

O REGULAMENTO DE MEDIAÇÃO DO CENTRO DE ARBITRAGEM COMERCIAL DA CCIP

Por Mariana França Gouveia()
e Joana Campos Carvalho(**)*

SUMÁRIO:

1. Introdução. 2. Convenção de mediação. 3. Articulação entre a Mediação e a Arbitragem. 4. Procedimento de Mediação. 5. Acordo. 6. Encerramento sem acordo. 7. Conclusões.

1. Introdução

O presente texto tem como objetivo analisar o Regulamento de Mediação do Centro de Arbitragem Comercial da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa (RMed), que entrou em vigor em 1 de março de 2016.

As razões do interesse neste Regulamento são, parece-nos, evidentes. Por um lado, é o novo Regulamento de Mediação da mais importante instituição de resolução extrajudicial de conflitos

(*) Professora Associada da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa. Sócia da PLMJ Arbitragem.

(**) Doutoranda e Professora Convidada da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa. Bolseira da FCT e investigadora do CEDIS.

comerciais a operar em Portugal, por outro, a sua novidade e recente entrada e vigor suscitam natural curiosidade.

Vale a pena, portanto, olhar com atenção para este novo conjunto de regras, procurando, por um lado, apresentá-las e, por outro, verificar a sua conformidade legal e razoabilidade prática.

a) *O que é a mediação*

A mediação está, hoje, definida na Lei que a regula, a Lei 29/2013, de 19 de abril (LM), como a forma de resolução alternativa de litígios, realizada por entidades públicas ou privadas, através da qual duas ou mais partes em litígio procuram voluntariamente alcançar um acordo, com a assistência de um mediador de conflitos.

Esta mesma definição é reproduzida no art. 1.º do RMed, numa clara aproximação ao conceito neutro da lei.

Nem sempre é fácil transmitir o que é a mediação ou distingui-la de uma pura negociação assistida. Tentaremos fazê-lo, não só por razões de clareza técnico-jurídica, mas sobretudo porque só a absoluta percepção da diferença permite um real aproveitamento da mediação. A mediação tem, enquanto meio de resolução alternativa de litígios, um enorme potencial, o que está já demonstrado por diversos estudos que a analisaram⁽¹⁾.

A mediação é, antes de mais, um meio de resolução de litígios não adjudicatório, isto é, o resultado final nunca será uma decisão do mediador sobre o litígio, mas, caso haja sucesso, um acordo das partes que ponha termo ao conflito.

O mediador não tem, assim, quaisquer poderes, ao contrário do juiz ou do árbitro, para impor soluções para o caso. A sua fun-

(1) Centre for Effective Dispute Resolution — *The Sixth Mediation Audit*, London, disponível em <<https://www.cedr.com/docslib/TheMediatorAudit2014.pdf>>; MACFADDEN, DANNY — “Developments in International Commercial Mediation: USA, UK, Asia, India and European Union”, in *Contemporary Asia Arbitration Journal*, Vol. 8, n.º 2 (novembro 2015), disponível em <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2699444>.

ção não é decidir, apenas conduzir as partes no caminho do acordo.

A mediação é, também, um meio de resolução de conflitos confidencial, em que se assegura que o que ali for discutido não será tornado público nem valorado posteriormente em tribunal.

Mais do que isto — muito mais do que isto — a mediação assenta numa ideia de *empowerment* das partes⁽²⁾, numa ideia de que estas têm o pleno domínio do caso e do processo⁽³⁾, podendo abandonar a mediação em qualquer momento, tendo total disponibilidade quanto ao modo de funcionamento do processo e do seu resultado. Independentemente da posição que se tome sobre a possibilidade ou não de o mediador formular ele próprio propostas de compromisso, o melhor acordo será sempre aquele que surgiu de um trabalho com as partes, que surgiu da sua própria iniciativa, da consciencialização dos seus verdadeiros e reais interesses.

Ao afirmar-se isto, muitas vezes fica a dúvida sobre o papel a desempenhar pelo mediador neste modo de resolução de litígios. Ao tanto se assegurar o papel principal das partes, parece, ainda que inconscientemente, que se diminui a posição do mediador, reduzido a pouco mais fazer que impedir alguma eventual escalada nas atitudes das partes.

O mediador tem, porém, um papel fulcral na mediação. É precisamente pelo seu desempenho que a mediação se torna um meio de resolução de conflitos efetivo e eficaz. O mediador traz à negociação das partes, que pode até já ter acontecido anteriormente, com ou sem assistência de advogados, um *plus*, um valor acrescentado. É esse valor que aumenta exponencialmente a possibilidade de acordo, ao trazer para a discussão uma dinâmica totalmente nova para as partes e para o seu conflito⁽⁴⁾.

É usual dizer que o mediador é um facilitador, mas não é fácil perceber qual o verdadeiro significado prático dessa caracterização.

(2) FRANÇA GOUVEIA, MARIANA, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, 3.^a ed., Coimbra: Almedina, 2014, p. 50 e ss.

(3) BROW, HENRY e MARRIOT, ARTHUR, *ADR Principles and Practice*, 2.^a ed., London: Thompson/Sweet & Maxwell, 1999, p. 129.

(4) *Ibidem*, p. 128.

O que se pretende dizer com esta afirmação é, no fundo, que o mediador procura, primeiro, reestabelecer a comunicação das partes e, segundo, conduzi-las aos seus interesses. Feito este trabalho, só então é possível falar de acordo e, muitas vezes, será fácil alcançá-lo quando se consegue este duplo resultado — comunicação ou, melhor, compreensão mútua e reconhecimento dos interesses.

Em traços gerais, a mediação assenta sobre a circunstância de que, por trás de qualquer posição assumida há sempre interesses que a parte visa acautelar. As posições das partes, as suas pretensões no âmbito de um litígio, são habitualmente incompatíveis. Contudo, os interesses que elas visam satisfazer com a sua pretensão revelam-se muitas vezes passíveis de compatibilização com os da outra parte. Assim, no âmbito da mediação discute-se os interesses de cada parte e não as suas posições iniciais, procurando-se soluções que (embora diferentes das posições iniciais das partes) consigam satisfazer todos os interesses em jogo, num acordo benéfico para ambas as partes (acordo *win-win*)⁽⁵⁾.

Imaginemos um caso em que ambas as partes alegam ser proprietárias de um terreno no Alentejo (uma com base num contrato de compra e venda, a outra com base na usucapião). Na mediação, o mediador pergunta às partes porque querem aquele terreno e percebe-se que uma quer ficar com a casa porque, desde a infância, sempre passou aí os verões com a família e a outra pretende explorar o olival que ocupa parte do terreno. A partir destes interesses será provavelmente possível alcançar uma solução que agrade a ambas as partes.

A mediação é, pois, muito mais do que uma forma de alcançar um acordo com a assistência de uma terceira pessoa. É um verdadeiro método de resolução de problemas entre as pessoas, com uma filosofia, uma metodologia⁽⁶⁾ e uma finalidade; com pressupostos, etapas e resultados.

Merece, portanto, uma atenção especial no momento da sua regulação e da sua prática. Procuraremos, na análise do Regula-

⁽⁵⁾ *Ibidem*, p. 130.

⁽⁶⁾ Ver, por todos, MOORE, CHRISTOPHER, *O Processo de Mediação*, 2.^a ed., Porto Alegre, Artmed, 1998.

mento de Mediação do Centro de Arbitragem Comercial, encontrar estas características ou interpretar os seus preceitos à luz desta filosofia.

b) As razões para a adoção de um Regulamento de Mediação

Antes de avançar para a análise do Regulamento, é importante perceber a razão da adoção pelo Centro de Arbitragem Comercial da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa (CAC) de um Regulamento de Mediação. Desde logo, estranha-se a compatibilidade da designação do Centro (“de Arbitragem”) com um Regulamento de Mediação. Se é uma instituição arbitral, qual a razão de consagrar a opção da mediação?

A razão é muito simples e decorre do que anteriormente já se disse: a mediação é um bom método de resolução de litígios, é algo que as empresas, na sua litigância comercial, procuram, na medida em que lhes permite uma resolução rápida e económica dos seus conflitos. Mais, permite, ao contrário da litigância normal, por regra mais agressiva, a manutenção da relação comercial⁽⁷⁾. É que, reestabelecida a comunicação entre as partes, é muito frequente que os interesses de ambos sejam facilmente conciliáveis, porque ambos querem maximizar os seus ganhos comerciais. Essa maximização passa, muitas vezes, por celebrar novos negócios, que trazem muito mais benefício económico presente e futuro do que uma indemnização.

Na mediação, com efeito, não se verifica a tradicional solução de “partir a meio”, antes se conseguindo soluções criativas⁽⁸⁾, muitas vezes muito longe do que foram as ideias iniciais das partes e dos advogados que as representam. Soluções criativas que se baseiam na lógica empresarial mais simples e verdadeira de todas — a vontade de lucrar.

⁽⁷⁾ KOVACH, KIMBERLY K., “Mediation”, in *The Handbook of Dispute Resolution*, San Francisco, Jossey-Bass, 2005, p. 305.

⁽⁸⁾ *Ibidem*, p. 305.

Tendo em conta, assim, a adequação da mediação à litigância comercial, fazia todo o sentido que o Centro de Arbitragem Comercial criasse condições para que os seus utilizadores pudessem, aí, optar por mais esta alternativa, mais este serviço.

Acresce, ainda, que a mediação administrada por uma entidade de prestação de serviços de resolução de conflitos é uma segurança face à mediação *ad hoc*, isto é, à mediação sem instituição de acolhimento. Como se sabe do paralelo com a arbitragem, a grande força dos meios de resolução alternativa de litígios a nível mundial decorre diretamente (ou quase) da existência de instituições respeitadas e há muito estabelecidas. A resolução de litígios em instituições, privadas ou públicas, que asseguram a regularidade do processo e o cumprimento das regras, é essencial para a credibilidade dos próprios mecanismos de resolução alternativa de litígios e, em consequência, para o seu desenvolvimento.

Sob todos os pontos de vista, em conclusão, havia vantagem em o Centro de Arbitragem Comercial oferecer, aos seus utilizadores, o serviço de mediação.

As condições de oferta do serviço de mediação tinham, necessariamente, de passar por um Regulamento de Mediação, como o que agora se analisa. Para além do Regulamento, é importante o Centro dispor de uma lista de mediadores devidamente certificados, com formação específica em mediação, e uma proposta de cláusulas modelo que possam ser adotadas pelas partes.

É precisamente por este ponto — a cláusula de mediação — que vamos começar a nossa exposição do Regulamento.

2. Convenção de mediação

A convenção de mediação pode definir-se como o acordo das partes em resolver os seus litígios, atuais ou futuros, através da mediação. Tal como a convenção de arbitragem, é um contrato entre as partes que as vincula a um determinado meio de resolução do seu litígio, afastando, pelo menos numa primeira fase, a solução judicial tradicional.

A convenção de mediação está regulada na Lei da Mediação, no art. 12.º LM, onde se estabelecem requisitos formais e substanciais, assim como os efeitos jurídicos da sua alegação.

Para além das questões puramente jurídicas relativas à cláusula de mediação⁽⁹⁾, interessa agora salientar a importância da sua celebração para que o Centro de Arbitragem Comercial possa efetivamente iniciar o procedimento de mediação.

Mais uma vez como na arbitragem⁽¹⁰⁾, as partes não podem ser obrigadas a iniciar ou procurar resolver um litígio através de um meio alternativo, caso não se tenham a ele vinculado. Essa vinculação pode ser anterior à própria existência do litígio ou contemporânea do seu aparecimento, em qualquer caso tendo os mesmos efeitos.

A importância de cláusulas de mediação que remetam para o Centro de Arbitragem Comercial está, assim, na circunstância de depender do acordo das partes a competência do Centro para administrar o procedimento. Não há quaisquer dúvidas de que, havendo tal convenção, o Centro pode administrar o procedimento. Mais, caso seja iniciado processo arbitral ou judicial sem que, antes, tenha havido mediação, o tribunal onde a ação foi proposta deve, a requerimento do demandado, suspender a ação e reencaminhar as partes para a mediação⁽¹¹⁾. Assim o estipula o art. 12.º, n.º 4, LM⁽¹²⁾ e também o art. 6.º, n.º 3, RMed.

Para além da hipótese da cláusula de mediação, que, com toda a probabilidade, será a que mais casos de mediação trará ao Centro de Arbitragem, também é possível que haja procedimento de mediação sem existir convenção prévia. Para tanto basta que uma

(9) FRANÇA GOUVEIA, MARIANA, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, 2014, pp. 78-79. Ver também FERREIRA DE ALMEIDA, CARLOS, *Contratos IV*, Coimbra: Almedina, 2014, pp. 23-25, e LOPES, DULCE e PATRÃO, AFONSO, *Lei da Mediação Comentada*, 2.ª ed., Coimbra: Almedina, 2016, p. 87 e ss.

(10) Referimo-nos, naturalmente, à arbitragem voluntária, já que a necessária é excepcional.

(11) Sobre esta consequência do incumprimento da convenção de mediação, LOPES, DULCE e PATRÃO, AFONSO, *Lei da Mediação Comentada*, 2016, pp. 99-101.

(12) O art. 12.º, n.º 4, refere-se ao tribunal, incluindo assim o judicial e o arbitral. FRANÇA GOUVEIA, MARIANA, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, 2014, p. 82.

das partes inicie o procedimento de mediação no CAC, juntando proposta dirigida à parte contrária para a celebração de convenção de mediação — art. 8.º, n.º 1, RMed. Se a parte contrária aceitar a proposta, considera-se celebrada a convenção de mediação e o procedimento pode prosseguir. A aceitação da proposta tem de revestir forma escrita (art. 12.º, n.º 2, da LM), mas pode ser expressa ou tácita. Será tácita nos casos em que, não se pronunciando sobre a convenção de mediação, a parte intervém no procedimento, apresentando, por exemplo, a sua posição sumária sobre o litígio.

a) *Cláusulas de mediação disponibilizadas pelo Centro*

O Centro, como se disse, oferece também às partes propostas de cláusulas de mediação, com ou sem arbitragem. Essas cláusulas estão disponíveis *online*⁽¹³⁾ nas suas diversas variações.

A adoção de uma cláusula de mediação preparada pela entidade de acolhimento tem a vantagem de garantir às partes a completude da convenção de mediação e a sua validade face à lei portuguesa⁽¹⁴⁾.

A cláusula de mediação simples, em que as partes apenas escolhem este meio de resolução de litígios, tem a seguinte formulação:

- “1. As partes submeterão obrigatoriamente todos os litígios emergentes deste contrato ou com ele relacionados a mediação de acordo com o Regulamento de Mediação do Centro de Arbitragem Comercial da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa (Centro de Arbitragem Comercial).
2. A mediação terá lugar em [cidade e/ou país].
3. A língua da mediação será [...].”

⁽¹³⁾ Disponível em <www.centrodearbitragem.pt>.

⁽¹⁴⁾ SCANLON, KATHLEEN M. e BRYAN, KATHY A., “Will the Next Generation of Dispute Resolution Clause Drafting Include Model Arb-Med Clauses?”, in *Contemporary Issues in International Arbitration and Mediation*, Leiden, Fordham Law School, 2010, p. 429, assinalam que muitas cláusulas de resolução de litígios são redigidas em condições que se encontram longe das condições ideais, o que pode implicar algumas fragilidades.

Já a cláusula que combina mediação e arbitragem permite às partes adotar o que, usualmente, se denomina por *multi-step clause* ou *cláusula med-arb*⁽¹⁵⁾, um acordo das partes em que estas procuram a resolução do seu litígio em várias fases.

A formulação proposta pelo Centro para uma cláusula de mediação e arbitragem é a seguinte:

- “1. As partes submeterão obrigatoriamente todos os litígios emergentes deste contrato ou com ele relacionados a mediação de acordo com o Regulamento de Mediação do Centro de Arbitragem Comercial da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa (Centro de Arbitragem Comercial).
2. Caso o litígio não seja resolvido em mediação, será definitivamente resolvido por arbitragem de acordo com o Regulamento de Arbitragem do Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa (Centro de Arbitragem Comercial), por um ou mais árbitro(s) nomeados nos termos do Regulamento.
2. A mediação e a arbitragem terão lugar em [cidade e/ou].
3. A língua da mediação e da arbitragem será [...].
4. Enquanto decorrer o processo de mediação, qualquer uma das partes pode requerer um procedimento de Árbitro de Emergência, nos termos do respetivo Regulamento.”

b) *Med-Arb*

Não nos vamos alongar na explicação da cláusula, mas é importante chamar a atenção para dois aspetos nesta solução “*med-arb*”.

Primeiro, é possível combinar também a mediação com o Regulamento de Arbitragem Rápida, um processo arbitral mais

⁽¹⁵⁾ ROBERTS, SIMON e PALMER, MICHAEL, *Dispute Processes*, 2.^a ed., Cambridge: Cambridge University Press, 2005, p. 289.

simples que o Centro de Arbitragem disponibiliza aos seus utilizadores de arbitragem⁽¹⁶⁾.

Segundo, é possível, nos termos do n.º 3 do art. 6.º RMed, que a mediação e a arbitragem se desenrolem em simultâneo. Para que tal suceda é necessário, naturalmente, acordo das partes, na convenção ou posteriormente. As vantagens desta solução são, por um lado, permitir poupar tempo e, por outro lado, colocar alguma pressão sobre as partes, o que pode ajudar a alcançar o acordo.

A solução permite poupar tempo na medida em que a mediação não impede a arbitragem de se iniciar, podendo realizar-se as sessões de mediação enquanto as partes estão a preparar as suas peças processuais iniciais. Nesses dois, três meses, é possível marcar diversas sessões de mediação para trabalhar o acordo, não se gerando qualquer atraso ou suspensão do processo arbitral, caso não haja acordo.

A mediação em simultâneo com a arbitragem permite, ainda, adicionar um elemento de pressão para se chegar ao acordo, visto que o processo contencioso está já a decorrer, o que coloca as partes ainda mais visivelmente perante as opções e as possíveis consequências de uma decisão desfavorável.

Esta hipótese — mediação e arbitragem em simultâneo — não é muito frequente⁽¹⁷⁾ e não é aquela que as partes estão habituadas

(16) Disponível em <http://www.centrodearbitragem.pt/images/pdfs/Legislacao_e_Regulamentos/Regulamento%20Arbitragem%20Rpida.pdf>.

(17) O Regulamento de Mediação da Câmara de Comércio Internacional (<<https://iccwbo.org/dispute-resolution-services/mediation/mediation-rules/>>) não prevê a possibilidade de mediação e arbitragem em simultâneo, embora reconheça, no art. 4.º do Anexo, a possibilidade de ser iniciado um processo de arbitragem antes do recurso à mediação. Também o Regulamento de Mediação do *Hong Kong International Arbitration Centre* (<<http://www.hkiac.org/mediation/rules/hkiac-mediation-rules>>) é omissivo quanto a esta matéria, não prevendo a possibilidade do decurso em simultâneo dos dois procedimentos. As regras modelo do *Centre for Effective Dispute Resolution* (<https://www.cedr.com/about_us/modeldocs/?id=21>) e o Regulamento de Mediação do *Singapore Mediation Centre* (<<http://www.mediation.com.sg/assets/business-services/6-Mediation-Procedure-with-Annexes-A-to-D-6Nov15.pdf>>) reconhecem a possibilidade de os procedimentos ocorrerem em simultâneo, embora não regulem essa possibilidade (ponto 1 e 10.1, respetivamente). Já o Regulamento de Arbitragem Comercial da *American Arbitration Association* (<<https://www.adr.org/sites/default/files/Commercial%20Rules.pdf>>) prevê a mediação para casos com valor superior a \$ 75,000 e a simultaneidade de procedimentos nestes

a considerar. Não deixa, porém, de ser uma boa opção enquanto mecanismo *multi-step* de resolução de litígios, na medida em que promove o acordo e não gera qualquer perda de tempo.

3. Articulação entre a Mediação e a Arbitragem

Num Regulamento de Mediação de um Centro de Arbitragem, as relações entre ambos os procedimentos são matéria relevante a considerar. Desde logo, era importante partir de um pressuposto abstrato de relação entre os dois mecanismos, que passasse por uma clara distinção entre ambos. Tendo em conta que mediação e arbitragem são dois métodos totalmente diversos de resolver conflitos, é essencial que a gestão dos procedimentos seja feita de maneira a que não haja qualquer confusão entre ambos.

Assim, ainda que possa haver comunicação entre os dois procedimentos, essa interação deve sempre deixar intocada a autonomia e especificidade própria de cada um dos métodos. Este é um aspeto muito importante, dado que a mediação não é, ainda, inteiramente compreendida pelos utilizadores, podendo gerar equívocos quanto ao papel do mediador e do resultado da mediação.

Esta é uma cautela que, antes de mais, cabe ao Centro de Arbitragem, aos seus órgãos e funcionários, que devem, na administração do procedimento, ser muito claros na informação que prestam às partes e seus advogados.

a) *Mediação depois do início da arbitragem*

Já vimos que é possível que a mediação e a arbitragem se desenrolem ao mesmo tempo, por regra realizando-se as sessões de mediação na fase inicial da troca das peças processuais, mas sem prejuízo de a mediação ocorrer mais tarde no processo arbitral.

casos, estabelecendo que, salvo convenção em contrário, a mediação deve decorrer em simultâneo com o processo de arbitragem e não deve servir para atrasar este processo (R-9).

Para além desta possibilidade, pode, ainda, o Presidente do Centro, nos termos do art. 6.º, n.º 4, RMed, sugerir às partes que iniciaram a arbitragem, o recurso à mediação, se entender adequado à melhor solução do caso.

O requisito de adequação deve, aqui, ser preenchido através dos critérios conhecidos de acerto da mediação a um caso concreto⁽¹⁸⁾. O primeiro desses critérios é a longevidade da relação entre as partes que dá origem ao conflito. No caso de relações comerciais, o mais relevante será uma relação comercial de média ou longa duração, como um contrato de fornecimento, arrendamento, distribuição, agência, produção contínua, etc.. São situações em que a importância da manutenção da relação comercial joga um papel importante no conflito e pode despoletar um acordo com ganhos para ambas as partes.

Numa outra perspetiva, também fará sentido propor a mediação nos casos em que a complexidade do litígio é muito inferior ao seu valor, pelo que a sua resolução por arbitragem seria sempre, ao nível dos custos, desproporcionada. Por vezes diz-se que a mediação apenas se justifica para litígios de valor baixo. Não concordamos com esta afirmação, pois entendemos que são outras as características decisivas de um litígio que determinam a adequação da mediação. O que parece, antes, é que é a questão dos custos das várias opções (neste caso mediação ou arbitragem) que deve ser tomada em consideração e não tanto o valor do litígio.

b) Atuação do mediador como árbitro

Um outro ponto muito importante na relação entre mediação e arbitragem é a possibilidade de o mediador atuar, caso não haja acordo ou caso a mediação se desenrole em simultâneo com a arbitragem, como árbitro⁽¹⁹⁾.

⁽¹⁸⁾ Sobre a escolha do melhor meio de resolução para cada caso SANDER, FRANK E. A. e ROZDEICZER, LUKASZ, "Matching Cases and Dispute Resolution Procedures: Detailed Analysis Leading to a Mediation-Centered Approach", in *Harvard Negotiation Law Review*, Spring 2006.

⁽¹⁹⁾ Quando surgiu a *Med-Arb* um dos seus traços essenciais era a circunstância de

Esta possibilidade está expressamente vedada pelo Regulamento de Mediação do Centro de Arbitragem Comercial. O Regulamento considerou-a tão séria que a proíbe em quatro locais diferentes — nos arts. 4.º, n.º 2, 6.º, n.º 1, e 15.º do Regulamento de Mediação e no art. 3.º, n.º 2, do Código Deontológico do Mediador (anexo ao Regulamento). Parece-nos que tal proibição decorreria já do princípio da confidencialidade na mediação (art. 5.º da LM) e do princípio da independência do árbitro (art. 9.º, n.º 2, da Lei da Arbitragem Voluntária)⁽²⁰⁾. Contudo, sendo um ponto tão importante é útil o seu reforço no âmbito do Regulamento da Mediação.

A razão de ser do impedimento é facilmente explicável: por um lado, a necessidade imperiosa, que já referimos, de separar mediação e arbitragem enquanto procedimentos de resolução de litígios autónomos; por outro lado, o respeito pelo princípio da confidencialidade, princípio fundamental da mediação.

Como já anteriormente abordámos o primeiro ponto, centrar-nos-emos agora, ainda que brevemente, no segundo: a confidencialidade.

A regra da confidencialidade da mediação está prevista, desde logo, na Lei da Mediação e, aliás, vinha já da Diretiva 2008/52/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 21 de maio de 2008⁽²¹⁾. O art. 5.º da Lei da Mediação estabelece a confidencialidade do procedimento de mediação, estando o mediador obrigado a manter sob

a mesma pessoa acumular as funções de mediador e árbitro. Assim se poupava tempo, na medida em que não era necessário voltar a apresentar todos os factos ao árbitro, que já os conhecia da mediação. Esta característica rapidamente começou a suscitar dúvidas na doutrina. A cumulação de funções parecia colocar em causa a eficácia da mediação, na medida em que as partes não estavam tão à vontade para expor as suas posições e interesses, e a seriedade da arbitragem, uma vez que, no momento da decisão, o árbitro teria de “fingir” que não conhecia os factos confidenciais de que havia tomado conhecimento no âmbito da mediação. Na sequência destas críticas a figura da *Med-Arb* evoluiu, sendo hoje em dia mais aceite a vertente que impõe que mediador e árbitro sejam pessoas diferentes. Neste sentido, BROWN, HENRY e MARRIOTT, ARTHUR, *ADR Principles and Practice*, 1999, pp. 147-149, e ROBERTS, SIMON e PALMER, MICHAEL, *Dispute Processes*, 2005, pp. 289 e ss.

⁽²⁰⁾ Lei 63/2011, de 14 de dezembro.

⁽²¹⁾ Diretiva que foi, inicialmente, transposta para o Código Civil pela Lei 29/2009, de 20 de junho, mas que, com a aprovação da Lei da Mediação, passou a estar transposta, quanto ao essencial, neste diploma.

sigilo todas as informações de que tenha conhecimento no âmbito da mediação. Também o art. 4.º do RMed estabelece a mesma norma, acrescentando, ainda, que, exceto no que diz respeito ao acordo obtido, o conteúdo das sessões de mediação não pode ser revelado nem valorado em tribunal judicial ou arbitral, nem pode o mediador ser testemunha, perito, mandatário ou árbitro em qualquer causa relacionada, direta ou indiretamente, com o objeto do litígio.

Importa acrescentar que, nos termos da Lei da Mediação, não apenas o mediador, mas também as partes estão sujeitas ao dever de confidencialidade, estando impedidas de revelar os factos de que tenham tido conhecimento no âmbito da mediação (art. 18.º, n.º 3, da LM).

A confidencialidade é central à mediação, permitindo às partes que falem à vontade, em plena tranquilidade e com a certeza de que nada do que ali for dito poderá ser usado na futura resolução de litígio (caso não haja acordo)⁽²²⁾ ou por empresas concorrentes, por exemplo no caso de segredos de negócio. A sua essencialidade na mediação determina, aliás, que não seja possível o seu afastamento por acordo das partes⁽²³⁾.

Só este princípio assegura, portanto, uma plena comunicação das partes na mediação e, logo, não é possível que haja identidade de interlocutores num e noutra processo. Se as informações trocadas na mediação não podem ser posteriormente utilizadas em processo contencioso, seja judicial, seja arbitral, parece evidente que o mediador não pode ser, depois, o árbitro. A posição contrária⁽²⁴⁾ implicaria, para garantir o respeito pelo princípio da confidencialidade, atribuir poderes supra-humanos ao mediador: mesmo que

(22) LOPES, DULCE e PATRÃO, AFONSO, *Lei da Mediação Comentada*, Coimbra, Almedina, 2016, p. 47.

(23) FRANÇA GOUVEIA, MARIANA, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, 2014, p. 100; LOPES, DULCE e PATRÃO, AFONSO, *Lei da Mediação Comentada*, 2016, p. 51.

(24) Defendida por LOPES, DULCE e PATRÃO, AFONSO, *Lei da Mediação Comentada*, 2016, p. 188, que entendem que o mediador pode posteriormente ser árbitro e que, se as partes escolhem o mediador como árbitro, é porque lhe reconhecem condições de imparcialidade e independência. Entendem, contudo, que se mantém o dever de confidencialidade do mediador que não pode, enquanto árbitro, valorar os factos de que teve conhecimento no decurso da mediação.

conscientemente saiba que não pode ter em conta o que foi discutido na mediação, o mediador não consegue impedir que, inconscientemente, aquilo que ouviu contribua para os seus juízos acerca do litígio. Diversos estudos demonstram precisamente isso⁽²⁵⁾. Num caso, foi apresentado a metade dos juízes da experiência um documento incriminatório para o réu, mas inadmissível como prova. Foi possível concluir que os juízes que viram o documento, embora o tivessem excluído do processo por configurar prova inadmissível, tiveram maior tendência para dar razão ao autor do que os juízes que não viram o documento⁽²⁶⁾.

4. Procedimento de Mediação

Feito o enquadramento geral do Regulamento, é agora o momento de analisar o procedimento de mediação propriamente dito, de acordo com o estabelecido nas regras do Centro de Arbitragem Comercial.

O procedimento de mediação, ainda mais do que o processo arbitral, é marcado pela informalidade e pela flexibilidade, o que

⁽²⁵⁾ SUSSMAN, EDNA, “Arbitrator Decision-Making: Unconscious Psychological Influences and What You Can Do About Them”, in *American Review of International Arbitration*, Vol. 24, 2013, pp. 491-492. Sobre este assunto ver também HARBST, RAGNAR, *A Counsel’s Guide to Examining and Preparing Witnesses in International Arbitration*, Wolters Kluwer, 2015, p. 51.

⁽²⁶⁾ SUSSMAN, EDNA, “Arbitrator Decision-Making: Unconscious Psychological Influences and What You Can Do About Them”, 2013, p. 492. Além deste enviesamento, é interessante referir também o chamado enviesamento de confirmação, segundo o qual o nosso cérebro tem tendência para procurar argumentos para confirmar a hipótese ou história que formámos anteriormente, ignorando os argumentos que demonstram o contrário. KAHNEMAN, DANIEL, *Pensar Depressa e Devagar*, Círculo de Leitores, 2012, pp. 111-112; NICKERSON, RAYMOND S., “Confirmation Bias: A Ubiquitous Phenomenon in Many Guises”, in *Review of General Psychology*, Vol. 2, n.º 2, 1998, p. 175 e ss. No caso da arbitragem, quando o árbitro já formou uma certa imagem do caso no seu cérebro (designadamente durante a mediação), este vai procurar, durante a arbitragem, informação que encaixa nessa imagem e a confirma, não prestando atenção à informação que a contraria. HARBST, RAGNAR, *A Counsel’s Guide to Examining and Preparing Witnesses in International Arbitration*, 2015, p. 21.

determina que a regulamentação seja escassa no que diz respeito ao desenrolar da mediação⁽²⁷⁾. Interessa, apenas, regular o início do processo, a interação entre o Centro e as partes e o mediador e alguns aspetos formais, necessários para a estabilização do processo, como o protocolo de mediação.

a) *Requerimentos iniciais*

A mediação inicia-se com um Requerimento de Mediação apresentado, pelo Demandante, no Secretariado do Centro. Este requerimento segue um modelo anexo ao Regulamento, não podendo exceder as cinco páginas. O modelo é muito simples, apenas tendo sido feito como forma de facilitar o trabalho das partes no início de um procedimento, que é novo na nossa prática profissional.

O requerimento tem como conteúdo obrigatório os elementos constantes do n.º 2 do art. 8.º: identificação das partes, descrição sumária do litígio, indicação de uma estimativa do valor em causa, indicação da língua e lugar da mediação e quaisquer outras circunstâncias relevantes.

A limitação das cinco páginas obriga à sumarização das pretensões, mas sobretudo dá uma indicação clara de que este requerimento não é uma peça processual, mas apenas uma curta informação que permita ao requerido identificar o litígio e ao Centro de Arbitragem, caso necessário, designar o mediador.

O requerimento deve, portanto, ser encarado como o início de uma negociação, com as cautelas necessárias, mas também com

(27) É importante assinalar que esta ausência de normas jurídicas que regulem o decurso da mediação não significa que a mediação não siga regras concretas. Enquanto metodologia, estudada cientificamente, a mediação inclui diversas fases e obedece a regras, implementadas pelo mediador, que garantem o seu sucesso. Sobre as fases e regras do processo de mediação ver MOORE, CHRISTOPHER, *O Processo de Mediação*, 1998, COOLEY, JOHN, *The Mediator's Handbook: Advanced Practice Guide for Civil Litigation*, 2.ª ed., NITA, 2006, BOULLE, LAURENCE e ALEXANDER, NADJA, *Mediation: Skills and Techniques*, 2.ª ed., Lexisnexis, 2012, BROWN, HENRY e MARRIOTT, ARTHUR, *ADR Principles and Practice*, 1999, Capítulo 10.

abertura para um eventual acordo. Não é necessário, mas também não é proibido, juntar qualquer elemento probatório. Fazê-lo deve depender da estratégia da parte, dos seus objetivos para a mediação e da sua postura negocial no procedimento.

Recebido o requerimento, o Secretariado notifica o demandado, remetendo-lhe um exemplar. O demandado pode, então, responder, no prazo de quinze dias, indicando, nos termos do art. 9.º, n.º 2, RMed, a sua posição sobre o litígio e quaisquer outras indicações que considere relevantes.

Esta resposta deve, também, seguir a lógica do requerimento de mediação — deve ser vista como o início de uma negociação, não prescindindo, portanto, da sua “razão”, mas deixando abertas as possibilidades de diálogo.

Nos termos do art. 10.º, n.º 1, RMed, nos casos em que há convenção de mediação e o demandado não responde, o procedimento prossegue, a não ser que o demandante pretenda desistir ou iniciar arbitragem. Esta norma determina que se conduza as fases seguintes, designadamente a intervenção liminar do Centro e a nomeação do mediador, mesmo que o demandado entenda não responder ao requerimento de mediação. Contudo, tendo em conta a importância central do princípio da voluntariedade na mediação, o procedimento não seguirá além da fase de nomeação do mediador caso uma das partes não queira participar.

A mediação assenta na ideia de que, querendo, duas partes podem resolver o seu litígio através de um acordo. Se uma das partes não está disponível para participar, o processo torna-se, naturalmente, inviável. Apesar de obstar ao prosseguimento do processo, esta indisponibilidade para participar não é inconsequente. A convenção de mediação é um contrato, pelo que o seu incumprimento, designadamente a recusa de procurar resolver o litígio através da mediação, pode gerar responsabilidade contratual, nos termos gerais⁽²⁸⁾. Além disso, o art. 26.º, n.º 3, alínea b), RMed determina

(28) Em termos práticos, contudo, a prova da existência de danos é praticamente impossível. Em sentido contrário, LIMA REGO, MARGARIDA, “A suspensão dos prazos de caducidade e prescrição por efeito da mediação”, também publicado neste número, defende que, tendo em conta o princípio da voluntariedade, a recusa em participar no procedimento

que os encargos da mediação são da responsabilidade exclusiva da parte que, apesar da existência de convenção de mediação, não participa no processo.

b) Intervenção liminar do Centro

Apresentados os dois requerimentos iniciais, há lugar a uma intervenção do Presidente do Centro, que pode recusar o prosseguimento do procedimento de mediação em duas situações: quando o litígio não se insira no âmbito da competência do Centro ou não seja mediável; quando não haja convenção de mediação prévia, nem aceitação da proposta para a sua celebração.

No fundo, ambas as objeções dizem respeito à competência do Centro: competência material, relativamente ao objeto do litígio; competência convencional, relativamente ao acordo das partes quanto à submissão ao Centro.

A competência material do Centro de Arbitragem está definida no art. 2.º do Regulamento e abrange os litígios de natureza civil ou comercial que respeitem a interesses de natureza patrimonial ou sobre os quais as partes possam celebrar transação. O Regulamento importou, aqui, uma definição da Lei de Mediação (art. 11.º da LM), que, por sua vez, a foi buscar à Lei de Arbitragem (art. 1.º da Lei da Arbitragem Voluntária)⁽²⁹⁾.

O conceito de arbitrabilidade⁽³⁰⁾, adotado agora para a mediabilidade⁽³¹⁾, foi objeto de muita discussão e, para o que nos inte-

de mediação, apesar da vinculação à convenção de arbitragem, é um ato lícito que, portanto, não gera obrigação de indemnizar.

⁽²⁹⁾ FRANÇA GOUVEIA, MARIANA, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, 2014, p. 84 e ss.; LOPES, DULCE e PATRÃO, AFONSO, *Lei da Mediação Comentada*, 2016, p. 83.

⁽³⁰⁾ Acerca dos critérios de arbitrabilidade ver FERREIRA DE ALMEIDA, CARLOS, “Convenção de arbitragem: Conteúdos e Efeitos”, in *I Congresso do Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa*, Coimbra: Almedina, pp. 85-88, que defende o critério da disponibilidade, e CAMELO, ANTÓNIO SAMPAIO, “A disponibilidade do direito como critério de arbitrabilidade”, in *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 66, Vol. III, 2006, ponto 13, que defende o critério da patrimonialidade.

⁽³¹⁾ A propósito da mediabilidade na Lei 29/2013, FRANÇA GOUVEIA, MARIANA, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, 2014, pp. 83-87.

ressa, diverge do da Diretiva 2008/52/CE, que a restringia aos litígios que respeitassem a direitos disponíveis (art. 1.º, n.º 2). No que diz respeito especialmente à mediação, pode até questionar-se se são necessários, à partida, critérios de mediabilidade. O nosso ordenamento jurídico permite que as partes negociem sobre qualquer assunto. O eventual acordo que resultar dessa negociação é que obedece a limites como o respeito pelas normas imperativas e pela ordem pública. Igual solução poderia ser equacionada para os casos em que as partes negociam com a ajuda de um terceiro, que é o mediador, adiando-se o controlo, do momento inicial, para o final da mediação. Independentemente da discussão em torno destes conceitos e regimes, o certo é que, no que diz respeito ao Centro de Arbitragem Comercial, o tipo de conflitos aí normalmente julgados são precisamente litígios de natureza civil e comercial que respeitam a interesses patrimoniais. Será, pois, difícil, na realidade, que litígios de outros géneros sejam submetidos a mediação ao abrigo do Regulamento de Mediação do Centro de Arbitragem.

No que diz respeito à convenção de mediação, remetemos para ponto anterior, em que tratámos do assunto.

É possível, ainda, que, apesar de o litígio ser mediável nos termos do art. 2.º do Regulamento e de haver convenção de arbitragem, o Centro não seja competente. Se a convenção de mediação não determinar que o processo decorrerá junto do Centro de Arbitragem Comercial e o requerido se opuser a que tal aconteça, o Centro não tem competência no que respeita àquele litígio. Também neste caso, o Presidente do Centro deve recusar prosseguir com o procedimento, com base no art. 11.º, alínea *a*), do RMed.

c) Designação do mediador

Apresentados os requerimentos iniciais e verificada a competência do Centro, é necessário, para avançar com a mediação, escolher o mediador.

A escolha cabe, naturalmente, em primeira mão, às partes, que devem procurar consenso em relação ao mediador. Se esse consenso não for alcançado, então qualquer uma delas pode pedir a

nomeação ao Presidente do Centro, que escolherá de entre a lista de mediadores, aprovada pelo Conselho do Centro de Arbitragem. Esta referência esclarece, *a contrario*, que a escolha das partes pode recair sobre pessoa que não esteja na lista.

Caso entenda conveniente, tendo em conta designadamente o valor do litígio ou a diferente nacionalidade das partes, o Presidente pode consultar as partes previamente à nomeação, propondo-lhes uma lista de mediadores para designação conjunta.

Não nos alongaremos aqui sobre o mediador, o seu papel e importância, dado não ser o objeto do presente texto. Não podemos, porém, deixar de referir quão importantes são as normas relativas ao seu estatuto, muito em especial o Código Deontológico do Mediador aprovado em Anexo ao Regulamento de Mediação. Aí são referidos e substanciados os deveres de imparcialidade e independência, o intimamente ligado dever de revelação, o dever de informação sobre o procedimento, regras sobre condução do processo, comunicação com as partes, deveres quanto ao acordo e regras relativas a honorários, entre outros.

Pode colocar-se a questão de saber quais as consequências do incumprimento pelo mediador dos deveres incluídos no RMed e, em particular, no Código Deontológico. As partes e o mediador celebram um contrato, nos termos do qual o mediador se compromete a mediar aquele litígio no Centro de Arbitragem Comercial e nos termos do Regulamento de Mediação. Esse contrato, que não carece de forma escrita, considera-se celebrado no momento em que o mediador, na sequência da sua designação, aceita mediar aquele processo (art. 14.º do RMed), não se confundindo com o protocolo de mediação assinado posteriormente, que visa esclarecer o modo como a mediação vai ser conduzida. Havendo um contrato entre as partes e o mediador, qualquer incumprimento desse mesmo contrato, incluindo um comportamento do mediador que viole o RMed ou o Código Deontológico, pode gerar responsabilidade contratual, nos termos gerais⁽³²⁾. Além disso, se o incumpri-

(32) A LM esclarece, quanto aos deveres nela previstos, que o seu incumprimento pelo mediador pode gerar responsabilidade civil. Embora não esclareça se essa responsabilidade é contratual ou delitual (art. 8.º, n.º 2, LM).

mento implicar violação de deveres que também estão previstos na LM, o mediador pode ser excluído da lista prevista pelo art. 9.º da LM, nos termos do art. 7.º da Portaria 344/2013, de 27 de novembro⁽³³⁾.

d) Protocolo de Mediação

Escolhido o mediador, a sua primeira tarefa é a celebração do protocolo de mediação. O protocolo de mediação é uma exigência da Lei de Mediação (art. 16.º, n.º 3, LM) e é semelhante a uma ata de instalação de um tribunal arbitral, tendo como função essencial marcar o início do processo e o compromisso das partes com a sua realização e termos⁽³⁴⁾.

Para além da sua função procedimental, tem também efeitos jurídicos intraprocessuais, designadamente na determinação das regras de condução do procedimento que serão seguidas pelas partes e pelo mediador⁽³⁵⁾, e extraprocessuais, como a suspensão dos prazos de caducidade ou prescrição dos direitos em discussão⁽³⁶⁾.

O protocolo de mediação encontra-se regulado no art. 17.º do RMed e inclui indicações formais como a identificação das partes e do mediador, o lugar e a língua da mediação e a data e assinatura das partes e do mediador. Inclui também uma declaração de consentimento das partes e uma declaração de todos, partes e mediadores, de respeito pelo princípio da confidencialidade. A referência ao princípio da confidencialidade e, em simultâneo, a omissão de referência aos outros princípios causa alguma estranheza, que nos parece ser explicada pela circunstância de este ser o único princípio da mediação que implica um dever, não apenas para o mediador, mas também para as partes. Quanto ao mediador, conforme

⁽³³⁾ FRANÇA GOUVEIA, MARIANA, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, 2014, p. 62.

⁽³⁴⁾ *Ibidem*, p. 73.

⁽³⁵⁾ LOPES, DULCE e PATRÃO, AFONSO, *Lei da Mediação Comentada*, 2016, p. 128.

⁽³⁶⁾ Nos termos do art. 13.º, n.º 2, da LM “o recurso à mediação suspende os prazos de caducidade e prescrição a partir da data em que for celebrado o protocolo de mediação”.

referido no ponto anterior, ainda que não sejam expressamente referidos no protocolo de mediação, este encontra-se contratualmente vinculado também aos restantes princípios. O protocolo de mediação inclui, finalmente, elementos relativos à organização do procedimento, como a indicação sumária do litígio, as regras de procedimento, incluindo o modo de apresentação do caso, o tipo e a data das sessões, a calendarização do procedimento e o prazo máximo, ainda que alterável, da mediação.

Subscrito o Protocolo, pode então começar-se a mediação propriamente dita.

e) Sessões de mediação, em especial as sessões privadas

Já se disse que o Regulamento não entra no pormenor do que deve ser o procedimento de mediação, deixando às partes e ao mediador quase total liberdade sobre o modo como pretendem que o seu procedimento se desenrole.

O normal será que haja algumas sessões presenciais de discussão do caso, na maior parte dos casos com a presença de todas as partes — as chamadas sessões plenárias. O número de sessões não tem um mínimo, nem um máximo, mas em termos de remuneração do mediador, não pode ir além das 10 sessões (art. 27.º, n.º 1, RMed).

Também é possível, porém, que se realizem, por um lado, sessões não presenciais e, por outro, sessões privadas. Nenhuma delas compromete qualquer princípio fundamental da mediação.

As sessões não presenciais poderão ser feitas por qualquer meio de comunicação à distância, seja telefone, videoconferência ou qualquer outro meio que permita uma comunicação efetiva entre todos os intervenientes.

As sessões privadas, que se costuma designar por *caucus*, são reuniões separadas com cada uma das partes e o mediador. Estas sessões permitem, muitas vezes, desbloquear impasses, pois a parte está, naturalmente, mais à vontade sem a outra parte⁽³⁷⁾.

(37) MOORE, CHRISTOPHER, *O Processo de Mediação*, 1998, p. 277.

O mediador tem, aqui, deveres acrescidos de confidencialidade, na medida em que a informação que lhe é transmitida nas sessões privadas não pode, exceto com autorização da parte, ser comunicada à outra (art. 5.º, n.º 2, LM).

O facto de haver informação não partilhada no procedimento de mediação leva a especiais cautelas, já que pode pôr em causa a confiança no processo e no mediador. Por essa razão se exige o consentimento de ambas as partes para a possibilidade de comunicações privadas — art. 7.º do Código Deontológico. Além disso, conforme decorre do princípio da igualdade (art. 6.º, n.º 1, LM) e é reforçado pelo art. 7.º do Código Deontológico, o mediador tem sempre o dever de assegurar igual oportunidade aos mediados de exporem os seus pontos de vista sobre o litígio.

Para além das sessões orais, que são o típico da mediação, pode, ainda, haver apresentações escritas sobre o caso, assim como troca de documento ou outros elementos (probatórios ou não) úteis à obtenção do acordo.

O Regulamento nada diz sobre o conteúdo das sessões de mediação, devendo o mediador seguir aqui o processo de mediação que melhor se adegue à sua formação e experiência, tomando, naturalmente, em conta o caso e as expectativas das partes⁽³⁸⁾.

f) Representação das pessoas coletivas e papel dos advogados na mediação

O art. 5.º, n.º 2, RMed, determina que as pessoas coletivas são preferencialmente representadas por quem esteja familiarizado com o litígio e tenha poderes para transigir.

Conforme referido atrás, a mediação é uma forma de resolução de litígios em que se busca os interesses que cada parte tem naquele litígio para, com base nisso, se construir uma solução que

⁽³⁸⁾ Em traços gerais, os estilos de mediação mais estudados são a mediação facilitadora, a mediação interventiva e a mediação transformadora. Sobre este assunto ver LOPES, DULCE e PATRÃO, AFONSO, *Lei da Mediação Comentada*, 2016, pp. 150-151, e FOSTER, KATINA, “A Study in Mediation Styles: A Comparative Analysis of Evaluative and Transformative Styles”, disponível em <<http://www.mediate.com/articles/fosterk1.cfm>>.

agrade a ambas. Esta ideia torna clara a necessidade de garantir que está presente na mediação alguém que conhece bem o litígio. Alguém que conhece a relação que existe entre as duas empresas, que sabe o que gerou e o que fez escalar o conflito, que conhece eventuais falhas de comunicação ou mal-entendidos que possam ter existido. Essa pessoa conhece os interesses da pessoa coletiva, incluindo o conhecimento sobre se a empresa tem ou não interesse em manter aquela relação no futuro, e pode negociar para satisfazer esses interesses. Uma mediação entre duas pessoas que apenas conhecem as posições iniciais das partes — aquilo que cada uma afirma pretender — dificilmente terá resultados satisfatórios.

No que diz respeito aos poderes para transigir, apesar de se revelarem imprescindíveis para a conclusão do acordo que põe fim ao litígio, não é necessário que o representante da pessoa coletiva os tenha quando a mediação se inicia. Desde que tenha poderes para representar a pessoa coletiva, o poder para transigir pode ser-lhe conferido já durante a mediação e, eventualmente, apenas para conclusão de um acordo específico (entretanto negociado).

Não sendo necessário, há vantagens em que o representante da pessoa coletiva tenha poderes para transigir desde o início do processo. Por um lado, torna o processo mais célere, na medida em que não é necessário interrompê-lo para que o representante obtenha permissão para concluir o acordo. Mais importante do que isso, contudo, é o facto de a outra parte não se sentir menosprezada (pelo facto de a contraparte ter enviado alguém com um estatuto na empresa inferior ao seu)⁽³⁹⁾ e se mostrar mais disposta para negociar e fazer eventuais cedências se souber que, do outro lado, está alguém que também tem a liberdade para fazer cedências.

O art. 5.º do RMed refere também, no n.º 3, a possibilidade de as partes serem assistidas por advogados⁽⁴⁰⁾. Na mediação comercial, o papel do advogado, apesar de ser diferente do seu papel no tri-

⁽³⁹⁾ MOORE, CHRISTOPHER, *O Processo de Mediação*, 1998, p. 132.

⁽⁴⁰⁾ Sobre a função do advogado na mediação ver FRANÇA GOUVEIA, MARIANA, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, 2014, pp. 52-56, e SIMAC, SRDAN, “Attorneys and Mediation”, in *A Mediação em Ação — Mediation in Action*, Coimbra, Mediarcom/Minerva Coimbra, 2008, pp. 15-69.

bunal ou na arbitragem, é muitas vezes fundamental para a obtenção de um acordo satisfatório para as partes. Cabe-lhe assistir o seu cliente, garantindo que este conhece o enquadramento jurídico da questão e sabe exatamente aquilo que está a negociar. A sua presença pode ser importante, também, para controlar a atividade do mediador, quer do ponto de vista da competência quer da deontologia⁽⁴¹⁾.

5. Acordo

Se a mediação for bem-sucedida, as partes encontrarão, por acordo, uma solução para o seu diferendo. Esse acordo tem, naturalmente, de revestir algum formalismo, mas nada de muito exigente.

O Regulamento do Centro de Arbitragem Comercial adota nesta matéria (art. 21.º, RMed) a regra prevista no art. 20.º da Lei da Mediação, de acordo com o qual “O conteúdo do acordo é livremente fixado pelas partes e deve ser reduzido a escrito, sendo assinado pelas partes e pelo mediador”.

Exige-se, portanto, forma escrita e assinatura das partes e do mediador, sendo o conteúdo inteiramente redigido conforme a vontade das partes.

No que diz respeito ao conteúdo, este é livremente fixado pelas partes, dentro dos limites da liberdade contratual. Parece-nos que a correta interpretação deste artigo não pode conduzir à conclusão de que as partes podem celebrar em mediação um contrato que fora da mediação não é admitido pelo ordenamento jurídico. Tal levaria a que a mediação pudesse ser utilizada pelas partes para contornar os limites impostos pelo sistema jurídico. Assim, o acordo resultante da mediação, como contrato que é, deve respeitar os arts. 280.º e 294.º do Código Civil⁽⁴²⁾.

⁽⁴¹⁾ FRANÇA GOUVEIA, MARIANA, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, 2014, p. 55.

⁽⁴²⁾ LOPES, DULCE e PATRÃO, AFONSO, *Lei da Mediação Comentada*, 2016, p. 159. Acerca dos limites à liberdade contratual, MORAIS CARVALHO, JORGE, *Os Limites à Liberdade Contratual*, Coimbra: Almedina, 2016.

O acordo obtido em mediação é título executivo caso preencha os requisitos do art. 9.º da LM: mediabilidade, capacidade das partes; respeito pela Lei de Mediação; conformidade com a ordem pública; participação de mediador de conflitos inscrito na lista de mediadores de conflitos organizada pelo Ministério da Justiça.

Para além desta possibilidade, o Regulamento de Mediação permite, ainda, que haja homologação do acordo por árbitro, nomeado, por ambas as partes, para esse efeito. Tal possibilidade está prevista no art. 22.º, n.º 2, RMed e tem como fim permitir uma maior facilidade no momento da execução, já que essa execução seguirá, independentemente do valor, processo sumário (art. 550.º, n.º 3, alínea *a*), do Código de Processo Civil) e terá fundamentos reduzidos de oposição à execução (art. 730.º do Código de Processo Civil). Além disso, a homologação pode facilitar a execução do acordo no estrangeiro⁽⁴³⁾, uma vez que, tratando-se de uma sentença arbitral, é possível recorrer à Convenção de Nova Iorque⁽⁴⁴⁾.

O árbitro, assim nomeado, deverá verificar se o acordo respeita a litígio mediável de acordo com o Regulamento de Mediação, se as partes têm capacidade para a sua celebração e se o seu conteúdo não viola a ordem pública.

Apesar da diferente letra do art. 22.º, n.º 3, do RMed e do art. 14.º, n.º 3, da LM (que prevê os critérios de homologação pelo tribunal judicial), a interpretação das duas normas conduz-nos à conclusão de que o seu conteúdo é idêntico, na medida em que os princípios gerais de direito, a boa-fé e o abuso de direito, referidos pelo art. 14.º, n.º 3, LM, se inserem no que a doutrina tem entendido ser a ordem pública⁽⁴⁵⁾.

(43) LOPES, DULCE e PATRÃO, AFONSO *Lei da Mediação Comentada*, 2016, p. 111.

(44) Convenção sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras, celebrada em Nova Iorque, a 10 de junho de 1958, e aprovada para ratificação, em Portugal, pela Resolução da Assembleia da República n.º 37/94.

(45) FRANÇA GOUVEIA, MARIANA, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, 2014, p. 91. Em sentido contrário, CEBOLA, CÁTIA, “Regulamentar a Mediação: um olhar sobre a nova Lei de Mediação em Portugal/Regulating mediation: yes or no? The mediation law in Portugal”, in *Revista Brasileira de Direito*, Vol. 11, n.º 2, 2015 pp. 60-61, considera que os critérios do art. 14.º, n.º 3, da LM são mais abrangentes do que o critério da ordem pública.

O papel do árbitro no que diz respeito ao controlo do conteúdo é o de um guardião do ordenamento jurídico. Não deve preocupar-se em saber se o acordo das partes corresponde à solução que o Direito teria para aquele litígio, nem sequer se lhe parece um acordo justo. Deve apenas garantir que o acordo não viola nenhum dos princípios fundamentais do nosso ordenamento jurídico.

Preenchidos os requisitos, o árbitro homologa o acordo que passa a valer como sentença arbitral de homologação.

6. Encerramento sem acordo

A mediação pode, também, terminar por razões diferentes do acordo, que são aquelas que estão estipuladas no art. 24.º do Regulamento de Mediação. Pode haver desistência de qualquer das partes, pois, sendo o procedimento de mediação inteiramente voluntário (art. 4.º, LM), as partes podem abandoná-lo em qualquer momento.

Para além desta situação, o mediador pode entender que não há condições para continuar com o procedimento de mediação, por, por exemplo, a postura de uma ou de ambas as partes não ser correta ou por haver uma clara desigualdade entre ambas, que impeça o normal desenrolar do procedimento.

Uma outra hipótese de termo do procedimento verifica-se caso se alcance o prazo fixado no protocolo de mediação sem que tenha sido alcançado qualquer acordo. O prazo de mediação é fixado no protocolo de mediação, nunca podendo ser superior a três meses contados da sua assinatura — art. 23.º, n.º 1, RMed. Este prazo pode ser prorrogado por uma vez e pelo mesmo período máximo, mas apenas havendo acordo das partes e do mediador e autorização do Presidente do Centro. O objetivo claro desta regra é procurar limitar as hipóteses de prorrogação e manter a mediação em prazos curtos. Trata-se, contudo, de uma norma que não afeta a possibilidade de acordo. Ao contrário da arbitragem em que, passado o prazo máximo, o árbitro deixa de ter poderes jurisdicionais

que lhe permitam decidir o caso⁽⁴⁶⁾, na mediação o mediador nunca decide. O poder está sempre nas mãos das partes, que decidem através da celebração de um contrato e que não perdem esse poder — a sua autonomia privada — pelo decurso do prazo do art. 23.º. Assim, se o acordo for alcançado depois do decurso do prazo máximo, há consequências jurídicas, como a circunstância de deixarem de estar suspensos eventuais prazos (de prescrição ou caducidade) que estivessem dependentes do encerramento da mediação, mas o acordo não perde a sua validade.

Por fim, uma última situação de encerramento do procedimento é o não pagamento das provisões previstas no Regulamento. Os encargos da mediação são regulados nos arts. 26.º e seguintes do Regulamento e, naturalmente, o não cumprimento desses pagamentos impede o prosseguimento do caso.

Em qualquer um destes casos, há uma comunicação formal do Centro de Arbitragem às partes e ao mediador, importante para clarificar qualquer prazo (de caducidade ou prescrição, substantivo ou adjetivo) que, nos termos do art. 13.º, n.º 3, da LM, possa estar dependente do encerramento da mediação⁽⁴⁷⁾.

7. Conclusões

Apresentado o Regulamento de Mediação do Centro de Arbitragem Comercial da Câmara de Comércio e Indústria, nos seus traços gerais, não temos dúvidas de que é um bom e, mais do que isso, necessário contributo para o desenvolvimento da mediação em Portugal.

⁽⁴⁶⁾ Art. 43.º, n.º 3, da Lei da Arbitragem Voluntária. Sobre este assunto ver MENEZES CORDEIRO, ANTÓNIO, *Tratado da Arbitragem*, Coimbra: Almedina, 2015, pp. 411-412, AA.VV., *Lei da Arbitragem Voluntária Anotada*, 2.ª ed., Coimbra: Almedina, 2015, p. 114, e FRANÇA GOUVEIA, MARIANA, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, 2014, pp. 291-293.

⁽⁴⁷⁾ Sobre a questão ver LIMA REGO, MARGARIDA, “A suspensão dos prazos de caducidade e prescrição por efeito da mediação”, também publicado neste número.

A mediação ganha um enquadramento institucional credível, com provas dadas na área da resolução alternativa de litígios e assim reconhecido pela comunidade jurídica portuguesa. Com esta estrutura, ao nível das normas e da instituição, é decerto mais segura a opção pela mediação. Os advogados confiarão, recomendarão aos seus clientes, participarão ativamente nas soluções.

Há, claro, diversos aspetos ainda a assegurar para garantir o sucesso da mediação. O primeiro deles é, sem qualquer dúvida, um conjunto de mediadores competentes e experientes em mediação e na área comercial. A mediação comercial tem especificidades que exigem um perfil especial, diferente da mediação familiar ou penal, uma perceção do que motiva os empresários e uma atenção particular às suas necessidades.

Para além desta questão, há também ainda muito a fazer na divulgação e promoção desta nova ferramenta. Bem sabemos que não há tradição em Portugal e, para além disso, que há muita desconfiança.

É preciso, pois, ganhar essa confiança, o que se consegue apenas com experiência, casos e resultados. Demorará, mas a médio prazo é uma causa vencedora.