

A EVOLUÇÃO DO REGIME JURÍDICO DA MEDIAÇÃO EM PORTUGAL: OS ANTECEDENTES NORMATIVOS DE MAIOR RELEVO ATÉ À LEI Nº 29/2013 DE 19 DE ABRIL(*)

LUÍSA MAGALHÃES

Assistente da Faculdade de Direito e Ciência Política da ULP

1.1 Noção geral e enquadramento da figura

1.1.1 A mediação como forma de solução de conflitos

O conflito é o foco da mediação.

Não quer isto dizer que ela não tenha de ir mais “atrás”, isto é, recuar às razões, necessidades ou interesses que fizeram estalar a desavença – como não raras vezes tem de o fazer, para assegurar a sua eficácia.

Ora, o conflito como tema intimamente ligado à integridade e, por conseguinte, ao equilíbrio do ser humano, tem sido estudado por várias ciências do conhecimento.

No que concerne, especialmente, às relações de contexto plural (ex.º, países, sociedades ou empresas) uns definem-no como “*uma situação de concorrência, em que as partes estão conscientes da incompatibilidade de futuras posições potenciais e na qual cada uma delas deseja ocupar uma posição incompatível com os desejos da outra*”, havendo também quem amplie esta definição à “*luta pelo poder que se manifesta na procura de todas as coisas*”, e ainda quem anote que é importante perceber que “*o conflito se pode revelar de duas maneiras: o conflito manifesto, que é aberto ou explícito, e o conflito oculto, que é implícito, oculto ou negado(...)*”¹, sendo da máxima importância conhecer e analisar este último para chegar ao conflito real.

155

(*) Este artigo acompanha de perto a nossa Dissertação de Mestrado em Ciências Jurídico-Forenses da FDULP, sob o tema *Mediação. Alguns aspectos no contexto da Lei nº 29/2013 de 19 de Abril. A mediabilidade dos litígios e a transacção.*

¹BOULDING, Kenneth, RUMMEL, e DEUTSCH, respectivamente, in Vezzulla, Juan Carlos, *Mediação-Teoria e Prática. Guia para Utilizadores e Profissionais*, Agora Publicações, Lda, Lisboa, (2001), p. 25 a 27.

Para além disto, atomisticamente, o ser humano, como indivíduo, é ele próprio sujeito de conflitos interpessoais, muitas vezes determinados por motivos ocultos por detrás do conflito explícito, circunstância deveras relevante no contexto da mediação.

E, as mais das vezes, o indivíduo bate-se e debate-se entre o “*querer, dever, ser e procurar ser aceite*”², num emaranhado de contradições sobre o que realmente pretende, assente num défice de comunicação, e até de errónea perspectiva do seu interesse. A sua permanente busca de equilíbrio, neste contexto, acarreta-lhe uma angústia enorme: o medo de perder esse (ilusório) equilíbrio que é, ainda assim, o seu porto de abrigo, a sua visão mais próxima de felicidade.

Ora, o conflito surge, assim, no íntimo do sujeito, como o agente susceptível de operar a perda desse suposto equilíbrio, o que agrava ainda mais as suas contradições internas e potencia, no confronto com outro ou outros indivíduos, igualmente alvo de idênticas circunstâncias, o extremar de posições mal esclarecidas, confusas, preconceituosas e quantas vezes bem afastadas dos seus reais interesses.

Assim, as posições, contraditórias, aparecem como irremediavelmente incompatíveis e aparentemente sem solução, pelo menos à vista.

E é aí que a mediação actuará positivamente, ajudando os sujeitos a perspectivar o conflito de outros ângulos, ressaltando os seus aspectos positivos, equacionando saídas possíveis, diminuindo a angústia que o sentimento de eventual perda havia instalado. Neste ponto, estarão criadas as condições para promover e fazer crescer a cooperação que veiculará as chances de resolução da questão.

Por outro lado, os conflitos surgem em qualquer contexto, em qualquer área da vida.

Ora, há áreas em que o figurino da mediação - estritamente confidencial e íntimo, promotor de um melhor relacionamento e equilíbrio emocional, a menor custo e possivelmente em tempo adequado aos interesses das partes, com um resultado que seja satisfatório para ambas – se revela tendencialmente adequado: é o caso do contexto familiar, em questões como o divórcio ou a separação, as divergências de entendimento quanto às responsabilidades parentais, conflitos familiares.

Será também o caso das questões de natureza ambiental, em que seja conveniente o restabelecimento da comunicação entre entidades públicas e associações, e é,

² VEZZULLA, Juan Carlos, obra citada, p. 28.

definitivamente, o caso das questões laborais, algumas do foro penal e, até, do domínio do mercado de capitais.

1.1.2 A definição de mediação encontrada no contexto português

A mediação apresenta-se como um processo estruturado.

Através dele as partes em litígio procuram alcançar, voluntariamente, embora assistidas por um mediador (terceiro neutro e qualificado, que não expressará formalmente uma opinião sobre as possíveis soluções), um acordo para a resolução do seu diferendo.

As partes são convidadas a dialogar e a evitar confrontos. Elas escolhem a técnica de resolução do litígio e devem esforçar-se activamente para encontrar a solução que mais lhes convenha.

Esta era, até meados de Abril de 2013, a noção mais completa de mediação, contida na Lei dos Julgados de Paz^{3 4}:

“A mediação é uma modalidade extrajudicial de resolução de litígios, de carácter privado, informal, confidencial, voluntário e natureza não contenciosa, em que as partes, com a sua participação activa e directa, são auxiliadas por um mediador a encontrar, por si próprias, uma solução negociada e amigável para o conflito que as opõe”⁵.

Hoje, como veremos adiante, por força da “Lei da Mediação”, Lei nº 29/2013 de 19 de Abril, a noção de mediação é mais enxuta- já que as características e o regime se

³ WILDE, Zulema D. e Luís M. GAIBROIS, *O que é a mediação*, Agora Publicações, 2003, p. 64, 65 e 44, apontam especificadamente à mediação as características de “confidencial”, “voluntária” e “flexível”, anotando-lhe inúmeras vantagens, decorrentes das ditas características, como o facto de ser amigável para as partes, decorrendo com o uso de linguagem simples, adaptável às circunstâncias e às pessoas, ocupada em preservar o relacionamento ao invés da sua destruição, capaz de produzir acordos criativos e até baseados no senso comum, sem retirar às partes o total controlo dos seus interesses ao longo de todo o processo, a custos comparativamente mais reduzidos do que os implicados no processo judicial e de forma mais rápida.

⁴ CHUMBINHO, João, *Julgados de Paz na Prática Processual Civil*, Lisboa, (2007), Quid Iuris, p. 69, afirma que a “definição só é válida(...) para a mediação realizada no Julgado de Paz mas cujo objecto não está abrangido na competência do Julgado de Paz (mediação extracompetência), visto que quando o objecto é abrangido pela competência deste Julgado, os acordos “não podem deixar de ter carácter judicial”. Em sentido contrário CARVALHO, Jorge Morais, “A Consagração Legal da Mediação em Portugal” in: *Julgar*, nº 15, (2011), Coimbra Editora, página 278

⁵ Artº 35º, nº 1 da Lei nº 78/2001 de 13/07, hoje revogado.

distribuem pelas normas da Lei - mas, básica e correspondentemente, conduzem a idêntico fim.

Diz hoje a Lei da Mediação, com carácter vinculativo geral, que se entende por “*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*”⁶.

1.2 Antecedentes históricos mais relevantes da figura em Portugal

A referência primordial à Lei dos Julgados de Paz tem a sua razão de ser. De facto, não foi a sua primeira experiência, mas a mediação deve muito do seu crescimento e implementação àqueles tribunais.

A primeira experiência surge em 1993, por via da criação do Instituto Português de Mediação Familiar, que, munido de uma equipa multidisciplinar de magistrados, juristas, psicólogos e terapeutas, e em conjunto com o Centro de Estudos Judiciários, organizam o primeiro curso de formação de mediadores familiares (1994/1995), introduzindo-se, assim, em Portugal, os princípios da mediação na área familiar.

Mais tarde, em 1997, uma nova parceria dá corpo à institucionalização da mediação familiar: o Ministério da Justiça e a Ordem dos Advogados criam o Gabinete de Mediação Familiar, a funcionar a título experimental em Lisboa, com a garantia de extrajudicialidade, voluntariedade, gratuidade, flexibilidade, confidencialidade e rapidez.

Abrangia os conflitos familiares entre progenitores com filhos menores em fase de divórcio ou separação, concretizando a sua acção em “*situações de conflito parental relativas à regulação do exercício do poder paternal, à alteração da regulação do exercício do poder paternal e aos incumprimentos do regime exercício do poder paternal para cujo conhecimento seja competente a comarca de Lisboa*”⁷.

⁶ Artº 2º alínea a) da já mencionada Lei da Mediação.

⁷ Despacho nº 12 368/97

Aquela intenção de protecção da família e dos interesses da criança reforça-se em 1999, com a Lei nº 133/99 de 28 de Agosto, que adita o artº 147º-D à OTM ^{8 9}.

Ainda em 1999, a Lei nº 166/99 de 14 de Setembro – Lei Tutelar Educativa – vem prever a possibilidade de recurso à mediação ¹⁰.

De seguida, no mesmo ano, o DL nº 146/99 de 04 de Maio vem regular a resolução extrajudicial de conflitos de consumo, criando os princípios e regras a que obedecerá a criação e o funcionamento de entidades privadas para a sua implementação.

E o DL nº 486/99 de 13 de Novembro – que aprova o Novo Código dos Valores Mobiliários – vem também regular a implementação de mecanismos de mediação de conflitos entre os investidores e as várias entidades intervenientes nos mercados de valores mobiliários ¹¹.

Mas a verdade é que, embora com alguma aplicabilidade, sobretudo no âmbito dos centros de arbitragem de conflitos de consumo ¹², no âmbito da Organização Tutelar de Menores, e até no contexto do Mercado de Valores Mobiliários, a mediação só veio a ser verdadeiramente desenvolvida com o ressurgimento e a dinamização dos julgados de paz, em 2001, momento a partir do qual ganhou expressão.

A Lei nº 78/2001 de 13 de Julho, já referida, que regula a competência, organização e funcionamento dos julgados de paz e a tramitação dos processos que se inserem na sua competência, prevê a figura da mediação como fase processual no seu âmbito – e mesmo para além dele, como veremos.

⁸ Lei nº 314/78 de 27 de Outubro, que aprovou a Organização Tutelar de Menores

⁹ A Lei nº 133/99 de 28/08 aditou ao DL nº 314/78 de 27/10 o artº 147º-D que precisamente se refere à possibilidade de o Juíz fazer intervir um serviço de mediação: “*em qualquer estado da causa e sempre que o entenda conveniente, designadamente em processo de regulação do exercício do poder paternal, oficiosamente, com o consentimento dos interessados, ou a requerimento destes, pode o juiz determinar a intervenção de serviços públicos ou privados de mediação. O juiz homologa o acordo obtido por via de mediação se este satisfizer o interesse do menor.*”

¹⁰ Lei nº 166/99 de 14/09, artº 42º, na versão que lhe foi dada pela Lei nº 4/2015 de 15/01 :”*para realização das finalidades do processo, e com os efeitos previstos na presente lei, a autoridade judiciária pode determinar a cooperação de entidades públicas ou privadas de mediação (nº 1); A mediação tem lugar por iniciativa da autoridade judiciária, do menor, seus pais, representante legal, pessoa que tenha a sua guarda de facto ou defensor (nº 2)*”

¹¹ DL nº 486/99 de 13/11, artº 33º e 34º, na versão dada pela Lei nº 15/2017 de 03/05.

¹² Quanto aos conflitos de consumo em geral, o DL nº 146/99 de 04 de Maio, como já referido, criara um sistema de registo voluntário de procedimentos de resolução extrajudicial de conflitos de consumo, incluindo aí serviços de mediação.

Já referimos que foi com esta Lei que veio a ser introduzida no nosso sistema jurídico uma definição de mediação.

Tal Lei veio a ser alterada pela Lei nº 54/2013 de 31 de Julho, a qual, no que concerne à mediação, adapta o regime à nova Lei da Mediação, Lei nº 29/2013 de 19 de Abril, deixando agora para esta a definição da figura, que, como vimos, passa a ser “*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.*”

Por via do Protocolo de 05 de Maio de 2006 celebrado entre o Ministério da Justiça e várias Confederações, foi criado o Sistema de Mediação Laboral (SML), que faculta a trabalhadores e empregadores o recurso à mediação laboral para a resolução dos seus litígios.

Trabalhador e empregador, voluntariamente e por via de decisão conjunta, ou então o juiz, nos termos previstos no Código de Processo Civil e desde que nenhuma das partes a tanto expressamente se oponha, podem submeter o litígio a mediação.

O SML, que actualmente funciona em todo o território nacional, é competente para, com excepção das matérias relativas a direitos indisponíveis, mediar litígios decorrentes do contrato individual de trabalho, nomeadamente, natureza jurídica do contrato de trabalho, rescisão do contrato de trabalho, procedimento disciplinar, pagamento de créditos decorrentes da cessação do contrato, férias, promoções, mudança de local de trabalho.

Já em 2007, continuando no caminho da consolidação da mediação familiar, foi criado o Sistema de Mediação Familiar ¹³, que funciona em todo o território nacional e é competente para mediar litígios no âmbito das relações de natureza familiar, nomeadamente nas seguintes matérias: regulação, alteração e incumprimento do regime do exercício do poder paternal, divórcio e separação de pessoas e bens, conversão da separação de pessoas e bens em divórcio, reconciliação dos cônjuges separados, atribuição e alteração de alimentos provisórios ou definitivos, privação do direito ao uso dos apelidos do outro cônjuge, autorização do uso dos apelidos do ex-cônjuge ou da casa de morada de família.

¹³ Despacho nº 18 778/2007 de 22 de Agosto

Também em 2007, surge o Sistema de Mediação Penal, agora por via da Lei nº 21/2007 de 12 de Junho ¹⁴. Ficou definida a sua competência para a mediação de crimes como ofensas à integridade física simples ou por negligência, ameaça, injúria, difamação, violação de domicílio, perturbação de vida privada, furto, abuso de confiança, dano, alteração de marcos, burla, burla para obtenção de alimentos, bebidas ou serviços, usura.

Para haver lugar a este tipo de mediação, a Lei 21/2007 pressupõe a existência de processo-crime, dependente de acusação particular ou crimes contra as pessoas ou o património cujo procedimento penal dependa de queixa, em que o tipo de crime preveja pena de prisão até 5 anos ou pena de multa; que o ofendido tenha idade igual ou superior a 16 anos; que não estejam em causa crimes contra a liberdade ou contra a autodeterminação sexual; que a forma de processo em causa não seja a forma de processo sumário ou a forma de processo sumaríssimo.

Por esta altura, é já reconhecida à mediação, com muito maior expressão, a habilidade técnica para resolver conflitos.

O aparecimento de sistemas públicos de mediação em áreas específicas como vimos acima, e até no âmbito do acesso ao direito e aos tribunais ¹⁵ trouxe ainda maior expressão à mediação.

Rapidamente começam a ser exigidos conhecimentos técnicos específicos para o desempenho da actividade, quer nos julgados de paz, quer nos sistemas públicos de mediação, e daí o múltiplo aparecimento de cursos de formação de mediadores, que ajudam a desenvolver, apurar e certificar a técnica da mediação.

Num passado mais recente, especialmente a partir de 2008, para além do reconhecimento da utilidade da mediação no domínio dos serviços públicos essenciais ¹⁶ e até a propósito da venda de bens de consumo ¹⁷ é dada à mediação ainda maior

¹⁴ Conforme a Decisão-Quadro nº 2001/220/JAI do Conselho da União Europeia, relativa ao estatuto da vítima em processo penal, que determina que os Estados-Membros se devem esforçar por promover a mediação, no âmbito de processos de natureza criminal.

¹⁵ A Lei nº 34/2004 de 29/06 incluiu a mediação como forma de protecção jurídica na modalidade de consulta jurídica. Ulteriormente, a Lei nº 47/2007 de 28/08, que alterou aquela Lei nº 34/2004, em conjunto com a Portaria nº 10/2008 de 03/01 (hoje na versão da actual Portaria nº 319/2011 de 30/12) associou a mediação ao apoio judiciário ao dizer que o apoio judiciário se aplica às estruturas de resolução alternativa de litígios, entre os quais a mediação.

¹⁶ Lei nº 23/96 de 26/07, na redacção da Lei nº 10/2013 de 28/01.

¹⁷ Ao DL nº 67/2003 de 08/04 foi aditada uma norma, o artº 5 –A, por via do DL nº 84/2008 de 21/05, que acabou por introduzir pela primeira vez no nosso sistema jurídico, através do seu nº 5, a possibilidade de o juiz, adentro de um processo judicial, vir a impor o recurso à mediação.

visibilidade, ao ser incluída em diplomas de grande difusão, como é o caso do Código Civil, e, mais à frente, o Código de Processo Civil – neste por inerência da Directiva 2008/52/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de que adiante se falará.

A Lei nº 61/2008 de 31/10 (Lei do Divórcio) altera o Código Civil, introduzindo a figura da mediação¹⁸.

E em 2009, conforme a Lei nº 7/2009 de 12 de Fevereiro (hoje na versão da actual Lei 28/2016 de 23/08), o Código do Trabalho veio prever a possibilidade de a conciliação poder ser transformada em mediação.

Ora, precisamente no referido ano de 2008, no contexto progressivo de reconhecimento das vantagens da mediação, o Parlamento Europeu e o Conselho da União Europeia aprovam a já mencionada Directiva 2008/52/CE relativa a certos aspectos da mediação em matéria civil e comercial.

Por via de tal Directiva, a União vem enaltecer as virtualidades e características da mediação na promoção efectiva da resolução de conflitos, também como forma de “*assegurar um melhor acesso à justiça, como parte da política da União Europeia para estabelecer um espaço de liberdade, de segurança e de justiça (...)*”¹⁹.

E é assim que, por via da Lei nº 29/2009 de 29 de Junho²⁰, vulgarmente conhecida, na altura, como Lei do Inventário(porque fundamentalmente regulava então o Regime Jurídico do Processo de Inventário) o Estado português entendeu- não sem inúmeras críticas como teremos a oportunidade de reflectir ulteriormente - dar cumprimento ao disposto no artº 12º daquela Directiva nº 2008/52/CE aprovada pelo Parlamento Europeu e pelo Conselho relativamente à mediação em matéria civil e comercial, transpondo-a assim para a ordem jurídica nacional.

Não obstante a via peculiar utilizada, diga-se, a verdade é que assim foi incluída a mediação, num diploma de amplíssima divulgação como o é o Código de Processo Civil.

É certo que, já antes, em Fevereiro do ano anterior, o DL nº 34/2008 (hoje na versão do DL nº 42/2016 de 28/12) viera dar nota, no âmbito do CPC, de implicações decorrentes

¹⁸ Artigo 1774º- Mediação Familiar: “*Antes do início do processo de divórcio, a conservatória do registo civil ou o tribunal devem informar os cônjuges sobre a existência e os objectivos dos serviços de mediação familiar.*”

¹⁹ Considerandos 3, 5, 6, 13, 16, 19, 23, da Directiva

²⁰ Alterada pelas Leis nº 1/2010 de 15/01 e 44/2010 de 03/09, e hoje, embora ressalvada a questão da mediação (artº 78º da Lei), revogada pela Lei nº 23/2013 de 05 de Março e ainda revogado o seu artº 85º (mediadores públicos) pela Lei nº 29/2013 de 19/04..

da não opção pela resolução alternativa de litígios no âmbito de uma eventual penalização em sede de custas de parte: aditou, assim, ao CPC então em vigor, o artº 447º-D, que hoje se mantém no Código de Processo Civil de 2013, nos nº 4 e 5 do seu artº 533º ²¹.

Voltando, ainda, à Lei nº 29/2009 de 29/06, que transpôs para a nossa ordem jurídica a Directiva, haviam sido introduzidos no CPC de então novos normativos sobre esta matéria:

- os artº 249º-A, 249º-B, 249º-C, hoje revogados por força da Lei da Mediação que passou a superintender à regulamentação respectiva;

- e o artº 279º-A, hoje também revogado, mas reconduzido, com as alterações conformes ao disposto na Lei da Mediação, ao artº 273º do Código em vigor desde 01 de Setembro de 2013.

A análise daqueles normativos incluídos no CPC que esteve em vigor até 31/08/2013, deixa-nos uma impressão de alguma incompletude: a mediação foi elevada à dignidade de figura consignada num diploma fulcral de direito português, quer na aplicação quer na divulgação, mas nenhum deles nos dava uma noção de mediação.

Só a Lei dos Julgados de Paz, como vimos acima, a partir de 2001, dava uma definição meticulosa de mediação, fazendo uma clara opção pela mediação “facilitadora” e fazendo ressaltar o papel primordial das partes quando referia que “(...) *as partes, com a sua participação activa e directa, são auxiliadas por um mediador a encontrar, por si próprias, uma solução negociada e amigável para o conflito que as opõe.*”

Naturalmente que, então, e convocado o auxílio da Directiva transposta e que esteve mediatamente na origem do aditamento dos artº 249º-A, 249º-B, 249º-C e 279º-A no CPC de então, encontrávamos – e continuamos a ter - uma noção de mediação que sempre seria integrável.

De facto, no seu artº 3º, a Directiva define mediação como “*um processo estruturado, independente da sua designação ou do modo como lhe é feita referência, através do qual, duas ou mais partes em litígio procuram voluntariamente alcançar um acordo sobre resolução do seu litígio com a assistência de um mediador. Este processo*”

²¹ Artº 533º, nº 4: “*O autor que, podendo recorrer a estruturas de resolução alternativa de litígios, opte pelo recurso ao processo judicial, suporta as suas custas de parte independentemente do resultado da acção, salvo quando a parte contrária tenha inviabilizado a utilização desse meio de resolução alternativa do litígio*”

pode ser iniciado pelas partes, sugerido ou ordenado por um tribunal ou imposto pelo direito de um Estado-Membro”.

É uma definição mais específica mas de sentido idêntico àquele que contemplava a Lei dos Julgados de Paz, ao tempo, onde a mediação ganhou espaço.

E assim se andou até Abril de 2013, como veremos.

Já em 2011, também, por via do Decreto-Lei nº 15/2011 de 25/01, que introduziu alterações ao Estatuto do Notariado e ao Estatuto da Ordem dos Notários, veio a ser permitido aos notários intervir em processos de mediação (artº 4º nº 2 alínea m) do Estatuto do Notariado) e à própria Ordem a possibilidade de constituição de centro de mediação e arbitragem (artº 3º nº 1 alínea r) do Estatuto da Ordem).

Em conclusão, portanto, a mediação, por natureza um meio extrajudicial de resolução de litígios, tem em Portugal um percurso fortemente marcado pela implementação dos julgados de paz, pelo crescimento e divulgação de sistemas de mediação pública em matérias específicas e, mais à frente, no contexto de matérias de natureza civil e comercial, pela sua elevação à dignidade de figura consagrada, sobretudo, no Código de Processo Civil.

Recentemente, autonomizou o seu estatuto por via da Lei nº 29/2013 de 19/04, a qual teremos a oportunidade de abordar especificadamente em reflexão ulterior, em alguns dos seus aspectos.

1.3 O binómio essencial: as Partes e o Mediador

Nas definições encontradas, quer no âmbito da Lei dos Julgados de Paz, quer na Directiva 2008/52/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, quer mesmo actualmente na individualizada Lei da Mediação criada pela Lei nº 29/2013 de 19 de Abril, é patente aquilo que verdadeiramente identifica a mediação: a amplitude do nível de intervenção das partes em conflito.

A mediação é o meio através do qual as partes, elas próprias, de livre vontade, esforçada e empenhadamente, procuram alcançar um acordo, pacificando o seu conflito²².

²² Fala, assim, a doutrina anglo-saxónica, de “empowerment” (Mariana França GOUVEIA, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, Almedina, 2015, p. 44, citando Henry Brown e Arthur Marriott, “ADR: principles and Practice”, 1999, p. 130)

Elas é que são a pedra angular da figura, os sujeitos da equação, não o mediador.

Assim, a definição da figura, em rigor, centra-se, em grande parte, no controlo da situação pelas partes.

Trata-se, portanto, de um processo dominado por elas, embora possam nem ter consciência disso. Mas a verdade é que, não só não são obrigadas a chegar a um entendimento como também, ao invés e por definição, o entendimento que venham a alcançar terá de brotar do seu íntimo.

1.3.1. A relação Partes/ Mediador: as Partes como Mediados e o papel do Mediador

Vimos já que, as mais das vezes, os grandes conflitos interpessoais (os que interessam directamente à mediação) surgem das condicionantes resultantes dos conflitos internos de cada um, daquele jogo ilusório, mas permanente, de busca e manutenção de um equilíbrio íntimo aparente, que mistura ser, dever ser, direitos, propriedades, aspirações, e tudo o mais que se possa imaginar, e que se crê ser posto em perigo pelo “outro.”

Dizemos “pelo outro,” além do mais porque, a dada altura do conflito, o problema é já altamente personalizado: o enfoque é colocado no oponente e desviado do verdadeiro problema. A mediação procurará desmontar esta carga pessoal negativa que transforma o conflito numa luta de inimigos e impede a comunicação que poderá conduzir à solução apaziguadora.

A este propósito, anota Juan Carlos Vezzulla²³, que “(...) *Da impossibilidade de separar as pessoas dos problemas que as confrontam, surge a organização judicial actual, onde é tão impossível os oponentes falarem do problema sem brigar, que precisam de um juiz para os manter separados e que imporá uma sentença à qual devem submeter-se, pela incapacidade de negociarem entre eles a melhor solução. Por outro lado, a cultura de confundir o problema com a pessoa criou a finalidade de ganhar, tal como numa guerra, com base na destruição do inimigo. O conceito de que se “ele ganha eu perco”, e vice-versa, impede a possibilidade da negociação directa, pois o interesse de um de ficar com tudo, deixa sempre o outro numa situação de perda total.*”

²³ Obra citada, p. 37.

É neste contexto, complexo, de elevada pressão para as partes, atenta a angústia e o medo instalados, que o mediador é, as mais das vezes - e no nosso sistema jurídico pretende-se que o seja seguramente - o “facilitador”²⁴, no sentido de que é aquele que ajuda a criar ou a restabelecer um nível de comunicação que permita às partes dialogarem entre si, encontrando elas próprias a solução que consideram adequada para pacificar o seu diferendo^{25 26}.

²⁴ Esta parece ser a modalidade de mediação acolhida pelo sistema português, tendo em conta as considerações supra, mas, a título de exemplo e como se vê na nota seguinte, há quem a veja como bem mais “interventiva”.

²⁵ BRITO, Paulo, “A mediação nos julgados de paz portugueses”, in *Lusíada*, Série II, nº 4-5(2007), Universidade Lusíada Editora, p. 275 e ss, a propósito do nível de intervenção do mediador, chama à atenção para o facto de, não raro, mediação e conciliação estarem muito próximas, como sucede no sistema norte-americano: “(...) Certo pragmatismo, por vezes habitual na concepção anglo-saxónica, encara a mediação como “fundamentalmente um processo de negociação assistida”, sendo, por conseguinte, importante a existência de uma estratégia de negociação por parte do mediador. A neutralidade deste não implica passividade, cabendo-lhe, ao invés, um papel activo, tendo em vista o alcance de soluções. Também nesse sentido apontam Wilde e Gaibrois quando escrevem “o mediador trabalha...no sentido de desenvolver todas as opções possíveis para solucionar o conflito, buscando acordos criativos para resolver o problema existente”. Parece, assim, esbater-se a diferença tradicionalmente apontada entre mediador e conciliador, segundo a qual aquele “tenta que as partes obtenham por si próprias e só por si próprias uma solução para a desavença que as opõe”, ao passo que competiria a este um papel mais activo, chegando a propor soluções para ultrapassar a contenda. É neste contexto que se compreendem as palavras de Richard A. Posner, Juiz Presidente do U. S. Court of Appeals for the Seventh Circuit e Professor da University of Chicago Law School que interveio como mediador em 1999 no processo Estados Unidos v. Microsoft Corp.; “uma das razões pela qual fui convidado para servir de mediador no caso Microsoft é que, enquanto juiz, partia-se do pressuposto que teria uma maior percepção dos possíveis resultados judiciais no processo do que as partes e os respectivos advogados”. Como é hoje vulgarmente aceite, pelo menos nos Estados Unidos, que o mediador pode fazer propostas de acordo, tem sido frequente, nesse país, o convite dirigido a juízes, reformados ou no activo, para servirem de mediadores em diversos processos. Reconhece-se, e reconhecem-no sobretudo as partes, que a experiência desses juízes, enquanto decisores de acções similares constitui uma mais valia fundamental (...). No fundo, a importância da mediação para as partes radica também na ajuda que poderá prestar para a escolha de uma melhor solução estratégica para a lide, decorrente de uma análise custo-benefício. Deste modo, é evidente que a intervenção de juízes, enquanto mediadores, em nada belisca as garantias das partes no âmbito da mediação, designadamente a confidencialidade, porquanto, nos termos da lei americana, esse juiz nunca será aquele a quem poderá ser atribuído o processo (...).”

²⁶ RISTIN, Gordana, “Are judges the best or the worst mediators?” in *Mediação e Criação de Consensos: os novos instrumentos de empoderamento do cidadão na União Europeia*, Mediarcom/Minerva Coimbra, (2009), pág. 47 (É interessante verificar como a República da Eslovénia desenvolveu a mediação, dentre outros meios de RAL, introduzindo a figura do Juiz-Mediador, que opera mesmo junto de tribunais de recurso): “In the Republic of Slovenia, i tis mediation that is chiefly developed among the types of alternative dispute resolution(...). It was introduced in Slovenia by judges, and is proceeding predominantly with court-annexed programs since 2001. Regulating this field are Alternative Dispute Resolution Law (adopted in 2009) and, Slovenia being a member of the EU, Directive 2008/52/EC of the European Parliament and of the Council(...) on certain aspects of mediation in civil and commercial matters, harmonized with slovenian law by Mediation in Civil and Commercial Matters Law. This way, mediations

A relevância ou interesse da figura do mediador reside precisamente aqui. Ele não é o dono do processo, bem pelo contrário.

Mas está tecnicamente preparado para conduzir o processo de mediação, fazendo a desejável “ponte” entre as partes. O que lhe exige uma elevada dose de flexibilidade ²⁷, consoante o tipo de litígio que tem pela frente ²⁸.

Descortinar o que está latente no conflito, os reais interesses das entidades em confronto, é crucial para o êxito da mediação. Para isso, como bem observam Zulema D. Wilde e Luis M. Gaibrois ²⁹, há que separar os interesses e as posições.

O mediador é uma entidade nova para as partes no contexto da discórdia, uma entidade isenta e desapaixonada, cujo contributo se centra, não no âmago da discórdia ³⁰ - trabalhar essa questão é tarefa das partes - mas em manter as partes comunicantes e centradas no seu objectivo: se possível, um entendimento, convicto e duradouro, quanto ao problema real que as divide ³¹.

Daqui resulta, também, uma outra evidência: a de que a mediação é muito útil nos casos em que os mediados compreendem e desejam uma solução que preserve, e até melhore, o seu relacionamento actual e futuro.

became na eficiente type of alternative dispute resolutions in court. Since 2009, there is na ADR Division at the Appeal Court of Ljubljana, which means this court gives special credit to ADR.”

²⁷ Em perfeita consonância com a própria definição de mediação “flexível”.

²⁸ PARKINSON, Lisa, in *Mediação Familiar*, Del Rey Livraria, 2015, pp. 258 a 260, diz que o mediador, especialmente em mediação familiar, tem de ser tão flexível que tem de desempenhar papéis múltiplos como o catalisador, o gestor, o árbitro, o facilitador, o intérprete, o informador, a ponte para novas estruturas familiares, o ensaiador da realidade, o orquestrador, o sintetizador, o malabarista., ao ponto de já alguém o ter comparado a um “embusteiro folclórico”.

²⁹ Obra citada, página 57: “(...)A tarefa essencial do mediador no processo de mediação consiste em obter a separação entre os interesses e as posições, uma vez que as negociações devem ser iniciadas com base nos primeiros, deixando momentaneamente de lado as segundas. Os interesses constituem tudo o que a parte deseja obter ou impedir que aconteça. Em direito processual, afirma-se, com a força de um princípio, que o interesse é a medida da acção. As posições, por sua vez, são as trincheiras erguidas pelas partes para sobreviverem ao litígio. E embora seja possível negociar a partir de posições, essa estratégia é perigosa para o êxito da missão, não sendo, portanto, recomendável.”

³⁰ Em linguagem processual tradicional falaríamos em “mérito da causa”.

³¹ Ainda, WILDE, Zulema D. e Luis M. GAIBROIS, obra citada, p. 67: “o papel do mediador(...) consiste, pois, em utilizar técnicas de escuta, compreensão da linguagem não verbal, interrogação, negociação e criação de oportunidades, ajudando as partes a conseguir a sua própria solução. O mediador procura estabelecer uma relação para facilitar o processo, tendo em mente que o conflito tem um ciclo de evolução. Intervém como um agente catalisador; é a sua capacidade especial que, actuando sobre as partes, as ajuda a resolver o conflito.”

Trata-se de um investimento de longo prazo. O que implica, naturalmente, que as partes, colocadas em pé de igualdade, de forma confidencial ³² e cordata, decidam em função dos interesses de ambos.

Do que acima ficou dito, e para fechar o leque de considerações em torno de uma definição do conceito de mediação, poderá dizer-se que esta assenta em duas premissas fundamentais: à partida, a de que as partes têm o domínio do processo quanto ao seu conteúdo ³³, chegando, se for o caso, a um entendimento que é o resultado do seu esforço pessoal, intimamente assumido, de alcançar a solução ³⁴.

E, inevitavelmente decorrente da premissa anterior, a de que a mediação opera ao nível dos interesses das partes e não tanto, ou pelo menos não em 1ª linha, ao nível da aplicação da normatividade estrita.

De facto, o objectivo da mediação desvia-se daquilo que se visa alcançar no classicismo dos tribunais comuns. No domínio da jurisdição contenciosa, e mesmo no domínio da voluntária as mais das vezes, o juiz aplica o direito ao caso concreto, isto é, verifica se os factos essenciais à boa decisão da causa, trazidos a juízo e tidos por provados, encaixam na hipótese normativa susceptível de regular a causa ³⁵.

Nisto consiste, basicamente e sem entrar em especificidades, o acto de decidir e, por conseguinte, a realização da justiça. Da justiça que é possível fazer-se.

Ora, não é este o campo de acção da mediação nem o seu objectivo, insiste-se.

Numa visão deveras expressiva (aliás, como que devolvendo a imagem reflectida no mesmo espelho, na linha de raciocínio de Juan Carlos Vezzulla, nota supra) diz Mariana França Gouveia a este propósito ³⁶, “ (...) a mediação dá preferência à pacificação social, isto é, tem como objectivo sanar o problema, restabelecendo a paz

³² CAMPOS, Joana, “O princípio da confidencialidade na mediação”, in *Scientia Iurídica*, Revista de Direito Comparado Brasileiro e Português, nº 318, Abril/Junho, (2009), Tomo 58, p. 311-333, p. 320 e ss, distingue o alcance do princípio da confidencialidade consoante se esteja perante mediação privada ou não: defende que, naquela, constitui uma obrigação meramente contratual.

³³ E mesmo quanto à própria instância do processo, pois nada as obriga a permanecer em mediação (entre outros, artº 4º da Lei da Mediação)

³⁴ VEZZULLA, Juan Carlos, na Compilação de Depoimentos sob o título “Conferência- Meios Alternativos de Resolução de Litígios”, *Ministério da Justiça, Direcção Geral da Administração Extrajudicial e Fundação Calouste Gulbenkian*, Almedina (2001), p. 83 e ss faz sentir o carácter cooperativo da mediação: “(...) Isto é uma grande ruptura de águas ou diferenciação com o judiciário adversarial. A mediação é de outra natureza, é de uma natureza cooperativa e de uma natureza onde fundamentalmente deve existir a capacidade das pessoas de assumir as próprias responsabilidades dos seus problemas(...)”

³⁵ Reportemo-nos, por exemplo, ao actual artº 607º nº 3 e 4 do CPC

³⁶ Obra citada, p. 44 e 45.

social entre os litigantes. Este fim sobrepõe-se inteiramente à questão do direito. Não importa saber quem tem razão, mas antes procurar resolver os problemas subjacentes ao aparecimento do litígio. Trata-se, portanto, de um método de resolução de litígios assente nos interesses e não nos direitos.(...) é necessário averiguar os interesses, afastando, se necessário, as posições. É usual utilizar-se a imagem do iceberg como metáfora do litígio: as posições estão na ponta visível deste e os interesses na base, submersos. Num conflito, as pessoas extremam as suas posições, deixando submersos os seus verdadeiros interesses e necessidades. Porquê aquela pretensão? E para satisfazer que necessidades? A mediação não se restringe ao objecto do processo, determinado pelas pretensões, mas vai mais fundo, ao verdadeiro conflito. É ao fundo, à base, que a mediação pretende chegar, porque só a composição dos interesses permitirá a duração do acordo e a manutenção do entendimento entre os litigantes. O resultado da mediação é, por isto, de vitória para ambas as partes, de ganha-ganha, nunca havendo um vencedor e um vencido.”

Em resumo, portanto, o papel do mediador é, fundamentalmente, o de abrir e manter operativos os canais de comunicação entre as partes mediadas, ajudando-as a ultrapassar a angústia e os medos que as fizeram desfocar o cerne do problema para a litigiosidade pessoalizada, por forma a, assim, elas próprias descobrirem ou identificarem a verdadeira questão ou interesses em jogo e, conjuntamente, chegarem a uma solução genuinamente comprometida.

O mediador, de facto, conduz o processo, mas o conteúdo do litígio pertence às partes. Não lhe é permitido negociar ou aconselhar qualquer das partes, ou mesmo ambas, sendo-lhe expressamente proibido impor qualquer solução ³⁷.

Em bom rigor, dada a amplitude de situações com que tem de lidar e a inevitável flexibilidade que tem de colocar na sua acção, não será possível definir com exactidão o que é um mediador ³⁸.

A doutrina denomina-o, genericamente, de “terceiro imparcial” ³⁹, obviamente não com o alcance com que a expressão é usada, quanto ao posicionamento do juiz, no âmbito

³⁷ Artº 2º alínea b) e 6º da Lei da Mediação.

³⁸ WILDE, Zulema D. e Luis M. GAIBROIS, obra citada, p. 67 e 68, chamam à atenção para a existência, nos EUA, de uma “terceira classe de mediação”, a chamada “intervenção emergente, na qual participa um não especialista, interessado na resolução do conflito. Este terceiro teve uma relação prévia com as partes e possui um interesse real no resultado (exº pai, gerente, etc) “

³⁹ GOUVEIA, Mariana França, obra citada, p. 48.

do direito processual civil ⁴⁰, mas no sentido já acima debatido de facilitador, de agente de comunicação e de condutor da própria criatividade das partes na sua busca da solução.

1.4 A integração da mediação no sistema jurídico

1.4.1 Mediação obrigatória e facultativa

Referimos já que a integração da figura no sistema jurídico pode ocorrer ora pela via obrigatória, impositiva, ora pela via facultativa.

Em Portugal, a mediação é de natureza facultativa – o que, diga-se, alinha com a vertente “facilitadora” da mediação que o sistema jurídico português quis privilegiar e que, aliás, já vinha acolhendo como prática, ainda antes da transposição da Directiva 2008/52/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 21/05/2008, relativa a certos aspectos da mediação em matéria civil e comercial.

Facto é que, a referida Directiva também não impôs qualquer regime para a integração da mediação, como se vê do seu artº 5º, mantendo-se à margem desta questão.

É assim que, entre nós, a mediação, que segue a via facultativa como se referiu ⁴¹, tanto pode operar judicialmente – desde logo junto dos julgados de paz ⁴², ou então ao alcance das normas que a regulam junto dos tribunais tradicionais do Estado ⁴³ - como

170

No mesmo sentido, Juan Carlos VEZZULLA, obra citada, p. 43 e 44: “ (...) o mediador não é um juiz, porque não impõe um veredicto, (...) também não é um negociador que toma parte na negociação, com interesse directo nos resultados. Para o mediador, o importante é que os mediados descubram os seus verdadeiros interesses e consigam manter um mínimo de relacionamento para falarem sobre eles. Dependerá dos participantes a conclusão da mediação por um acordo ou não. Também não é um árbitro que emite um parecer ou uma decisão(..). Resumindo, o mediador é um terceiro neutral. Conduz, sem decidir. É neutral em tudo quanto dele se espera, em termos de intervenção na decisão.(...)”

⁴⁰ Onde, desde logo, o juiz está investido de um poder de natureza pública.

⁴¹ Embora sejam de anotar as normas ou regras que, de algum modo, condicionam ou poderão condicionar a livre escolha, sancionando o não recurso à mediação, ou mesmo a outros meios ditos alternativos, como é o caso do actual artº 533º nº 4 CPC (anteriormente já em vigor desde 2008, por via do artº 447º-D) quanto a custas de parte.

Além disso, nos termos do artº 273º nº 1 CPC (e já antes no antigo artº 279º-A do CPC), a regra da voluntariedade é “enviesada”: o juiz pode remeter o processo para mediação, se o entender conveniente, mas as partes podem opor-se. Nesse caso a remessa não operará.

⁴² JÚDICE, José Miguel, “Arbitragem e Mediação: Separados á Nascimento?”, in *Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação*, (2008), Almedina, páginas 61 a 74, defende que a arbitragem e a mediação, enquanto meios alternativos aos tribunais judiciais, são também meio alternativos entre si, não podendo o árbitro agir como mediador.

⁴³ Artº 273º do CPC.

extrajudicialmente, designadamente através dos sistemas públicos (ou privados) de mediação.

Quanto à mediação em tribunal, ela pode ocorrer previamente à instauração da acção respectiva ou então verificar-se a sua oportunidade quando a acção já decorre – neste caso dar-se-á a suspensão desta (artº 273º nº 1, 2 e 3 CPC).

Conforme já atrás o referimos, em Portugal a mediação, dita “facilitadora”, foi deveras impulsionada com o reinvestimento ⁴⁴ feito pelo legislador português na figura dos julgados de paz.

A Lei dos Julgados de Paz, Lei nº 78/2001 de 13/07 alterada pela Lei nº 54/2013 de 31/07, continua a consagrar a mediação como um serviço do próprio julgado de paz – artº 16º da Lei - e nos seus artº 49º e seguintes, institui a mediação como uma fase por que o processo poderá passar - aliás, por que é desejável que passe. Sempre voluntariamente e sem constrangimentos ⁴⁵.

Tudo começa com a pré-mediação, e, se as partes estiverem motivadas para tanto, seguir-se-á a concreta mediação.

Mas, se o cenário que hoje temos é este, no âmbito da opção voluntária pela mediação, tal não significa que a situação se mantenha.

Sopram os ventos de mudança, sobretudo na perspectiva ambivalente da complexa questão da desjudicialização / judicialização e informalização da justiça ⁴⁶, que paulatinamente se vai reformulando.

A tendência poderia ser para, mais do que persuadir, vir, um dia, a impor-se o recurso à mediação.

Isto é, torná-la obrigatória, como já o é nalguns sistemas jurídicos ⁴⁷.

Mas tal não é assim tão óbvio.

⁴⁴ Como vimos atrás, por via da resenha histórica de J. O. Cardona Ferreira, a figura não é uma novidade.

⁴⁵ Como, aliás, na mediação familiar (artº2º e 6º SMF?) ou na mediação penal (artº3º nº 5)

⁴⁶ Ver a opinião de TORRES, Agostinho Sousa, na qualidade de Juíz Desembargador do Tribunal da Relação de Coimbra à data de 2003, in”Interrogações à Justiça”- Livro promovido pelo *Movimento Justiça e Democracia*, Edições Tenacitas, (2003).

⁴⁷ Como é o caso da Alemanha, nalguns Estados (ver SILVA, Paula Costa e, *A Nova Face da Justiça – Os Meios Extrajudiciais de Resolução de Controvérsias*, Lisboa, Coimbra Editora, 2009, , pag. 50 e seguintes e também 45, nota 58) e também da Argentina, onde a mediação preliminar a qualquer processo judicial é , salvo algumas excepções, obrigatória (ver ZULEMA D. Wilde e Luis M. GAIBROIS, obra citada, p. 92 e seguintes).

Desde logo, há doutrina que intui que a implantação geral da mediação como obrigatória, não seria bem aceite, pelo menos na actualidade, sendo preferível ir mantendo regimes intermédios, facultativos ⁴⁸ ou mesmo “induzidos” ⁴⁹.

Efectivamente, as opiniões dividem-se, desde logo pela dificuldade de coadunar o carácter obrigatório da mediação com a natureza intrinsecamente dependente da disposição da própria parte para ser mediada.

De facto, para que a mediação seja um sucesso – isto é, para que seja alcançado um acordo, é sobremaneira relevante, senão mesmo imprescindível, que a parte se sinta fortemente envolvida, que acredite na utilidade do meio, que se empenhe nele convictamente.

Tal será, por princípio, conatural à mediação quando ela é facultativa, mas poderá já não o ser quando é imposta.

Daí que haja quem entenda, como Paula Costa e Silva, que a mediação de carácter obrigatório - e também a que resulta de persuasão ou indução, quando existem, são “*uma fatalidade transitória*”, “*meras etapas num processo de descoberta, pelo cidadão, que o conflito se resolve pelo diálogo, a abertura, a cedência*” ⁵⁰.

O carácter obrigatório não parece, pois, a vocação ou o destino da mediação.

Por outro lado, também é importante saber se a adopção da mediação de tipo obrigatório seria compatível com a reserva do direito de acesso à justiça (artº 20º da CRP), também consignado no artº 47º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia ⁵¹.

⁴⁸ GOUVEIA, Mariana França obra citada, p. 58.

⁴⁹ Na expressão de SILVA, Paula Costa e, obra citada, pag. 46, quando se refere a algumas “condições” impostas pelo legislador para a obtenção de benefícios correlativos (exº custas).

⁵⁰ Obra citada, p. 46, onde explicita que “(...) *a curto ou médio prazo, todos terão interiorizado as vantagens de uma justiça feita à margem dos actos de heteronomia. Recorrerão espontaneamente, a centros de resolução de conflitos não judiciais. A função jurisdicional tornar-se-á de exercício marginal. Será o tempo de uma sociedade de tal modo madura e adulta que poderão, então, suprimir-se, mediação obrigatória e mediação induzida. E, nesse momento, quando já nada obrigar ou determinar as partes em conflito a recorrerem à mediação, elas poderão finalmente afirmar que recorrem a este sistema voluntariamente. Até lá, afirmar que a mediação assenta em actos de livre vontade é pura retórica. O recurso à mediação ou a qualquer outro meio só é verdadeiramente livre se a parte não for condicionada nesse recurso.*”

⁵¹ Consultada em 28-08-2013 em <http://eur-lex.europa.eu/pt/treaties/dat/32007X1214/htm/C2007303PT.01000101.htm>

Precisamente, a experiência que se conhece do sistema alemão, nos Estados em que foi adoptada a regra da mediação obrigatória, funda-se em razões de ordem pragmática como a promoção da paz social e o controle dos custos da justiça tradicional para a encarar como um pressuposto processual do exercício do direito de acção.

Isto é, trata-se de agarrar a mediação para, através dela, reduzir o número de processos nos tribunais, o que ajudará à diminuição da afectação de recursos necessários ao desempenho da função jurisdicional.

Desta forma, a mediação assume a qualidade de mediação “*pré-processual*”⁵² obrigatória e, enquanto tal, como pressuposto processual, se não concretizada, constituirá um vício de natureza processual que impede a prossecução da acção enquanto a mediação não for levada a efeito⁵³.

Assim, suspensa a instância, tudo indica que, na lógica do princípio aparentemente subjacente no sistema alemão (transparência e pacificação social), haverá que remeter as partes para a mediação⁵⁴, a fim de sanar o vício – tal é, também, o regime regra que vai sendo comumente aceite de valorização do mérito sobre a forma.

Sucedo, porém que, na prática jurisdicional alemã, nos Estados que impõem a mediação obrigatória previamente à instauração da acção judicial, já há jurisprudência que entendeu que, afinal, não tendo sido cumprida esta condição prévia, também não será possível saná-la, reconduzindo a mediação na pendência da própria acção⁵⁵.

Desta feita, a instância terá de extinguir-se.

⁵² Para usar a denominação de SILVA, Paula Costa e in obra citada, p. 51

⁵³ Trata-se, em linguagem de direito processual civil, de uma condição de admissibilidade da acção.

⁵⁴ De notar que, o nosso legislador consagrou, no artº 273º nº 1 do CPC, a possibilidade de o juiz, se o entender adequado, remeter as partes para a mediação, suspendendo a instância pelo tempo respectivo, mas trata-se de uma medida de carácter eventual no contexto do desenrolar do litígio, não é nenhuma condição *sine qua non* da prossecução da acção.

⁵⁵ SILVA, Paula Costa e, in obra citada, p. 54 e seguintes, teve a oportunidade de estudar exaustivamente esta decisão do BGH de 23/11/2004, para concluir que, o que relevou no entendimento fixado de manter a decisão de extinção da instância por ausência do pressuposto processual foi, conforme afirmação expressa do tribunal de recurso, que, “*o que está em causa, no novo pressuposto, é a descompressão dos tribunais*”. Donde conclui a autora que, ao decidir como decidiu, o tribunal quis “*modelar condutas*”, quis prosseguir o objectivo estratégico e pedagógico de fazer as partes entender que a mediação pré-processual é mesmo obrigatória e que o desfecho da sua falta será mesmo a extinção da instância.

Conclui, portanto, que, no sistema alemão, o objectivo da mediação prévia é tão só o de *afastar a litigiosidade potencial dos tribunais* e nem tanto as apregoadas razões de transparência e pacificação social: se assim fora, não haveria razão para não admitir o procedimento de mediação “*qualquer que fosse o tempo processual em que ocorresse*”.

Trata-se de uma tomada de posição algo surpreendente, contrária a todos os princípios acima expostos, e que traduz uma motivação diversa, unicamente preocupada, parece, com o objectivo de libertar os tribunais.

E que, afinal, parece subverter o propósito, o impulso natural da resolução autónoma de conflitos: o fluído da composição autónoma é sempre de índole positiva, mas muito susceptível.

Criar obstáculos às pessoas neste âmbito, é desmotivá-las de correrem atrás do entendimento – de se encontrarem num determinado ponto, enfim.

Para além destas questões, fica em aberto uma outra, que é essencial: é constitucionalmente admissível que o legislador alemão imponha aos seus cidadãos, como condição prévia de acesso ao seu direito de acção nos tribunais do Estado, o recurso à mediação prévia?

A questão não é susceptível de uma resposta linear.

É facto que, semelhante situação impede o interessado de aceder de imediato ao tribunal para dele obter uma solução ditada sobre o seu caso.

Contudo, tem-se entendido que, o direito inalienável de acesso à Justiça, salvaguardado constitucionalmente em cada ordem jurídica e na Convenção Europeia dos Direitos do Homem⁵⁶, não é incompatível com algumas limitações ou constrangimentos.

Desde que tais limitações não prejudiquem substancialmente o exercício de tal direito e haja fundadas razões para que sejam implementadas, não parece que tal venha a colidir com aquele princípio constitucional⁵⁷.

Pode, até, estar em jogo um afinamento do exercício de tal direito.

De notar que, tem sido precisamente esse o entendimento nos tribunais dos Estados Unidos da América do Norte, quanto a esta problemática da mediação obrigatória⁵⁸.

Desde que, com o estabelecimento da obrigatoriedade da mediação, não se criem obstáculos excessivos no acesso aos tribunais (nomeadamente enviesando condições de acesso, custos, subvertendo requisitos considerados essenciais), entende-se que está

⁵⁶ Artº 6º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, consultada em 28-08-2013 em <http://www.ie.uminho.pt/Uploads/NEDH/conven%C3%A7%C3%A3o%20para%20a%20proteccao%20do%20homem%20e%20das%20liberdades%20fundamentais.pdf>

⁵⁷ SILVA, Paula Costa e, obra citada, p. 71

⁵⁸ GOUVEIA, Mariana França, obra citada, p. 55

assegurada a compatibilidade de fundo e, por conseguinte, a constitucionalidade da medida.

Em sentido diverso, e, além disso, em clara oposição à decisão do BGH de 23/11/2004 acima referida, uma decisão inglesa ⁵⁹:

em 2004, a Civil Division do Court of Appeal da Supreme Court of Judicature, no caso conhecido como “Halsey”, entendeu constituir uma inaceitável restrição ao direito de acesso à Justiça impor à parte a mediação.

Nem sequer se trata de mediação obrigatória - inexistente no sistema inglês. A problemática insere-se numa condenação em custas pelo facto de a parte se ter recusado a entrar em mediação.

Ora, o Supreme Court of Judicature entendeu que, impor a mediação traduz uma violação do artº 6º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos, impedindo precisamente a realização do direito de acesso à Justiça.

1.4.2 A mediação no sistema português

175

No entretanto, entre nós, como apontamos acima, vai avançando maioritariamente a institucionalização da mediação de tipo facultativo: a mediação é um instrumento voluntário em todo o seu alcance. As partes socorrem-se dela ou não, mantêm-na ou não, finalizam-na ou não.

É o que decorre de normas como as constantes, entre outros, dos artº 2º alínea a), 4º, 19º alínea b) da actual Lei da Mediação (Lei nº 29/2013 de 19 de Abril), e artº 16º, 49º, 50º, 51º, 55º da actual Lei dos Julgados de Paz (Lei nº 54/2013 de 31 de Julho).

Na opinião dos autores consultados, não parece que o sistema português caminhe, pelo menos nos tempos mais próximos, no sentido do estabelecimento da mediação como obrigatória.

Nem se crê que um tal sistema, afinal, seja o mais adequado, mesmo de um ponto de vista pedagógico. Chamar o cidadão à força para a causa da mediação, precisamente porque se trata de uma causa que depende, em larga medida, de uma assumpção íntima e convicta do interessado a quem vai dirigida, poderá ser até uma forma de lhe minimizar

⁵⁹ SILVA, Paula Costa e, obra citada, p. 59 e s.

a eficácia, pois correr-se-á o risco de ver o cidadão a considerá-la apenas como mais uma etapa formal, um passo processual ou não, por que terá de passar para chegar a uma decisão para aplacar o conflito em que está envolvido através do esforço de um terceiro que não ele próprio.

De todos os modos, e conforme o acima referido e resultante, quer da doutrina (ver notas supra) ⁶⁰ quer da jurisprudência emblemática maioritária, entende-se que, desde que salvaguardado o núcleo essencial do direito de acesso à justiça, não haverá motivo para considerar inconstitucional a mediação obrigatória.

Tudo dependerá, pois, dos níveis de constrangimento que, para atingir tal objectivo, sejam impostos ao cidadão.

De facto, educar para a cidadania – e a adopção de formas alternativas e adequadas de resolução de conflitos por via diversa da heterónoma tradicional, que impliquem o envolvimento responsável e responsabilizante do cidadão, também é uma forma de o alcançar – também implica alguma relativização, ou reponderação, de direitos tidos por absolutos, precisamente como forma de, ao invés de dificultar a concretização do direito de acesso aos tribunais, antes “*aproximar a Justiça ao cidadão*” ⁶¹.

1.4.3 Sistemas públicos de mediação

Conforme já atrás referimos, os meios de resolução alternativa de litígios, em Portugal, tem-se desenvolvido progressivamente.

As questões relacionadas com o consumo e o *status* do consumidor, por um lado, cedo provocaram a dinamização de centros de arbitragem de consumo e de informação

⁶⁰ No mesmo sentido, também, GOUVEIA, Mariana França obra citada, pag. 56: “(...)o que se pretende é proibir o Estado de impedir o exercício dos direitos pelos cidadãos. Ou seja, se o Estado impedir que uma pessoa exerça em tribunal o seu direito, estará a esvaziá-lo de conteúdo útil. Só deve, assim, falar-se de restrições inconstitucionais ao direito de acesso à justiça quando essa restrição impeça efectivamente o exercício do direito.

Ora, não é de todo isto que está em causa quando se institui a obrigatoriedade da mediação(...)”

⁶¹ SILVA, Paula Costa e, p. 57, onde, em concretização, pormenoriza: “É claro que esses sistemas, como se ponderou já no sistema jurídico norte americano, têm de cumprir alguns requisitos ao nível das garantias dos particulares, como um prazo máximo relativamente curto, custos razoáveis, imparcialidade e independência do mediador e protecção do conteúdo das sessões através de confidencialidade. São garantias amplas de um processo de mediação justo, pressuposto de que um procedimento deste género imposto ao utente da justiça se integra precisamente no direito de acesso à justiça.”

autárquica ao consumidor, marcando decisivamente o advento da arbitragem de conflitos nesta área.

Nestes centros de arbitragem sempre se fêz mediação. Inicialmente com pouca expressão mas, curiosamente, e por via da problemática do sobreendividamento, que constitui uma das grandes preocupações da União Europeia, a mediação, ligada a estes centros de arbitragem, beneficiou de apuramento e incremento, chegando mesmo a ser obrigatória, funcionando como “*uma condição indispensável ao acesso à via judicial, na medida em que só é admissível o recurso ao tribunal quando o acordo voluntário não foi alcançado*”⁶².

Vimos também que, paralelamente, a mediação ganhou visibilidade com a Lei nº 78/2001 de 13/07, implementadora da figura dos Julgados de Paz. Nessa instância, como sabemos, o conflito pode ser resolvido por via de mediação, de conciliação ou de julgamento.

Precisamente, com o advento destes Julgados, a mediação, pela relevância da sua imediata e directa intervenção sobre o conflito, teve de se consolidar tecnicamente.

É assim que vieram proliferando os cursos de formação de mediadores, até porque, para o exercício de tal função nos Julgados de Paz e nos sistemas públicos, é exigida essa formação certificada.

Ora, a par da mediação prosseguida nos Julgados de Paz, o legislador português tem procurado dar acolhimento a sistemas públicos específicos de mediação.

Tais sistemas têm o seu regime jurídico repartido entre a Lei da Mediação (artº 30º e seguintes) e os diplomas que os criaram e vêm regulando (artº 47º da Lei).

Num relance sobre os sistemas públicos em acção em Portugal, e sem esquecer o já referido acima a propósito do sobreendividamento no âmbito do consumo, vão também fazendo o seu percurso os serviços de mediação familiar, laboral e penal.

A primeira começou por ser levada a efeito num Gabinete de Mediação Familiar criado em 1997 na comarca de Lisboa, única e exclusivamente vocacionado para resolver

⁶² Observatório do Endividamento dos Consumidores, “*A resolução alternativa de litígios aplicada ao sobreendividamento dos consumidores: virtualidades da mediação*”, p. 46, consultado em www.ces.uc.pt, onde também se refere que “(...) Vários regimes europeus (por exemplo, francês, belga, holandês, alemão, austríaco, finlandês, sueco e norueguês) partilham deste entendimento que subjaz à filosofia da reeducação, impondo aos sobreendividados o cumprimento de um plano escalonado de pagamentos amigável (...). Durante a fase extrajudicial, onde se verifica a tentativa de mediação, o devedor pode contar com a colaboração e auxílio de especialistas(...)”

conflitos relativos ao exercício do poder paternal, hoje designado “responsabilidade parental”.

Rapidamente a mediação familiar, através do Sistema de Mediação Familiar criado dez anos depois, em 2007, alargou o seu âmbito, precisamente, à dimensão alargada dos conflitos de natureza familiar considerados susceptíveis de serem resolvidos por esta via ⁶³, em todo o território nacional, através dos municípios.

E pode ocorrer antes de qualquer processo judicial ou mesmo na pendência deste.

Em 2006, havia já surgido, também, por iniciativa do Ministério da Justiça e em articulação protocolada com várias Confederações de trabalhadores e entidades patronais, o Sistema de Mediação Laboral, dirigida à resolução de conflitos resultantes da relação de trabalho, excluídos aqueles que resultem de acidentes de trabalho ou, ainda, se prendam com questões relativas a direitos de natureza indisponível.

É um sistema que funciona aparte dos tribunais e por via da gestão directa do Gabinete de Resolução Alternativa de Litígios do Ministério da Justiça, mediante intervenção de mediador indicado por aquele Gabinete.

Envolta em alguma polémica no que toca à sua missão e finalidades, surge, também em 2007, a mediação penal ⁶⁴. Com objecto limitado a alguns tipos de crime ⁶⁵ o objectivo deste tipo de mediação foi o de introduzir no nosso sistema jurídico formas de executar a Decisão -Quadro nº 2001/220/JAI do Conselho, de 15 de Março, relativa ao estatuto da vítima em processo penal.

Veremos adiante, mais em pormenor, o alcance do objecto dos sistemas públicos de mediação na implementação da figura da mediação.

2. Aspectos evolutivos do regime jurídico da mediação em Portugal

⁶³ SILVA, Paula Costa e, obra citada, p. 61 e Lei da Mediação : regulação, alteração e incumprimento das responsabilidades parentais, divórcio e separação de pessoas e bens, conversão da separação de pessoas e bens em divórcio, reconciliação dos cônjuges separados, atribuição e alteração de alimentos, provisórios ou definitivos, atribuição de casa de morada de família, privação do direito ao uso dos apelidos do outro cônjuge e autorização do uso dos apelidos do ex-cônjuge.

⁶⁴ Lei nº 21/2007 de 12 de Junho.

⁶⁵ Artº 2º da Lei nº 21/2007 de 12/06

No vertiginoso processo de transformação em que o Direito e todo o sistema jurídico se encontram, a mediação, como vimos constatando, apresenta-se como um processo informal de regulação de conflitos.

Trata-se, contudo, de uma informalidade conformada, não apenas pelas relativas regras e etapas em que o procedimento se desenvolve consoante o tipo de conflito em presença, mas também pelos princípios básicos que, além daquela informalidade feita descontracção, a sustentam: a confidencialidade e a neutralidade.

Todos estes princípios concorrem para a busca de um ambiente fluído e comunicante, que propicie, no desenrolar do processo, a tal “*lógica de “desconstrução – reconstrução”, ou seja, (...) a passagem de uma fase de “separação” antes da “reconstrução” da relação social*”⁶⁶.

Já referimos atrás que a mediação integrada no nosso sistema jurídico é, em regra, a denominada de facultativa, e que tanto pode estar inserida nos tribunais – como sucede com os julgados de paz - como pode operar extrajudicialmente – como sucede com os sistemas públicos de mediação.

E que pode ser pré-judicial – isto é, anterior à instauração de uma acção judicial ou arbitral – ou mesmo contemporânea de tal acção.

Vimos, também, que, não obstante experiências pontuais anteriores, sobretudo no âmbito dos centros de consumo a propósito dos conflitos desta natureza, só mesmo com a Lei dos Julgados de Paz é que a mediação ganhou visibilidade.

Foi um primeiro passo de relevo⁶⁷.

O segundo adveio com a inclusão da mediação no Código de Processo Civil e, contemporaneamente, algumas alterações legislativas consolidando a figura.

Temos, pois, que, sistematizando:

1. o primeiro momento legislativo relevante para a mediação adveio com a Lei n.º 78/2001, de 13/07, hoje alterada pela Lei n.º 54/2013, de 31/07,

⁶⁶ PEDROSO, J., C. TRINCÃO, J.P. Dias, *Por Caminhos da Reforma da Justiça*, Coimbra, (2003), Coimbra Editora, p. 419.

⁶⁷ Na opinião de VARGAS, Lúcia Dias, *Julgados de Paz e Mediação- Uma nova face da Justiça*, Almedina, 2006, p. 67 a 69, a inclusão da mediação na Lei dos Julgados de Paz reflecte a influência do “*movimento multiportas*” que se vinha implantando, à altura, nas ordens jurídicas de alguns países europeus, bem como o facto de, em ordens jurídicas como a alemã, a francesa e até a inglesa, a legislação processual geral ter acolhido a mediação, o que entre nós veio a acontecer perto de dez anos depois.

2. e, depois de alguma normatização específica com a mediação laboral em 2006, com a mediação penal em Junho (Lei nº 21/2007) e a mediação familiar em Julho, ambas de 2007, e até com a inclusão, por via do então DL 34/2008, de 26/02, do artº 447º-D (hoje artº 533º) no Código de Processo Civil relativo a custas de parte⁶⁸,
3. a mediação ganha projecção, num segundo momento, agora por via da Lei nº 29/2009, de 29/06, com a sua autonomização expressa no Código de Processo Civil que, na actual versão da Lei 41/2013 de 26/06, a mantém no seu artº 273º.

Aquela Lei nº 29/2009 (Lei do Inventário, hoje revogada pela Lei 23/2013 de 05/03) foi, afinal, a escolhida – opção não isenta de dúvidas^{69 70} - pelo legislador português para efectivar a transposição, para a nossa ordem jurídica, da Directiva 2008/52/CE de 21/05 do Parlamento Europeu e do Conselho sobre a mediação em matéria civil e comercial.

No entretanto, como veremos adiante, a Lei nº 29/2013 de 19/04 veio, agora especificadamente, legislar sobre mediação em Portugal, concretamente sobre os princípios gerais aplicáveis, sobre o regime jurídico da mediação civil e comercial, dos mediadores e dos sistemas públicos de mediação.

Esta Lei, de alguma forma, pelo conteúdo e pela precedência, interferiu na forma como a Lei nº 54/2013 de 31/07 veio regular aspectos da mediação desenvolvida no âmbito dos julgados de paz.

Por conseguinte, o regime jurídico da mediação é, hoje, como já se percebeu, o resultado dos reajustes destas sucessivas alterações em vários planos e a várias velocidades.

⁶⁸ Um caso de mediação “induzida”, como vimos atrás.

⁶⁹ VICENTE, Dário Moura, “A Directiva sobre a mediação em matéria civil e comercial e a sua transposição para a ordem jurídica portuguesa” - Estudos em homenagem ao Professor Doutor Paulo de Pitta e Cunha, in *Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação*, (Ano 2005), Almedina, p. 125-148: “ *Esta forma de transposição não deixa de suscitar algumas reservas. À uma, porque a mesma teve lugar através de um diploma legal cujo objecto precípua – o processo de inventário – nenhuma relação possui com a figura jurídica de que a Directiva se ocupa. Depois, porque se perdeu deste modo a oportunidade de introduzir no ordenamento jurídico português uma lei que disciplinasse especificamente a mediação em matéria civil e comercial(...) o que conferiria maior visibilidade a este instituto como meio de resolução alternativa de litígios. Finalmente, porque se regulou no Código de Processo Civil a suspensão dos prazos de prescrição e caducidade, quando o Código civil era, entre nós, a sede legislativa desta matéria – em conformidade, de resto, com a natureza substantiva, e não processual, que essas figuras têm no ordenamento jurídico português.*”

⁷⁰ No mesmo sentido, XAVIER, Rita Lobo, “Transacção Judicial e Processo Civil”, in *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia*, Vol. III, (2010), Coimbra Editora, pp. 817-835, p. 832.

2.1 Um passo decisivo: a mediação no âmbito dos julgados de paz

Tomando, então, como ponto de partida a Lei nº 78/2001 de 13/07, bem anotam alguns autores^{71 72}, que a forma como a mediação foi integrada no contexto desta lei suscita alguma estranheza. Não lhe é dada solenidade sistemática, ao contrário do que faria prever a motivação subjacente à implementação da figura. Pelo contrário, aparece dispersa pelos capítulos III, IV e V, respectivamente, nos artº 16º, 35º e 53º.

O artº 16º, sob a epígrafe “Serviço de Mediação”, no nº 1 introduz a figura dizendo que, “*em cada julgado de paz existe um serviço de mediação que disponibiliza a qualquer interessado a mediação, como forma de resolução alternativa de litígios,*” e o nº 2 estatui a função da mediação nos julgados de paz: “*o serviço tem como objectivo estimular a resolução, com carácter preliminar, de litígios por acordo das partes*”.

Donde resulta que, no âmbito dos julgados de paz, “*o serviço de mediação, enquanto meio de resolução alternativa de conflitos, (é) prévio e preferencial ao julgamento*”⁷³.

Há uma opção inequívoca pela prévia obtenção de um acordo sobre o litígio por esta via, o que, a ser alcançado, afasta a via contenciosa.

Mas não se fica por aqui.

É que o nº 3 deste artº 16º, ao delinear o alcance da mediação integrada nos julgados de paz, projecta-a além destes.

Isto é, a mediação pode versar sobre conflitos que estejam fora da competência dos próprios julgados de paz.

É assim que tal norma referia, no vigor da Lei nº 78/2001, que “*o serviço de mediação é competente para mediar quaisquer litígios, ainda que excluídos da competência do julgado de paz, com excepção dos que tenham por objecto direitos indisponíveis*”.

⁷¹ PEREIRA, Marcos Keel, “A Mediação nos Julgados de Paz No Contexto da Crise da Justiça”, (2002), *Working Paper nº 7*, Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, p. 8.

⁷² No mesmo sentido VARGAS, Lúcia Dias, obra citada, p. 126

⁷³ VARGAS, Lúcia Dias, obra citada, p. 127

Hoje, ao abrigo da redacção que lhe foi dada pela Lei nº 54/2013 de 31/07, expressa que “ *o serviço de mediação é competente para mediar quaisquer litígios que possam ser objecto de mediação, ainda que excluídos da competência do julgador de paz.*”

O actual legislador, portanto, para além de deixar em aberto a natureza dos litígios susceptíveis de mediação - o que, não obstante, a Lei nº 29/2013 já viera circunscrever no seu artº 11º - manteve aquilo a que se veio chamando de “mediação extra-competência”, também regulada através da Portaria nº 436/2002 de 22/04⁷⁴.

Temos, pois, que a mediação nos julgados de paz tanto funciona como preliminar (artº 43º nº 7, 45º nº 2, 49º e 50º, 51º e 56º da Lei 78/2001 com a redacção que lhe foi dada pela Lei 54/2013) do processo ali instaurado ao abrigo da competência do julgador de paz, como pode operar autónoma e independentemente, para além daquela competência, sempre que estejam em jogo, em matéria civil e comercial, interesses de natureza patrimonial ou mesmo outros de natureza não patrimonial mas em que seja possível, à luz do direito, celebrar transacção (artº 11º da Lei 29/2013).

O artº 35º, sob a epígrafe “Da mediação e funções do mediador”, contextualizava e enquadrava a intervenção do mediador na mediação.

Do nº 1 constava a única noção legal elaborada de mediação, vigente no nosso sistema jurídico até meados de Abril de 2013, como atrás vimos: “*A mediação é uma modalidade extrajudicial de resolução de litígios, de carácter privado, informal, confidencial, voluntário e natureza não contenciosa, em que as partes, com a sua participação activa e directa, são auxiliadas por um mediador a encontrar, por si próprias, uma solução negociada e amigável para o conflito que as opõe.*”

Dos nº 2 e 3 constavam a qualidade (*o mediador é um terceiro neutro, independente e imparcial, desprovido de poderes de imposição aos mediados de uma decisão vinculativa*) e atribuições do mediador.

Como quase todos os normativos do capítulo IV da Lei 78/2001, este artº 35º foi atingido pela influência da Lei nº 29/2013.

Aliás, e em conformidade, integralmente revogado pela Lei nº 54/2013.

Em contrapartida, com a Lei nº 29/2013 passamos a ter, formalmente na alínea a) do artº 2º, como vimos já, a primeira definição legal: “*Mediação*” é a forma de resolução

⁷⁴ Que, como refere Lúcia Dias VARGAS, na mesma obra e página, se impunha, por corresponder à motivação do Estado ao disponibilizar o serviço de mediação nos julgados de paz, “*como forma de promover para além do próprio julgador de paz e da tutela estatal.*”

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.”

A alínea b) do mesmo artº 2º passa a definir como “*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 objecto do litígio.*”

As definições agora adoptadas não são essencialmente diferentes daquelas que originariamente conhecíamos da Lei dos Julgados de Paz (Lei nº 78/2001). Isto se as tomarmos no contexto da Lei nº 29/2013, em especial dos princípios informadores também expressos nos artigos 3º a 8º.

E com o artº 53º, último normativo que, na Lei dos Julgados de Paz nº 78/2013 se referia expressamente ao conceito mediação, sucedeu a reformulação inevitável e conclusiva: ficou reduzido à natural remissão para o regime estabelecido na “*Lei da Mediação*”.

Do mesmo modo, as normas relativas à pré-mediação, por via da Lei nº 54/2013, também sofreram os ajustes determinados pela Lei nº 29/2013, mas a noção e objectivos da pré-mediação ficou intocada nos artº 49º nº 1 e artº 50º nº 1, confirmando-se, aliás, a incontornável opção do julgado de paz pela mediação prévia a qualquer outro acto.

De facto, como se alcança do artº 49º nº 1, assim que o pedido de submissão à jurisdição de paz dá entrada, o processo inicia-se com a realização da pré-mediação, que, nos termos do disposto no artº 50º nº 1 “*tem como objectivo explicar às partes em que consiste a mediação e verificar a predisposição destas para um possível acordo em fase de mediação*”.

Conforme já atrás se referiu a propósito da noção de mediação, a pré-mediação funciona como a antecâmara de abordagem às partes acerca da mediação enquanto procedimento, quebrando o gelo inicial que o desconhecimento sempre traz consigo e explicando o *modus operandi* da mediação, com o objectivo de, em seguida, saber se aquelas estão dispostas a enveredar por essa via para tentar alcançar um acordo que a ambas satisfaça.

É evidente que, uma pré-mediação bem tratada, claramente identificada pelos seus princípios e regras, através de um mediador capaz de suscitar empatia e segurança com

as partes é uma condição de sucesso para que estas decidam avançar para o processo de mediação.

Na vigência da Lei 78/2001, o artº 50 nº 4 vincava a impossibilidade de o mediador que presidisse à pré-mediação ser também o mediador da fase subsequente de mediação: “ *o mediador que procede à pré-mediação não deve intervir como mediador na fase subsequente*”.

Houve quem defendesse este impedimento por razões de eficácia ⁷⁵, e ainda quem o defendesse por reserva do princípio da imparcialidade ⁷⁶ a que o mediador de conflitos estava (artº 35º nº 2 da Lei 78/2001) e está (artº 5º da Lei 29/2013) expressamente adstrito.

Certo é que, o legislador actual – artº 27º nº 6 da Lei 29/2013 – entendeu alterar aquela perspectiva, referindo que “*não constitui impedimento a intervenção do mesmo mediador na sessão de pré-mediação e de mediação*”.

2.2 Um segundo passo de relevo: a Directiva 2008/52/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 21 de Maio

Volvidos sete anos da introdução da mediação no cenário dos nossos Julgados de Paz, a mediação tornou a ser alvo de reponderação no nosso país, então por força da União Europeia, naturalmente atenta ao crescendo da sua utilidade e relevância.

Desta feita, a Directiva 2008/52/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, publicada no Jornal Oficial da União Europeia L 136, de 24 de Maio de 2008 ⁷⁷, e já

⁷⁵ COELHO, João Miguel Galhardo, *Julgados de Paz e Mediação de Conflitos*, Lisboa, (2003), Âncora Editora, p. 34, entendia na altura – como aliás ainda hoje há quem entenda- que esta norma se justificava em virtude de a pré-mediação “*(...) podendo revelar-se uma etapa algo fastidiosa para as partes, provoca um certo desgaste na relação entre mediadores e mediados*”.

⁷⁶ VARGAS, Lúcia Dias, obra citada, p. 137, também defendia a pertinência do impedimento, não por questões de eficácia do mediador, mas porque, no seu entender, “*(...) o que está sobretudo em causa é a imparcialidade que os mediadores deverão ter em todo o procedimento. Na pré-mediação as partes ainda estarão, porventura, com uma postura antagónica que, espera-se, ao irem interiorizando as regras e princípios da mediação, se vá esbatendo. O pré-mediador que observa as partes vê-as com uma postura que poderá não ser a mesma da que é observada pelo mediador na fase seguinte. Ou seja, conforme consta do relatório relativo à perspectiva dos mediadores, no período experimental dos Julgados de Paz “(…) é imperativo que o Mediador encarregue da Pré-mediação não seja o mesmo que será responsável pela mediação, garantindo assim a máxima imparcialidade*”.

⁷⁷ Consultada em CEBOLA, Cátia Marques, *Resolução Extrajudicial de Conflitos, Colectânea de Legislação*, (2011), Quid Juris Sociedade Editora, página 109 e seguintes.

depois de outras iniciativas no âmbito da União ⁷⁸, veio legislar sobre mediação em matéria civil e comercial.

Enaltecendo as virtualidades e características da mediação na promoção efectiva da resolução de conflitos, como atrás se referiu, também como forma de “*assegurar um melhor acesso à justiça, como parte da política da União Europeia para estabelecer um espaço de liberdade, de segurança e de justiça (...)*” ⁷⁹, a Directiva veio atentar na mediação em litígios transfronteiriços ⁸⁰, isto é, aqueles em que pelo menos uma das partes tenha domicílio ou residência habitual num Estado-Membro distinto do de qualquer das outras partes (artº 2º nº 1 da Directiva).

Mas teve o cuidado de recomendar a aplicabilidade das suas disposições, por parte dos Estados- Membros, aos processos de mediação internos ⁸¹.

Por via de tal Directiva, a União vem consignar que, no propósito de melhor acesso à justiça, a mediação ⁸²:

-pode proporcionar uma solução extrajudicial rápida e pouco onerosa para litígios em matéria civil e comercial através de procedimentos adaptados às necessidades das partes;

- que, é mais provável que os acordos obtidos por via de mediação sejam cumpridos voluntariamente e preservem uma relação amigável e estável entre as partes:

- que a Directiva, aplicável em matéria civil e comercial, não se deverá aplicar aos direitos e obrigações sobre os quais as partes, nos termos do direito aplicável, não sejam livres de decidir por si só. Esses direitos e obrigações são particularmente frequentes em questões de direito da família e de direito do trabalho;

⁷⁸ Como é o caso da “Recommendation Rec (2002)10 of the Committee of Ministers to member states on mediation in civil matters, de 18 de Setembro de 2002, relativa a mediação em matéria civil, consultada in CEBOLA, Cátia Marques, obra citada, p. 119 a 122.

⁷⁹ Basta atentar nos Considerandos 3, 5, 6, 13, 16, 19, 23, da Directiva sob análise.

⁸⁰ Considerando 8 e artº 1º nº 2 da Directiva.

⁸¹ Considerando 8 e artº 12º da Directiva.

⁸² São alguns dos Considerandos da Directiva 2008/52/CE, que se objectivam nas suas normas dos artº 1º a 14º.

- que a Directiva deverá aplicar-se em litígios transfronteiriços⁸³, mas nada deverá impedir que os Estados-Membros apliquem igualmente estas disposições a processos de mediação internos;

- que a mediação prevista na Directiva deverá ser um processo voluntário, na medida em que as próprias partes são as responsáveis pelo processo, podendo organizá-lo como quiserem e terminá-lo a qualquer momento;

- que a Directiva deverá aplicar-se aos casos em que um tribunal remete as partes para a mediação ou em que o direito nacional impõe a mediação. Além disso, na medida em que um juiz possa actuar como mediador nos termos do direito nacional, a directiva deverá igualmente aplicar-se à mediação conduzida por um juiz que não seja responsável por qualquer processo judicial relacionado com o litígio em causa. No entanto, a Directiva não deverá estender-se às tentativas realizadas pelo tribunal ou pelo juiz do processo para dirimir um litígio no contexto do processo judicial relativo ao litígio em causa, nem aos casos em que o tribunal ou o juiz do processo solicitem a ajuda ou o parecer de uma pessoa competente;

- nada na Directiva deverá afectar a legislação nacional que preveja o recurso obrigatório à mediação ou a sujeite a incentivos ou sanções, desde que tal legislação não implique as partes de exercerem o seu direito de acesso ao sistema judicial;

- nada na Directiva deverá afectar os sistemas de mediação autorreguladores já existentes, na medida em que estes se apliquem a aspectos não abrangidos pela Directiva;

- a Directiva incentiva a adopção de quaisquer mecanismos que assegurem a necessária confiança mútua no que respeita à confidencialidade, a flexibilidade do processo de mediação e a autonomia das partes e a garantia de que a mediação seja conduzida de modo eficaz, imparcial e competente;

- especialmente em relação à confidencialidade, a Directiva deverá prever um nível mínimo de compatibilidade das normas processuais civis quanto à forma de proteger tal confidencialidade em subsequentes processos judiciais ou de arbitragem em matéria civil ou comercial;

⁸³ Litígios transfronteiriços são aqueles em que pelo menos uma das partes tenha domicílio ou residência habitual num Estado-Membro distinto do de qualquer das outras partes, nos termos pressupostos pelo artº 2º da Directiva.

- para incentivar as partes a recorrer à mediação, os Estados-Membros deverão assegurar que as suas regras relativas aos prazos de prescrição e caducidade não impeçam as partes de recorrer ao tribunal ou à arbitragem se a sua tentativa de mediação falhar;

- a mediação não deverá ser considerada uma alternativa inferior ao processo judicial pelo facto de o cumprimento dos acordos dela resultantes depender da boa vontade das partes. Por conseguinte, os Estados-Membros deverão assegurar que as partes de um acordo escrito, obtido por via de mediação, possam solicitar que o conteúdo do seu acordo seja declarado executório. Os Estados-Membros só deverão poder recusar declarar esse acordo executório se o seu conteúdo for contrário ao direito interno(...) ou se o seu direito não prever o carácter executório do conteúdo do acordo específico. Tal poderá acontecer se a obrigação especificada no acordo não tiver, pela sua natureza, carácter executório;

- a Directiva não deverá afectar as regras em vigor nos Estados-Membros relativas à execução de acordos resultantes da mediação;

- os Estados-Membros deverão incentivar o público a contactar mediadores e serviços de mediação, bem como incentivar os profissionais do direito a informar os seus clientes da possibilidade de recurso à mediação.

-(...) dever-se-á chamar à atenção dos mediadores para a existência do Código de Conduta Europeu para Mediadores, que deverá estar também acessível ao público em geral na internet^{84 85}.

É assim que, como já atrás afloramos, a Directiva n.º 2008/52/CE define *mediação*, na alínea a) do artigo 3.º, como “um processo estruturado, independentemente da sua designação ou do modo como lhe é feita referência, através do qual duas ou mais partes

⁸⁴ Considerando 17 da Directiva. O legislador português veio a referi-lo na alínea K) do artº 26º da Lei da Mediação, correspondendo ao desiderato da Comissão Europeia.

¹⁷⁵ Consultado em CEBOLA, Cátia Marques, *Resolução Extrajudicial de Conflitos, Colectânea de Legislação*, (2011), Quid Juris Sociedade Editora, p. 123 e seguintes.

Trata-se de um Código adoptado em 2004 pela Comissão Europeia e é aplicável a todos os tipos de mediação em matéria civil ou comercial e estabelece um conjunto de princípios que os mediadores a título individual podem decidir respeitar, de forma voluntária e sob a sua própria responsabilidade. Estabelece princípios relativos à competência, nomeação, remuneração e promoção dos serviços do mediador (Ponto 1.), à sua independência e imparcialidade (Ponto 2.), aos princípios que deve adoptar na condução do processo (Ponto 3.) e à confidencialidade de tudo quanto for tratado em mediação ou com ela ligada (Ponto 4.)

em litígio procuram voluntariamente alcançar um acordo sobre a resolução do seu litígio com a assistência de um mediador. Este processo pode ser iniciado pelas partes, sugerido ou ordenado por um tribunal, ou imposto pelo direito de um Estado-membro. Abrange a mediação conduzida por um juiz que não seja responsável por qualquer processo judicial relativo ao litígio em questão. Não abrange as tentativas do tribunal ou do juiz no processo para solucionar um litígio durante a tramitação do processo judicial relativo ao litígio em questão”.

Já anotamos, também, que esta definição não foi transposta para o nosso ordenamento jurídico.

Na legislação portuguesa, anteriormente à Lei nº 29/2013 de 19 de Abril, o conceito – embora com menor amplitude – numa definição já nossa conhecida, só era encontrado na Lei dos Julgados de Paz, embora apenas vinculasse o aplicador desta lei.

Hoje rege no direito interno a Lei nº 29/2013 também já referida, a qual acompanha de perto a Directiva na definição que escolheu para constar do seu artº 2º alínea a), também já enunciada acima.

2.3 A transposição da Directiva 2008/52/CE para a ordem jurídica portuguesa

188

Como atrás já referido foi, por via da Lei nº 29/2009 de 29/06, que então aprovou o Regime Jurídico do Inventário – hoje revogado pela Lei nº 23/2013 de 5 de Março, quis o legislador português proceder à transposição, embora parcial, da Directiva 2008/52/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 21 de Maio de 2008 relativa a certos aspectos da mediação em matéria civil e comercial.

Assim surgiram, no nosso CPC em vigor até 31/08/2013, as normas dos artº 249º-A, -B e -C, e o artº 279º-A, as quais vieram regular aspectos da mediação pré-judicial, a confidencialidade, a suspensão de prazos e a homologação do acordo obtido por via da mediação, bem como a funcionalidade da suspensão da instância no caso de remessa do processo judicial em curso para mediação.

Esta forma de transposição, como já afloramos, não foi isenta de críticas, de vários quadrantes e por várias razões ⁸⁶.

⁸⁶ CEBOLA, Cátia Marques, in *Mediação e Criação de Consensos: os novos instrumentos de empoderamento do cidadão na União Europeia*, Mediarcom/Minerva Coimbra, 2009, pp. 103-118, p. 106

De qualquer modo, o conceito de mediação contido na Directiva, de grande amplitude e caracterizando-se apenas pela existência de um processo estruturado em que um terceiro assiste as partes na tentativa de resolução de um litígio, não foi transposto para o Código de Processo Civil, nem naquelas nem noutras normas.

Nenhuma definição ali se encontrava, pelo que, então, teria de aceitar-se a definição da Directiva como ponto de partida.

Por outro lado, da leitura atenta dos Considerandos e normas da referida Directiva, constata-se que aquele propósito claro acima referido de salvaguarda do acesso à justiça também através dos meios de RAL, concretamente da mediação, ressalva aspectos específicos: orienta a aplicação generalizada desta em matéria civil e comercial,” à *excepção dos direitos e obrigações sobre os quais as partes, nos termos do direito aplicável, não sejam livres de decidir por si só. Esses direitos e obrigações são particularmente frequentes em questões de direito da família e de direito do trabalho*”⁸⁷.

Em conformidade, o artº 1º nº 2, que taxativamente refere que a Directiva é aplicável “*aos litígios (...) em matéria civil e comercial, excepto no que se refere aos direitos e obrigações de que as partes não possam dispor ao abrigo do direito aplicável(...).*”

189

Esta norma não foi, contudo, transposta para o CPC, onde o legislador português entendeu efectivar a transposição da Directiva, ao tempo.

Embora, há que notar, a norma do artº 279º-A , no seu nº 5, vincasse a aplicabilidade das regras da transacção à homologação do acordo alcançado por via de mediação, porventura e aparentemente uma forma indirecta de aproximar aquele sentido, atentos os requisitos da transacção.

De qualquer modo, ficou em aberto ⁸⁸ a questão de saber se a mediação seria um meio idóneo para o tratamento de questões relativas a relações jurídicas indisponíveis.

Até porque, o n.º 1 do artigo 249.º-A era bastante abrangente, quando referia que “*as partes podem, previamente à apresentação de qualquer litígio em tribunal, recorrer a sistemas de mediação para a resolução desses litígios*”.

e 107, aponta a inadequação do diploma utilizado (cuja vocação em sede de inventário nada tinha a haver com a mediação), do diploma (o CPC) e do contexto sistemático em que foi inserida.

⁸⁷ Considerando 10 da Directiva, essencialmente vertido no artº 1º nº 2 da mesma.

⁸⁸ Questão que ainda na actualidade se manterá no contexto da Lei da Mediação, como veremos adiante.

A doutrina divide-se: há quem entenda que a mediação (especialmente a de índole privada, que não estará sujeita à regulação específica daquela que se pratica nos sistemas públicos) deve poder ocorrer ainda quando se esteja em presença de relações jurídicas indisponíveis.

Trata-se, no fundo, de separar o *meio* do *fim estrito* visado, relegando o controlo da ampla legalidade apenas para o acordo final, se alcançado. O controlo *a posteriori*, acredita-se, seria suficiente^{89 90}.

Doutrina há que revê a questão de forma diversa, colocando a tónica na transacção a que o acordo será submetido por força da lei quando sujeito a homologação⁹¹, para concluir que, não sendo possível a transacção relativamente a direitos indisponíveis, então também o não será a mediação quando o seu objecto seja um direito dessa natureza^{92 93}.

Em regra, o resultado positivo da mediação será um negócio jurídico. E, se bilateral, constituirá, materialmente, um contrato de transacção.

E há ainda quem defenda que – apesar de até poder haver interesse ou vantagem na aplicação da mediação em sede de direitos indisponíveis – o facto é que, a julgar pela

⁸⁹ CARVALHO, Jorge Morais, “A Consagração Legal da Mediação em Portugal”, in *Julgar*, nº 15, (2011), Coimbra Editora, p. 286: “o resultado de um processo de mediação em que se discuta um direito indisponível pode não levar necessariamente que se verifique um acto de disposição desse direito(...). Em segundo lugar, uma das principais vantagens da mediação é permitir separar as posições dos interesses e negociar com base nestes. O ponto de partida de um processo de mediação pode encontrar-se muito afastado do ponto de chegada, não sendo necessariamente solucionados os problemas que inicialmente as partes julgavam ter. Assim, aquilo que aparentemente poderia ser um litígio relativo a um direito indisponível pode afinal esconder outros interesses, especialmente ligados à pacificação social que nada têm a haver com esse direito ou, pelo menos, com a sua disposição pelas partes. Entende-se, em suma, que não faz sentido limitar à partida a mediabilidade de um litígio, devendo o controlo da disponibilidade da situação jurídica ser feito face ao acordo alcançado.”

⁹⁰No mesmo sentido, VICENTE, Dário Moura, obra citada, p. 144: “O novo regime da mediação não restringe o seu âmbito de aplicação aos litígios que versem sobre direitos disponíveis. Pelo contrário: o artº 249º-A nº 1 do Código de Processo Civil admite o recurso à mediação previamente à apresentação de “qualquer litígio” em tribunal.”

⁹¹ Ao tempo artº 249º-B e 279º-A.

⁹² Nesse sentido, GOUVEIA, Mariana França, *Mediação e Processo Civil*, in *Cadernos de Direito Privado*, nº Especial I, (2010), pp. 24-44, p. 38: “se tem de se aplicar a regra da transacção e esta diz expressamente que não há transacção sobre direitos indisponíveis, não se pode dizer que se admite acordo em relação a direitos indisponíveis.” E também, da mesma autora, “Algumas Questões Jurídicas a Propósito da Mediação”, in *Mediation and Consensus Building: the new tools for empowering citizens in the european union*, Mediarcom/ Minerva Coimbra, (2009), pp. 213-242, p. 231.

⁹³ Embora a mesma autora, “Meios de Resolução Alternativa de Litígios: Negociação, Mediação e Julgados de Paz”, in *Estudos Comemorativos dos 10 anos da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa*, Vol II, (2008), Almedina, Coimbra, pp. 727-758, p. 749, refira que “a mediação, precisamente porque é um meio de resolução extrajudicial de litígios, pode viver fora dos tribunais.”

redacção do artº 1º nº 2 da Directiva em matéria civil e comercial, esta só se aplica a direitos disponíveis, por expressa autolimitação^{94 95}.

2.4 Na actualidade: a Lei nº 29/2013 de 19 de Abril

É assim que, chegados à Lei nº 29/2013 de 19 de Abril, vulgarmente conhecida como Lei da Mediação, encontramos pela primeira vez, a autonomização do regime jurídico desta figura, em sentido amplo.

Amplo porque, com este diploma, consignam-se e regulam-se quatro quadrantes da figura da mediação: os princípios fundadores ou estruturantes em que este meio de RAL assentará em geral, o regime jurídico da mediação em matéria civil e comercial e os regimes jurídicos dos mediadores e da mediação pública.

Quanto à mediação de índole privada, a Lei reserva para o Governo, no seu artº 47º, a regulamentação de um mecanismo legal de fiscalização do exercício da actividade.

Ao contrário do que sucedia com a definição de mediação no antigo artº 35º nº 1 da Lei dos Julgados de Paz, encontramos agora no artº 2º desta nova Lei nº 29/2013 uma definição muito mais concisa e centrada sobretudo nos sujeitos⁹⁶: a mediação é definida

⁹⁴É a opinião manifestada pelo Conselho de Acompanhamento de Julgados de Paz, em Parecer subscrito pelo seu então Presidente, J. O. Cardona Ferreira, a propósito do Projecto de Proposta de Lei da Mediação, consultado em 02-09-2013 em <http://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/Detailhe-Iniciativa.aspx?BID=37369> : “O que é mais significativo é que a norma da Directiva de 2008 que procura voltar a transpor-se só abrange direitos disponíveis (nº 2 do artº 1º da Directiva). A nosso ver, só pode haver vantagem, ao arrepio de um conceptualismo redutor, em haver mediação em matéria de direitos indisponíveis, como no Direito da Família e de Menores, e em Direito Laboral”. A este propósito, defende que a salvaguarda estará na homologação.

⁹⁵ VICENTE, Dário Moura, *A Directiva sobre a mediação em matéria civil e comercial e a sua transposição para a ordem jurídica portuguesa – Estudos em homenagem ao Professor Doutor Paulo de Pitta e Cunha*, in *Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação*, Ano 2005, Almedina, p. 134, concretamente a propósito do âmbito da Directiva e no alinhamento do já por si defendido quanto ao alcance da transposição, também reconhece que o critério fundamental de delimitação do âmbito material de aplicação das regras da Directiva é a *disponibilidade* dos direitos subjectivos - e que, de facto onde mais se encontram direitos indisponíveis é no âmbito do Direito da Família e do Direito do Trabalho. Mas entende que “*daqui não deve contudo inferir-se uma exclusão absoluta da mediação de litígios que versem sobre tais matérias(...). Apenas será de afastar, a nosso ver, a executividade de eventuais acordos obtidos por via de mediação em que as partes renunciem a tais direitos, que é aquilo que a Directiva, se a interpretamos correctamente, tem em vista evitar.*”

⁹⁶ Aliás, como já comentado, muito semelhante à definição dada pela Directiva 2008/52/CE já mencionada.

nuclearmente como uma via alternativa através da qual os próprios sujeitos em litígio, embora assistidos, encontram uma solução.

É uma definição bem próxima – porque de grande amplitude - da definição da Directiva acima analisada.

Já os princípios que caracterizam a mediação são agora definidos e tratados de forma autónoma no capítulo II da Lei, fazendo ressaltar, sem margem para dúvidas (artº 3º), que os mesmos se aplicam a toda e qualquer mediação realizada em Portugal (pública, privada, inserida ou não na actividade jurisdicional, prévia ou incidentalmente; de natureza civil, comercial, penal, familiar, laboral): a voluntariedade (artº 4º), a confidencialidade (artº 5º), a igualdade e imparcialidade (artº 6º), a independência (artº 7º), a competência e responsabilidade (artº 8º) e a executoriedade dos acordos (artº 9º) são os princípios ou linhas de rumo a imprimir à mediação, sob qualquer vertente.

O capítulo III da Lei, que especificadamente importa à mediação em matéria civil e comercial e se refere, grosso modo, ao objecto da mediação (artº 11º), à convenção de submissão de eventuais litígios a mediação (artº 12º), à fase pré-judicial (artº 13º) e ao procedimento propriamente dito de mediação (artº 16º a 19º, 21º e 22º), e acordo final (artº 20º e 14º), também circunscreve o âmbito de aplicação da Lei: isto é, deixa de fora aqueles litígios que, ainda que materialmente civis ou comerciais, possam ser objecto de mediação familiar, laboral e penal (artº 10º).

De resto, a Lei estabelece o regime jurídico do mediador nos artº 23º a 29º⁹⁷, tendo em conta uma regulação de pormenor específica para o mediador que exerça funções em sistema público de mediação (artº 38º a 44º) e, no capítulo V regula o regime dito geral dos sistemas públicos de mediação, tendo em conta que ressalva as especificidades que resultem dos actos constitutivos ou regulatórios destes (artº 32º, 33º, 35º, 36º e 47º).

Finalmente, a título de disposição final, um aspecto de grande relevância: o artº 45º dispõe que “*o acordo de mediação celebrado em processo remetido para mediação nos termos do artigo 279º-A⁹⁸ do Código de Processo Civil é homologado nos termos previstos no artº 14º.*”

É assim que, aqui chegados, se impõe uma análise detalhada de alguns aspectos relevantes do actual regime jurídico da mediação, a partir de 2013 e no contexto desta

⁹⁷ De anotar a consagração expressa de não constituir impedimento a intervenção do mesmo mediador na sessão de pré-mediação e de mediação (artº 27º nº 6).

⁹⁸ Hoje deve ler-se “artº 273º”.

nova Lei. Um deles, deveras relevante do ponto de vista, não apenas do sucesso da mediação, mas também da concretização jurídico-substantiva e jurídico-processual, prende-se com o alcance do contrato de transacção no plano dos litígios mediáveis.

Deixaremos esta questão para uma ulterior reflexão.