a face perante a vizinhança), pelo que pretendem incluir no acordo uma cláusula com a seguinte redação: “1. O mediador não pode remeter este acordo ao juiz”.

Qual deve ser a atitude do mediador?

Temos que perceber em que âmbito é que ocorre esta mediação: quando já há um processo judicial.

Assim sendo, ao que acontece ao processo judicial é a sua suspensão e remissão para a mediação. A lei prevê que o mediador deve, havendo acordo, remetê-lo ao juiz para homologação e, caso não haja acordo, deve devolver o processo ao tribunal para decidir. Na primeira opção, ao exigir que o acordo seja homologado pelo tribunal, é a própria lei que apresenta um desvio ao princípio da confidencialidade. É que as partes já provocaram a intervenção do tribunal num momento anterior, o que justifica o afastamento do princípio da confidencialidade.

Deste modo, o mediador deve dizer as partes que isto não é possível porque a lei exige a remissão para homologação. Se as partes insistirem o mediador não só pode como deve terminar a mediação porque assinar um acordo que tivesse por trás esta cláusula seria assinar um acordo violando a própria lei.

12. Rui e Tomás celebram um contrato de arrendamento para habitação. Na sequência de um litígio relativo à responsabilidade por reparações no imóvel, as partes recorrem à mediação e chegam ao seguinte acordo: o proprietário assume a responsabilidade pelas reparações e o inquilino abdica do direito de preferência na eventual alienação do imóvel. O acordo foi obtido perante um mediador que não tem certificação.

O que faria se fosse mediador? Imagine agora que é juiz e que o acordo lhe é enviado para homologação.

Comece-se pela executoriedade. Quanto a este aspeto, é preciso preencher os requisitos do artigo 9º.

O mediador deveria aconselhar a consulta rum advogado podendo, no caso de as partes não o fazerem, terminar a mediação se entendesse que o acordo era ilegal ou não pudesse ser executado.

O mediador não é obrigado a se não perceber pedir auxílio. Pode sempre sugerir a consulta a um técnico especializado, mas não é obrigado a fazê-lo, porque pode não ter sequer ideia de que há um problema e de que a intervenção e um especialista é necessária. Se o mediador não tiver o mínimo de conhecimento especializado pode não entender sequer, justificadamente, que a intervenção de um especialista é necessária.

Temos que verificar se desistir do direito de preferência faz parte da ordem pública. Não parece fazer. O que pode estar em causa na relação entre o inquilino e o arrendatário é que se protege a parte contratual mais fraca. Este pensamento é a única coisa que permite integrar a situação na ordem pública. A ordem pública é um dos requisitos para a homologação (artigo 14º), pelo que não considerando a situação dentro da ordem pública o que deveria o juiz fazer? Não deveria homologar o acordo com base numa violação de um princípio geral de direito, evitando a formação de um título executivo judicial cujo conteúdo iria violar a lei.

