



Universidade do Minho
Escola de Direito

UMA NOVA MEDIAÇÃO

**Notas a partir das experiências portuguesa,
espanhola e brasileira**

Org. Maria Clara Calheiros

Colecção Ciências Jurídicas Gerais, n.º 1

Braga – Escola de Direito da Universidade do Minho

Julho 2014

UMA NOVA MEDIAÇÃO

**Notas a partir das experiências portuguesa,
espanhola e brasileira**

Org. Maria Clara Calheiros

Colecção Ciências Jurídicas Gerais, n.º 1

Braga – Escola de Direito da Universidade do Minho

Julho 2014

Título:

Uma Nova Mediação – Notas a partir das experiências portuguesa,
espanhola e brasileira

Colecção Ciências Jurídicas Gerais, n.º 1

Coordenação e Organização:

Maria Clara Calheiros

Edição:

Departamento de Ciências Jurídicas Gerais
Escola de Direito da Universidade do Minho

Campus de Gualtar

4710-057 Braga

Telefone: 253 601 800 / 253 601 801

Fax: 253 601 809

e-mail: sec@direito.uminho.pt

URL: <http://www.direito.uminho.pt>

ISBN: 978-989-97970-4-8

Data: Julho de 2014

Índice

Prólogo	7
FABIANA MARION SPENGLER – O mediador e o conciliador como terceiros no tratamento de conflitos disciplinados no projeto de lei n.º 8046/10 (novo Código de Processo Civil brasileiro)	9
FERNANDO MARTÍN DIZ – Cuestiones prácticas sobre mediación en derecho privado	31
MARIA CLARA CALHEIROS – Os intervenientes na mediação. Advogados e mediadores: qual o seu papel?	51
MILAGROS OTERO PARGA – Concepto y principios rectores de la mediación (estudio comparativo España/Portugal)	63
ROSSANA MARTINGO CRUZ – Mediação familiar – <i>Nótulas soltas</i>	75
Resumos	91
Anexo – Lei n.º 29/2013, de 19 de Abril	99

PRÓLOGO

A mediação tem sido objecto de atenção na Escola de Direito da Universidade do Minho, nos últimos anos. Não só aqui teve lugar um Curso de Mediação Penal, como também se procurou incentivar a investigação e divulgação desta via de resolução de conflitos.

É fácil temer o que não se conhece. De facto, temo-nos apercebido que existe alguma ignorância, nos meios jurídicos, da realidade da mediação, dos seus propósitos, das distintas práticas a que dá lugar, das experiências históricas (das mais longínquas no tempo, às mais recentes) de implementação. Ora, a este desconhecimento une-se uma atitude pouco receptiva face à mediação, que tem existido entre diversos operadores jurídicos, em especial, os advogados. Basta recordar aqui algumas das afirmações públicas produzidas pelos mais recentes Bastonários da Ordem dos Advogados. Esta foi também uma razão pela qual consideramos ser missão da nossa Escola contribuir para o debate de ideias e o esclarecimento de dúvidas.

Neste sentido, a publicação e entrada em vigor, em 2013, de uma nova lei de mediação (a Lei n.º 29/2013, de 19 de Abril) constituiu o mote para abraçarmos a ideia de promover um colóquio sobre a mediação, que veio a ter lugar no dia 16 de Novembro de 2013, cruzando perspectivas mais gerais, com análises temáticas mais voltadas para as várias áreas de aplicação da mediação. A presente obra nasce, portanto, de valiosos contributos colhidos de diversos especia-

listas participantes nessa iniciativa, a que se agregaram outros, que naquela ocasião não puderam estar presentes.

Pensou-se, ainda, ser útil incluir o texto da Lei, uma vez que é também da sua exegese crítica que tratam muitos dos artigos constantes da presente obra.

Espero, pois, que este livro, propositadamente publicado num formato que permite a sua mais ampla e livre divulgação, possa constituir-se como elemento de esclarecimento e mais aprofundado conhecimento da realidade da mediação. *Fiat Lux!*

Maria Clara Calheiros

(Professora Associada da Escola de Direito da Universidade do Minho)

O MEDIADOR E O CONCILIADOR COMO TERCEIROS
NO TRATAMENTO DE CONFLITOS DISCIPLINADOS
NO PROJETO DE LEI N.º 8046/10
(NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL BRASILEIRO)

Fabiana Marion Spengler

(Professora-Adjunta da Universidade de Santa Cruz do Sul – Brasil)

O Código de Processo Civil Brasileiro (CPC) em vigência já conta com mais de 30 anos de existência. Fruto de momentos em que o Brasil mergulhava nas escuras nuvens da ditadura política, apresentava-se como um instrumento dotado de regras rígidas que impunham às partes o ônus exclusivo da produção da prova, a qual vinha definida em formas, prazos e efeitos.

Ao julgador, o CPC dispunha o dever de decidir enclausurado pelos elementos trazidos pelas partes. Confinado à interpretação exclusiva das provas produzidas e inter-relacionadas, era o juiz, no dizer do Barão de Montesquieu, a “bouche de la loi”, reproduzindo o que determinava a norma legal, cumprindo o papel que lhe é delegado até hoje pelo Estado soberano e sentenciando sobre a contenda.

A normatização processual, em especial a partir da promulgação da Constituição brasileira de 1988, mereceu ajustes. Os artigos passaram a ser interpretados sob os olhos constitucionais, em atenção aos princípios contidos

em especial no art. 5.º da Carta Magna. Conjugue-se a esse fundamental aspecto legal, o fim do período ditatorial, o que possibilitou aos magistrados poder pensar/interpretar o direito.

O CPC se viu envelhecido. Precisou ser ajustado à nova realidade jurídica e social. Uma população que recebia um banho de cidadania, ciente dos novos direitos constitucionalmente previstos, exigia que fossem eles efetivados. E a efetivação dependia da agilização da prestação jurisdicional, uma vez que a confiança na justiça torna-se frouxa e débil quando se verifica que a tutela jurisdicional acontece “a destempo”. Tal afirmativa se deve ao fato de que o tempo, assim como perpetua situações de litígios e corrói direitos (que não são tutelados de forma adequada e “a tempo”), tem o poder de inferir na concepção processual, uma vez que se torna o grande controlador da máquina judiciária. Desse modo, existe a possibilidade de limitar essa influência temporal através de dispositivos processuais de urgência, como os processos cautelares, as tutelas antecipadas ou específicas, que podem garantir a forma mínima do processo.

Diante de tais fatos e levando em consideração a necessidade de alterações significativas na legislação processual civil, doutrinadores, magistrados, advogados vivem um momento de estudo e busca por alternativas que não visem apenas à celeridade na prestação jurisdicional, mas também qualidade. Ou seja, o atendimento dos anseios da população quanto à rapidez na resposta, mas com eficiência e efetividade.

Justamente por isso e por obra do Senado da República, foi formado um grupo de renome, para pensar um novo Processo Civil, que seja eficaz ao jurisdicionado do século XXI, o qual não mais admite ver seus direitos vilipendiados. Os primeiros resultados deixaram de lado a sequência de microalterações realizadas desde o início dos anos 90 para consolidar uma nova leitura, de modo integral. Nasceu o Projeto de Lei n.º 8046/2010, apelidado de Novo Código de Processo Civil, em tramitação no Senado.

Entretanto, embora pensado exaustivamente em busca de soluções processuais, foi tímido ao tratar da prevenção dos conflitos, ou, de outro modo, das formas de solução alternativas dos conflitos. Bem verdade é que trata do tema, o que está ausente na normatização presente; que o faz buscando exatamente os meios estudados não somente no Brasil, mas como em grandes centros jurídicos: mediação e conciliação.

Mas o faz em apenas 11 artigos e mediante referências extremamente genéricas, postergando a efetiva regulamentação aos Tribunais e para legislação específica. De outro ângulo, aquele que trata exclusivamente da lide, da ação, do processo enquanto fórmula, os méritos das modificações previstas são muitos. Porém, pensar em solução dos problemas de uma jurisdição lenta com alterações nos procedimentos assemelha-se a modificar a cama do hospital como forma de propiciar um melhor tratamento do doente.

Assim, o presente texto tem como tema principal de debate a análise da proposta de inserção da mediação e da conciliação enquanto meios de tratamento/resolução de conflitos no projeto de novo Código Civil brasileiro e do modo como se desenvolve o papel de seus terceiros agentes: o conciliador e o mediador. Nesse sentido, pretende-se responder a problematização que questiona a pertinência de tal proposta e os ganhos efetivos que tais modificações – a partir da inserção anteriormente mencionada – podem gerar.

Conseqüentemente, o objetivo da pesquisa realizada foi investigar o modo como o legislador propôs a inserção da mediação e da conciliação enquanto mecanismos de tratamento adequado de conflitos, diferenciando os dois institutos e os seus terceiros/agentes, analisando, por fim, as vantagens e desvantagens da proposta legislativa.

Para fins de cumprir com tal objetivo, o método de abordagem utilizado foi o dedutivo, partindo da relação entre argumentos gerais, denominados premissas, para argumentos particulares, até se chegar a uma conclusão. Como método de procedimento, foi utilizado o método monográfico, a partir de pes-

quisa e fichamentos em fontes bibliográficas ligadas ao tema da pesquisa e relativas ao assunto.

1.2. As formas complementares à jurisdição no Projeto de Lei n.º 8046/2010

De forma pontual, passa-se a análise dos artigos propostos pelo Projeto de Lei n.º 8046/2010, da Câmara de Deputados, a partir do art. 166, que abre a Seção V, “Dos conciliadores e dos mediadores judiciais”. A Seção vem inserida no Capítulo III do Projeto, o qual trata “Dos auxiliares da justiça”.

Entretanto, importa referir que, já no art. 139, a Comissão fez constar como dever do juiz “V – promover, a qualquer tempo, a autocomposição, preferencialmente com auxílio de conciliadores e mediadores judiciais”. Ou seja, passam, conciliadores e mediadores, a serem elementos fundamentais e, utilizando-se o termo do Projeto, preferenciais para a tarefa de tratar o conflito de forma autocompositiva.

O Projeto de Lei do novo CPC rege a atividade dos conciliadores e mediadores, a partir da definição das incumbências de cada tribunal. Assim, o art. 166 determina que cada tribunal pode propor que se crie, por lei de organização judiciária, um setor de conciliação e mediação. Desse modo, o projeto incumbe cada Tribunal de Justiça competente da tarefa de tratar das normas internas necessárias à instalação e ao funcionamento da conciliação/mediação como forma de tratamento de conflito. Nenhum prazo é estabelecido para a realização de tal intento.

O art. 167 afirma que a conciliação e a mediação são informadas pelos princípios da independência, da neutralidade, da autonomia da vontade, da confidencialidade, da oralidade e da informalidade.

O princípio da independência estabelece que o conciliador/mediador não pode possuir relações estreitas (amigo, parente, empregado, etc.) com os conciliandos/mediandos, pois nesse caso a tendência é agir de forma imparcial.

Importa salientar que a independência dos conciliadores/mediadores diverge da independência dos magistrados, uma vez que, ao proferir suas decisões, os magistrados decidem de acordo com suas próprias convicções e valores. Já os conciliadores/mediadores não podem influenciar os conflitantes com base nos seus costumes e valores.

Mas a independência aqui vai além desses dois aspectos, uma vez que diz respeito também à hipótese de garantir autonomia e liberdade ao conciliador/mediador para que realize a sessão conforme seus conhecimentos e práticas, livre de pressão interna e/ou externa, seja quanto aos resultados, seja quanto à condição do procedimento.

O princípio da neutralidade decorre na falta de manifestação do conciliador/mediador, como também seria de qualquer julgador, enquanto presidente de uma seção. Por ser neutro, não induz as partes a uma solução a qual ele, mediador/conciliador/juiz possa ter como a mais correta.

Nesse sentido, o mediador/conciliador trabalha, conforme JEAN FRANÇOIS SIX (2001, p. 44), também sob uma “ética de espaço”, uma vez que não pode tomar partido, devendo guardar uma justa distância para continuar a ver claramente. Porém, não se trata de uma neutralidade fria, significa sim ter “atenção para não embarcar aqueles que pediram uma mediação em um barco de sentimentalismo”. Assim, o mediador ou conciliador deve estabelecer um terceiro espaço, ser ele mesmo este espaço intermediário. Convém também a esta ética do espaço que o mediador/conciliador estabeleça um campo claro, que ele faça estritamente a mediação/conciliação e que não seja outra coisa além de um mediador/conciliador: um advogado, por exemplo, ou um psicoterapeuta.

Já o princípio da autonomia da vontade, ao contrário dos demais, diz respeito ao poder de decidir das partes. A mediação ou a conciliação não conduzem à imposição de resultados, mas à condução para que elas, partes, encontrem a melhor forma de tratamento do conflito. E isso, em especial no concer-

nente a mediação, somente poderá ser atingido quando os caminhos forem encontrados por meio de diálogo.

Além disso, a autonomia da vontade diz respeito também ao interesse e direito das pessoas de concordar e querer participar ou não da mediação/ conciliação, de modo que tais procedimentos não são impostos, tão somente fomentados pela norma legal e pelos operadores do direito. Ainda, a autonomia também pode dizer respeito às decisões, dando aos conflitantes a opção de homologarem ou não o acordo construído. Compete a eles optarem pelo melhor para si mesmos.

O princípio informativo da oralidade vem no rastro dos procedimentos já previstos para a Lei n.º 9099/95, mais conhecida como a dos “Juizados Especiais Cíveis e Criminais”. De tal princípio depreende-se nada mais do que a exigência precípua da forma oral no tratamento da causa, sem que com isso se exclua por completo a utilização da escrita. Ademais, o processo oral não é sinônimo de processo verbal (FIGUEIRA JÚNIOR, 2006, p. 35).

Note-se que a mediação e a conciliação não têm por objetivo autoconvencimento do magistrado encontrado em razão da troca das falas ocorridas entre as partes. Assim, nada mais evidente do que pretender, não impor, mas sugerir a oralidade como princípio.

É importante referir que a oralidade é um princípio atrelado ao da informalidade, no qual as pessoas têm a oportunidade de debater os problemas que lhes envolvem, visando encontrar a melhor solução para eles. Inúmeras vezes pessoas que possuem convivência cotidiana (ou interesses ligados a relações continuadas – tais como: vizinhança, família, emprego, etc.) entram em discordância por um motivo qualquer. Este é o caso das relações continuadas, nas quais a “question” que seria debatida na corte tradicional é uma, porém, o verdadeiro conflito pode ser outro.

Um aspecto a ser considerado diz respeito ao estado emocional dos litigantes que não conseguem debater serenamente em busca de um tratamento

para seu conflito. O Poder Judiciário tradicional, quando acionado, em tais circunstâncias, tende a distanciar ainda mais estas pessoas, eis que tem um perfil litigante, composto de duas partes combatentes. Ao final, apresenta-se um ganhador e um perdedor, vinculados por uma resposta prevista pelo sistema jurídico.

Ainda no parágrafo primeiro, tem-se o princípio da informalidade, também importado dos Juizados Especiais brasileiros. Nesse sentido, nada obsta a que os envolvidos busquem soluções alternativas, desde que suas escolhas não firam a moral e os bons costumes e que sejam possíveis e lícitas. Assim, não se leciona aqui a possibilidade de criar ritos e procedimentos novos em desconformidade com a norma pública. O que se propõe é certa flexibilização nos atos delimitadores da mediação/conciliação. Pretende, o Legislador, atingir, com a informalidade, premissa tratada pelas mais modernas legislações processuais: celeridade. Nesse contexto, vale lembrar a busca da Comissão de elaboração do Projeto de Lei n.º 8046/2010 pela eticidade na condução dos processos.

A postura do mediador/conciliador também contribui para imprimir um ritmo mais informal à sessão. Assim, é mais produtivo se eles não se apresentarem como figuras de autoridades. A autoridade do mediador/conciliador é obtida pelo nível de relacionamento que ele conseguir estabelecer com as partes. O uso de um tom de conversa sem maiores formalidades estimula o diálogo. Porém, não se pode esquecer da adequada postura profissional que é um valor perfeitamente compatível com o tom informal (AZEVEDO; BACELAR, 2007, pp. 25-26).

O § 1.º do art. 167 dispõe, ainda, que a confidencialidade se estende a todas as informações produzidas ao longo do procedimento, cujo teor não poderá ser utilizado para fim diverso daquele previsto por expressa deliberação dos envolvidos. A determinação legal proposta objetiva deixar os conflitantes bem à vontade para externar todos os aspectos e detalhes do conflito, elencando seus reais sentimentos e interesses, sem o medo de que o relato seja objeto de

prova em posterior fase processual. Além disso, dá sustentabilidade ao sentimento de confiança que deve existir entre mediadores/conciliadores e conflitantes. Sem sombra de dúvidas, a confidencialidade das informações dentro do processo de mediação/conciliação é um fator que influencia na construção de uma relação de confiança dos conflitantes com o mediador/conciliador. Quando os conflitantes sabem que nada do que foi dito na sessão poderá ser usado contra eles, sentem-se muito mais à vontade para revelar informações importantes acerca da controvérsia.

O § 2.º afirma que, em virtude do dever de sigilo, inerente à sua função, o conciliador e o mediador e sua equipe não poderão divulgar ou depor acerca de fatos ou elementos oriundos da conciliação ou da mediação.

Nestes termos, o mediador e o conciliador devem atender às expectativas viáveis das partes, no que se relaciona à confidencialidade. Tais expectativas são pendentes e relacionadas ao próprio procedimento da mediação e aos acordos firmados. A esses profissionais é vedado revelar qualquer informação que algum dos envolvidos solicite que seja mantida em confidência. Somente revelará informações quando receber autorização de todos, ou quando for requisitado, para assim fazer por determinação legal ou por qualquer outra política pública.

1.3. *Incentivo ao uso dos meios complementares de tratar conflitos*

O art. 166 do Projeto de Lei n.º 8046/2010 propõe que a realização de conciliação ou mediação deverá ser estimulada pelos operadores do direito a partir de regulamentações e iniciativas dos respectivos Tribunais. A proposta do Projeto de Novo Código de Processo Civil não torna obrigatória a mediação ou a conciliação, mas a estimula. E tal incentivo deve ser tarefa de todos os operadores do direito, mesmo já ajuizada a ação. Ou seja, tem-se por importante a busca pela solução composta, sem torná-la obrigatória.

Tal busca se dá porque se sabe que os problemas existem, as diferenças de opinião e as necessidades de cada parte são reais e o processo tem que ser bem administrado para que não se transforme em competição. O que se pode implementar é uma outra forma de solucionar esses conflitos. Em vez de se utilizar pressão e o poder, utiliza-se a criatividade como ferramenta, a flexibilidade como atitude e a comunicação sincera e genuína para se chegar ao melhor acordo.

Em síntese, o papel dos operadores do direito, ao incentivar a mediação/conciliação enquanto processo cooperativo de tratamento de conflitos, se dá especialmente no encorajamento de uma maior divisão do trabalho e especialização de papéis; isso permite um uso mais econômico de pessoal e recursos que, por sua vez, conduz a uma maior produtividade das tarefas. O desenvolvimento de atitudes mais favoráveis de um em relação ao outro nas situações cooperativas fomenta mais confiança mútua e abertura de comunicação, bem como providencia uma base mais estável para uma cooperação contínua, a despeito do crescimento ou da minguagem de determinados objetivos. Isso também encoraja uma percepção de similaridade de atitudes (DEUTSCH, 2004, p. 45).

Transferindo tais assertivas para a mediação/conciliação proposta no Projeto de Lei n.º 8046/2010, por exemplo, ter-se-ia a busca de um acordo, partindo do esforço mútuo entre as partes, o mediador/conciliador, o advogado, os serventuários e o magistrado. Cada um realiza sua função, utilizando técnicas que fomentem e possibilitem a comunicação, determinando um ganho de tempo e a redução de gastos, mas, principalmente, o respeito às partes envolvidas no processo e a cooperação contínua das mesmas até a implementação do consenso e o cumprimento do avençado.

Na medida em que participantes na situação cooperativa são mais facilmente influenciáveis do que os da situação competitiva, os primeiros são geralmente mais atenciosos uns com os outros. Isso reduz dificuldades de

comunicação e estimula o uso de técnicas de persuasão em vez de coerção, quando há diferenças de ponto de vista (DEUTSCH, 2004, p. 45).

Utilizando o exemplo acima referido, as partes alcançariam uma decisão consensuada (acordo) e não imposta/coercitiva (sentença). O desfecho da mediação/conciliação seria uma negociação permeada pelo empoderamento e pela responsabilização de todos, no momento de encontrar opções e fazer escolhas quanto ao conflito, desembocando numa decisão autónoma e mutuamente construída.

A negociação cooperativa é o caminho mais rápido e seguro para que se chegue a um acordo no qual as partes sintam-se compromissadas a cumpri-lo, tal qual entabulado, evitando um novo procedimento posteriormente, seja porque o compromisso não foi respeitado ou porque o conflito continua latente.

1.4. O terceiro mediador e o terceiro conciliador

O § 3.º do art. 166 salienta que o conciliador poderá sugerir soluções para o litígio ao passo que o § 4.º do mesmo artigo observa que o mediador auxiliará as pessoas em conflito a identificarem, por si mesmas, alternativas de benefício mútuo. Ambos trazem, de forma indireta, a diferença entre conciliação e mediação e a respectiva atuação.

A diferenciação feita pelo art. 166 em seus dois parágrafos entre mediador e conciliador é importantíssima. Primeiro, porque auxilia na divulgação dos dois institutos; segundo, porque delimita uma das suas principais diferenças: o papel desempenhado por mediadores e conciliadores, o que, em terceiro lugar, serve para determinar a gama de conflitos que podem ser destinados a uma e outra, bem como as melhores técnicas de tratamento dos mesmos.

Assim, para que não se perca o foco, importa referir que dentro do procedimento Judiciário, ou fora dele, a conciliação é também uma forma de tratamento de conflitos. No Brasil, ela já é exercida por força de lei, conforme os arts.

125, IV, e 447 do CPC, que preveem sempre a necessidade de proposta de conciliação em todas as demandas judiciais. De outra banda, o conciliador privado surge com a Lei n.º 9.958/00. Esse é eleito pelos trabalhadores das empresas para compor comissões intersindicais de conciliação; neste caso, escolhidos por sindicatos dos trabalhadores e patronais.

Mas a diferença fundamental entre conciliação e mediação reside no conteúdo de cada instituto. Na conciliação, o objetivo é o acordo, ou seja, as partes, mesmo adversárias, devem chegar a um acordo para evitar o processo judicial ou para nele pôr um ponto final, se por ventura ele já existe. Na conciliação, o conciliador sugere, interfere, aconselha e, na mediação, o mediador facilita a comunicação sem induzir as partes ao acordo. Na conciliação, resolve-se o conflito exposto pelas partes sem analisá-lo com profundidade. Muitas vezes, a intervenção do conciliador ocorre no sentido de forçar o acordo (SALES, 2005, p. 38).

Conciliação A

B

C

Conciliador

Fonte: ALMEIDA, Tânia, *Mediação Transformativa*, Palestra do 22.º Congresso Brasileiro de Terapia Familiar, Gramado: 1996.

A conciliação apresenta-se, assim, como uma tentativa de se chegar voluntariamente a um acordo neutro, que conta com a participação de um terceiro que intervém entre as partes de forma oficiosa e desestruturada para dirigir a discussão sem ter um papel ativo (BOLZAN DE MORAIS; MARION SPENGLER, 2012). Diferencia-se, pois, a mediação da conciliação pelo fato de que, na segunda, o tratamento dos conflitos é superficial, encontrando-se um resultado muitas vezes parcialmente satisfatório. Já na primeira, existindo acordo, este apresenta total satisfação dos mediados.

A mediação, como ética da alteridade, reivindica a recuperação do respeito e do reconhecimento da integridade e da totalidade de todos os espaços de privacidade do outro. Isto é, um respeito absoluto pelo espaço do outro e uma ética que repudia o mínimo de movimento invasor. É radicalmente não invasora, não dominadora, não aceitando dominação sequer nos mínimos gestos. As pessoas estão tão impregnadas do espírito e da lógica da dominação que terminam, até sem saber, sendo absolutamente invasoras do espaço alheio (WARAT, 2004, p. 54).

Fonte: COSI, Giovanni; FODDAI, Maria Antonietta, *Lo spazio della mediazione. Conflitti di diritti e confronto di interessi*, Milano: Giuffrè, 2003, p. 26.

Na mediação, a autocomposição está referida na tomada das decisões. Fala-se de autocomposição, na medida em que as mesmas partes envolvidas no

conflito assumem o risco da decisão que corre por conta dos árbitros, da mesma forma que esse risco é assumido pelos magistrados, no momento em que se decidem, judicialmente, os litígios (WARAT, 2004, p. 59).

O acordo resultante da mediação pode ou não ter força executiva. Se ele não for escrito e posteriormente levado à homologação judicial (art. 475, “n”, incs. III e IV, do CPC) ou reduzido a termo, assinado pelas partes e por duas testemunhas, caracterizando, assim, um título executivo extrajudicial (art. 585, inc. II, do CPC), ele não possuirá força executiva. O Projeto de Lei n.º 8046/2010 prevê modo expreso nos incisos IV do art. 800.

Como ensina DALLA BERNARDINA DE PINHO, “a busca pela autocomposição do conflito deve ser uma opção, pois quando o cidadão busca refúgio no meio alternativo, não por livre escolha, mas para se livrar dos riscos de um processo judicial lento, ineficaz e oneroso, certo é que as bases do acesso à justiça encontram-se ameaçadas” (PINHO; PAUMGARTEN, *online*). Ou seja, a mediação pressupõe interesse pela busca, pelo encontro de uma forma espontânea, desejada, livre, para composição. A conciliação, quando derivada de propostas apresentadas pelo conciliador, por vezes, deixa ao paralelo o desejo de cada um.

1.5. A transação

A proposta legislativa em tramitação na Câmara de Deputados faz excluir o art. 143 do Projeto de Lei n.º 166/2010, de origem do Senado Federal. Em sua origem, obtida a transação, as partes e o conciliador ou o mediador assinarão termo, a ser homologado pelo juiz, que terá força de título executivo judicial. Assim, tinha-se como obrigatória a homologação judicial, dando contornos ao respectivo termo de título executivo judicial. Daí, em se tratando de mediação ou conciliação que venha a ocorrer após o ajuizamento da ação, estar-se-ia retardando a base para uma sentença que, homologatória, levará a extinção do feito com resolução do mérito.

Já em sede de Câmara de Deputados, o Projeto de Lei n.º 8046/2010 exclui de sua proposta de redação a caracterização de título executivo, até porque já tratado em seu texto, nos espaços referentes ao título executivo judicial e extra-judicial.

Por outro lado, tratando-se de mediação ou conciliação prévia, pela redação exposta, haveria as partes de propor ação judicial em busca da homologação. Ou seja, após solvido o litígio, ainda as partes necessitariam do aforamento de ação com os rigores processuais típicos, inclusive, pagamento de custas judiciais.

A necessidade de homologação judicial de acordo entabulado na mediação prévia gera a já criticada necessidade de ajuizamento de ação com vista à homologação judicial.

Importante referir a generalidade no tratamento do tema no Projeto de Novo Código de Processo Civil. Por tratar de matéria processual, ou seja, interna *corporis* ao andamento de uma ação judicial, o regulamento privilegia os passos destinados a dar andamento às ações judiciais. Entretanto, o objetivo das ADRs é mais amplo e, por evidente, anterior. Pretende-se, como tentado demonstrar no texto, apontar a necessidade de se evitar o ajuizamento de ações judiciais, mesmo que meramente homologatórias. Impor aos litigantes, após exaurida a contenda por conveniência pessoal por elas demonstrada, que ajuízem ação que vise exclusivamente à homologação de uma composição, vai em confronto ao interesse social e jurídico de redução das demandas.

De outra banda, é o próprio Projeto de Lei n.º 8046/2010, em seu art. 800, que prevê como título executivo extrajudicial “o instrumento de transação referendado pelo Ministério Público, pela Defensoria Pública, pela Advocacia Pública, pelos advogados dos transatores ou por conciliador ou mediador credenciado pelo tribunal” (inciso IV). Ou seja, têm-se, no caso pautado, esses elementos presentes, além do mediador ou conciliador. Ainda, outra hipótese prevista no mesmo artigo poderá abrigar o consenso estabelecido por meio de

mediação ou conciliação: “todos os demais títulos a que, por disposição expressa, a lei atribuir força executiva” (inciso X).

Já o art. 176 propõe que as disposições desta Seção não excluem outras formas de conciliação e mediação extrajudiciais vinculadas a órgãos institucionais ou realizadas por intermédio de profissionais independentes. Apresenta-se aqui norma em aberto, que permite futuras formas de aplicações dos princípios de mediação e conciliação. Tem-se, por exemplo, a possibilidade de implantação desses sistemas já em âmbito administrativo, tratando de forma salutar as demandas do cidadão em relação ao Estado.

Estar-se-ia diante de um grande passo na busca da evidenciação – eficiente e comprometida –, do interesse e da boa vontade do Estado, grande “cliente” do Poder Judiciário, demonstrar aquilo que a sociedade tanto vem postulando: redução das demandas e, por conseguinte, do tempo de duração e do custo daquelas existentes. O tempo de tramitação das ações, hodiernamente, está diretamente vinculado à quantidade destas; o item está vinculado à existência de demandas muitas vezes de existência desnecessária; a desnecessidade das ações está, por sua vez, diretamente vinculada à falta de busca de soluções anteriores à existência da demanda.

Ou seja, tem-se nos mecanismos alternativos de tratamento de conflito, em especial na mediação, uma grande hipótese de reduzir demandas e de tornar eficiente a pacificação social.

A mediação e a conciliação propostas no Projeto de Lei n.º 8046/2010 possuem princípios importantes e que trazem garantias aos conflitantes que tenham interesse em ver seu litígio por elas tratado. Além de oferecer garantias, os princípios propostos em ambas têm por objetivo oferecer informalidade, desburocratização e eficiência aos procedimentos mediativos/conciliatórios.

Considerando que a mediação e a conciliação são institutos diferenciados, também se diferencia o papel desenvolvido pelo mediador e pelo conciliador. O primeiro aproxima as partes e estimula o diálogo e a criação de propos-

tas de composição do conflito. A ele não se permite a tarefa de sugerir propostas, de orientar os conflitantes e/ou aconselhar condutas. Por outro lado, essas últimas hipóteses poderão ser atribuídas ao conciliador que possui em sua lista de atribuições à sugestão e à orientação. Porém, nenhum dos dois profissionais tem, como prerrogativa, a hipótese de impor acordos ou decisões que somente poderão ser construídos ou aceitos pelos envolvidos no conflito.

A diferenciação entre conciliação e mediação auxilia a escolha do mecanismo mais adequado ao tratamento do conflito. Desse modo, a mediação é mais aplicada e tem melhores resultados em relações ditas continuadas, ou seja, aquelas que se mantêm ao longo da história dos conflitantes como é o caso das relações de parentesco, relações conjugais e de amizade. Já a conciliação se mostra eficaz em relações esporádicas, delimitadas e recortadas em determinado espaço de tempo. Exemplo típico são os conflitos que envolvem relações de consumo.

Certo é que a mediação e a conciliação não vêm expostas no Projeto de Lei n.º 8046/2010 como obrigatórias, o que deve ser comemorado. Obrigatoriedade essa completamente contrária à proposta mediativa/conciliativa, a imposição de tais mecanismos para tratar os conflitos, devendo estes ser opção, escolha consciente. Somente assim os conflitantes se envolverão de maneira ativa e responsável no tratamento de seu litígio.

Outro item que merece atenção é o modo superficial como vem tratada a remuneração dos mediadores e conciliadores. Todas as políticas públicas que pretendem instituir estes mecanismos de tratamento dos conflitos ou ignoram o tema ou delegam a ele a necessidade de nova regulamentação. Importante salientar que os profissionais encarregados de tais tarefas possuem grande responsabilidade e devem ser remuneradas de maneira adequada. Sendo assim, a remuneração digna do mediador/conciliador ainda é um assunto aberto que merece debate e solução imediata, para fins de evitar a manutenção do trabalho voluntário, criando e dignificando as duas novas profissões.

Por fim, os acordos exarados das sessões de conciliação e mediação deverão ser homologados, conforme prevê o projeto. Nesse diapasão, importante lembrar que nem sempre uma sessão de mediação/conciliação da qual não nasceu acordo pode ser considerada inexitosa. Em ambos os casos, se a comunicação franca entre as partes foi restituída significa que houve sucesso. Se acontecer o acordo, estando judicializado o processo, ele será levado a termo e posteriormente homologado, dando origem a um título executivo. Porém, em caso de mediações e conciliações extrajudiciais o acordo torna-se uma escolha, que deverá ser construída pelas partes.

O fato é que ambas, mediação e conciliação, propõem um tratamento dos conflitos mais autônomo e responsável, construído por seus protagonistas. Seu objetivo é abordar de modo adequado o conflito, buscando respostas consensuadas, eficazes e exequíveis para os mesmos.

Referências

ALMEIDA, Tânia, *Mediação Transformativa*, Palestra do 22.º Congresso Brasileiro de Terapia Familiar, Gramado: 1996.

AZEVEDO, André Gomma de; BACELLAR, Roberto Portugal, *Manual de Auto-composição Judicial*, Coleção: *Estudos em arbitragem, mediação e negociação*, André Gomma de Azevedo e Ivan Machado Barbosa (Orgs.), Brasília: Grupos de Pesquisa, v. 4, 2007.

BOLZAN DE MORAIS, José Luis; MARION SPENGLER, Fabiana, *Mediação e Arbitragem: Alternativas à Jurisdição!*, 3.ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

BOLZAN DE MORAIS, José Luis; SPENGLER, Fabiana Marion, *Mediação e arbitragem: alternativas à jurisdição*, 2.ª ed, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, disponível em: <http://www.cnj.jus.br/>. Acesso entre outubro e novembro de 2013.

COOLEY, John; LUBET, Steven W., *A advocacia de arbitragem*, Tradução de René Locan, Brasília: Universidade de Brasília, 2001.

COSI, Giovanni, “Interessi, diritti, potere. Gestione dei conflitti e mediazione”, in *Ars Interpretandi*, Padova: CEDAM, n. 9, 2004.

COSI, Giovanni; FODDAI, Maria Antonietta, *Lo spazio della mediazione. Conflitti di diritti e confronto di interessi*, Milano: Giuffrè, 2003.

DEUTSCH, Morton, “A resolução do conflito: processos construtivos e destrutivos”, in AZEVEDO, André Gomma de (Org.), *Estudos em Arbitragem, negociação e mediação*, Brasília: Grupos de Pesquisa, 2004, v. 3.

FARIA, José Eduardo; KUNTZ, Rolf, *Estado, sociedade e direito. Qual o futuro dos direitos? Estado, mercado e justiça na reestruturação capitalista*, São Paulo: Max Limonada, 2002.

FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias, *Manual dos juizados especiais cíveis estaduais e federais*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

PINHO, Humberto Dalla Bernardino; PAUMGARTTEN, Michele, *O acesso à justiça e o uso da mediação na resolução dos conflitos submetidos ao Poder Judiciário*, disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_arts_leitura&art_id=108855, acesso em: 09 jun. 2013.

RESTA, Eligio, *Il diritto Fraterno*, Roma-Bari: Laterza, 2005.

SALES, Lília Maia de Moraes, *Justiça e mediação de conflitos*, Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

SARLET, Ingo W., *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SENADO FEDERAL, PLS – Projeto de Lei do Senado, n.º 517 DE 2007, disponível em: http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=82341, acesso em: 20 nov. 2013.

SENADO FEDERAL, PLS – Projeto de Lei do Senado, n.º 434 de 2011, disponível em: http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=101327, acesso em: 20 nov. 2013.

SENADO FEDERAL, PLS – Projeto de Lei do Senado, n.º 405 de 2011, disponível em: http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=101211, acesso em: 20 nov. 2013.

SIX, Jean François, *Dinâmica da mediação*, Tradução de Giselle Groeninga de Almeida, Águida Arruda Barbosa e Eliana Riberti Nazareth, Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

SOUZA, Luciane Moessa de, “Mediação de conflitos e o novo Código de Processo Civil”, in SPENGLER, Fabiana Marion; BEDIN, Gilmar Antonio, *Acesso à justiça, direitos humanos & mediação*, Curitiba: Multideia, 2013.

SPENGLER, Fabiana Marion, *Da jurisdição à mediação: Por uma outra cultura no tratamento dos conflitos*, Ijuí: Unijuí, 2010.

SPENGLER, Fabiana Marion, *Retalhos de Mediação*, Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo, 2014. (www.esserenelmondo.com).

SPENGLER, Fabiana Marion, *Tempo, Direito e Constituição: reflexos na prestação jurisdicional do Estado*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SPENGLER, Fabiana Marion; BRANDÃO, Paulo de Tarso, *Os (des)caminhos da jurisdição*, Florianópolis: Conceito Editorial, 2009.

SPENGLER, Fabiana Marion; LUCAS, Doglas César, *Conflito, jurisdição e direitos humanos (des)apontamentos sobre um novo cenário social*, Ijuí: Editora Unijuí, 2008.

TJDFT, disponível em: http://www.cnj.jus.br/index.php?option=com_content&view=article&id=15162:tjdft-conclui-projeto-que-mede-tempo-e-custo-medios-de-tramitacao-de-processos-da-2-instancia&catid=224:judiciario&Itemid=584, acesso em: 07 nov. 2011.

VENTURA, Deisy, *Monografia Jurídica: uma visão prática*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

WARAT, Luis Alberto, *Surfando na pororoca: o ofício do mediador*, Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

WARAT, Luiz Alberto, *A tua grita Dionísio! Direitos Humanos da Alteridade, Surrealismo e cartografia*, Tradução de Vivian Alves de Assis, Júlio César Marcelino e Alexandre Moraes da Rosa, Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010.

CUESTIONES PRÁCTICAS SOBRE MEDIACIÓN EN DERECHO PRIVADO (*)

Fernando Martín Diz

(Profesor Titular de Derecho Procesal (acreditado a Catedrático)
da Universidade de Salamanca – Espanha)

1. Nota introductoria

La mediación, como forma extrajudicial y complementaria de Administración de la Justicia ⁽¹⁾, afronta una etapa de consolidación dentro de nuestros sistemas jurídico-legales. Su aterrizaje en la mayoría de los sistemas de justicia de los países miembros de la Unión Europea ha sido reciente, fundamentalmente como consecuencia de la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles. Tras una etapa de cierto asentamiento y rodadura, se abren nuevos horizontes para perfilar lo que puede ser otra etapa en su evolución, especialmente marca-

(*) El presente trabajo es resultado de la investigación desarrollada para la ACTION GRANT referente al proyecto: “Online mediation in cross-border civil and commercial matters in the European Union: EMEDEU”, referencia JUST/2013/JCIV/AG/4689. *This paper has been produced with the financial support of the Civil Justice/Criminal Justice Programme of the European Union. The contents of this publication are the sole responsibility of the author and can in no way be taken to reflect the views of the European Commission.*

⁽¹⁾ MARTÍN DIZ, Fernando, *La mediación: sistema complementario de Administración de Justicia*, Consejo General del Poder Judicial, 2010.

da, a mi juicio, por tres factores que también desde la propia Unión Europea ⁽²⁾ pueden contribuir decisivamente a configurar una especie de “nueva” mediación.

Me refiero tanto a la firme apuesta por el empleo de la mediación, en derecho privado, como vía óptima de resolver conflictos transfronterizos –de forma particularmente idónea e intensa en el ámbito territorial de la Unión Europea–, simultáneamente a su canalización hacia el ámbito de los conflictos en las relaciones comerciales, así como, en tercer lugar, a su progresiva especialización hacia su desenvolvimiento y utilización a través de las diferentes formas tecnológicas de información y telecomunicación a distancia (*on-line*).

La progresiva adaptación de las normativas nacionales en materia de mediación en derecho privado a las nuevas coordenadas legales que marca la Unión Europea puede ser un momento propicio para valorar la idoneidad de acomodar también legalmente algunas de las primeras consecuencias que se pueden extraer de la experiencia que ya se va acumulando con el empleo de la mediación, tanto en España como en Portugal. Sobre este último aspecto es sobre el cual vamos a centrar la presente exposición. Se trata de exponer una serie de reflexiones personales, de carácter eminentemente práctico, que hemos percibido dentro del contexto de aplicación de la mediación como forma extrajudicial de resolución de conflictos civiles y mercantiles.

Advertir, en último término, dos factores que no pueden caer en el olvido, que han de tenerse presentes en la configuración actual del modelo de Administración de la Justicia y que interactúan mutuamente en las condiciones sociales en que actualmente nos encontramos. Me refiero a la coyuntura económica y al derecho a la tutela judicial efectiva (en su vertiente de acceso a la

(2) Es la tendencia que marcan de forma irreversible tanto la Directiva 2013/11/UE, relativa a resolución alternativa de conflictos en materia de consumo, como el Reglamento 524/2013, sobre resolución de litigios en línea en materia de consumo.

justicia). Crisis económica ⁽³⁾ y Administración eficaz de la justicia han de ser realidades conciliables, sin que el único recurso en el que se amparen las medidas legislativas al respecto pueda ser la reducción de costes y el ofrecimiento de opciones extrajudiciales. La solución, así personalmente lo entendemos, puede encontrarse en una reformulación del concepto constitucional del denominado “derecho a la tutela judicial efectiva” hacia la denominación como “derecho a la tutela efectiva de la Justicia”, de contenido material más amplio e integrador, en el sentido de abarcar como derecho fundamental del ciudadano en el acceso cualquier forma de resolución jurídica de conflictos, sea judicial o extrajudicial, siempre y cuando se encuentre legalmente regulada ⁽⁴⁾.

2. Glosario de propuestas prácticas para una “nueva” mediación

2.1. *Las cláusulas compromisorias de mediación (convenção de mediação)*

El acceso a la mediación ha de ser la consecuencia necesaria de la concurrencia de voluntades de todos aquellos sujetos en conflicto que optan por esta vía consensual como posibilidad legal de resolución del litigio. Tal circunstancia puede preverse incluso a la aparición del conflicto, mediante la incorporación a la relación obligacional de derecho privado de una cláusula compromisoria o de un “pre-action protocol” ⁽⁵⁾ (a *convenção de mediação*, en los términos de la

⁽³⁾ Véase los interesantes planteamientos de MARTINGO CRUZ, Rossana, “A crise económica e a resolução alternativa de litígios familiares – advento da solução ou do problema?”, en *Scientia Iuridica*, núm. 331, 2013, pp. 127-143.

⁽⁴⁾ Véase en este sentido las reflexiones que plantea COSTA E SILVA, Paula, en relación a la inversión de los paradigmas de la Justicia, en su obra *A Nova face da justiça: os meios extrajudiciais de resolução de controvérsias*, Coimbra Editora, 2009, pp. 19 y siguientes.

⁽⁵⁾ Es referencia en este sentido el caso “*Cable and Wireless vs. IBM*”, sustanciado ante la High Court del Reino Unido en 2002, en el cual textualmente ambas partes, respecto a un contrato de suministro de información tecnológica, habían incluido una cláusula que prescribía que

legislación portuguesa) que predetermina que la vía de resolución de aquellos conflictos surgidos de dicho contrato privado será una mediación, en las circunstancias y condiciones que la precitada cláusula establezca.

La importancia creciente, fundamentalmente en cuanto a la validez, efectos (6) y responsabilidad, de las cláusulas compromisorias en materia de mediación, radica en su obligatoriedad y en que las partes asumen el compromiso de intentar resolver el litigio, en primer término, a través de una mediación, y solo una vez intentada ésta de forma no satisfactoria, podrán recurrir a otras opciones jurisdiccionales o extrajurisdiccionales. En el caso español, existe un vacío legal al respecto que debiera ser subsanado, regulando expresamente su habilitación normativa así como los aspectos básicos de su utilización (forma de la cláusula, contenidos, efectos, responsabilidad). Situación distinta presenta Portugal, en cuya reciente Lei n.º 29/2013, de mediación en derecho privado, si contempla expresamente, art. 12, la denominada “Convenção de mediação”, concediendo libertad a las partes para integrar en sus contratos –civiles y mercantiles– la previsión de que los eventuales litigios que se deriven de esa relación jurídica contractual sean sometidos a mediación. Exige para su validez la forma

las partes deberían “in good faith to resolve any dispute or claim through an alternative dispute resolution (ADR) procedure as recommended to the parties by the Centre for Dispute Resolution” ante aquellos conflictos resultantes de citado contrato. *Cable & Wireless* ejercitó sus pretensiones ante el Tribunal de Comercio, pero *IBM* contestó que dicho proceso era “premature” toda vez que las partes previamente tendrían que intentar resolver la disputa por un medio de ADR. *Cable & Wireless* argumentó que la cláusula de ADR inserta en el contrato era inejecutable por incertidumbre e indeterminación, concretamente por referirse a la buena fe de las partes. El juez rechazó los argumentos de *Cable & Wireless*, considerando la cláusula ejecutable en la medida que las partes no se limitaban a establecer que deberían en buena fe intentar resolver la disputa por un medio de ADR, sino que además designaban el *Centre for Dispute Resolution* como entidad de resolución del conflicto. Así, para el Juez, una cláusula identificando el proceso extrajudicial de resolución de conflictos era cierta y ejecutable. El principio establecido en el proceso *Cable & Wireless vs. IBM* fue importante para determinar la ejecución de las cláusulas de mediación, debiendo los tribunales en caso de duda decidir a favor de la ejecución de dichas cláusulas.

(6) Consúltese al respecto MARQUES CEBOLA, Cátia, *La mediación*, Editorial Marcial Pons, 2013, pp. 127-138, en las cuales la autora presente un exhaustivo estudio de los efectos jurídicos y responsabilidad por el incumplimiento de las cláusulas contractuales de mediación.

escrita (con amplitud de opciones al respecto, incluyendo los celebrados a través de medios electrónicos de telecomunicación) y la firma de todas las partes que integran el contrato. Asimismo determina los efectos que surte dicha cláusula en relación con la posible utilización de acciones judiciales sobre litigios afectados por la “convención de mediación”, impidiendo el conocimiento en sede judicial del asunto, y debiendo el tribunal de remitir el asunto a mediación, tal y como estaba pactado previamente.

No obstante la indiscutible validez legal, y la obligatoriedad, de las cláusulas compromisorias (“pre-action protocols”, o “convenciones de mediación” en el caso de Portugal), estas no determinan una obligación de resultado sino de medios. Esto es, únicamente establecen que las partes contratantes que así lo hayan previsto acudan a mediación como primera opción para resolver el litigio, pero sin que ello imponga una obligación de solución al conflicto en dicha sede. Bastará por tanto con verificar el que se haya acudido a mediación, y con ello el respetar lo pactado, lo que en cierto modo y a efectos prácticos desnaturaliza la esencia del compromiso cuando cualquiera de los implicado tenga clara que su opción de resolución del conflicto no es la mediación, pese a haberlo acordado así previamente, puesto que se limitará a verificar la tentativa de la forma más rápida posible para pasar seguidamente a la opción de resolución del conflicto (arbitraje, proceso judicial u otras) que considere más adecuada en ese momento, y que en definitiva es la opción que prefiere en dicho momento frente a la prevista inicialmente en el contrato.

En cualquier caso, y como requisitos básicos para la validez legal de una cláusula compromisoria de mediación, entendemos que han de concurrir los siguientes:

a) Deberá ser explícita, clara y concreta, indicando el concreto medio de resolución del conflicto elegido, y en caso de ser varios, el orden o prelación entre ellos.

b) A efectos de un hipotético proceso judicial sobre el asunto, la cláusula constituye un requisito preprocesal, que de no ser cumplido impide el acceso al proceso o el avance del mismo si éste se hubiera iniciado ya –debiendo suspenderse–.

c) La cláusula debe establecer la forma de elección del mediador o la institución de mediación, así como todas aquellas circunstancias y condiciones aplicables a la mediación a desarrollar (tipo de procedimiento, costes, etc.).

En conclusión, los protocolos prejudiciales pueden ser una base jurídica que refuerce la implementación de cláusulas de mediación, y con ello su utilización por los ciudadanos. En caso de incumplimiento, los tribunales deben verificar que dicho incumplimiento es infundado o no justificado, y si así fuere, determinar la suspensión de las acciones judiciales ejercitadas y la remisión del proceso a mediación, quedando a la espera de los resultados que se produzcan en el procedimiento de mediación.

2.2. El factor subjetivo en la mediación

La intervención personal en mediación es otra de las cuestiones que plantea ciertos interrogantes en la práctica. No existe ninguna duda en la concepción de la mediación como una vía de resolución de conflictos eminentemente personal y de intervención directa de los implicados en el litigio. El escenario más común de los procedimientos de mediación se plantea en relación a un conflicto bilateral, entre dos personas con posiciones divergentes. Así también se infiere de la regulación legal de la mediación, que parte del supuesto de que existirá un procedimiento con dos mediados, en posiciones opuestas.

Pero los conflictos no tienen que ser exclusivamente bilaterales. Determinadas relaciones jurídicas de derecho privado se configuran con carácter multilateral, y por tanto podemos encontrarnos perfectamente ante una eventual mediación con más de dos partes. Entiendo que no existe ningún impedimento

para desarrollar un procedimiento de mediación entre más de dos partes con posiciones divergentes. En primer lugar, porque las normas legales no lo prohíben, y, en segundo lugar, porque la concepción flexible de la mediación, y su ductilidad, la permiten adaptarse procedimentalmente a su realización de forma multilateral, siguiendo las decisiones que al efecto adopten los intervinientes y el mediador, así como las técnicas que éste último considere más oportunas para su conducción. Salvada esa circunstancia, entiendo que se trataría de una mediación más, sin ninguna otra particularidad y perfectamente realizable de acuerdo a las normas legales que sean de aplicación.

Otra cuestión relacionada con el factor personal (subjetivo) en la mediación es la intervención de las personas jurídicas. El tráfico jurídico en materia de derecho civil y mercantil se concentra de forma muy elevada en la participación de personas jurídicas de todo tipo (privado, público; nacional, extranjero). De nuevo nos encontramos en la mayoría de los regímenes legales con un silencio legal. Y nuevamente me decanto por una interpretación flexible e integradora, sustentada, una vez más, en que no hay prohibición legal al respecto, y en que pese a innegable carácter personalísimo (físico) de la mediación, al fin y al cabo, la persona jurídica interviene en el tráfico jurídico a través de una persona física (que la representa) y que es quien opera en su nombre. La mediación no debiera ser obstáculo a esta circunstancia, y por tanto si el representante legal de la persona jurídica considera oportuna la resolución del conflicto en mediación, será quien intervenga en su nombre (siempre y cuando, previamente, el mediador acredite que ostenta legalmente tal representación y hasta donde alcanzan sus facultades decisorias y obligacionales para con la persona jurídica). Idéntica solución es aplicable al caso de las colectividades (grupo de consumidores, asociaciones, etc.), una vez verificado que quien interviene en mediación lo hace en nombre y representación de todos los demás posibles interesados o afectados a través de esa representación corporativa.

En último término, y con una cierta relación con la cuestión anteriormente señalada, considero interesante hacer un apunte, aunque sea breve, sobre la mediación y las personas especialmente vulnerables (menores, ancianos, dependientes, inmigrantes, colectivos marginales o excluidos socialmente). De nuevo el carácter marcadamente personalísimo de la mediación confluencia condicionando la participación en la misma de personas que pudieran encontrarse en situación de desigualdad con la otra parte. La mediación no está concebida, como tal, para ser llevada a cabo a través de un tercero que represente a la parte en conflicto (salvo el supuesto anteriormente indicado de la representación legal de personas jurídicas). Deben ser aquellos que tienen un desencuentro, una disputa o una divergencia quienes personalmente valoren los términos, condiciones y posibilidades para su resolución, de ahí que no parezca muy adecuada a la esencia de la mediación la intervención a través de un representante (aunque en el caso de Portugal la reciente Lei n.º 29/2013 si lo permita en su art. 18.º).

El mediador, por tanto, asume la responsabilidad de valorar la procedencia de la mediación en estos casos, especialmente cuando uno de los intervinientes pueda ser una persona especialmente vulnerable y que por tal circunstancia no se pueda equilibrar la situación entre las partes y con ello dotar a la mediación de la imprescindible observancia del principio de igualdad, siendo éste un elemento capital de la misma.

2.3. Asistencia jurídico-profesional en mediación

La mediación es una forma autocompositiva de resolución de conflictos que además no se basa en la estricta aplicación de la solución legalmente prevista al conflicto que se dirime. De hecho, y a diferencia del proceso judicial donde obligatoriamente el juez ha de resolver interpretando y aplicando la ley, la mediación se desenvuelve fundamentalmente en términos de desjuridificación,

primando la solución pactada por las partes –siempre y cuando no sea contraria a la ley, o prohibida por ésta– sobre la disposición normativa de referencia.

Resolver un conflicto, entre los afectados y en mediación, no significa automáticamente que pierda sus connotaciones legales. El acuerdo de mediación, si se obtiene, o el propio hecho de desarrollar un procedimiento de mediación implican diferentes consecuencias jurídico-legales. Unas, en aquellos casos en que concluya satisfactoriamente con acuerdo, derivadas de su cumplimiento y de su consideración como un contrato privado e incluso, bajo determinados requisitos, con la posible conversión en título ejecutivo. Otras, de no obtenerse un resultado positivo, vinculadas a principios como la confidencialidad que despliega sus efectos en posibles actuaciones legales posteriores para resolver el conflicto en sede diferente a la de mediación.

En cualquier caso, una de las dudas más frecuentes en sede de mediación, y a tenor de su innegable catalogación como forma de administrar justicia, es la relativa a la necesidad, o no, de contar con asistencia letrada. La incertidumbre que rodea a esta cuestión nace de las propias normas legales que regulan la mediación, por cuanto, al menos en el caso español, la Ley 5/2012 no contiene ni una sola referencia a la intervención del Abogado en mediación (tampoco lo hace, por ejemplo, la reciente Directiva Europea 2013/11/UE). Duda que sí está despejada en la legislación portuguesa, por cuanto en la reciente reforma de 2013, art. 18.º, si permite que las partes se puedan hacer representar y verse acompañadas en las sesiones de mediación por Abogado (o Abogado estagiarario, o Solicitador).

Entiendo que es una cuestión personal, de incumbencia de la persona que ha de resolver su conflicto en mediación, y que es quien ha de valorar si necesita de la asistencia jurídica de un profesional, tanto para aconsejarle previamente el acceso a la mediación, y sus ventajas e inconvenientes desde el punto de vista legal, como durante el procedimiento a la hora de ir consultando y valorando la repercusión de las actuaciones y posibles acuerdos que se puedan

ir generando en la mediación. Desde luego es muy aconsejable que todo ciudadano, antes de iniciar una mediación, se asesore por su abogado de confianza, quien ha de plantearle de forma ética y veraz los pormenores de la mediación en relación al concreto conflicto que vaya a sustanciarse a través de la misma, así como el seguimiento del asunto en mediación durante el procedimiento, la obtención del acuerdo (revisión y validación del mismo), posible ejecución forzosa e, incluso, llegado el caso, inicio de las acciones judiciales de nulidad del acuerdo ante los juzgados y tribunales competentes si se considera que incurre en algún vicio invalidante.

En cualquier caso, entendemos que las obligaciones profesionales y los honorarios que se deriven de la actuación del abogado estarán estrictamente vinculados al cliente que lo contrata e invoca sus servicios.

2.4. Medidas asegurativas en procedimientos de mediación

Uno de los posibles problemas que podría reducir la eficacia de la mediación, al igual que ocurre con el proceso judicial o con el arbitraje, estaría en relación con la efectividad y cumplimiento del acuerdo final que se obtenga tras el procedimiento de mediación. Lógicamente, como en cualquiera de las formas de administración de la justicia, los intervinientes desean obtener un resultado positivo a sus intereses, y una vez logrado, que dichas obligaciones y derechos sean factibles y realizables. Garantizar el resultado final de cualquier forma de resolución de conflictos (sea autocompositiva o heterocompositiva) es uno de las claves de su éxito.

El preludeo de una óptima resolución del conflicto, en sede de mediación, puede estar, en algunos casos, directamente vinculado a que los intervinientes, con la asistencia del mediador, estimen oportuno adoptar algún tipo de medida asegurativa, de carácter preventivo e interino, hasta que se concluya el procedimiento de mediación, y con la exclusiva finalidad de garantizar el cumpli-

miento del hipotético acuerdo de mediación. Desestimo la posibilidad de utilizar el término “medidas cautelares”, por cuanto lo considero indisociable a la dinámica del proceso judicial, y por ello no apropiado para otra vía, extrajudicial, de resolver conflictos como es la mediación, más aún cuando en mediación, las medidas asegurativas a adoptar dependerán única y exclusivamente de la voluntad de las partes intervinientes, tanto en su decisión como en la ejecución de las mismas.

De hecho el legislador español atisba esta posibilidad al prever en el art. 10.4 de la Ley 5/2012 que, durante el procedimiento de mediación, las partes no podrán ejercitar acciones judiciales o extrajudiciales en relación al objeto del asunto, salvo la excepción de solicitar medidas cautelares u otras urgentes y esenciales para evitar la pérdida irreversible de bienes o derechos en litigio.

Pero la disposición legal española no es perfecta. Ciertamente abre la puerta a la posibilidad de acordar “medidas asegurativas” en mediación, pero no concreta sus verdaderas posibilidades efectivas al no indicar el cómo y el cuándo. Personalmente entendemos, ante esta carencia de regulación legal expresa, que por analogía podríamos acudir al art. 722 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Dicho precepto estipula idéntica situación para el arbitraje, y tratándose, al igual que en la mediación, de una forma extrajudicial de resolución de conflictos, parece que la identidad de razón es aceptable. En este caso, y para abarcar todas las variantes, deberíamos diferenciar entonces, como primer paso, el momento en el cual se hayan solicitado, o se vayan a solicitar, las medidas asegurativas y si la mediación a la cual van asociadas es de tipo preprocesal (antes del inicio de un proceso judicial sobre el mismo asunto) o intraprocésal (la mediación proviene, por derivación, de un proceso judicial sobre el mismo objeto que ya ha sido iniciado y que queda suspendido en alguna de sus fases o

instancias por ser remitido a mediación). Tomando estas premisas, podremos encontrarnos, en el ordenamiento jurídico español, con tres situaciones (7):

1. Si se trata de una mediación preprocesal, la posibilidad de acordar medidas asegurativas en mediación, seguiría los trámites y condiciones del art. 722 LEC (solicitud al juez).

2. Si se trata de una mediación intraprosesal, remitida desde un proceso judicial ya iniciado, y en el cual se solicitaron las medidas cautelares con la presentación de la demanda, dichas medidas cautelares mantendrían su vigencia para el procedimiento de mediación.

3. Si se trata de medidas cautelares adoptadas con carácter previo a una demanda judicial, quedarían condicionadas, en cuanto a su vigencia, a la presentación de la demanda en los 20 días siguientes, o de lo contrario perderían la misma.

Dejamos sobre la mesa una posibilidad aún más compleja, como es la relativa a que fuesen las propias partes intervinientes, incluso con la asistencia del mediador, las que voluntariamente llegasen de común acuerdo a adoptar algún tipo de medida asegurativa de los bienes o derechos en litigio. Tratándose de mediaciones en derecho privado, y respecto a derechos (o bienes) disponibles, teóricamente no habría ningún impedimento legal, siempre que lo acordado no fuese contrario a derecho o prohibido por ley, como podría producirse en mediaciones relativas a la reclamación de la propiedad de un determinado bien, en las cuales ambas partes manifestasen su voluntad concurrente de efectuar el depósito del mismo ante un tercero, hasta que se concluyese el procedimiento de mediación.

(7) Véase el excelente trabajo de PÉREZ DAUDI, Vicente, “La mediación y las medidas cautelares”, *InDret – Revista para el análisis del Derecho*, 3/2012, disponible en www.indret.com.

2.5. *Mediación electrónica (on-line)*

La mediación ha de adaptarse a la realidad social de su tiempo, y la realidad social actual gira en torno a las nuevas tecnologías de comunicación y la información. Sin duda ninguna, la mediación ha de adaptarse y asumir las exigencias de la telecomunicación y, es más, ha de aprovecharlas. Uno de los ámbitos de mayor expansión de la mediación, por su propia configuración, por su flexibilidad procedimental, por su escaso formalismo, ha de ser el de la mediación en sede electrónica (o mediación *on-line*).

La mediación no requiere de sedes físicas específicas, ni especialmente dotadas, ni tampoco exige un amplio despliegue de personal, más allá del mediador y los mediados. A diferencia de otras posibilidades que así lo demandan como es, particularmente, el caso del proceso judicial, y en menor medida del arbitraje. La realización de una mediación a través de mecanismos electrónicos de telecomunicación depara una mayor disponibilidad temporal y espacial para su realización, ya que la resolución del conflicto no se circunscribe a convocar a las partes en un lugar y en un momento temporal concreto. La movilidad y la flexibilidad, especialmente en las mediaciones asincrónicas, se ven potenciadas y pueden redundar directamente en una gestión ventajosa del procedimiento de mediación.

El reducido coste de una mediación se puede ver disminuido todavía más con su realización a través de instrumentos de telecomunicación, evitando desplazamientos, el abono de la utilización de determinadas instalaciones para la celebración de las sesiones de mediación, etc. Según datos de la Unión Europea, los mecanismos de ODR (*On-line Dispute Resolution*) ahorrarían a los consumidores unos 22.500 millones de euros al año (el equivalente al 0,2% del PIB de la Unión Europea). Esta última circunstancia, junto con otros factores, ha pesado sin duda en la decisión de la Unión Europea de apostar decididamente por las formas de resolución extrajudicial de conflictos en línea –electrónicas u

on-line– (en principio en materia de consumo, pero como primer indicativo de posteriores avances normativos hacia otras materias).

Frente a las relatadas ventajas, se atisban también una serie de inconvenientes que deben ser ponderados respecto a lo que supone la mediación electrónica. El primero de ellos lo constituye lo que se denomina como la “brecha digital”. No todos los ciudadanos están preparados a nivel de medios, conocimientos o posibilidades para el manejo y utilización de los medios tecnológicos. Es evidente que la mediación electrónica no sería utilizable por la totalidad de la población, al concurrir alguna de los condicionantes anteriormente descritos.

En segundo término, la mediación electrónica puede causar celos y desconfianza al verse disminuido el “factor humano” (hasta el punto incluso de que se barajan opciones de gestión a través de inteligencia artificial del procedimiento de mediación, eliminando al mediador físico, y sustituyéndolo por uno totalmente virtual o e-mediador) y la “presencialidad” o inmediatez, que en muchos casos puede determinar una gestión correcta y adecuada de las emociones de los participantes en el procedimiento.

Pero, como ya apuntábamos, el futuro pasa por la mediación electrónica. Así lo ha visto la Unión Europea, en relación a la resolución extrajudicial de litigios en materia de consumo, al promulgar el Reglamento 524/2013, cuyo objetivo final es la configuración e implantación de una plataforma electrónica que facilite de forma independiente, imparcial, transparente, eficaz y equitativa la resolución extrajudicial de litigios en materia de consumo a nivel europeo.

En España de hecho, la Ley 5/2012 ya contempla esta posibilidad al disponer en su art. 24.2 que “la mediación que consista en una reclamación de cantidad que no exceda de 600 euros se desarrollará PREFERENTEMENTE por medios electrónicos, salvo que el empleo de éstos no sea posible para alguna de las partes”. Dicha posibilidad ha sido desarrollada a nivel reglamentario, tal y como habilitaba la Disposición Final séptima de la Ley 5/2012, mediante el re-

ciente Real Decreto 980/2013, de 13 de diciembre, por el que se desarrollan ⁽⁸⁾ determinados aspectos de la Ley 5/2012, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, estableciendo las líneas básicas de lo que denomina “procedimiento simplificado de mediación” y que se desarrollaría a través de medios electrónicos ⁽⁹⁾.

El acceso a la mediación electrónica, en el caso español, se oferta siempre que no haya impedimentos para alguna de las partes y el acceso a esta modalidad sea libre y voluntario (al igual que lo es, por definición, a la propia mediación). La regulación del Real Decreto se centra básicamente en habilitar un procedimiento simplificado de mediación a través de medios electrónicos para conflictos relativos a reclamaciones de escasa cuantía y en los que no haya “confrontación de derecho”, es decir, la cuestión litigiosa no se centre en asuntos de interpretación y aplicación de ley, sino básicamente en el cumplimiento de la obligación de entregar (devolver) cantidad de dinero. Ciertamente esta cuestión nos parece criticable. La regulación del procedimiento de mediación por medios electrónicos debe plantearse en términos generales en cuanto a las materias y conflictos, eso sí, siempre de derecho privado por la vinculación del Real Decreto a la Ley 5/2012 que versa sobre mediación en asuntos civiles y mercantiles. La mediación electrónica que se dispone en el reciente Real Decreto de 2013 no queda circunscrita en exclusiva a las reclamaciones de cantidad, inferiores a 600 euros, como pudiera malinterpretarse. No hay ninguna norma en el Real Decreto ni en la Ley a la que complementa que prohíba y o restrinja la realización de mediaciones en sede electrónica a ningún tipo de materia o conflicto, salvo la también muy cuestionable referencia del art. 30 del Real Decreto a que “las pre-

⁽⁸⁾ En el caso de Portugal, de forma similar, aunque sin regular la mediación electrónica, se ha desarrollado la Lei n.º 29/2013, mediante dos Portarias. La Portaria n.º 344/2013, de 27 de noviembre, relativa a los requisitos de inscripción del mediador y su inclusión en las listas de mediadores, y la Portaria n.º 345/2013, de 27 de noviembre, relativa al régimen de certificación de las entidades formadoras de mediadores. Ambas publicadas en el *Diário da República*, núm. 230, de 27 de noviembre de 2013.

⁽⁹⁾ Capítulo V, artículos 30 a 38, del RD 980/2013.

tensiones de las partes no se refieran a argumentos de confrontación de derecho”. Dicha expresión mezcla indebidamente un concepto típico del proceso (pretensión) con un medio extrajudicial de resolución de conflictos (mediación) en el cual se busca el consenso y no la petición frente a uno de los intervinientes sobre la cual haya de resolver un tercero (el mediador, función que no tiene atribuida en ningún caso).

El Real Decreto establece una regulación de mínimos para que la mediación en sede electrónica se desarrolle con todas las garantías necesarias, evitando una regulación prolija o excesivamente detallada o cerrada. Además, su aplicación práctica se concibe con un carácter muy abierto al permitir alternar o integrar en un mismo procedimiento de mediación la realización de trámites en sede presencial y de trámites en vía electrónica, según los acuerdos o necesidades de los intervinientes y el propio mediador. Ello dotaría a los procedimientos así realizados de una mayor agilidad y accesibilidad. En sintonía con las previsiones generales del Real Decreto 980/2013 sobre procedimientos de mediación electrónica, se prevé específicamente el plazo máximo de duración de los mismos, algo que no hace la Ley 5/2012, respecto a los procedimientos de mediación en general para materias de derecho privado. Fija el plazo en un mes, como máximo, a contar desde el día siguiente a la recepción de la solicitud, y con la previsión de que los intervinientes puedan prorrogarlo de mutuo acuerdo. En este último aspecto, hemos de advertir que el art. 36.1 del Real Decreto no determina los plazos máximos ni el número de prórrogas posibles, lo cual sería conveniente precisar, y que, a falta de disposición legal expresa como es el caso, recomendamos que predeterminen los intervinientes, con la asistencia del mediador, en el acta de la sesión constitutiva de mediación.

El grueso de las previsiones normativas del Real Decreto 980/2013, sobre el procedimiento simplificado de mediación por medios electrónicos, especialmente los arts. 31 a 35, tratan de preservar la seguridad jurídica y tecnológica que es consustancial a la tramitación de este tipo de mediaciones, por cuanto ha

de salvaguardarse que posibles incidencias o problemas técnicos no perjudiquen a los intervinientes, al mediador, o al propio procedimiento en sí mismo considerado. Para ello se adoptan una serie de exigencias en cuanto a la responsabilidad del procedimiento electrónico, su accesibilidad y mantenimiento (art. 31), así como para la acreditación de la personalidad e identidad de los intervinientes (art. 32).

El modelo que propone el Real Decreto se sustenta sobre el empleo de formularios electrónicos estandarizados que o bien el mediador facilitará a los intervinientes o bien éstos podrán obtener desde el correspondiente sitio *web*, y que irán conformando el correspondiente expediente electrónico –con sus justificantes respectivos–, tal y como detallan los arts. 33 a 35. En cuanto a las normas de tramitación del procedimiento de mediación por medios electrónicos (arts. 36 a 38), apenas se recogen las particularidades que se han considerado convenientes introducir para esta modalidad respecto a la tramitación de un procedimiento de mediación presencial.

Destacar finalmente, como contraste al panorama legislativo español, que en la reciente regulación de Portugal (Lei n.º 29/2013), no se contiene ninguna referencia a la posibilidad de llevar a cabo el procedimiento de mediación a través de medios electrónicos, lo cual, sin duda, es una carencia normativa que deberá ser resuelta a corto plazo, más aún con los imperativos que se desprenden de la necesaria adaptación y aplicación de la normativa comunitaria europea recientemente aprobada (Directiva europea 2013/11/UE y Reglamento 524/2013).

3. ¿Cuál es el sistema “ideal” de mediación?

A modo de breve conclusión final, y una vez disponemos de datos y experiencias ya acumuladas en el empleo de la mediación en el ámbito del derecho privado, cabe plantearse cuál puede ser el sistema ideal de mediación. En-

tendemos que la respuesta no puede ser única y generalizada, puesto que el sistema de mediación que se implante en cada Estado ha de estar en consonancia con la estructura de Administración de la Justicia que haya dispuesto.

En ese sentido, deberán manejarse una serie de parámetros que, insistimos, será cada Estado el que deba fijar. Por ello, en unos países encontraremos sistemas de mediación de carácter público, o semipúblico, bajo la tutela y dirección de los organismos administrativos con competencias en materia de Justicia (por ejemplo, el Ministerio de Justicia). En cambio, en otros países se optará por sistemas de mediación totalmente privados, mediante el ejercicio libre de la profesión de mediador sin vinculación e integración en entidades públicas institucionales que detenten la competencia exclusiva de ofrecer servicios de mediación al ciudadano.

En ambos casos, ya sea un sistema público de mediación o un sistema privado, deberá garantizarse su calidad y su control externo a efectos de la prestación de una mediación, acorde con las previsiones y exigencias legales. En el caso de los sistemas públicos de mediación, somos partidarios de su encuadramiento como sistemas institucionalizados dependientes del Ministerio de Justicia –o de un organismo administrativo autónomo pero bajo su dependencia– que permita su control político y administrativo. En el caso de los sistemas privados de mediación, habría que decantarse entre la autorregulación (quizá a través de Colegios Profesionales de Mediadores) o el control y auditoría externa –determinando en su caso las entidades que ejercitarían dichas funciones y sus atribuciones al respecto–.

El otro gran pivote sobre el cual se determinaría la naturaleza y estructura de un sistema de mediación, a nuestro entender, ha de ser su implementación legal respecto al proceso judicial. Esto es, si se trata de un sistema de mediación intrajudicial –al que se llega siempre previo inicio de un proceso judicial y por remisión del juez–, extrajudicial –al que se accede de forma independiente y

desvinculada de un proceso judicial– o mixto –en el cual se habilitan ambas opciones, tanto la mediación intrajudicial como la mediación extrajudicial–.

Por tanto no podemos afirmar y describir de forma cerrada e irrevocable cómo y cuál ha de ser el modelo de sistema de mediación “ideal”, sino que sobre alguno de los factores anteriormente indicados, como pueden ser su carácter público o privado y la vinculación que respecto al proceso judicial pueda determinarse, y junto a otra serie de circunstancias (estructura administrativa del Estado, disponibilidad económica, modelo social y cultural de convivencia) ha de ser cada Estado el que en virtud de la configuración del servicio público de Administración de la Justicia para sus ciudadanos y empresas defina y dicte el sistema de mediación más adecuado, viable y realizable.

OS INTERVENIENTES NA MEDIAÇÃO.

ADVOGADOS E MEDIADORES: QUAL O SEU PAPEL?

Maria Clara Calheiros
(Professora Associada da Escola de Direito
da Universidade do Minho)

1. A advocacia perante a mediação. Hesitações e dúvidas

No ano em que o legislador português entendeu publicar a nova lei da mediação, 2013, decorreram, simultaneamente, eleições para a Ordem dos Advogados portuguesa. Não pudemos deixar de observar que, a propósito dos meios de resolução alternativa de conflitos, alguns dos candidatos fizeram declarações inflamadas, em que manifestavam viva desconfiança em relação às reais intenções que animariam o pretendido impulso renovado que a política legislativa para a área da Justiça pretendeu dar àqueles meios.

Sendo certo que é necessário entender tais declarações no contexto muito particular em que ocorreram (o eleitoral), o certo é que elas se produzem numa linha de continuidade com posições críticas e reservas já anteriormente manifestadas publicamente pelo anterior Bastonário da Ordem dos Advogados.

Creemos que, por detrás de alguns receios que hoje ainda existem, entre os advogados, a respeito da mediação, existem alguns equívocos, de que falaremos no ponto seguinte, acerca do papel do advogado na mediação. No entan-

to, é preciso reconhecer que nem sempre aqueles que têm procurado apresentar a mediação ou defendê-la como política pública para a área da Justiça o têm sabido fazer da melhor forma.

Na verdade, existe muitas (demasiadas) vezes um enfoque que é colocado na necessidade de descongestionar os tribunais, encontrando vias para diminuir a pendência. Concomitantemente, fala-se na necessidade de poupar recursos ao Estado na administração da Justiça ⁽¹⁾. E é neste contexto que aparece muitas vezes referida a difusão dos meios de resolução alternativa de conflitos. Ora, quando assim é, o cidadão – e os advogados – possuem sobradas razões para se interrogarem acerca destes meios e da sua valia. É que mais parece que eles constituem uma via alternativa para a resolução de problemas do Estado e não dos dos seus verdadeiros destinatários...

Em nossa opinião, esta retórica economicista e profundamente utilitarista (no mau sentido do termo) presta um mau serviço à Justiça e desvirtua a essência mesma destes meios, enquanto mecanismos para a garantia dos direitos que são. Por outro lado, a experiência já acumulada, em outros países e distintas latitudes, demonstra que a mediação não é uma panaceia para os conflitos sociais e jurídicos. Existem, hoje, dados recolhidos com fidelidade e rigor, análises e estudos sérios que se debruçam e procuram explicar a adequação maior ou menor da mediação a distintas áreas do Direito e a problemas de diversa índole ⁽²⁾. É, pois, essencial que o debate sobre a Justiça se centre sobre a questão de saber quais são os melhores meios (os mais adequados) para a tutela dos vários direitos e não sobre o que é mais barato, mais fácil e rápido.

⁽¹⁾ Basta lembrar, para enfatizar este aspecto, que o próprio Memorando de Entendimento com a Troika fazia expressa referência ao compromisso do Estado Português com a implementação e promoção dos meios de resolução alternativa de conflitos.

⁽²⁾ A mediação e outros meios de resolução alternativa de conflitos constituem hoje uma experiência globalizada. São muitos os estudos, como este que nos ocupa, que oferecem partilha de práticas e comparação de modelos. Alguns recentes que merecem a nossa atenção são: AA.VV., *Arbitraje y Mediación en las Américas*, coord. VARGAS, Juan e GORJÓN, Francisco, Santiago do Chile: Centro de Estudios de Justicia de las Americas, 2005.

A mediação não é uma justiça *low cost*, ou *express*, ou *sucedânea*. Ela deve ser oferecida pelo Estado aos seus cidadãos, como uma realização mais completa do acesso ao Direito e aos tribunais de que fala o art. 20.º da nossa actual Constituição. Entendemos, portanto, que ela se constitui como resposta à necessidade de garantir os direitos dos cidadãos e enquanto obrigação do Estado. E é apenas, e só, nessa medida, e com essa leitura, que ela deve ser implementada e oferecida.

Por último, outra confusão que queremos aqui ajudar a desfazer diz respeito ao universo de aplicação da mediação. Por vezes, o carácter interdisciplinar dos estudos que incidem sobre esta última, bem como o reconhecimento da importância grande que a dimensão emocional assume nos conflitos mediados, leva a que se tornem um pouco fluídos os contornos daquilo que pode ser objecto de mediação e dos seus propósitos. Ora, importa aqui sublinhar que, ainda na mediação, nos movemos dentro dos limites do direito. É à luz deste que temos a percepção do que constitui um litígio mediável (para efeitos do regime instituído pela Lei n.º 29/2013), bem como é, sempre, no respeito pelo direito que o acordo deve ser alcançado. A mediação não visa, pois, reconciliações, reintegração e recuperação de sentimentos, mas simplesmente constituir-se como um mecanismo jurídico especialmente adequado para a tutela de direitos.

2. É necessário o advogado na mediação?

Uma parte dos receios e dúvidas que nos meios da advocacia se suscitam em torno da mediação parece-nos que tem origem não só no desconhecimento dos seus contornos, requisitos e procedimentos, como também na ideia de que o recurso à mediação constituiria uma espécie de alternativa à ida, ou consulta, ao próprio advogado.

Na busca de uma desmistificação destas concepções vulgarizadas da mediação, mostra-se necessário que se entendam duas coisas: primeiro, que o advogado não é um mediador, embora possa ser um negociador (e muitas vezes é-o, em proveito dos seus clientes, no âmbito daquilo a que alguns chamam advocacia preventiva); segundo, que o advogado tem um papel importantíssimo a desempenhar na mediação.

Começemos pelo princípio. O advogado não pode desempenhar, enquanto representante e mandatário de um seu cliente, a função de mediador do conflito a dirimir. A mediação, na verdadeira acepção da palavra, pressupõe a existência de um terceiro que, como já tive ocasião de dizer em outra sede, representará uma linha recta que une dois pontos distantes ⁽³⁾. O mediador permite que o diálogo se estabeleça, que as partes consigam entender mais objectivamente os seus interesses, a origem e a sua posição face ao conflito, e as possíveis saídas, incluindo o quanto estão dispostas a ceder face ao outro. Tudo isto só é possível se (e porque) o mediador é um terceiro, que se consegue identificar com ambas as partes, simultaneamente, sem com elas se confundir. O advogado, no exercício do seu mandato, tem de, por dever de ofício, zelar pelos interesses do seu cliente. Pode, pois, ser um melhor negociador ⁽⁴⁾ do que seria aquele (seguramente mais objectivo e informado), mas nunca será, nessas vestes, um mediador.

Ao que atrás fica dito, acresce que o advogado tem um papel fundamental na mediação. Na verdade, em nossa opinião, é tanto assim que – acredita-

⁽³⁾ A imagem aqui convocada contrapõe-se à que suscita a litigância num tribunal arbitral ou judicial. Neste caso, estamos também perante uma relação entre partes, com intervenção de um terceiro independente, mas ela é de natureza piramidal: o juiz, tal como o árbitro, está acima das partes, impõe-se-lhes, decide.

⁽⁴⁾ Sobre o conceito de negociação, *vd.* GOUVEIA, Mariana França, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, 2.ª ed., Coimbra: Almedina, 2012, pp. 35 e ss.

mos –, enquanto os advogados não aderirem à mediação, esta terá muitas dificuldades em implantar-se em Portugal ⁽⁵⁾.

O primeiro papel que o advogado tem, face à mediação, é o de fazer o “diagnóstico” do conflito trazido ante si, de modo o poder esclarecer o seu cliente quanto às possíveis vias de resolução existentes, aconselhando-o sobre as mais adequadas, em vista da ponderação das respectivas vantagens comparativas e das características do caso. O advogado actua assim, como um “gate-keeper” especialmente qualificado dos diversos caminhos que se oferecem aos cidadãos na busca de amparo para os seus direitos, que crêem lesados.

Afora esta primeira dimensão de intervenção, o advogado deve ainda acompanhar o seu cliente no processo de mediação, caso este venha a ser o caminho seguido. Pode fazê-lo, quer representando o seu cliente na própria mediação, quer acompanhando-o durante o processo, ou simplesmente fazendo um “coaching” à distância, para aconselhar quanto a possíveis propostas de acordo, dissipar dúvidas e receios que possam existir. De resto, o papel do advogado na mediação está expressamente acolhido na Lei da Mediação, no art. 18.º.

Podem levantar-se dúvidas quanto à pertinência de as partes se fazerem representar e não comparecerem pessoalmente. Em nossa opinião, esta circunstância será mais frequente nos casos em que uma das partes seja uma pessoa colectiva, por exemplo, uma sociedade comercial, mas nada impede que se verifique nos casos em que as partes são pessoas singulares. Esta abertura do legislador é, por nós, entendida como uma responsabilização acrescida do advogado. Julgamos que cabe a este, ajuizando do melhor interesse do seu cliente,

⁽⁵⁾ No mesmo sentido, GOUVEIA, Mariana França, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, cit., p. 47. A mesma autora fornece um enquadramento do papel do advogado no nosso ordenamento jurídico, quer no que toca às previsões especiais aplicáveis à mediação penal, quer no que respeita à mediação em sede de Julgados de Paz. Por outro lado, refira-se que os motivos apontados para a desconfiança dos advogados face à mediação são, em parte, coincidentes com os que já elencámos aqui: desconhecimento face ao procedimento e receio de perder clientes.

aconselhá-lo também neste domínio. Pode justificar-se, nalguns casos, que a parte não compareça pessoalmente, mas se faça representar.

O acordo, quando se consegue estabelecer, necessita de ser reduzido a escrito (*vd.* art. 20.º da Lei de Mediação), tarefa para a qual a presença de advogados na mediação pode revelar-se essencial. As partes, acompanhadas pelos seus advogados, sentirão dessa forma uma segurança acrescida no compromisso que assumem, na sua legalidade e nas suas consequências.

Todavia, o papel do advogado não termina com um desfecho feliz do procedimento de mediação. Nos termos do art. 9.º, estabeleceu-se um princípio de executoriedade dos acordos de mediação, pelo que cabe ao advogado continuar a dar assistência ao seu cliente caso surja algum incidente a fazer suscitar a execução forçosa do acordado.

3. O mediador. Aspectos deontológicos do exercício da mediação

O legislador português, na Lei n.º 29/2013, entendeu pertinente e necessário oferecer uma definição do que deva entender-se por mediador. Este é o escopo da alínea *b)* do art. 2.º do mencionado diploma legal. Aí se define o mediador como “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”. O texto, de carácter definitório, faz assim alusão a dois princípios que se encontram consagrados, de modo desenvolvido, nos arts. 6.º e 7.º daquela lei. Falamos dos princípios da imparcialidade e da independência.

Por conseguinte, o mediador apresenta-se, no desenho legal, como um interveniente no procedimento, equidistante em relação às partes e aos seus interesses. A sua isenção é também resultado da ausência de subordinação técnica e deontológica dele, mediador, em relação a quaisquer outros profissionais,

excepção feita no que toca às entidades gestoras dos sistemas públicos de mediação, no âmbito da competência destas, legalmente estabelecida.

O legislador português entendeu disciplinar, também, nesta nova lei, aspectos deontológicos da prática profissional da actividade de mediador. Com efeito, longe de outros modelos de mediação, implementados em distintos países, que assentam sobre a existência de mediadores voluntários, cuja actuação é não remunerada, preferiu-se consagrar a prática da mediação como actividade profissional, levada a cabo por pessoas com habilitação própria especializada.

De modo consentâneo com esta opção, a lei da mediação dedica um capítulo (Capítulo IV) à regulação do estatuto do mediador de conflitos. A disciplina aí consagrada, em matéria deontológica, é integrada pela remissão expressa para o preceituado, neste domínio, pelo Código Europeu de Conduta para Mediadores da Comissão Europeia (*vd.* art. 26.º, alínea *k*)⁽⁶⁾.

Este capítulo introduz, de resto, uma das grandes modificações da entrada em vigor deste diploma legal, que é a que diz respeito à formação. Até agora, o legislador tinha instituído a obrigação de sujeitar a apreciação e registo do Ministério da Justiça cada um dos cursos de formação de mediadores. Agora, deixa-se de fazer a apreciação, caso a caso, de cada curso, para passar a existir um sistema de certificação de entidades formadoras⁽⁷⁾.

⁽⁶⁾ Este Código Europeu de Conduta está disponível, em tradução portuguesa fornecida pelo Ministério da Justiça, em http://www.dgpj.mj.pt/sections/gral/mediacao-publica/mediacao-anexos/codigo-europeu-de/downloadFile/file/Codigo_Europeu_de_Conduta_para_Mediadores_13.03.2014.pdf?no_cache=1394707997.85 [em linha] [consultado em 26 de Junho de 2014]. O original, em Inglês, pode ser consultado em http://ec.europa.eu/civiljustice/adr/adr_ec_code_conduct_en.pdf.

⁽⁷⁾ Isto mesmo resulta do art. 24.º. O Governo definiu já, posteriormente, através de portaria, os requisitos e procedimentos a que fica sujeita a certificação das entidades formadoras. Cabe aqui mencionar que a Ordem dos Advogados, auscultada a este respeito, veio pronunciar-se criticamente, por concluir “não se afigura que este enfoque seja assim uma melhoria tão relevante quanto se pretende fazer crer, a ponto de se romper com o sistema consagrado na Portaria n.º 237/2010, de 29 de Abril, e de se pretender operar a respectiva revogação. Até porque os requisitos que o projecto de portaria estabelece para a certificação das entidades formadoras são basicamente os mesmos que a Portaria n.º 237/2010 já estabelece para as entidades que pretendam obter reconhecimento dos cursos de mediação que promovam”. Ou seja, a Ordem

A regulação da matéria deontológica relativa à actuação dos mediadores tem dado lugar a dissenso ⁽⁸⁾. A questão está em saber se existem razões suficientes para defender a existência de Códigos de Ética Profissional ou se bastará a simples consagração genérica de catálogos de direitos e deveres, no contexto geral da regulação dos procedimentos de mediação. No caso português, optou-se pela consagração, na lei de mediação, de um conjunto de direitos e deveres dos mediadores, em sede de definição do “estatuto do mediador” (tal é a expressão legal empregue).

Assim, o art. 25.º define um conjunto de direitos do mediador, que enfatizam um certo perfil de “arte liberal” ⁽⁹⁾ conferido à sua profissão: autonomia profissional, no que toca a métodos e técnicas; remuneração pelos seus serviços; possibilidade de recusa de tarefas ou funções.

O tratamento mais sistemático dos deveres do mediador é o escopo do art. 26.º. Aí são estabelecidos os deveres que têm os mediadores, face ao procedimento de mediação em si, bem como em relação às partes e à própria profissão e aos restantes profissionais da mesma.

A leitura destes artigos, bem como do restante tratamento dedicado ao Estatuto do mediador, não nos deixa com a convicção de que esteja definido um quadro completo que sustente de forma hábil e suficiente a dimensão ética do exercício da profissão de mediador. Neste capítulo, tendemos a concordar com

dos Advogados preferia o sistema de certificação de cursos ao sistema actual de certificação de entidades formadoras. *Parecer da Ordem dos Advogados* (Portaria que aprova o regime jurídico de certificação de entidades formadoras, regulamentando o disposto no art. 24.º da nova Lei da Mediação (Lei n.º 29/2013, de 19 de Abril), disponível em http://www.oa.pt/Conteudos/Artigos/detalhe_artigo.aspx?idc=5&idsc=115187&ida=126676 [em linha] [consultado em 26 de Junho 2014].

⁽⁸⁾ Desta polémica nos dá conta OTERO PARGA, Milagros, “La ética del mediador”, in *Mediación y resolución de conflictos: técnicas y ámbitos*, Org. SOLETO, Helena, Madrid: Tecnos, 2011, pp. 86 e 87.

⁽⁹⁾ De resto, nem no caso dos mediadores que exercem funções no sistema público parece poder concluir-se de outra forma, já que o legislador afirma expressamente no art. 40.º, n.º 3, da lei de mediação que “A inscrição do mediador de conflitos em listas dos sistemas públicos de mediação não configura uma relação jurídica de emprego público, nem garante o pagamento de qualquer remuneração fixa por parte do Estado”.

a opinião expressada por OTERO PARGA ⁽¹⁰⁾, que se mostra claramente partidária da existência de códigos deontológicos de mediadores, onde se estabeleça uma nítida distinção entre deveres e princípios a que está sujeito o procedimento de mediação. A autora advoga que, nessa sede, se estabeleça claramente um quadro definitivo das obrigações do mediador face ao procedimento, à sua relação com as partes, com outros mediadores e, ainda, com respeito à sua profissão e à Administração da Justiça.

Como é evidente, o estabelecimento de um estatuto do mediador, configurando direitos e obrigações desta figura, só pode constituir-se como instrumento eficaz, apto a produzir os efeitos que se pretendem, se for acompanhado da instituição de meios adequados de fiscalização do exercício daquelas funções.

Entre nós, o legislador postergou a regulação do mecanismo legal destinado a realizar a fiscalização do exercício de mediação privada. Todavia, uma coisa é certa: introduz-se uma separação entre mediação privada e mediação pública, no que diz respeito ao controlo das dimensões deontológicas, o que não parece ter qualquer sustentação filosófica de base.

Recuando um pouco, para recordar as dúvidas que atrás se mencionou existir entre os advogados, em torno da mediação, estas indefinições, hesitações (afinal, por que não regular de imediato a questão da fiscalização?) do legislador não contribuem em nada para transmitir a necessária segurança ao público e aos restantes operadores jurídicos. Ora, esta é a questão fundamental, ainda não resolvida, em matéria de mediação: a da sua credibilização.

⁽¹⁰⁾ OTERO PARGA, Milagros, “La ética del mediador”, *cit.*, pp. 100-101.

4. Interacções entre mediadores e advogados

Resulta de quanto se disse atrás que as funções a desempenhar por advogados e mediadores são distintas, não se encontrando numa relação concorrencial. De resto, ocorrendo uma situação de representação das partes por advogado, o mediador realiza a sua tarefa, dialogando com os próprios mandatários legais.

É certo que a tarefa que cabe ao advogado nos procedimentos em que a parte está presente é, seguramente, distinta daquela que assume no cenário de uma audiência de julgamento. Cabe-lhe um papel de “second chair”, contudo, nem por isso menos importante. Os mediadores não podem substituir-se aos advogados: eles não são consultores jurídicos das partes, nem é suposto que especulem em torno de possíveis desfechos de eventuais demandas, ou que dêem parecer quanto a consequências jurídicas expectáveis em face de distintos caminhos a trilhar⁽¹¹⁾. Por outro lado, se numa mediação uma das partes aparecer acompanhada por um advogado e a outra não, é natural que esta última possua um sentimento de certa “desprotecção”. Ter, sobretudo, em casos com maior complexidade jurídica ou com direitos em jogo que reputamos especialmente importantes, pode ser particularmente relevante. Provavelmente, sem esse auxílio, muitas das partes não se sentirão suficientemente confiantes para participar num procedimento de mediação e recusá-la-ão.

Os advogados – como bem sabem todos os que já exerceram a profissão – têm de possuir competências e assumir papéis muito diversificados no desempenho das suas funções. Confia-se, portanto, que estejam também preparados para acompanhar os seus clientes no contexto dos procedimentos de mediação. O que será necessário é que a sua própria formação jurídico-profissional os

⁽¹¹⁾ Neste sentido, GENN, Hazel, *Mediation in Action. Resolving Court Disputes without Trial*, London: Calouste Gulbenkian Foundation, 1999, pp. 53-54.

esclareça sobre aquilo que se espera deles naquele contexto, bem como lhes indique qual o papel que o mediador deve desempenhar.

Acreditamos ainda que, ao serem as sessões de mediação de natureza privada e confidencial, a presença de advogados pode contribuir para criar um ambiente em que o mediador se sinta mais autoconsciente das suas obrigações deontológicas. Na verdade, nestas circunstâncias, sucederá o mesmo que acontece nos processos judiciais, em que magistrados e advogados intervenientes desempenham, acessoriamente, um papel corresponsivo de controlo do cumprimento das obrigações deontológicas a que estão, respectivamente, vinculados.

Devemos ainda acrescentar que os advogados, possuindo uma relação prévia com a parte e de especial confiança, estão em boa posição para garantir que o seu cliente mantém uma atitude cortês e cooperante. E, nesse sentido, podem oferecer ao mediador um precioso auxílio.

Em jeito de conclusão, formulamos o desejo de que, num futuro, exista um maior esclarecimento sobre a mediação e sobre os papéis do mediador e do advogado, como seus intervenientes.

CONCEPTO Y PRINCIPIOS RECTORES DE LA MEDIACIÓN

Estudio comparativo España/Portugal

Milagros Otero Parga

(Professora Catedrática de Filosofia do Direito
da Universidade de Santiago de Compostela – Espanha)

La mediación es un tema de candente actualidad que ha experimentado diferentes regulaciones a través del tiempo. Quiero analizar algunos de los que a mi juicio constituyen sus aspectos más interesantes. Tomaré como base legal la última normativa española y portuguesa al respecto tratando de ofrecerles un estudio comparativo entre ambas. Los textos legales que serán objeto de estudio son la Ley 29/2013, de 19 de abril, que *Estabelece os princípios gerais aplicáveis à mediação realizada em Portugal, bem como regimes jurídicos da mediação civil e comercial, dos mediadores e da mediação pública*, y la Ley española 5/2012, de 6 de julio, titulada de *Mediación en asuntos civiles y mercantiles*.

Mi interés profesional y mi dedicación jurídica académica es la Filosofía del Derecho. Además soy de adscripción iusnaturalista. Explico esta circunstancia porque me parece de elemental cortesía académica fijar los presupuestos desde los que se habla a fin de que el que escucha sepa de inmediato cómo interpretar el mensaje que le es transmitido, ya sea para aceptarlo, para discutirlo o para rechazarlo. A esta convicción personal se une mi opción metodológica de trabajo que es la tópica jurídica. De acuerdo con ella toda argumentación que quiera convencer debe buscar lugares comunes (tópicos) para cimentar sobre

ellos la discusión. Después debe tratar de conocer y entender las distintas formas de enfoque de cualquier problema para averiguar los pros y los contras que presenta, a fin de ofrecer al final una respuesta lo más consensuada posible que reajuste el derecho controvertido tratando de alcanzar la paz.

Esa es la finalidad del método tópico de trabajo pero también de la mediación, y por eso me complace mucho enfocar un tema de mediación con metodología tópica.

Tomada esa decisión inicial aún era preciso tomar alguna otra decisión ulterior antes de comenzar con el desarrollo del tema. Y es que un estudio comparativo entre las dos leyes propuestas, con ser muy interesante, era excesivamente amplio para esta oportunidad. De modo que resultaba imprescindible reducir el campo de estudio. En mi caso, debido a mi condición de humilde estudiosa de la Filosofía del Derecho me pareció conducente ocuparme del concepto y de los principios que rigen la mediación tomando como base la regulación legal precitada.

Me ocupé en primer lugar del concepto de mediación, porque entiendo que esta aproximación se configura como una parte esencial del estudio de cualquier tópico. Bien sé que algunos pensadores como BOBBIO afirman que es más importante ocuparse de la protección o desarrollo práctico de cualquier figura que de definirla. Los que así piensan pretenden a mi juicio establecer la diferencia entre el estudio teórico y el práctico, aduciendo que el conocimiento especulativo sobre cualquier realidad es poco más que un ejercicio de laboratorio, propio de la doctrina, pero que en nada afecta al operador jurídico real. Temo no poder estar de acuerdo con esta opinión o al menos con lo que quiere trasladar de modo genérico.

Entiendo que el estudio de la realidad jurídica es a la vez teórico y práctico porque así se manifiesta ésta en la realidad. El conocimiento de la realidad jurídica únicamente práctico conduce a una visión sesgada de la misma porque se basa en circunstancias concretas espacio-temporales y político-sociales que

serven para ese momento concreto y para ese problema determinado y sólo para ese. Del mismo modo un conocimiento de la realidad jurídica sólo basado en el estudio teórico del mismo conduce a un desapego de la realidad que conduce al desarraigo de la respuesta.

Teoría y práctica funcionan a mi juicio en el estudio de la realidad jurídica como el cuerpo y el alma o el espíritu en el ser humano. Son inescindibles. El conocimiento práctico y el teórico se complementan ofreciendo así una visión más completa de la realidad jurídica. Una visión sólo teórica se convertiría en un estudio de laboratorio alejado de la realidad; y una visión únicamente práctica privaría a la experiencia jurídica del necesario sustento estructural. Si nos fijamos sólo en la práctica, no tendremos elementos para resolver los casos difíciles los *hard cases* que son el verdadero problema de la aplicación del derecho.

Esos motivos me llevaron a estudiar en primer lugar el concepto de mediación que ofrecían tanto la ley portuguesa como la española. Yo imaginaba que se debían referir a la misma situación pero me inquietaba saber si alguna de las dos normativas, que como toda ley bien pensada debía ser el reflejo de la realidad ya existente, añadía o eliminaba algo digno de ser comentado. Quería averiguarlo porque la definición del concepto determinaría sin duda el uso del mismo a nivel legal, estableciendo las actuaciones que podían considerarse de mediación frente a aquellas otras que no podrían ser incluidas dentro de esta figura.

Otro elemento que me interesaba comprobar era el comportamiento de las leyes española y portuguesa en cuanto a la amplitud con la que concebían el concepto de mediación. Dicho con otras palabras, me interesaba averiguar si el legislador había incluido en el mismo artículo en el que definía la figura de mediación a los actores de la misma, esto es al mediador y a las partes; o si por el contrario no lo hacía. Y es que hacerlo de una manera o de otra tiene su importancia no solo para la concepción de la figura, sino también para la regulación

de la misma. En el primer caso, si se incluyen todas las partes que funcionan como operadores en la mediación, todas ellas pasan a ser parte integrante de la figura entendida como conjunto. Es decir las partes de la mediación serían condición definitoria de la categoría. Si por el contrario las partes quedasen excluidas del concepto, parecería que el propósito del legislador era entender que una cosa es el concepto de mediación y otra los actuantes en la misma.

Analizado el concepto de mediación me dispuse ya estudiar los principios por los que se rige su actuación. Me interesó estudiar los principios porque la forma de entenderlos constituye parte esencial de la Filosofía jurídica de cada autor y de cada pensamiento jurídico. Para un pensador iuspositivista, los principios jurídicos se reducen en el mejor de los casos, a una especie de directivas de buenas prácticas o buenas conductas que están en el fundamento de toda norma positiva. Son directrices que fundamentan las normas y que tienen valor sólo en tanto en cuanto están ahí escritas. Así concebido el principio queda un poco desnaturalizado a mi juicio porque sirve sólo cuando ya está positivizado, es decir cuando está escrito como tal dentro de una ley, y entonces ya deja de ser principio para convertirse en norma.

Para un pensador iusnaturalista dentro de cuyo grupo modestamente me incluyo, un principio es un mandato. Pero no cualquier mandato sino aquel que simboliza la presencia del Derecho Natural en la norma positiva. Es así porque el principio manifiesta aquello que tienen las normas de concordancia con la naturaleza, hasta el punto de que hacen que la norma resultante sea racional sin que haya lugar a ninguna duda sobre ese extremo.

Los principios juegan de este modo un papel mucho más importante dentro del ordenamiento jurídico, porque lejos de tener solo el valor que éste le confiere, en realidad son ellos los que confieren legitimidad al ordenamiento jurídico. Ahora bien no todos los principios tienen la misma fuerza ni la misma “intención legislativa”. De hecho existen principios legales que tienen carácter puramente técnico y a los que no es directamente aplicable esta distinción que

he esbozado. De forma que podríamos decir que no todo los principios de derecho natural se convierten en normas legales, ni todas las normas legales son de derecho natural, pero cuando en una norma legal concurre el plus de basarse en un principio de orden natural la norma en cuestión tiene su legitimidad asegurada.

Elegido el campo de estudio, la mediación, y dentro de él el espacio temporal de las últimas leyes española y portuguesa en relación con la misma, y aún dentro de ellas lo que se refiere al concepto y principios de la mediación, restaba sólo aplicar un método de estudio a todo el proceso.

El método elegido como queda dicho es el tópico. Mi opción no es contemporánea sino que responde a la forma de estudiar la experiencia jurídica que venimos ensayando mi maestro el Dr. FRANCISCO PUY y yo desde hace unos años en la Universidad de Santiago de Compostela. De acuerdo con él, es jurídica toda relación que afecta a la discusión sobre las relaciones de dominio de una persona sobre una cosa o sobre la utilización de un servicio. Si esa relación es pacífica puede calificarse como jurídica pero no plantea dificultad alguna. Cuando se convierte en problemática es cuando una persona afirma que algo es suyo o se le debe y otra lo niega. Surge ahí la relación que normalmente debe decidir un tercero el juez, o debe ayudar a pacificar un mediador. Y entonces es cuando nos metemos de lleno en una relación jurídica.

El método tópico analiza esta realidad aplicándole una plantilla que sigue tres pasos. Descripción del problema o asunto a tratar, valoración del mismo y normación o propuestas de solución.

Ese método es el que me propongo seguir para explicar el concepto y los principios que rigen la mediación, tomando como base las últimas leyes, española y portuguesa que se han ocupado de legislar sobre este tópico. Procederé buscando los elementos comunes y los diferentes. Y al final ofreceré una valoración de las diferencias, para terminar haciendo una propuesta.

Antes de iniciar el estudio del concepto de mediación en estos dos textos legales, permítaseme hacer un breve inciso para explicar someramente las condiciones externas de cada una de estas dos leyes. La ley portuguesa es posterior a la española. La española es de julio de 2012 y la portuguesa de abril de 2013, es decir se produce con 9 meses de diferencia. La ley portuguesa es más larga que la española. Contiene 50 artículos divididos en seis capítulos, mientras que la española solo 27. La ley portuguesa no dispone de prólogo y la española sí y además, es bastante amplio. Por último el texto portugués concluye con una declaración de rectificación mientras que el español contiene al final del texto 4 disposiciones adicionales, una disposición derogatoria y 10 disposiciones finales. La segunda disposición adicional me interesa porque habla del impulso que los poderes públicos deben prestar a la mediación. La novena disposición final también resulta significativa en tanto en cuanto ofrece la evaluación real y práctica de las medidas adoptadas por la presente ley.

De modo que haciendo un estudio comparativo se puede afirmar que la ley portuguesa tiene más artículos con lo que en principio podría parecer que ofrece un estudio más detallado y a su vez la española presenta más elementos que acompañan al propio texto articulado de la ley. De todos ellos el que más me interesa es el preámbulo.

Creo que sería interesante recuperar un preámbulo o exposición de motivos para la ley portuguesa pues en él se expresa el espíritu de la ley que ayuda a comprender su contenido. Es además muy útil para la interpretación.

Hecha esta aclaración inicial que permite visualizar los textos de los que hablamos me centraré ya en el concepto de mediación que proponen ambas leyes.

Lo cierto es que no hay mucha diferencia en la configuración de la definición de mediación que figura en la normativa española y en la portuguesa. La portuguesa es más amplia incluyendo en la definición y después de afirmar que la mediación es una “forma alternativa de litigios”, que el procedimiento puede

ser público o privado. La española parece querer despachar este extremo afirmando que la mediación es un “medio de solución de controversias, cualquiera que sea su denominación, en el que dos o más partes intentan voluntariamente alcanzar por sí mismas un acuerdo con la intervención de un mediador”. El contenido de esta primera parte no es sustancialmente diferente. La diferencia aparece en cuanto a la segunda parte de la ley portuguesa que incluye la definición de la figura del mediador. Según la normativa portuguesa el mediador es un “tercero imparcial e independiente desprovisto de poderes de imposición a los mediados, que los ayuda en el intento de construir un acuerdo final sobre el objeto del litigio”. Está muy bien hecha a mi juicio esta definición del mediador porque define su cometido a través de la indicación de alguna de las características del propio concepto de mediación.

En la ley española, esa definición como tal no aparece pero sí el tratamiento sobre su función y cómo se debe desarrollar. Se localiza a partir del art. 11.

Si bien aplaudo la definición de la figura del mediador que aparece en el artículo segundo de la ley portuguesa la delimitación total del artículo me parece un poco incompleta. Pues creo que debería definir la mediación y sus intervinientes, es decir, las partes y el mediador. O, por el contrario, contentarse con definir solo el proceso, dejando a los intervinientes, partes y mediador para lugares diferentes. Definir solo el proceso y una de sus partes, que es la opción elegida por la ley portuguesa, me parece menos acertado.

Por lo que se refiere a los principios que rigen el proceso de mediación la situación es parecida. Sin duda hay muchos elementos comunes entre la ley española y la portuguesa pero también hay algunos que se diferencian y que conviene resaltar.

En la ley portuguesa los principios se establecen inmediatamente después de la definición. En la española comienzan en el art. 6 porque antes se regula el ámbito de aplicación de la misma (art. 2), los conflictos transfronterizos

(art. 3), los efectos de la mediación sobre la prescripción y caducidad (art. 4) y las instituciones de la mediación (art. 5).

Centrándonos ya en los principios la *voluntariedad* es el primero en ambas leyes, portuguesa art. 4 española art. 6. El artículo portugués solo habla de la voluntariedad, el español añade “y libre disposición”.

Hay alguna diferencia más. La ley española reconoce expresamente la voluntariedad y la posibilidad de retirarse voluntariamente del proceso en cualquier momento. Añade no obstante la buena fe que se supone en todo el proceso, especialmente referida a la conclusión de la mediación antes de iniciar otro procedimiento. La ley portuguesa en cambio añade la responsabilidad de las partes, en relación con todas las decisiones que se tomen durante el proceso. En este caso es más completa la ley portuguesa.

Por lo que se refiere a la *confidencialidad*, la ley portuguesa establece este principio en segundo lugar la española no. La ley española recoge el derecho de sigilo para el mediador y lo extiende a las instituciones mediadoras y a las partes. Mientras que la ley portuguesa establece el derecho del mediador también en relación con las partes. Coinciden ambas leyes en proteger la mediación frente al requerimiento de información por parte de los poderes judiciales o de los árbitros. Y también coinciden en exponer excepciones a este principio general. Para la ley española éstas son solo dos: que las partes dispensen de la obligación al mediador o que exista una previa resolución judicial. La ley portuguesa es más amplia. Establece además razones de orden público, protección de menores, protección de la integridad física o psíquica de cualquier persona o cuando sea necesario para la ejecución del acuerdo, aunque en este caso se establece que sólo en la medida en que le afecte directamente. La ley española regula que en caso de vulnerar esta obligación el mediador incurrirá en una falta de responsabilidad perseguible por las leyes. La portuguesa guarda silencio en relación con este extremo.

Otro principio importante es el de *igualdad e imparcialidad*. Aparece antes en la ley portuguesa (art. 6) que en la ley española, (art. 7). Por lo que se refiere al contenido, ambas expresan la misma idea, que se refiere a la necesidad de que las partes tengan las mismas oportunidades en el proceso. Pero la ley portuguesa establece taxativamente que el mediador no es parte interesada aunque puede y debe dirigir el proceso para conseguir la igualdad de las partes, mientras que la ley española no se refiere a esta posibilidad haciendo una declaración más sucinta.

A continuación la ley portuguesa establece el principio de *independencia* (art. 7). La ley española no lo recoge como tal. Creo que es un acierto de la ley portuguesa establecer que el mediador en su trabajo debe actuar con independencia de sus intereses y valores personales o influencias externas. En esa actuación se establece igualmente responsabilidad por sus actos además de la ausencia de subordinación técnica o deontológica a ningún otro organismo, salvo la situación en que la mediación fuese pública en cuyo caso estaría bajo las competencias de las entidades gestoras de los sistemas bajo cuyo auspicio se realizase la mediación.

Otro principio recogido por la ley portuguesa de mediación es el de la *competencia y responsabilidad*. No existe uno equivalente en la ley española que no se preocupa de la obligación del mediador, al menos como principio, de estar al día en la formación para mejor desarrollar sus funciones. Éste me parece un acierto de la ley portuguesa en tanto en cuanto muestra una clara sensibilidad por la necesidad de que la persona que realiza una función de la importancia social que tiene la mediación esté suficientemente preparada para llevarla a buen término. Situación ésta especialmente relevante ya que se trata del ejercicio de los derechos de las personas y por lo mismo, el grado de responsabilidad que se le debe exigir, se ve fuertemente incrementado.

El último de los principios que recoge la ley portuguesa es el que denomina de *ejecutoriedad*. La ley española no lo recoge como tal principio de la me-

diación sino que dedica un título entero, el número V, a su desarrollo. De modo que no considera la ejecutoriedad como un principio de la mediación sino como una de las partes de la misma. Me parece que es más adecuada la visión de la ley española pues si se considera la ejecutoriedad una parte más del proceso eso indica que éste no se concluye sin su realización. Mientras que si sólo es un principio de los que rige la actuación del mediador es posible, aunque no deseable, que la efectiva realización del acuerdo alcanzado a través de la mediación sea menos exigible, y por lo mismo esté menos protegido.

El problema, a mi juicio es de calado porque lo cierto es que una de las razones que aconsejan la mediación como medio alternativo al judicial para la resolución de conflictos es la necesidad de corregir muchos de los defectos que plantea en la actualidad la vía judicial como única vía jurídica de resolución de conflictos. Si no nos ocupamos de asegurar la efectiva realización del acuerdo mediador la mediación nacerá ya mortalmente herida.

La ley portuguesa recoge los siguientes principios como garantes de una buena mediación: voluntariedad, confidencialidad, igualdad e imparcialidad, independencia, competencia y responsabilidad y ejecutoriedad.

La ley española establece como principios los siguientes. Voluntariedad, libre disposición, igualdad e imparcialidad, neutralidad y confidencialidad. De modo que la ley portuguesa es más amplia en cuanto al establecimiento de principios al añadir la independencia la competencia y la ejecutoriedad.

Por su parte la ley española añade la necesaria *neutralidad* cuando dice que son las partes las que deben alcanzar por sí solas el acuerdo sin que éste pueda ser ya no impuesto sino ni siquiera sugerido por el mediador. Este principio no aparece en la ley portuguesa como tal principio pero se puede deducir después del resto del ordenamiento. Tampoco aparece en la ley portuguesa el principio exento de libre disposición que recoge expresamente la española, sin embargo el texto portugués se refiere a él dentro del art. 4 cuando habla de la voluntariedad del proceso mediatorio y de la posibilidad de las partes de revo-

cación del consentimiento para seguir la mediación en cualquier momento. El cese de la mediación puede ser igualmente producido como consecuencia de una decisión del mediador.

Conclusiones

Una vez realizado el estudio que antecede creo que estamos en situación de poder extraer una serie de conclusiones. Antes de hacerlo permítaseme recordar una vez más que el intento de mis modestas palabras fue reflexionar sobre la mediación amparándome en la más reciente legislación española y portuguesa sobre el tema. El estudio de esta normativa completa sería de por sí muy extenso afectando a su vez a muchas parcelas del derecho portugués y español. Ese trabajo está por hacer. Yo no me he ocupado del mismo. Sólo he pretendido reflexionar sobre ambas normativas en lo que se refiere al concepto y principios que rigen la figura.

Desde esa perspectiva necesariamente limitada expongo a continuación algunas conclusiones.

1) La ley española ofrece un preámbulo que antecede al texto. Después de la exposición del articulado añade a éste una serie de disposiciones adicionales y finales que contribuyen a aclarar las circunstancias del mismo así como a facilitar su aplicación. En el texto portugués todas esas referencias faltan disponiendo únicamente de un texto articulado seguido de una Declaración de Rectificación.

2) En cuanto al concepto en sí, son muy similares los dos textos legales si bien el portugués añade en el mismo artículo la definición de mediador pero no del resto de partes en conflicto.

3) En cuanto a los principios, el texto portugués recoge más principios que el español. Las diferencias fundamentales son que el texto portugués esta-

blece la obligación del mediador de seguir formándose así como la ejecutoriedad como principios de la mediación. El texto español no recoge esas dos circunstancias como principios rectores de la mediación, si bien en lo que a la ejecutoriedad se refiere, la establece como parte de la mediación y no como principio que rige el proceso.

Y ha llegado el momento de concluir. Creo que las leyes de mediación española y portuguesa presentan numerosos puntos de coincidencia y algunas diferencias, situación ésta que hace su estudio interesante y enriquecedor para ambas legislaciones. A reserva de estudiar ambos textos con más detenimiento, la mayor extensión del texto portugués parece indicar que la regulación que ofrece es más detallada que la del texto español. Creo que será interesante averiguar en qué elementos se separan ambos textos en su totalidad a fin de poder establecer las diferencias reales que la legislación de ambos países ofrece. Pero ésa es una labor que dejo apuntada para realizar más adelante o para sugerirla a cualquier otra persona interesada en el tema.

MEDIAÇÃO FAMILIAR – NÓTULAS SOLTAS

Rossana Martingo Cruz

(Mestre em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra
e Assistente Convidada no Instituto Politécnico do Cávado e do Ave)

1. Comentários iniciais

Foi com agrado que recebi o convite de estar presente em tão nobre seminário subordinado ao tema da “Nova Mediação”. E é com grande gosto que pude integrar um ilustre painel de oradores e apresentar algumas considerações sobre a mediação familiar a um interessado público. O futuro destes meios extrajudiciais de resolução de litígios passa, inevitavelmente, por uma maior consciencialização de todos os praticos do Direito e daqueles que o ambicionam ser.

A mediação é uma forma de dirimir litígios que subjaz na autocomposição dos mesmos, isto é, a parte que integra o problema estará presente na procura da solução. Todavia, a mediação, enquanto meio alternativo de resolução de diferendos, assume uma configuração especial no âmbito familiar. O conflito familiar singulariza-se em relação a outros, na medida em que ocorre entre pessoas que têm, entre si, um vínculo forte e duradouro.

Nessa medida, a forma como o dissídio familiar é encarado e tratado é essencial no que à sua solução diz respeito. Não esqueçamos que as pessoas

envolvidas, não raras vezes, irão continuar a conviver. Só uma solução que satisfaça o verdadeiro interesse das partes, que reúna o consenso, é que será efectiva e eficaz.

Na mediação familiar, a intervenção do terceiro – neutro, imparcial, independente e sem poderes de decisão – é fundamental no inicial resgate e subsequente promoção do diálogo entre as partes. A tarefa do mediador é a de restaurar a comunicação entre os mediados, auxiliando-os na busca de um acordo que os satisfaça e que vá ao encontro das suas necessidades, bem como das dos seus filhos, caso existam. É por esta natureza consensual que a mediação familiar se revela tão importante no âmbito dos acordos complementares ao divórcio, na medida em que pode evitar demoradas contendas judiciais, cujo resultado final será imposto.

O mediador não impõe uma solução ⁽¹⁾, cabe-lhe acompanhar as partes, direccionando-as no trilho do consenso e diálogo. É esta perspectiva da reestruturação do relacionamento que torna a mediação adequada aos conflitos decorrentes de relações duradouras (cuja natureza emocional exacerba, inevitavelmente, o seu dissídio, sendo necessário que o mediador tenha a experiência e formação necessárias para ajudar na reorganização da dinâmica daquela relação familiar).

Não se pode olvidar que, ao incrementar a comunicação, se está a prevenir eventuais conflitos futuros entre aqueles mediados (a título de exemplo, pensemos nos sucessivos incumprimentos e alterações ao acordo das responsabilidades parentais que poderiam ser evitados, caso o acordo inicial partisse da vontade das partes, com o total controlo no processo de decisão).

A tónica da mediação familiar está no aprofundamento do cerne do conflito, do seu ponto nevrálgico, não pretendendo contornar ou ladear o mesmo, como, frequentemente, sucede no processo judicial. Pois, o sistema tradicional

⁽¹⁾ Daí a autocomposição do litígio, ao invés da heterocomposição caracterizadora da arbitragem ou do processo judicial.

de justiça assenta numa lógica de vencedor/vencido e a mediação familiar visa uma solução de ganhos mútuos (*win/win situation*). Este mecanismo de resolução alternativa de litígios privilegia a capacidade das partes na busca da melhor solução para as suas necessidades, enaltecendo o seu poder e confiança (sendo este *empowerment* uma das técnicas usadas pelo mediador).

Dado o entrosamento da mediação familiar com questões eminentemente emocionais, muitas vezes, o universo jurídico encara-a com cepticismo. Todavia, a mediação familiar assenta em pilares jurídicos que necessitam de concretização. Não obstante ser um método extrajudicial, a mediação familiar necessita de uma integração jurídica.

Apesar do impulso público e das iniciativas privadas, os meios de resolução alternativa de litígios ainda são estranhos para grande parte dos cidadãos e encarados com desconfiança por numerosos juristas.

É essencial, na promoção destes meios extrajudiciais de justiça, em especial da mediação familiar, a divulgação e formação entre os juristas e todos os práticos do Direito. Caberá a estes profissionais, mais próximos do cidadão, traçar o perfil do conflito e reconhecer quando este será passível de mediação familiar. O cidadão, absorvido na sua altercação e conturbado por ela, necessita de direcção. Sem a devida orientação (focada na natureza do litígio e no interesse das partes), o potencial mediado irá recorrer aos meios tradicionais de justiça, por só esses conhecer.

Se os práticos do Direito (designadamente, magistrados, advogados, conservadores, notários, solicitadores e funcionários judiciais) não conhecem e não nutrem o devido respeito pela mediação familiar, como podemos esperar que as pessoas comuns a ela recorram? Há um trabalho a desenvolver, a montante, junto das instituições e daqueles que com elas trabalham. É também necessário dar a conhecer estes meios nas instituições de ensino superior e, paulatinamente, implantá-los na nossa cultura jurídica.

No âmbito da mediação familiar, há um temor de advogados e solicitadores de que este meio extrajudicial venha, de alguma forma, a ser mais um factor concorrencial ao seu trabalho ⁽²⁾. É, por isso, fundamental esclarecer que não há razão para um receio desta natureza. Em primeiro lugar, porque a mediação familiar não afasta, nem exime, o mandatário do seu papel como garante dos direitos e posições jurídicas inalienáveis das partes ⁽³⁾. Por outro lado, se, muitas vezes, caberá ao advogado direccionar as partes para a mediação familiar (quando este entenda que esta será a melhor solução para a configuração do litígio em causa), noutras situações (não raras, aliás), será o mediador a remeter as partes para um mandatário para que este possa afiançar o conteúdo e carácter do acordo final. Pois, além de zelar pelos interesses do seu representado, o mandatário confere idoneidade a todo o processo ⁽⁴⁾.

As perspectivas do mediador e do advogado são, necessariamente, díspares. Enquanto o mediador tem o dever da imparcialidade, neutralidade e independência, o advogado tem o dever de zelar pelo interesse do seu representado, sendo, naturalmente, faccioso. Enquanto este deve lutar para que o seu cliente obtenha a solução mais vantajosa, já o desiderato do mediador é o de alcançar o ponto de equilíbrio entre os interesses dos mediados.

Ainda no âmbito da possível dicotomia ⁽⁵⁾ mediador/advogado, não esqueçamos que, em determinadas ocasiões, o desacordo entre as partes é tão

⁽²⁾ *“Muitos profissionais de Direito olham a mediação com desconfiança, pois, por desconhecerem a sua verdadeira função, pensam que a mesma possa ir contra o seu próprio desempenho profissional”*. VEZZULLA, Juan Carlos, *Adolescentes, Família, escola e lei: a mediação de conflitos*, 1.ª ed., Lisboa, Agora Publicações, 2006, p. 105.

⁽³⁾ Não esqueçamos que o mandatário pode acompanhar o mediado durante todo o processo. Aliás, *“El reglamento de la ley de mediación familiar de Cataluña determina que, en su ámbito, la presencia de un abogado será imprescindible (...)”*. CAMP, Eduard Vinyamata, *Aprender mediación*, Barcelona, Paidós, 2003, p. 78.

⁽⁴⁾ A sua presença, em momento algum, pode colocar em causa a proximidade, informalidade e flexibilidade da mediação familiar. Cabe ao mediador esclarecer, ao advogado e às partes, qual o papel que cabe a cada um no decurso das sessões.

⁽⁵⁾ Ainda que, como se demonstra, seja meramente aparente.

profundo e inveterado que a mediação familiar não será a solução indicada. Quando o nível emocional do conflito é exacerbado, toda, por vezes de forma intransponível, qualquer forma de diálogo ou comunicação (não obstante os esforços do mediador). Nestas situações, onde a altercação assume contornos lancinantes, as partes procuram e esperam uma sanção para a contraparte. Nessa eventualidade, bem como quando a mediação familiar é usada como um mero expediente dilatatório por um dos protagonistas do dissídio, o mediador deve terminar as sessões e encaminhar as partes para os meios tradicionais de justiça.

Ora, existirão situações em que serão os práticos do Direito a remeter as partes para a mediação e, noutras, será o mediador a direccionar as partes para os meios comuns. Assim que exista uma cooperação entre todos os operadores, todos os mecanismos se tornarão mais eficazes e proporcionarão um sistema integrado de Justiça a todos os cidadãos.

Já não se concorda com a percepção, pouco a pouco difundida na nossa sociedade, que estas formas extrajudiciais de resolução de conflitos vêm tratar os problemas actuais da Justiça, como a morosidade e a elevada pendência de processos nos tribunais. Essa perspectiva é deveras perniciosa: não podemos permitir que uma natural consequência seja o mote para uma promoção, escamoteando as verdadeiras vantagens e condenando este meio ao insucesso e descrédito. A tónica deve ser a da qualidade e não a da quantidade ⁽⁶⁾. A mediação deve estabelecer-se como uma alternativa aos meios tradicionais de justiça por ser a mais apropriada à natureza dos litígios em causa e não porque se vise *retirar* processos dos tribunais. Não obstante tal vir a ocorrer, será um mero efeito, não deve ser a causa para a sua promoção.

⁽⁶⁾ A este propósito, consultar SILVA, Paula Costa e, *A Nova Face da Justiça – Os Meios Extrajudiciais de Resolução de Controvérsias*, Lisboa, Coimbra Editora, 2009, pp. 72 e 73; e CRUZ, Rossana Martingo, “A crise económica e a resolução alternativa de litígios familiares – advento da solução ou do problema?”, in *Scientia Iuridica*, Tomo LXII, n.º 331, Janeiro/Abril de 2013, pp. 127-144.

Não se ignora que os meios de resolução alternativa de litígios surgiram, inicialmente, para colmatar as falhas do sistema judicial. Porém, décadas depois, há um maior conhecimento e conseqüente exigência no que diz respeito aos resultados nocivos de uma implantação pouco reflectida. Aliás, julga-se que o receio e indolência com que as instituições públicas tratam a mediação familiar (designadamente tribunais e conservatórias do registo civil (7)) são conseqüências desta promoção incipiente. O próprio poder público não tem sido capaz de difundir, às suas próprias instituições, as vantagens da mediação familiar. Todavia, estas instituições reconhecerão, certamente, que a carga emocional destas disputas não tem a melhor sede junto de um processo de natureza adversativa.

É certo que determinadas questões familiares terão de ser julgadas, indubitavelmente, pelos tribunais. Não se afasta, *tout court*, o sistema judicial dos conflitos familiares. Defende-se, contudo, uma outra sede, mais apropriada e menos apta a potenciar o conflito emocional adjacente ao jurídico.

2. Objecto da mediação familiar

Por vezes, não são facilmente perceptíveis quais os conflitos susceptíveis de mediação familiar ou a quais a mesma se dedica. A este propósito, julga-se conveniente distinguir mediação familiar em sentido amplo e em sentido estrito. Esta distinção, ainda que meramente académica ou teórica, serve o propósito de delimitar, conceptualmente, uma existência que tem tido um alcance distinto na prática. Entre nós, a mediação familiar mais comum é aquela que visa regular os acordos complementares ao divórcio (8). Assim, designamos a mediação

(7) Que têm uma obrigação, legalmente consagrada, de dar a conhecer a mesma, tal como dispõe o art. 1774.º do Código Civil.

(8) Aqueles acordos previstos no art. 1775.º do Código Civil.

que tem lugar como consequência de um divórcio por mediação familiar em sentido estrito. Já a mediação familiar em sentido amplo abrangerá todos os conflitos familiares. Ora, tal premissa, por si só, pode ser susceptível de alguma confusão. O que será “*família*” para este efeito (9)?

Embora o art. 36.º da Constituição da República Portuguesa até seja abrangente na sua concepção de família (10), não esqueçamos que o nosso Código Civil, tal como disposto no art. 1576.º, é taxativo nas fontes de relações jurídico-familiares. O art. 4.º do Despacho n.º 18778/2007 – que regula, entre nós, a mediação familiar – tem um elenco meramente exemplificativo de conflitos passíveis de mediação familiar. Porém, só será um conflito familiar o que estiver dentro da alçada de “*família*” e não se pode ignorar que, para o Direito Civil, a origem de família tem apenas quatro fontes: casamento, adopção, parentesco e afinidade (art. 1576.º do Código Civil).

A prática da mediação familiar e os mediadores não têm suscitado esta questão. Compreende-se que os mediadores não queiram limitar o âmbito da sua prática, circunscrevendo-a a um conceito meramente jurídico. Aliás, o facto de a prática da mediação familiar estar, ainda, numa fase incipiente e pouco desenvolvida levará a que qualquer tentativa de delimitação conceptual seja olhada com apreensão. Não obstante ser uma questão ignorada na prática da mediação familiar, devemos discuti-la e evitar que o conceito de “*família*”, para

(9) A Recomendação n.º R (98) 1, no seu Ponto I, refere que a “*mediação familiar trata do conjunto dos litígios que possam ocorrer entre os membros de uma mesma família, quer estejam ligados pelo sangue ou pelo casamento, e entre as pessoas que têm ou tiveram relações familiares, tal como definidas pela legislação nacional*”. Estabelecendo, expressamente, que “*(...) os estados são livres de determinar quais são as questões ou os casos abrangidos pela mediação familiar*” alínea b) do Ponto I. Deixa, assim, esta delimitação de âmbito à mercê dos Estados-Membros.

(10) Não obstante alguma divergência nesse sentido. A esse propósito, consultar COELHO, Pereira e OLIVEIRA, Guilherme de, *Curso de Direito da Família*, vol. I, 4.ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2008, pp. 116 e ss.; CANOTILHO, J.J. Gomes e MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, vol. I, 4.ª ed. revista, Coimbra Editora, 2007, p. 561; e PINHEIRO, Jorge Duarte, *O Direito da Família Contemporâneo*, 3.ª ed., Lisboa, AAFDL, 2011, pp. 109 e ss.

este efeito, fique dependente da idiossincrasia de cada mediador ⁽¹¹⁾. A taxatividade do disposto no art. 1576.º do Código Civil pode levar-nos a excluir a união de facto do âmbito da mediação familiar. Certo será que, se o conflito disser respeito às responsabilidades parentais de um filho nascido de uma união de facto, tal terá acolhimento no âmbito material do art. 4.º do Despacho n.º 18778/2007 ⁽¹²⁾. E os restantes conflitos? O facto de a união de facto (prevista na Lei n.º 7/2001, de 11 de Maio) ser considerada uma relação parafamiliar faz com que esta se possa alhear do elenco, ainda que exemplificativo, do art. 4.º do Despacho n.º 17887/2007?

Além da necessidade de repensar a promoção e divulgação da mediação familiar, também a sua competência material deveria ser alargada, ousando incluir uma miríade de conflitos, conferindo uma maior aplicabilidade à mesma ⁽¹³⁾.

⁽¹¹⁾ “Deve ser considerado como o verdadeiro limite da mediação familiar o que, em cada caso, seja percebido como família”, PRESAS, Inmaculada García, “Dois modelos de implantação da mediação familiar – Portugal e Brasil”, in *Scientia Iuridica*, Tomo LVII, n.º 316, 2008, p. 719.

⁽¹²⁾ Quando, na alínea a) do art. 4.º, dispõe que o sistema de mediação familiar tem competência para mediar conflitos no âmbito da “Regulação, alteração e incumprimento do regime de exercício do poder paternal”.

⁽¹³⁾ Vejamos, a título meramente exemplificativo, a ampla competência material, prevista no disposto do art. 5.º da Lei n.º 9/2011, de 24 de Março, sobre a mediação familiar na região autónoma de Aragón: “1. La mediación regulada en la presente ley podrá referirse a cualquier conflicto familiar surgido en el ámbito del Derecho privado. 2. Específicamente, la intervención del mediador familiar tendrá por objeto alguno de los siguientes aspectos: a) Conflictos nacidos como consecuencia de una ruptura de pareja, existan o no menores afectados; b) Controversias relacionadas con el ejercicio de la autoridad familiar o, en su caso, patria potestad y del régimen de guarda y custodia de los hijos; c) Diferencias en lo relativo al régimen de relación de los menores con sus hermanos, abuelos y otros parientes y personas allegadas; d) Situaciones derivadas de crisis de convivencia en el seno del matrimonio o de la pareja; e) Desavenencias referentes a las relaciones entre personas mayores y sus descendientes; f) Conflictos entre los miembros de la unidad familiar donde sea de aplicación la normativa de derecho internacional; g) Los datos de las personas adoptadas relativos a sus orígenes biológicos, en la medida que lo permita el ordenamiento jurídico, alcanzada la mayoría de edad, o durante su minoría de edad representadas por sus padres o quienes ejerzan su autoridad familiar; Salvo en los supuestos debidamente justificados, en los que esté en peligro la vida o la integridad física o moral de la persona adoptada, no se podrá facilitar la identidad de los padres biológicos en tanto en cuanto no se disponga de la autorización expresa de estos; h) Problemáticas referidas al Derecho civil patrimonial o a la empresa familiar; i) Cuestiones relacionadas con las sucesiones por causa de muerte”.

3. Brevíssima resenha histórica

Apesar de a mediação familiar ter surgido, inicialmente, nos Estados Unidos da América ⁽¹⁴⁾, é indelével o contributo comunitário para que esta se tenha tornado conhecida em vários Estados-Membros, designadamente Portugal. Foram vários os diplomas que fomentaram a resolução alternativa de litígios, entre os quais a mediação familiar.

Referiremos, em traços largos, apenas alguns dos diplomas que se revelaram mais importantes no fomento da mediação familiar. Embora alguns não se dirijam, especificamente, à mediação familiar, foram relevantes na sua densificação:

- a Recomendação n.º R (86) 12 do Comité de Ministros dos Estados-Membros, relativa a determinadas medidas destinadas a prevenir e a reduzir a sobrecarga de trabalho dos tribunais. Este diploma reconhece a incapacidade dos tribunais para determinadas matérias e a necessidade de julgamentos justos e céleres. Refere, também, a necessidade de encontrar alternativas aos meios tradicionais de justiça;

- a Recomendação n.º R (98) 1 do Comité de Ministros do Conselho da Europa aos Estados-Membros sobre a Mediação Familiar. Este é considerado o instrumento *instituidor* ⁽¹⁵⁾ da mediação familiar em toda a Europa ⁽¹⁶⁾, pois esta recomendação muito influenciou as legislações dos vários Estados no que concerne à mediação familiar. Este diploma recomenda aos Governos dos Estados-

⁽¹⁴⁾ Para uma resenha histórica mais completa, consultar CRUZ, Rossana Martingo, *Mediação Familiar – Limites Materiais dos Acordos e o seu Controlo pelas Autoridades, Centro de Direito da Família*, n.º 25, Coimbra, Coimbra Editora, 2011, pp. 56 e ss.

⁽¹⁵⁾ Ou “*documento fundacional*”, nas palavras de GONZÁLEZ, R. LÓPEZ e LÓPEZ, Marín J. J., *Legislación sobre mediación familiar*, Ed. Tecnos, Madrid, 2003, p. 11.

⁽¹⁶⁾ É certo que esta Recomendação, fonte de direito comunitário derivado, não tem força vinculativa. No entanto, e embora tal releve em termos de aplicabilidade, não diminuiu a influência deste diploma, norteador no âmbito da mediação familiar.

-Membros que constituam a mediação familiar ou, se for o caso, reforcem a mediação familiar existente;

- o Livro Verde sobre os modos alternativos de resolução dos litígios em matéria civil e comercial. Este documento fez um estudo sobre os meios de resolução alternativa de litígios. Deste modo, ao elaborar um ponto da situação a nível europeu, lançou as bases para novas medidas de fomento a tomar;

- o Código Europeu de Conduta para Mediadores. Este conjunto de normas ético-deontológicas tem carácter voluntário e enumera um conjunto de princípios aos quais os mediadores devem aderir e reger a sua conduta. Ao uniformizar as regras de conduta do mediador, propiciou uma garantia de qualidade e de coerência;

- a Directiva 2008/52/CE de 21 de Maio, relativa a certos aspectos da mediação em matéria civil e comercial. Embora a Directiva 2008/52/CE não se dirija, especificamente, à Mediação Familiar, tem repercussões importantes nesta ⁽¹⁷⁾. É um dos instrumentos mais relevantes no âmbito da mediação, tendo dado o mote para a concretização de conceitos importantes no âmbito da mediação familiar.

4. Evolução da mediação familiar em Portugal

A mediação familiar é vista pelo mundo jurídico como uma realidade muito recente em Portugal. Ora, tal revela o desconhecimento que existe pelos passos já tomados, por esta figura, entre nós. Há cerca de vinte anos, foi criado o Instituto Português de Mediação Familiar. Nos anos seguintes, foi dada a primeira formação de mediadores familiares no Centro de Estudos Judiciários e

⁽¹⁷⁾ Desde logo, pela sua força vinculativa, não obstante a necessidade de transposição.

foi constituída a Associação Nacional para a Mediação Familiar, com o intuito de dinamizar este meio extrajudicial.

Em 1997, surge o primeiro diploma legal nacional sobre esta temática, o Despacho n.º 12368/97 ⁽¹⁸⁾ do Ministro da Justiça, criando o Gabinete de Mediação Familiar, cujo propósito era o de providenciar um serviço público de mediação familiar, para as situações de divórcio e separação. A acção deste gabinete circunscrevia-se às situações de conflito decorrentes da regulação do exercício do poder paternal (actuais responsabilidades parentais) e seus incumprimentos ⁽¹⁹⁾. Também se dirigia somente à comarca de Lisboa (art. 2.º do Despacho n.º 12368/97). Em 2002 e 2004, surgiram novos despachos ⁽²⁰⁾ que visaram um alargamento da competência territorial do Gabinete de Mediação Familiar.

Dez anos volvidos, do primeiro diploma sobre a mediação familiar, surge o Despacho n.º 18778/2007 ⁽²¹⁾ do Gabinete do Secretário de Estado da Justiça, que veio conferir uma maior complexidade jurídica a esta figura. Porém, não alcançou a materialização desejável e necessária. Esperava-se mais, atendendo à já dilatada existência da Recomendação n.º R (98) 1. Em todo o caso, é inegável o carácter evolutivo deste diploma em relação ao de 1997. O despacho n.º 18778/2007 não só amplia o âmbito territorial do serviço público de mediação

⁽¹⁸⁾ Despacho n.º 12368/97 do Ministro da Justiça, *Diário da República*, 2.ª Série, 9 de Dezembro de 1997, pp. 15039 e ss.

⁽¹⁹⁾ Este despacho foi a concretização do projecto de investigação “*Mediação familiar em conflito parental*”. Confrontar preâmbulo do Despacho n.º 12368/97.

⁽²⁰⁾ O Despacho n.º 1091/2002, de 16 de Janeiro, veio constatar um crescimento significativo na procura dos serviços de mediação familiar prestados pelo Gabinete. Deste modo, o Ministério da Justiça altera o âmbito territorial de competências do Gabinete de Mediação Familiar, passando este a desenvolver a sua intervenção nas comarcas de Lisboa, Amadora, Sintra, Cascais, Oeiras, Loures, Mafra, Seixal, Barreiro e Almada. Na mesma senda, o Despacho n.º 5524/2005, de 15 de Março, também alarga, territorialmente, os serviços de mediação familiar a Coimbra. Consultar Despacho n.º 1091/2002 do Gabinete do Secretário de Estado da Justiça, *Diário da República*, 2.ª Série, n.º 13, 16 de Janeiro de 2002, p. 887; e Despacho n.º 5524/2005 do Gabinete do Ministro da Justiça, *Diário da República*, 2.ª Série, n.º 52, 15 de Março de 2005, p. 4110.

⁽²¹⁾ Despacho n.º 18778/2007 do Gabinete do Secretário de Estado da Justiça, *Diário da República*, 2.ª Série, n.º 161, 22 de Agosto de 2007, pp. 24051 e ss.

familiar, como também alarga o âmbito material do mesmo, uma vez que um novo elenco exemplificativo de matérias é aditado. Há, assim, uma total reconfiguração do sistema de mediação familiar. Não obstante a evolução, muito mais além poderia ter ido este Despacho, que deixou por densificar muitos aspectos prementes consignados na Recomendação n.º R (98) 1. Desde logo, arestas tão fundamentais, como a dos princípios, ficaram por limar. O disposto no art. 2.º do Despacho n.º 18778/2007 elenca os princípios sob os quais o sistema de mediação familiar desenvolve a sua actividade (22). Todavia, estes princípios não foram devidamente caracterizados. Várias questões intrincadas emergem da aplicabilidade destes princípios (desde logo e a título de exemplo, os limites ao princípio da confidencialidade) e seria expectável que o despacho tivesse o cuidado de tratar melhor as temáticas mais complexas, ao invés de os deixar apenas e só no arbítrio do mediador.

Também no que se refere à competência material do sistema de mediação familiar (art. 4.º do Despacho n.º 18778/2007), este diploma poderia ter ido mais além. É certo que deu um passo em frente, quando comparado com o diploma da década anterior. Tal como referido anteriormente, o elenco previsto no art. 4.º é meramente exemplificativo. Todavia, atendendo aos exemplos presentes nas alíneas daquele preceito, estas não deixam de ser demonstrativas da visão acanhada que o legislador tem, quer do conceito de família, quer das potencialidades da mediação familiar. Poder-se-ia ter ido bem mais além. O legislador poderia, de forma inequívoca, incluir conflitos decorrentes da ruptura de uma união de facto (23), afastando a possível interpretação de que estes não se incluem na expressão “familiares”, em virtude de aquela figura não ser considerada, tradicionalmente, uma relação jurídico-familiar, mas sim parafamiliar.

(22) “O SMF desenvolve a sua actividade com garantia de voluntariedade, celeridade, proximidade, flexibilidade e confidencialidade” (art. 2.º, n.º 1, do Despacho n.º 18778/2007).

(23) Afastam-se, aqui, as questões inerentes às responsabilidades parentais que têm acolhimento expresso no art. 4.º, sendo irrelevante se os pais eram casados, viviam em união de facto ou nunca viveram juntos.

Em 2008, a mediação familiar passa a figurar, pela primeira vez, no Código Civil. A Lei n.º 61/2008, de 31 de Outubro, denominada como a nova “Lei do Divórcio”, confere uma nova dignidade a esta figura, fomentando-a e dando-a a conhecer a uma multiplicidade de juristas que até aqui ignoravam a sua existência (24). O art. 1774.º do Código Civil passou a dispor que, antes do início do processo de divórcio, a Conservatória do Registo Civil ou o Tribunal devem informar os cônjuges sobre a mediação familiar e os seus objectivos.

Ora, tal alusão à mediação familiar (em sentido estrito), embora tímida, não deixa de ter a virtuosidade de a colocar num dos diplomas com mais uso para os práticos do Direito, tornando-a numa realidade jurídica concreta.

Há quem entenda que este mero dever de informação fica aquém do que seria necessário para uma verdadeira implementação desta figura (25), crítica que se compreende. Também se percebe a apreensão que o legislador possa ter tido, atendendo ao sistema de mediação familiar público ainda pouco desenvolvido, sem capacidade de resposta para um uso intensivo por parte dos cidadãos (26). Nessa perspectiva, terá sido uma solução de compromisso, pretendendo dar a conhecer a figura da mediação familiar aos juristas e, concomitantemente, prepará-la para um uso regular, mais adiante (27).

Um passo importante na sistematização da mediação foi dado com a Lei n.º 29/2013, de 19 de Abril. Este diploma influencia, naturalmente, a mediação familiar. Finalmente, surge um instrumento que agrega todas as referências

(24) Não esquecendo, contudo, a referência à mediação familiar no art. 147.º-D da Organização Tutelar de Menores, desde a Lei n.º 133/99, de 28 de Agosto.

(25) “(...) representa muito pouco em termos evolutivos no sentido da sua institucionalização. (...) Teria sido bem mais proveitoso que se tivesse optado por uma solução semelhante à do art. 147.º-D da Organização Tutelar de Menores (...)”. XAVIER, Rita Lobo, *Recentes alterações ao regime jurídico do divórcio e das responsabilidades parentais: Lei n.º 61/2008, de 31 de Outubro*, Coimbra, Coimbra Editora, 2009, p. 27 e nota 29.

(26) Neste sentido, OLIVEIRA, Guilherme de, “A Nova Lei do Divórcio”, in *Revista Lex Familiae*, Ano 7, n.º 13, 2010, Coimbra, Coimbra Editora, p. 7.

(27) Como uma sessão de pré-mediação obrigatória, como sucede noutros ordenamentos jurídicos.

avulsas sobre a mediação, dando-lhe os contornos necessários a uma aplicabilidade mais efectiva. Apesar de não se aplicar, na totalidade, à mediação familiar ⁽²⁸⁾, resolve muitos das problemáticas a ela atinentes (designadamente, os limites ao princípio de confidencialidade, aquando da violência doméstica) e densifica conceitos que o Despacho n.º 18778/2007 falhou em concretizar.

Não obstante o significativo contributo, já há muito se aguarda um diploma legislativo relativo à mediação familiar, mais completo e com maior *robustez* jurídica, revogando o Despacho de 2007.

Além das manifestações legislativas supra-enumeradas, o legislador tem feito algumas referências avulsas à mediação, noutros diplomas. A Lei n.º 103/2009, de 11 de Setembro, que instituiu o regime jurídico do Apadrinhamento Civil ⁽²⁹⁾ prevê, no n.º 6 do art. 25.º, a possibilidade de, em qualquer estado da causa e sempre que se afigurar conveniente, o juiz poder, oficiosamente, a requerimento dos interessados ou com o consentimento destes, determinar a intervenção dos serviços de mediação familiar. No entanto, o art. 25.º refere-se somente à revogação do apadrinhamento civil. Enaltece-se a inserção de um meio como a mediação familiar num diploma como o do apadrinhamento civil ⁽³⁰⁾, todavia, seria mais vantajoso que fosse uma referência num único artigo, tal conferir-lhe-ia maior dignidade e, certamente, maior aplicabilidade.

Também a Lei n.º 23/2013, de 5 de Março, que giza o novo regime jurídico do processo de inventário, tem uma referência isolada à mediação. Dispõe o art. 79.º, cuja epígrafe é *“Inventário em consequência de separação, divórcio, declaração de nulidade ou anulação de casamento”*, no seu n.º 3, que o notário, em qualquer

⁽²⁸⁾ Confrontar art. 10.º da Lei n.º 29/2013, de 19 de Abril.

⁽²⁹⁾ *“O apadrinhamento civil é uma relação jurídica, tendencialmente de carácter permanente, entre uma criança ou jovem e uma pessoa singular ou uma família que exerça os poderes e deveres próprios dos pais e que com ele estabeleçam vínculos afectivos que permitam o seu bem-estar e desenvolvimento, constituída por homologação ou decisão judicial e sujeita a registo civil”* (art. 2.º da Lei n.º 103/2009).

⁽³⁰⁾ O que, aliás, faz todo o sentido e demonstra a utilidade de um meio como este na resolução extrajudicial de litígios (para)familiares.

estado da causa, pode remeter o processo para mediação, relativamente à partilha de bens garantidos por hipoteca, salvo quando alguma das partes expressamente se opuser a tal remessa.

Apesar de ser de louvar o esforço do legislador em querer colocar a mediação familiar como uma alternativa em diferentes dissídios (e, desde logo, demonstrar como esta pode ser uma opção em litígios parafamiliares, ultrapassando o elenco pouco exemplificativo do art. 4.º do Despacho n.º 18778/2007), julga-se que estas referências deveriam ser mais ousadas, em artigos únicos, potenciando a sua aplicabilidade. Estas alusões isoladas só demonstram a premissa da necessidade de um novo diploma para a mediação familiar, com uma nova sistematização e um novo elenco exemplificativo que fosse além das meras relações jurídico-familiares tradicionais.

5. Nota final

É importante concluir reiterando a ideia de que a mediação familiar não é uma fórmula perfeita que resolverá todas contendas familiares. É, sim, uma sede mais adequada para dirimir alguns desses litígios ⁽³¹⁾, uma vez que a vontade das partes está na sua premissa. Se as partes, consensualmente, alcançam um acordo, é natural que o cumpram e que este se torne efectivo. Assim, embora seja uma solução amigável, será mais vinculativa que uma decisão imposta por um terceiro com poder para tal.

Fazendo um paralelo com a dialéctica *hegliana*, poderemos dizer que caberá ao mediador, depois de ouvir a tese e a antítese, coadjuvar as partes a chegar à síntese, que se consubstanciará no acordo final. A mediação familiar é,

⁽³¹⁾ Em nenhum momento se despreza ou ignora a necessidade do meio judicial no âmbito familiar. Apenas se sublinha que, para alguns destes conflitos, existe uma alternativa mais apropriada.

assim, “(...) un procedimiento imperfecto, que emplea una tercera persona imperfecta, para ayudar a dos personas imperfectas, a concluir un acuerdo imperfecto, en un mundo imperfecto” ⁽³²⁾.

⁽³²⁾ MARLOW, Lenard, *Mediación familiar: una práctica en busca de una teoría: una nueva visión del derecho*, Buenos Aires, Granica, 1999, p. 31.

RESUMOS/*ABSTRACTS*

O mediador e o conciliador como terceiros no tratamento de conflitos disciplinados no Projeto de Lei n.º 8046/10 (novo Código de Processo Civil brasileiro)

FABIANA MARION SPENGLER

O presente texto tem como tema principal de debate a análise da proposta de inserção da mediação e da conciliação enquanto meios de tratamento/resolução de conflitos no projeto de novo Código Civil brasileiro e do modo como se desenvolve o papel de seus terceiros agentes: o conciliador e o mediador. Nesse sentido, pretende-se responder a problematização que questiona a pertinência de tal proposta e os ganhos efetivos que as modificações – a partir da inserção anteriormente mencionada – podem gerar. Consequentemente, o objetivo da pesquisa realizada foi investigar o modo como o legislador propôs a introdução da mediação e da conciliação enquanto mecanismos de tratamento adequado de conflitos, diferenciando os dois institutos e os seus terceiros/agentes, analisando, por fim, as vantagens e desvantagens da proposta legislativa. Para fins de cumprir com tal objetivo, o método de abordagem utilizado foi o dedutivo, partindo da relação entre argumentos gerais, denominados premissas, para argumentos particulares, até se chegar a uma conclusão. Como método de procedimento foi utilizado o método monográfico, a partir de pesquisa e fichamentos em fontes bibliográficas ligadas ao tema da pesquisa e relativas ao assunto.

The mediator and conciliator as third parties in dispute resolution under the Brazilian new civil procedure code (law proposal no. 8046/10)

FABIANA MARION SPENGLER

The present paper has the purpose to analyze the mediation and conciliation as conflicts treatment methods in the New Brazilian Civil Code Project and the way it develops the third part roles: the conciliator and the mediator. So, it is aimed to answer the problematic which questions the proposal relevancy and the effective gains with the modifications – since the previous mentioned insertion – can create. Consequently, the objective of this paper is to investigate the way the legislator proposed the mediation and conciliation introduction as proper conflict treatment methods, differentiating both institutes and its third parts/agents, and, also, analyzing the legislative proposal advantages and disadvantages. In order to accomplish the present objective, it is adopted the deductive method of approach, establishing general arguments to achieve specific arguments, becoming a conclusion. And it is used the monographic method of procedure, which is done through bibliographic research related to the subject.

Cuestiones prácticas sobre mediación en derecho privado

(Questões práticas na mediação em direito privado)

FERNANDO MARTÍN DIZ

A mediação em direito privado, como uma nova realidade nos sistemas jurídicos de Espanha e Portugal, apresenta uma série de questões práticas, como resultado das suas primeiras experiências que exigem análise e estudo. Este artigo estuda situações em relação a: as convenções de mediação; as partes envolvidas na mediação; a assistência de advogado na mediação; a utilização de medidas cautelares na mediação; e a implementação de sistemas de mediação *online*. Além disso, faz uma avaliação final, de qual é o sistema mais adequado para a implantação da mediação na Administração da Justiça.

Practical questions on mediation of private law disputes

FERNANDO MARTÍN DIZ

Mediation in private law, as a new reality in the legal systems of Spain and Portugal, presents a number of practical issues, as a result of its early experiences that require analysis and study. This paper studies situations as in relation to the pre-actions protocols in mediation; the parties involved in mediation; the assistance of lawyers in mediation; the use of precautionary measures in mediation and the implementation of systems of online mediation. In addition, a final assessment about which is the most suitable system for implanting mediation into the Administration of Justice is done.

Os intervenientes na mediação. Advogados e mediadores: qual o seu papel?

MARIA CLARA CALHEIROS

Este estudo oferece uma análise comparativa do papel desempenhado por advogados e mediadores nos procedimentos de mediação. A autora tenta demonstrar a existência de uma deficiente concepção do que é, em geral, a mediação, em particular entre os advogados. Isto é atribuível ao desconhecimento do conceito da mediação, dos seus princípios e formas de procedimento.

Em consequência, o estudo centra-se no papel positivo desempenhado pelos advogados na mediação. Apesar de se tratar de uma intervenção de natureza muito distinta, sobretudo quando comparada à voz activa que detêm em tribunal, a verdade é que a presença do advogado pode assumir um papel-chave no sucesso da mediação.

The participants in mediation. Lawyers and mediators: what is their role?

MARIA CLARA CALHEIROS

The paper offers an analysis of the role played by mediators and lawyers in mediation procedures. The author tries to demonstrate the existence of a common misconception on mediation in general, but specially in between lawyers. This is originated by ignorance about mediation concept, principles and ways of procedure.

Therefore, the paper focuses on the positive role played by lawyers in mediation procedures. In spite of the different nature of their intervention, when compared to the active role they are expected to play in court, the fact remains that the lawyers' presence can be decisive to the mediation success.

Concepto y principios rectores de la mediación. Estudio comparativo España/Portugal

MILAGROS OTERO PARGA

La mediación es un proceso jurídico que ha adquirido gran relevancia como vía alternativa a la judicial para la resolución de asuntos jurídicos. España y Portugal han hecho grandes avances para implementarla. El presente texto compara el concepto y los principios de la mediación que manejan los últimos textos legales de ambos países. La base de estudio son las leyes 29/2013, de 19 de abril, para el caso portugués y la ley 5/2012, de 6 de julio, para el supuesto español. El estudio analiza las similitudes y diferencias entre estos dos textos con el afán de entender y comparar la amplitud y las bases de asentamiento de la mediación en ambos países. Los resultados obtenidos muestran un gran nivel de coincidencia que no obstante no supone identidad pues existen elementos de diferenciación muy interesantes que son a nuestro juicio relevantes para entender tanto la figura con su éxito futuro de utilización.

Mediation concept and guiding principles. A comparative study Spain/Portugal

MILAGROS OTERO PARGA

Mediation constitutes a legal procedure that has acquired great relevance as an alternative means of dispute resolution. Its implementation in Spain and Portugal has moved forward in many different ways. This study focuses on the comparison between mediation concept and the principles arising from statutory law in both countries. In what concerns the Portuguese legal system, the paper draws on the law no. 29/2013, of 19th of April, whereas for the Spanish

law it takes under consideration the law no. 5/2012, of 6th of July. The author analyses the differences and common ground existing between the two laws, as a way of comparing the degree of implementation of mediation in both countries. The results show that there is a significant level of coincidence, even if there are very interesting elements of differentiation. They are very important to understand mediation and its future possible success.

A mediação familiar – *Nótulas soltas*

ROSSANA MARTINGO CRUZ

A mediação familiar é um meio extrajudicial de resolução de litígios ainda pouco proveito em Portugal, não obstante ser mais adequado às especificidades do dissídio familiar. A sua natureza consensual faz com que seja possível encontrar uma resposta adaptada aos interesses das partes, demonstrando vantagens face ao carácter adversativo dos meios tradicionais de justiça. Apesar de todas as suas mais-valias, tem ainda muitos desafios pela frente, a começar, desde logo, pela necessidade de ganhar o respeito pelos práticos do Direito. Para tal, algumas questões prementes devem ser tratadas, como uma nova sistematização legal e uma concepção hodierna de “família”, dissipando qualquer dúvida sobre a sua aplicabilidade. Espera-se que estas parcas considerações propiciem uma reflexão mais profunda e necessária neste âmbito.

Family mediation – brief comments

ROSSANA MARTINGO CRUZ

Family mediation is an alternative dispute resolution method still poorly known in Portugal, although being the most suitable for family conflicts. Its consensual nature makes possible finding an answer regarding the parties' interests, enabling a win/win situation. Despite all the advantages, family mediation has a lot of challenges ahead, such as gaining more respect from the Law universe. Therefore, some issues have to be taken care of, from a better systematization to an update on the “family” concept. We hope that these brief comments will favor a deeper and needful reflection on this matter.

ANEXO – LEI N.º 29/2013 DE 19 DE ABRIL (*)

Estabelece os princípios gerais aplicáveis à mediação realizada em Portugal, bem como os regimes jurídicos da mediação civil e comercial, dos mediadores e da mediação pública.

A Assembleia da República decreta, nos termos da alínea c) do artigo 161.º da Constituição, o seguinte:

CAPÍTULO I

Disposições gerais

Artigo 1.º

Objeto

A presente lei estabelece:

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

(*) Publicada no *Diário da República*, 1.ª série — N.º 77 — 19 de abril de 2013.

Artigo 2.º

Definições

Para efeitos do disposto na presente lei, entende-se por:

a) «Mediação» a forma de resolução alternativa de litígios, realizada por entidades públicas ou privadas, através do qual duas ou mais partes em litígio procuram voluntariamente alcançar um acordo com assistência de um mediador de conflitos;

b) «Mediador de conflitos» 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.

CAPÍTULO II

Princípios

Artigo 3.º

Princípios da mediação

Os princípios consagrados no presente capítulo são aplicáveis a todas as mediações realizadas em Portugal, independentemente da natureza do litígio que seja objeto de mediação.

Artigo 4.º

Princípio da voluntariedade

1 — O procedimento de mediação é voluntário, sendo necessário obter o consentimento esclarecido e informado das partes para a realização da mediação, cabendo-lhes a responsabilidade pelas decisões tomadas no decurso do procedimento.

2 – Durante o procedimento de mediação, as partes podem, em qualquer momento, conjunta ou unilateralmente, revogar o seu consentimento para a participação no referido procedimento.

3 – A recusa das partes em iniciar ou prosseguir o procedimento de mediação não consubstancia violação do dever de cooperação nos termos previstos no Código de Processo Civil.

Artigo 5.º

Princípio da confidencialidade

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

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

3 – O dever de confidencialidade sobre a informação respeitante ao conteúdo da mediação só pode cessar por razões de ordem pública, nomeadamente para assegurar a proteção do superior interesse da criança, quando esteja em causa a proteção da integridade física ou psíquica de qualquer pessoa, ou quando tal seja necessário para efeitos de aplicação ou execução do acordo obtido por via da mediação, na estrita medida do que, em concreto, se revelar necessário para a proteção dos referidos interesses.

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

Artigo 6.º

Princípio da igualdade e da imparcialidade

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

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

Artigo 7.º

Princípio da independência

1 — O mediador de conflitos tem o dever de salvaguardar a independência inerente à sua função.

2 — O mediador de conflitos deve pautar a sua conduta pela independência, livre de qualquer pressão, seja esta resultante dos seus próprios interesses, valores pessoais ou de influências externas.

3 — O mediador de conflitos é responsável pelos seus atos e não está sujeito a subordinação, técnica ou deontológica, de profissionais de outras áreas, sem prejuízo, no âmbito dos sistemas públicos de mediação, das competências das entidades gestoras desses mesmos sistemas.

Artigo 8.º

Princípio da competência e da responsabilidade

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

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

2 — O mediador de conflitos que viole os deveres de exercício da respetiva atividade, nomeadamente os constantes da presente lei e, no caso da mediação em sistema público, dos atos constitutivos ou regulatórios dos sistemas públicos de mediação, é civilmente responsável pelos danos causados, nos termos gerais de direito.

Artigo 9.º

Princípio da executoriedade

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

a) Que diga respeito a litígio que possa ser objeto de mediação e para o qual a lei não exija homologação judicial;

b) Em que as partes tenham capacidade para a sua celebração;

c) Obtido por via de mediação realizada nos termos legalmente previstos;

d) Cujo conteúdo não viole a ordem pública; e

e) Em que tenha participado mediador de conflitos inscrito na lista de mediadores de conflitos organizada pelo Ministério da Justiça.

2 — O disposto na alínea *e)* do número anterior não é aplicável às mediações realizadas no âmbito de um sistema público de mediação.

3 — As qualificações e demais requisitos de inscrição na lista referida na alínea *e)* do n.º 1, incluindo dos mediadores nacionais de Estados membros da União Europeia ou do espaço económico europeu provenientes de outros Estados membros, bem como o serviço do Ministério da Justiça competente para a organização da lista e a forma de acesso e divulgação da mesma, são definidos por portaria do membro do Governo responsável pela área da justiça.

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

CAPÍTULO III

Mediação civil e comercial

SECÇÃO I

Disposições gerais

Artigo 10.º

Âmbito de aplicação

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

2 — O presente capítulo não é aplicável:

- a)* Aos litígios passíveis de serem objeto de mediação familiar;
- b)* Aos litígios passíveis de serem objeto de mediação laboral;
- c)* Aos litígios passíveis de serem objeto de mediação penal.

Artigo 11.º

Litígios objeto de mediação civil e comercial

1 — Podem ser objeto de mediação de litígios em matéria civil e comercial os litígios que, enquadrando-se nessas matérias, respeitem a interesses de natureza patrimonial.

2 – Podem ainda ser objeto de mediação os litígios em matéria civil e comercial que não envolvam interesses de natureza patrimonial, desde que as partes possam celebrar transação sobre o direito controvertido.

Artigo 12.º

Convenção de mediação

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

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

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

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

SECÇÃO II

Mediação pré-judicial

Artigo 13.º

Mediação pré-judicial e suspensão de prazos

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

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

3 — Os prazos de caducidade e prescrição retomam-se com a conclusão do procedimento de mediação motivada por recusa de uma das partes em continuar com o procedimento, pelo esgotamento do prazo máximo de duração deste ou ainda quando o mediador determinar o fim do procedimento.

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

5 — Os atos que determinam a retoma do prazo de caducidade e prescrição previstos no n.º 3 são comprovados pelo mediador ou, no caso de mediação realizada nos sistemas públicos de mediação, pela entidade gestora do sistema público onde tenha decorrido a mediação.

6 — Para os efeitos previstos no presente artigo, o mediador ou, no caso de mediação realizada nos sistemas públicos de mediação, as respetivas entidades gestoras devem emitir, sempre que solicitado, comprovativo da suspensão dos prazos, do qual constam obrigatoriamente os seguintes elementos:

a) Identificação da parte que efetuou o pedido de mediação e da contraparte;

- b) Identificação do objeto da mediação;
- c) Data de assinatura do protocolo de mediação ou, no caso de mediação realizada nos sistemas públicos de mediação, data em que as partes tenham concordado com a realização da mediação;
- d) Modo de conclusão do procedimento, quando já tenha ocorrido;
- e) Data de conclusão do procedimento, quando já tenha ocorrido.

Artigo 14.º

Homologação de acordo obtido em mediação

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

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

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

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

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

Artigo 15.º

Mediação realizada noutro Estado membro da União Europeia

O disposto na presente secção é aplicável, com as necessárias adaptações, aos procedimentos de mediação ocorridos noutro Estado membro da União Europeia, desde que os mesmos respeitem os princípios e as normas do ordenamento jurídico desse Estado.

SECÇÃO III

Procedimento de mediação

Artigo 16.º

Início do procedimento

1 – O procedimento de mediação compreende um primeiro contacto para agendamento da sessão de pré-mediação, com carácter informativo, na qual o mediador de conflitos explicita o funcionamento da mediação e as regras do procedimento.

2 – O acordo das partes para prosseguir o procedimento de mediação manifesta-se na assinatura de um protocolo de mediação.

3 – O protocolo de mediação é assinado pelas partes e pelo mediador e dele devem constar:

- a) A identificação das partes;
- b) A identificação e domicílio profissional do mediador e, se for o caso, da entidade gestora do sistema de mediação;
- c) A declaração de consentimento das partes;
- d) A declaração das partes e do mediador de respeito pelo princípio da confidencialidade;
- e) A descrição sumária do litígio ou objeto;

f) As regras do procedimento da mediação acordadas entre as partes e o mediador;

g) A calendarização do procedimento de mediação e definição do prazo máximo de duração da mediação, ainda que passíveis de alterações futuras;

h) A definição dos honorários do mediador, nos termos do artigo 29.º, exceto nas mediações realizadas nos sistemas públicos de mediação;

i) A data.

Artigo 17.º

Escolha do mediador de conflitos

1 — Compete às partes acordarem na escolha de um ou mais mediadores de conflitos.

2 — Antes de aceitar a sua escolha ou nomeação, o mediador de conflitos deve proceder à revelação de todas as circunstâncias que possam suscitar fundadas dúvidas sobre a sua imparcialidade e independência, nos termos previstos no artigo 27.º.

Artigo 18.º

Presença das partes, de advogado e de outros técnicos nas sessões de mediação

1 — As partes podem comparecer pessoalmente ou fazer-se representar nas sessões de mediação, podendo ser acompanhadas por advogados, advogados estagiários ou solicitadores.

2 — As partes podem ainda fazer-se acompanhar por outros técnicos cuja presença considerem necessária ao bom desenvolvimento do procedimento de mediação, desde que a tal não se oponha a outra parte.

3 — Todos os intervenientes no procedimento de mediação ficam sujeitos ao princípio da confidencialidade.

Artigo 19.º

Fim do procedimento de mediação

O procedimento de mediação termina quando:

- a) Se obtenha acordo entre as partes;
- b) Se verifique desistência de qualquer das partes;
- c) O mediador de conflitos, fundamentadamente, assim o decida;
- d) Se verifique a impossibilidade de obtenção de acordo;
- e) Se atinja o prazo máximo de duração do procedimento, incluindo eventuais prorrogações do mesmo.

Artigo 20.º

Acordo

O conteúdo do acordo é livremente fixado pelas partes e deve ser reduzido a escrito, sendo assinado pelas partes e pelo mediador.

Artigo 21.º

Duração do procedimento de mediação

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

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

Artigo 22.º

Suspensão do procedimento de mediação

1 — O procedimento de mediação pode ser suspenso, em situações excecionais e devidamente fundamentadas, designadamente para efeitos de experimentação de acordos provisórios.

2 — A suspensão do procedimento de mediação, acordada por escrito pelas partes, não prejudica a suspensão dos prazos de caducidade ou de prescrição, nos termos do n.º 2 do artigo 13.º.

CAPÍTULO IV

Mediador de conflitos

Artigo 23.º

Estatuto dos mediadores de conflitos

1 — O presente capítulo estabelece o estatuto dos mediadores de conflitos que exercem a atividade em Portugal.

2 — Os mediadores de conflitos que exerçam atividade em território nacional em regime de livre prestação de serviços gozam dos direitos e estão sujeitos às obrigações, proibições, condições ou limites inerentes ao exercício das funções que lhes sejam aplicáveis atenta a natureza ocasional e esporádica daquela atividade, nomeadamente os constantes dos artigos 5.º a 8.º, 16.º a 22.º e 25.º a 29.º.

Artigo 24.º

Formação e entidades formadoras

1 — Constitui formação especificamente orientada para o exercício da profissão de mediador de conflitos a frequência e aproveitamento em cursos ministrados por entidades formadoras certificadas pelo serviço do Ministério da Justiça definido em portaria do membro do Governo responsável pela área da justiça.

2 — O membro do Governo responsável pela área da justiça aprova por portaria o regime de certificação das entidades referidas no número anterior.

3 — A certificação de entidades formadoras pelo serviço referido no n.º 1, seja expressa ou tácita, é comunicada ao serviço central competente do ministério responsável pela área da formação profissional no prazo de 10 dias.

4 — Devem ser comunicadas pelas entidades certificadas ao serviço do Ministério da Justiça previsto no n.º 1:

a) A realização de ações de formação para mediadores de conflitos, previamente à sua realização;

b) A lista de formandos que obtenham aproveitamento nessas ações de formação, no prazo máximo de 20 dias após a conclusão da ação de formação.

5 — As ações de formação ministradas a mediadores de conflitos por entidades formadoras não certificadas nos termos do presente artigo não proporcionam formação regulamentada para o exercício da profissão de mediação.

6 — É definida por portaria do membro do Governo responsável pela área da justiça a autoridade competente para a aplicação da Lei n.º 9/2009, de 4 de março, alterada pela Lei n.º 41/2012, de 28 de agosto, no que respeita aos pedidos de reconhecimento de qualificações apresentados noutros Estados membros da União Europeia ou do espaço económico europeu por nacionais de Estados membros formados segundo a legislação nacional.

Artigo 25.º

Direitos do mediador de conflitos

O mediador de conflitos tem o direito a:

- a) Exercer com autonomia a mediação, nomeadamente no que respeita à metodologia e aos procedimentos a adotar nas sessões de mediação, no respeito pela lei e pelas normas éticas e deontológicas;
- b) Ser remunerado pelo serviço prestado;
- c) Invocar a sua qualidade de mediador de conflitos e promover a mediação, divulgando obras ou estudos, com respeito pelo dever de confidencialidade;
- d) Requisitar à entidade gestora, no âmbito dos sistemas públicos de mediação, os meios e as condições de trabalho que promovam o respeito pela ética e deontologia;
- e) Recusar tarefa ou função que considere incompatível com o seu título e com os seus direitos ou deveres.

Artigo 26.º

Deveres do mediador de conflitos

O mediador de conflitos tem o dever de:

- a) Esclarecer as partes sobre a natureza, finalidade, princípios fundamentais e fases do procedimento de mediação, bem como sobre as regras a observar;
- b) Abster-se de impor qualquer acordo aos mediados, bem como fazer promessas ou dar garantias acerca dos resultados do procedimento, devendo adotar um comportamento responsável e de franca colaboração com as partes;
- c) Assegurar-se de que os mediados têm legitimidade e possibilidade de intervir no procedimento de mediação, obter o consentimento esclarecido dos

mediados para intervir neste procedimento e, caso seja necessário, falar separadamente com cada um;

d) Garantir o carácter confidencial das informações que vier a receber no decurso da mediação;

e) Sugerir aos mediados a intervenção ou a consulta de técnicos especializados em determinada matéria, quando tal se revele necessário ou útil ao esclarecimento e bem-estar dos mesmos;

f) Revelar aos intervenientes no procedimento qualquer impedimento ou relacionamento que possa pôr em causa a sua imparcialidade ou independência e não conduzir o procedimento nessas circunstâncias;

g) Aceitar conduzir apenas procedimentos para os quais se sinta capacitado pessoal e tecnicamente, atuando de acordo com os princípios que norteiam a mediação e outras normas a que esteja sujeito;

h) Zelar pela qualidade dos serviços prestados e pelo seu nível de formação e de qualificação;

i) Agir com urbanidade, designadamente para com as partes, a entidade gestora dos sistemas públicos de mediação e os demais mediadores de conflitos;

j) Não intervir em procedimentos de mediação que estejam a ser acompanhados por outro mediador de conflitos a não ser a seu pedido, nos casos de co-mediação, ou em casos devidamente fundamentados;

k) Atuar no respeito pelas normas éticas e deontológicas previstas na presente lei e no Código Europeu de Conduta para Mediadores da Comissão Europeia.

Artigo 27.º

Impedimentos e escusa do mediador de conflitos

1 — O mediador de conflitos deve, antes de aceitar a sua escolha ou nomeação num procedimento de mediação, revelar todas as circunstâncias que possam suscitar fundadas dúvidas sobre a sua independência, imparcialidade e isenção.

2 — O mediador de conflitos deve ainda, durante todo o procedimento de mediação, revelar às partes, de imediato, as circunstâncias referidas no número anterior que sejam supervenientes ou de que só tenha conhecimento depois de aceitar a escolha ou nomeação.

3 — O mediador de conflitos que, por razões legais, éticas ou deontológicas, considere ter a sua independência, imparcialidade ou isenção comprometidas não deve aceitar a sua designação como mediador de conflitos e, se já tiver iniciado o procedimento, deve interromper o procedimento e pedir a sua escusa.

4 — São circunstâncias relevantes para efeito dos números anteriores, devendo, pelo menos, ser reveladas às partes, designadamente:

- a) Uma atual ou prévia relação familiar ou pessoal com uma das partes;
- b) Um interesse financeiro, direto ou indireto, no resultado da mediação;
- c) Uma atual ou prévia relação profissional com uma das partes.

5 — O mediador de conflitos deve ainda recusar a sua escolha ou nomeação num procedimento de mediação quando considere que, em virtude do número de procedimentos de mediação à sua responsabilidade, ou devido a outras atividades profissionais, não é possível concluir o procedimento em tempo útil.

6 — Não constitui impedimento a intervenção do mesmo mediador na sessão de pré-mediação e de mediação.

7 — As recusas nos termos dos números anteriores não determinam a perda ou prejuízo de quaisquer direitos do mediador de conflitos, nomeadamente no âmbito dos sistemas públicos de mediação.

Artigo 28.º

Impedimentos resultantes do princípio da confidencialidade

Sem prejuízo do disposto no n.º 3 do artigo 5.º, o mediador de conflitos não pode ser testemunha, perito ou mandatário em qualquer causa relacionada, ainda que indiretamente, com o objeto do procedimento de mediação.

Artigo 29.º

Remuneração do mediador de conflitos

A remuneração do mediador de conflitos é acordada entre este e as partes, responsáveis pelo seu pagamento, e fixada no protocolo de mediação celebrado no início de cada procedimento.

CAPÍTULO V

Sistemas públicos de mediação

SECÇÃO I

Regime dos sistemas públicos de mediação

Artigo 30.º

Sistemas de mediação pública

Os sistemas públicos de mediação visam fornecer aos cidadãos formas céleres de resolução alternativa de litígios, através de serviços de mediação criados e geridos por entidades públicas.

Artigo 31.º

Entidade gestora

1 – Cada sistema público de mediação é gerido por uma entidade pública, identificada no respetivo ato constitutivo ou regulatório.

2 – Cabe à entidade gestora manter em funcionamento e monitorizar o respetivo sistema público de mediação, preferencialmente através de plataforma informática.

3 – Os dados recolhidos dos procedimentos de mediação podem ser utilizados para fins de tratamento estatístico, de gestão dos sistemas de mediação e de investigação científica, nos termos da lei de Proteção de Dados Pessoais.

4 – Quaisquer reclamações decorrentes da utilização de um sistema público de mediação devem ser dirigidas à respetiva entidade gestora.

Artigo 32.º

Competência dos sistemas públicos de mediação

Os sistemas públicos de mediação são competentes para mediar quaisquer litígios que se enquadrem no âmbito das suas competências em razão da matéria, tal como definidas nos respetivos atos constitutivos ou regulatórios, independentemente do local de domicílio ou residência das partes.

Artigo 33.º

Taxas

As taxas devidas pelo recurso aos sistemas públicos de mediação são fixadas nos termos previstos nos respetivos atos constitutivos ou regulatórios, os quais preveem igualmente as eventuais isenções ou reduções dessas taxas.

Artigo 34.º

Início do procedimento nos sistemas públicos de mediação

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

Artigo 35.º

Duração do procedimento de mediação nos sistemas públicos de mediação

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

Artigo 36.º

Presença das partes

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

Artigo 37.º

Princípio da publicidade

1 — A informação prestada ao público em geral, respeitante à mediação pública, é disponibilizada através dos sítios eletrónicos das entidades gestoras dos sistemas públicos de mediação.

2 — A informação respeitante ao funcionamento dos sistemas públicos de mediação e aos procedimentos de mediação é prestada presencialmente, através de contacto telefónico, de correio eletrónico ou do sítio eletrónico da respetiva entidade gestora do sistema.

SECÇÃO II

Mediadores

Artigo 38.º

Designação de mediador de conflitos nos sistemas públicos de mediação

1 — As partes podem indicar o mediador de conflitos que pretendam, de entre os mediadores inscritos nas listas de cada sistema público de mediação.

2 — Quando não seja indicado mediador de conflitos pelas partes, a designação é realizada de modo sequencial, de acordo com a ordem resultante da lista em que se encontra inscrito, preferencialmente por meio de sistema informático.

Artigo 39.º

Pessoas habilitadas ao exercício das funções de mediador de conflitos

Os requisitos necessários para o exercício das funções de mediador de conflitos em cada um dos sistemas públicos de mediação são definidos nos respetivos atos constitutivos ou regulatórios.

Artigo 40.º

Inscrição

1 — A inscrição dos mediadores de conflitos nas listas de cada um dos sistemas públicos de mediação é efetuada através de procedimento de seleção nos termos definidos nos atos constitutivos ou regulatórios de cada sistema.

2 — Os atos constitutivos ou regulatórios de cada sistema público de mediação estabelecem ainda o regime de inscrição de mediadores nacionais de

Estados membros da União Europeia ou do espaço económico europeu provenientes de outros Estados membros.

3 — A inscrição do mediador de conflitos em listas dos sistemas públicos de mediação não configura uma relação jurídica de emprego público, nem garante o pagamento de qualquer remuneração fixa por parte do Estado.

Artigo 41.º

Impedimentos e escusa do mediador de conflitos nos sistemas públicos de mediação

Sempre que se encontre numa das situações previstas no artigo 27.º, o mediador de conflitos deve comunicar imediatamente esse facto também à entidade gestora do sistema público de mediação, a qual, nos casos em que seja necessário, procede, ouvidas as partes, à nomeação de novo mediador de conflitos.

Artigo 42.º

Remuneração do mediador de conflitos nos sistemas públicos de mediação

A remuneração do mediador de conflitos no âmbito dos sistemas públicos de mediação é estabelecida nos termos previstos nos atos constitutivos ou regulatórios de cada sistema.

SECÇÃO III

Fiscalização

Artigo 43.º

Fiscalização do exercício da atividade de mediação

1 — Compete às entidades gestoras dos sistemas públicos de mediação, na sequência de queixa ou reclamação apresentada contra os mediadores de conflitos no âmbito do exercício da atividade de mediação, ou por iniciativa própria, no exercício de supervisão contínua sobre os respetivos sistemas públicos de mediação, fiscalizar a sua atividade.

2 — Realizada a fiscalização, e ouvido o mediador de conflitos, o dirigente máximo da entidade gestora emite a sua decisão, fundamentando as razões de facto e de direito, bem como indicando a medida a aplicar ao mediador de conflitos, se for o caso, conforme a gravidade do ato em causa.

Artigo 44.º

Efeitos das irregularidades

1 — O dirigente máximo da entidade gestora do sistema público de mediação pode aplicar as seguintes medidas, em função da gravidade da atuação do mediador de conflitos:

- a) Repreensão;
- b) Suspensão das listas; ou
- c) Exclusão das listas.

2 — Nos casos em que o mediador viole o dever de confidencialidade em termos que se subsumam ao disposto no artigo 195.º do Código Penal, a entidade gestora do sistema público de mediação participa a infração às entidades competentes.

CAPÍTULO VI

Disposições complementares e finais

Artigo 45.º

Homologação de acordo de mediação celebrado na pendência de processo judicial

O acordo de mediação celebrado em processo remetido para mediação nos termos do artigo 279.º-A do Código de Processo Civil é homologado nos termos previstos no artigo 14.º.

Artigo 46.º

Mediação de conflitos coletivos de trabalho

O disposto na presente lei aplica-se à mediação de conflitos coletivos de trabalho apenas na medida em que não seja incompatível com o disposto nos artigos 526.º a 528.º do Código do Trabalho, aprovado pela Lei n.º 7/2009, de 12 de fevereiro.

Artigo 47.º

Direito subsidiário

Em tudo aquilo que não for regulado pela presente lei, aplica-se aos sistemas públicos de mediação o disposto nos respetivos atos constitutivos ou regulatórios.

Artigo 48.º

Regime jurídico complementar

No prazo de três meses, o Governo regulamenta um mecanismo legal de fiscalização do exercício da atividade da mediação privada.

Artigo 49.º

Norma revogatória

São revogados:

- a) Os artigos 249.º-A a 249.º-C do Código de Processo Civil;
- b) O n.º 6 do artigo 10.º da Lei n.º 21/2007, de 12 de junho;
- c) O artigo 85.º da Lei n.º 29/2009, de 29 de junho, alterada pelas Leis n.ºs 1/2010, de 15 de janeiro, e 44/2010, de 3 de setembro;
- d) A alínea c) do n.º 3 do artigo 4.º da Portaria n.º 68-C/2008, de 22 de janeiro, alterada pela Portaria n.º 732/2009, de 8 de julho;
- e) A Portaria n.º 203/2011, de 20 de maio.

Artigo 50.º

Entrada em vigor

A presente lei entra em vigor 30 dias após a sua publicação.

Aprovada em 8 de março de 2013.

A Presidente da Assembleia da República, *Maria da Assunção A. Esteves*.

Promulgada em 9 de abril de 2013.

Publique-se.

O Presidente da República, ANÍBAL CAVACO SILVA.

Referendada em 10 de abril de 2013.

O Primeiro-Ministro, *Pedro Passos Coelho*.