

A MEDIAÇÃO PRIVADA EM PORTUGAL: QUE FUTURO?

Por Mariana Soares David()*

SUMÁRIO:

1. Introdução. **2.** A Mediação como meio alternativo (ou mais adequado) de resolução de litígios. *2.1.* As vantagens da Mediação. *2.2.* Avaliação casuística, consoante os casos, o momento e o estado do conflito. *2.3.* A experiência no direito comparado. **3.** Os principais obstáculos/dificuldades à penetração da mediação em Portugal. *3.1.* Desconhecimento geral (dentro e fora do mundo jurídico) *3.2.* Confusão com outros MARL e com outras experiências de mediação (mediação pública e nos julgados de paz). *3.3.* Resistência dos advogados. *3.4.* Necessidade de Homologação judicial. **4.** Possíveis caminhos ou soluções. *4.1.* Obrigatoriedade do recurso à mediação? *4.2.* Difusão e promoção da mediação, especialmente, junto da comunidade jurídica. *4.3.* A introdução crescente de convenções de mediação nos contratos celebrados. *4.4.* A aposta na mediação institucional. **5.** Conclusões.

1. Introdução

A mediação é usualmente descrita como um meio de resolução de litígios, alternativo ao recurso ao sistema judicial, tal como

(*) Advogada na Morais Leitão, Galvão Teles, Soares da Silva e Assoc/Mediadora certificada pelo ICFML e pelo *International Mediation Institute*.

a arbitragem e a conciliação — também ditos, meios alternativos de resolução de litígios (“MARL”)(¹).

Nos últimos anos, o ordenamento jurídico português registou vários avanços legislativos no sentido do reconhecimento e regulamentação da mediação como MARL, em particular, através da introdução da previsão da mediação como causa de suspensão da instância no Código de Processo Civil(²) e, mais ainda, através da aprovação da Lei n.º 29/2013, de 19 de Abril, que estabelece os princípios gerais aplicáveis à mediação realizada em Portugal, bem como os regimes jurídicos da mediação civil e comercial, dos mediadores e da mediação pública (“Lei de Mediação”).

Todavia, a verdade é que a mediação privada — e é apenas sobre esta que nos debruçaremos neste artigo — é, ainda hoje, um procedimento pouco conhecido e divulgado em Portugal, mesmo entre a comunidade jurídica; sendo muitas vezes percepcionada como um *minus* da arbitragem e, por conseguinte, tendo ainda diminuta utilização entre nós. Esta realidade é particularmente intrigante quando confrontada quer com as inúmeras vantagens que a mediação apresenta face ao sistema judicial e mesmo face aos demais meios extrajudiciais de resolução de litígios (*rectius*, de resolução de litígios ou de meros dissensos, ainda em fase pré-litigiosa), quer com o reconhecimento, utilização e sucesso da mediação em inúmeros países à escala mundial. Foi este confronto de ideias, experiências e realidades que motivou a redacção deste artigo.

Por isso mesmo, nas linhas que se seguem, começaremos precisamente por analisar e procurar aventar razões que justifiquem o facto de a mediação privada, civil e comercial, não ter ainda maior

(¹) Na expressão inglesa, muitas vezes utilizada mesmo entre nós: *ADR (Alternative Dispute Resolution Method)*.

(²) Cf. art. 273.º do CPC, introduzido pela Lei n.º 29/2009, de 29 de Junho, que *en passant* transpôs para o ordenamento jurídico nacional a 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. Aquele diploma foi posteriormente revogado pela Lei n.º 13/2013, de 5 de Março, em cujo art. 6.º se exceptua o referido preceito, que, assim, permaneceu (e permanece) em vigor, até à reforma do Código de Processo Civil de 2013 como art. 279.º-A.

aceitação e utilização em Portugal, apesar de todas aquelas vantagens e da tão favorável experiência no direito comparado. Neste ponto, o que se pretende é evidenciar os principais obstáculos que a mediação parece enfrentar entre nós, pensar sobre os mesmos e, pelo menos, levantar a dúvida sobre a sua razão de ser e efectiva justificação.

Em seguida, porque não nos podemos bastar com a simples enunciação da patologia — um exercício útil mas, por si só, algo infrutífero e frustrante —, tentaremos apontar possíveis caminhos para que a mediação se possa tornar uma realidade em Portugal, hoje, e não daqui a uns anos, como tantas vezes se diz que sucede em Portugal (*i.e.*, *10 anos depois do que acontece nos países mais desenvolvidos*).

Em suma, no final deste artigo, as ideias que gostaríamos de conseguir transmitir são as seguintes: (i) a mediação é um processo estruturado de resolução de conflitos muito eficaz, com vantagens que não encontram espelho nos demais MARL; (ii) a mediação não deve ser vista como uma ameaça à actividade dos advogados, que devem estar muito presentes no processo e que só têm a ganhar com a fidelização de clientes verdadeiramente satisfeitos; (iii) a intervenção activa dos advogados e de centros de mediação organizados junto de instituições reputadas é imprescindível para ganhar a confiança do mundo jurídico mais tradicional; e, por fim, (iv) se a mediação é tão eficaz em tantos países à escala mundial, porque não cá e porque não já.

De facto, como é consabido, a existência de mecanismos de resolução que sejam simultaneamente eficientes e rápidos é um importante factor de atracção de negócios internacionais para qualquer país. Este ponto foi, durante muito tempo, salientado a propósito da arbitragem e aplica-se, por maioria de razão, no que diz respeito à mediação, que, a nosso ver, será inevitavelmente, a breve trecho, uma realidade na resolução de (certos) litígios em Portugal, de modo ainda mais rápido, eficaz e eficiente.

2. A Mediação como meio alternativo (ou mais adequado) de resolução de litígios

2.1. As vantagens da mediação

Na definição da Directiva 2008/52/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, relativo a certos aspectos da mediação em matéria civil e comercial (“Directiva da Mediação”), a mediação é “um processo estruturado, independentemente 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 a resolução do seu litígio com a assistência de um mediador”⁽³⁾.

A mediação distingue-se da arbitragem por não se tratar de um processo de decisão do litígio por um ou mais árbitros, mas de um processo flexível de negociação assistida por um terceiro neutro, em que são as próprias partes que desenham o melhor modo de resolução do litígio; e por se tratar de um processo absolutamente voluntário, no sentido em que as partes o podem abandonar a qualquer momento. Por outro lado, por comparação com a conciliação, apesar das suas acrescidas similitudes, o mediador tem uma função fundamentalmente facilitativa⁽⁴⁾ do diálogo entre as partes, procu-

⁽³⁾ Esta definição encontra, de certo modo, espelho no art. 2.º, alínea *a*), da nossa Lei de Mediação, onde esta é definida como “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”, infelizmente sem referência ao carácter estruturado do processo.

⁽⁴⁾ A expressão corresponde a um anglicismo frequentemente utilizado para distinguir duas abordagens possíveis para a forma de condução da mediação: *(i)* facilitativa (*facilitative*) quando o mediador se limita a veicular o diálogo entre as partes sem nunca sugerir ou impor soluções, como sugere o modelo linear da escola de Harvard, e *(ii)* avaliativa (*evaluative*) quando o mediador, num modelo mais próximo do que é próprio do conciliador, intervém de modo mais activo no processo de resolução de litígios, podendo sugerir soluções e sendo até expectável que o faça. Para uma melhor explicação desta distinção entre estes modelos *vide*, entre outros, LACK, JEREMY e BOGACZ, FRANÇOIS, *The neurophysiology of ADR and process design: a new approach to conflict prevention and resolution?*, 2012, disponível em <<http://www.neuroawareness.com/wp-content/uploads/2016/02/Lack-Bogacz-2012-The-Neurophysiology-of-ADR-and-Process-Design-A-New-Approach-to-Conflict-Prevention-and-Resolution.pdf>> (acesso em 04.07.2018), pp. 50-64. Não obstante,

rando afastá-las de uma negociação posicional (*i.e.*, baseada naquilo a que acreditam ter direito e na interpretação que fazem do comportamento do outro) e direccionar o seu discurso para uma discussão focada nos seus verdadeiros interesses, designadamente através de uma combinação de técnicas que o mediador deve dominar, como o questionamento, a reformulação, e a promoção da escuta recíproca das partes. Porém, ao contrário do que se espera na conciliação, o mediador não deve sequer sugerir uma solução para o problema que afasta as partes, mesmo que tal solução lhe pareça óbvia face ao enunciado pelas mesmas. Ao invés, o papel do mediador é, neste domínio, porventura mais difícil, porquanto lhe é pedido que, através das técnicas aprendidas durante a sua formação, faça com que as partes se apercebam dos seus verdadeiros interesses e das possíveis falácias ou fraquezas do seu discurso (sem nunca as expor negativamente diante da outra parte) e com que sejam as próprias partes a formular opções e a chegar a soluções. O caminho é, de facto, mais árduo, mas a experiência — sobretudo em termos de direito comparado — revela que esta estratégia é, a longo prazo, mais eficaz, na medida em que apenas deste modo as partes se conseguem rever realmente na solução alcançada e, por isso mesmo, tendem a cumprir com o acordado.

De facto, não se pense que, atento o seu papel de “mero facilitador”, a função de mediador é mais fácil do que a de juiz, árbitro ou conciliador, sobretudo quando essa tarefa é desempenhada por um jurista. De um lado, porque enquanto, no decurso do julgamento o juiz ou o árbitro se podem, na prática, limitar a ouvir as partes, os seus advogados e testemunhas, estudando a final a(s) questão(ões) jurídica(s) suscitada(s) pelas partes (e apenas essas) e tomando uma posição sobre a(s) mesma(s) — passo o simplismo —, o mediador tem de ter um papel muito activo desde o início do procedimento. Sem essa intervenção activa do mediador, o diálogo entre as partes persistirá no plano da agressão mútua e da ameaça, da negociação com base nos seus direitos (ou daquilo a que estão

porque o modelo facilitativo nos parece ser aquele que mais respeita a própria natureza da mediação, é esse aquele que perfilhamos e que, por isso mesmo, tomaremos por referência ao longo deste artigo.

convencidos ter direito), e, em certos casos, não será sequer possível. De outro lado, apesar de não ter um papel tão activo como o conciliador no plano da formulação e da escolha das possíveis soluções do caso, o mediador intervém activamente, seja na definição das regras do processo e de veiculação do diálogo (e no controlo sistemático do seu cumprimento); seja na condução do próprio processo, e na sua adequação em função da postura e disponibilidade das partes e de eventuais impasses que podem aconselhar a realização de sessões privadas (“caucus”) a qualquer altura do processo; seja na exploração dos verdadeiros interesses das partes, no confronto das mesmas com a sua *BATNA/WATNA*⁽⁵⁾ e na realização de testes de realidade prévios à assinatura de um eventual acordo⁽⁶⁾.

Tudo isto incumbe ao mediador, apesar da sua presença mais neutra. Sem esta intervenção activa do mediador, o processo de mediação dificilmente chegará a *bom porto* e poderá inclusive não cumprir qualquer função. Para além disso, a função de mediador acarreta dois importantes desafios para qualquer jurista: em primeiro lugar, a necessidade de nos desligarmos de um raciocínio puramente jurídico para nos podermos empenhar na procura dos verdadeiros interesses e necessidades das partes, por detrás do seu discurso, muitas vezes demasiado emotivo e posicional, e na pro-

(5) Os acrónimos correspondem, respectivamente, a *Best Alternative to a Negotiated Agreement (BATNA)* e *Worst Alternative to a Negotiated Agreement (WATNA)*, i.e., cenários que devem ser equacionados pelas partes para melhor avaliação da sua probabilidade de sucesso numa acção judicial/arbitral e para melhor compreensão do que poderia ser um bom acordo, em sede de mediação, capaz de evitar a incerteza sobre a verificação da sua *BATNA* e a concretização da sua *WATNA*. Este exercício de reflexão sobre a *BATNA* e a *WATNA* de cada parte é usualmente realizado em sessões privadas, para maior sinceridade e espontaneidade de cada parte e, se possível, antes das fases de formulação de opções e de negociação. Se assim for, diz a experiência que estas últimas fases serão muito mais profícuas, uma vez que as partes estarão mais disponíveis para equacionar outras opções e para negociar após terem sido confrontadas com o seu melhor e pior cenário fora da mediação.

(6) Este ponto é muito importante e nem sempre é suficientemente frisado. A realização do teste de realidade, seja em relação à argumentação que vai sendo esgrimida por cada parte, seja em relação às opções formuladas, seja em relação ao acordo alcançado, é essencial para que não suceda depois que, depois de uma noite de sono sobre o assunto, uma das partes se arrependa do acordo ou se aperceba destas falhas e acabe por não o cumprir ou por tentar até invalidá-lo.

cura de soluções não contempladas pelo direito estrito mas que podem satisfazer melhor os interesses das partes; em segundo lugar, a necessidade de moderarmos o nosso ímpeto argumentativo e a nossa vontade de acelerar o processo e de sugerir soluções jurídicas que nos parecem evidentes, mas que podem não ser as mais adequadas para as partes e que, acima de tudo, não serão sentidas como “suas”.

Dito isto, a nosso ver, as principais características e vantagens da mediação face ao recurso aos tribunais judiciais ou mesmo face aos demais MARL são as que em seguida, sumariamente, se enunciam:

a) Carácter voluntário

Ao contrário do que sucede noutros países, em Portugal, a mediação privada é absolutamente voluntária, no sentido em que as partes podem ou não decidir recorrer à mediação, mesmo no decurso de qualquer processo judicial ou arbitral, e podem igualmente decidir pôr-lhe termo a qualquer momento, em princípio, sem qualquer sanção ou penalização⁽⁷⁾.

Aliás, mesmo perante um despacho judicial que determine a remessa do processo para mediação, suspendendo a instância — hipótese que apenas passou a ser possível a partir de 2009, por força da introdução do art. 273.º no Código de Processo Civil — a própria lei ressalva que as partes se podem opor a essa remessa, desde que se manifestem expressamente contra a mesma.

(7) Não se exclui, em todo o caso, que alguns Regulamentos de Mediação ou o próprio Protocolo de Mediação, que deverá ser assinado pelas partes e pelo mediador antes de dar início ao processo propriamente dito (cf. Lei de Mediação, art. 16.º) possam estabelecer sanções ou, pelo menos, cominações em matéria de pagamento dos custos da mediação aplicáveis à parte que decide pôr-lhe termo. A este propósito, *vide* o art. 26.º, n.º 3, alíneas *b*) e *c*), do Regulamento de Mediação do Centro de Arbitragem Comercial do Centro de Comércio e Indústria Português (“CAC-CCIP”) e o art. 21.º, n.º 4, do Regulamento de Conciliação e Mediação de Conflitos da Concórdia — Centro de Mediação, Conciliação de Conflitos e Arbitragem (“Concórdia”).

b) Flexibilidade e informalidade

Há um certo preconceito, no mundo jurídico, relativamente a estes dois termos, que, de certo modo, penaliza a mediação. Por isso mesmo, importa começar por desmistificar o referido preconceito e a ideia frequente de que apenas um procedimento formal, com um conjunto de ritos históricos associados (como, por exemplo, o uso de togas e becas e o emprego de certos chavões clássicos em tribunal judicial, designadamente antes dos advogados fazerem uso da palavra para inquirições ou alegações), se assegura um procedimento sério e uma boa decisão.

Basta atentar na forma como a maior parte dos não-juristas se referem aos nossos tribunais e no descrédito em que estes parecem ter caído. Para os clientes individuais, todo este ritualismo que ainda circunda os nossos tribunais judiciais representa um elemento de intimidação, que dificulta a sua participação no processo e, por conseguinte, impede que se revejam numa decisão proferida por um juiz que não revelou qualquer empatia pelo seu caso e que as mais das vezes nem sequer os ouviu. Tudo isto agravado pela usual demora na condução dos processos e pelos elevados custos associados ao acesso aos tribunais judiciais⁽⁸⁾. Para os clientes empresariais, ainda que aquele temor reverencial possa não ser tão relevante⁽⁹⁾, o recurso aos tribunais judiciais representa sempre um acréscimo de custos e de tempo, que é difícil de explicar do ponto de vista da racionalidade económica da empresa.

Dito isto, importa igualmente desmitificar uma outra ideia (errada) muitas vezes associada a estes dois epítetos: nenhum destes termos deve ser entendido como sinónimo de ausência de regras, de desorganização ou de arbitrariedade. De resto, a flexibilidade tem sido paulatinamente incorporada também no sistema judicial, de modo crescendo, através de cada reforma do Código de Processo

⁽⁸⁾ Actualmente agravado com os termos absolutamente inconstitucionais de aplicação do remanescente da taxa de justiça, prevista no art. 6.º, n.º 7, do Regulamento das Custas Processuais, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 34/2008, de 26 de Fevereiro.

⁽⁹⁾ Ainda que muitas vezes tenha bastante impacto, mesmo perante os mais altos órgãos sociais, que se revelam absolutamente perturbados quando sentados num banco de tribunal.

Civil, culminando no actual *dever de gestão processual*, plasmado no art. 6.º do Código de Processo Civil por efeito da reforma de 2013 (um sucedâneo do princípio da adequação formal, actualmente mais densificado e vincado). Esta flexibilidade é uma exigência da adequação do processo ao caso, por oposição à anterior adequação do caso ao processo e, pela nossa experiência, tem sido empregue de modo cada vez mais frequente pelos nossos tribunais, a contento das partes. Para além disso, outra das vantagens associadas a estes dois conceitos é a possibilidade de as partes poderem exprimir livremente as suas opiniões, vontades e emoções.

Acrescente-se ainda que nem a flexibilidade nem a informalidade são absolutas no processo de mediação. De facto, pese embora o processo de mediação seja tendencialmente flexível e informal, isso não significa que não haja um conjunto de regras e de procedimentos a seguir até ao resultado final. É frequente ouvir-se, mesmo entre advogados, juízes e árbitros, quem afirme o inverso, imaginando que a mediação não é mais do que uma negociação e que, por isso mesmo, não há qualquer razão para que não sejam os próprios advogados ou o próprio tribunal a conduzi-la. Porém, este comentário ignora, de um lado, que a mediação é um processo de negociação assistido por um neutro e que nem os advogados das partes nem o juiz da causa têm essa qualidade de imparcialidade; e, de outro lado, que a mediação segue um processo estruturado estabelecido pelas partes e pelo mediador ou pelo Regulamento de Mediação para o qual remetam⁽¹⁰⁾ e

⁽¹⁰⁾ Em concreto, na generalidade dos casos, o procedimento deve começar por uma sessão de preparação da mediação com cada uma das partes, para explicação do processo e de algumas regras basilares, sobretudo quando as partes ou os seus advogados não têm experiência em mediação. Em seguida, o procedimento segue com uma sessão conjunta, em que cada parte apresenta a sua versão dos factos e das questões que a distanciam da outra parte, após a qual o mediador deve fazer um resumo e formular uma agenda com os principais tópicos a abordar (e a negociar) nas restantes fases do processo. Se necessário, o mediador pode então — e a nosso ver deve, em quase todos os casos — realizar uma ou mais sessões privadas com cada parte, sempre em condições de igualdade, para que, num clima de estrita confidencialidade, estas possam partilhar com o mesmo questões que não queiram partilhar com a outra parte mas que o mediador possa ajudar a enquadrar, levando as partes a equacionar os seus *BATNA* e *WATNA* e as suas probabilidades. Por fim, o mediador retoma a sessão conjunta para formulação de opções quanto a cada um dos

assenta sobre um conjunto de princípios fundamentais definidos pela Lei⁽¹¹⁾ e pelo Regulamento de Mediação eventualmente aplicável⁽¹²⁾.

Finalmente, ainda quanto à informalidade, uma palavra sobre a mediação *online*. Ao contrário do que sucede em ambiente judicial, onde mesmo o recurso a videoconferências e a projecção de documentos ou apresentações informáticas esbarra com inúmeros problemas de ordem técnica e consuetudinária, na arbitragem, a utilização de meios informáticos é cada vez mais frequente, sendo normalmente bem aceite pelo tribunal. Na mediação, as exigências de celeridade e economia de custos têm fomentado a utilização de plataformas como o *Skype*, *VoIP* ou *GoToMeeting* para a realização de mediações *online*. Deste modo, é possível realizar uma mediação inteira sem que as partes e o mediador se tenham de deslocar fisicamente, evitando-se assim custos adicionais e discussões sobre o lugar da mediação. Este método é particularmente útil em mediações internacionais, mas tem sido também fomentado internamente nalguns países como o Brasil⁽¹³⁾. A ideia é certamente inovadora mas tem enfrentado alguma resistência, pois suprime o carácter pessoal das negociações (*face-to-face mediation*), não favorece a desconstracção das partes, não permite controlar a sua concentração no processo e no discurso da outra parte e dificulta a leitura da linguagem gestual das partes pelo mediador. Em todo o caso, pode ser muito conveniente quando estão em causa litígios internacionais, pois reduz significativamente os custos operacionais.

pontos da agenda e, em seguida, medeia a negociação entre as partes, que deverá culminar com um teste de realidade, antes de o acordo ser finalmente redigido e assinado pelas partes.

⁽¹¹⁾ Cf. Lei de Mediação, arts. 3.º a 9.º

⁽¹²⁾ A título de exemplo, *vide*, entre outros, os arts. 3.º a 5.º do Regulamento de Mediação do CAC-CCIP, os arts. 3.º e 4.º do Regulamento de Conciliação e Mediação de Conflitos da Concórdia.

⁽¹³⁾ Nos termos do art. 334, § 7.º do CPC brasileiro de 2015, “[a] audiência de conciliação ou de mediação pode realizar-se por meio eletrônico, nos termos da lei”. A mediação *online* já era de resto uma realidade desde 2012 no âmbito da justiça federal.

c) *Celeridade e eficiência*

Apesar da sua flexibilidade, que aconselha a uma adaptação casuística do processo, em regra, a mediação é um procedimento muito mais rápido, que se pretende terminado em dias — e não em meses, como na arbitragem, ou em anos, como muitas vezes sucede no sistema judicial.

Na verdade, de acordo com o *Sixth Mediation Audit* de 22.05.2014, realizado pelo *Centre for Effective Dispute Resolution* (“*CEDR*”)(¹⁴), que analisa os resultados da mediação no Reino Unido — onde a mediação se encontra já numa fase mais avançada, podendo por conseguinte servir como exemplo paradigmático do que se espera do funcionamento deste meio de resolução de litígios —, cerca de 75% dos casos são resolvidos por acordo, num só dia, ou em pouco mais, com recurso a um número de horas de preparação pelo mediador muito reduzido(¹⁵).

Para além disso, e pese embora os honorários dos mediadores não distem (e não devam distar)(¹⁶) dos honorários dos árbitros, pelo menos no âmbito da arbitragem e da mediação institucionais — onde esses honorários são tabelados — a verdade é que o procedimento é sempre mais curto. O que, por si só, torna o procedimento menos dispendioso, seja pelo menor número de horas empregues pelo mediador, pelas partes e seus advogados, seja pelos menores custos de deslocação desses vários intervenientes. Isto, sem falar no que se poupa com a desnecessidade de apresentação e deslocação de testemunhas e com todo o incómodo pessoal e institucional associado a esse momento, que assim pode ser evitado.

Numa outra perspectiva, o recurso à mediação permite ainda evitar outros custos, por vezes menos evidentes, relacionados com

(¹⁴) O referido estudo encontra-se disponível no sítio da Internet da *CEDR*, através da ligação <<http://www.cedr.com/docslib/TheMediatorAudit2014.pdf>> (acesso em 04.07.2018).

(¹⁵) Entre 13,5 e 16,5 horas, consoante a experiência dos mediadores.

(¹⁶) De um lado, para evitar que a função de mediador seja menos atractiva para os bons juristas, e de outro lado, para evitar que essa função seja (ou continue a ser) menos importante do que a de árbitro. Em nossa opinião, é imprescindível erguer o estatuto do mediador e isso não será possível se, nos centros de arbitragem e mediação, houver distinção entre os honorários dos mediadores e dos árbitros.

a incerteza quanto à decisão final de um processo judicial ou arbitral (muitas vezes prolongada por vários meses ou anos), com a afectação de recursos internos do cliente para acompanhamento do caso junto dos respectivos advogados e, possivelmente, no caso de sociedades clientes, com a manutenção de uma provisão financeira para a hipótese de insucesso, que naturalmente pesa nas respectivas contas. Por isso mesmo, conforme sublinha WOLF VON KUMBERG⁽¹⁷⁾, a mediação é particularmente útil quando mais importante do que o custo financeiro directo do contencioso é o custo dos recursos internos envolvidos e, bem assim, quando os processos tradicionais de resolução de litígios não têm boa reputação junto dos responsáveis das empresas envolvidas⁽¹⁸⁾.

d) Confidencialidade e Imagem

A confidencialidade é uma característica muitas vezes apontada à arbitragem, mas que tem especial acuidade na mediação, onde, nos termos do art. 5.º, n.ºs 1 e 4, da Lei de Mediação, “[o] procedimento de mediação tem natureza confidencial, devendo o mediador de conflitos manter sob sigilo todas as informações de que tenha conhecimento no âmbito do procedimento de mediação, delas não podendo fazer uso em proveito próprio ou de outrem”, de tal modo que “o conteúdo das sessões de mediação não pode [sequer] ser valorado em tribunal ou em sede de arbitragem”. Não obstante, em conformidade com o disposto nos parágrafos seguin-

⁽¹⁷⁾ VON KUMBERG, WOLF, *The future of mediation in Europe*, no 3.º Congresso Europeu de Mediação, em 26.09.2007, disponível em <<http://www.cedr.com/articles/?item=The-future-for-mediation-in-Europe>> (acesso em 04.07.2018).

⁽¹⁸⁾ Por tudo isto, conclui HANNAH TÜMPPEL, responsável pelo Centro Internacional de ADR da Câmara de Comércio Internacional, que, a menos que a relação comercial esteja destruída, que a parte tenha recursos ilimitados e tenha plena certeza de que terá vencimento na acção e da existência de bens suficientes para satisfação do seu crédito (se for o caso), as partes preferem sempre uma resolução rápida e eficiente. A Autora é citada por ANNA-MARIA TAMMINEM, *managing associate* na sociedade de advogados finlandesa *Hannes Snellman*, num artigo disponível em <<http://www.youngicca-blog.com/mediation-the-new-international-arbitration-for-our-generation>>, sob o nome *Mediation — the new “international arbitration” for our generation?* (acesso em 04.07.2018).

tes do mesmo preceito, este dever de confidencialidade apenas se refere ao conteúdo do processo e das sessões de mediação, e não ao acordo obtido, podendo cessar nas circunstâncias excepcionais previstas no n.º 3 do mesmo artigo, relacionadas com a protecção de interesses de ordem superior.

Este princípio é estendido às partes, designadamente através do art. 16.º, n.º 3, alínea *d*), da Lei de Mediação, no qual se determina que o dever de confidencialidade do mediador e das partes deve inclusivamente figurar no Protocolo de Mediação, que deverá ser assinado pelas mesmas antes do início dos trabalhos.

Assim sendo, salvo nas referidas circunstâncias excepcionais, todos os intervenientes no processo de mediação estão obrigados a guardar segredo sobre tudo o que tiver sido discutido no decurso do processo, em especial nas sessões privadas realizadas com cada parte (que se destinam precisamente à comunicação, ao mediador, de aspectos que, à partida, cada uma das partes não estaria disposta a partilhar com a outra).

Este ponto é particularmente relevante quando estão em causa conflitos cujo conhecimento público pode ser nefasto para a imagem pessoal ou profissional de determinada pessoa ou para a reputação e credibilidade de determinada sociedade. Em qualquer desses casos, a confidencialidade será uma ferramenta essencial para a preservação dessa imagem ou reputação.

e) Empowerment

A expressão anglo-saxónica não tem uma tradução directa que nos pareça fazer jus à amplitude do conceito em causa, que vai bastante além do atrás referido carácter voluntário da mediação.

A mediação é um processo das partes, escolhido pelas partes (uma vez que são estas que decidem se querem iniciá-lo, seja através de uma cláusula ou convenção de mediação⁽¹⁹⁾ seja através de

(19) Sem prejuízo da distinção acolhida na Lei de Arbitragem Voluntária entre cláusula compromissória e pacto arbitral, como modalidades da convenção de arbitragem (cf. Lei n.º 63/2011, de 14 de Dezembro (“LAV”), art. 1.º, n.º 3), adoptaremos neste con-

um compromisso de mediação posterior)⁽²⁰⁾, controlado a todo o tempo pelas partes (que nele participam e têm, em todos os momentos, oportunidade de falar e de se fazer ouvir, podendo inclusivamente decidir pôr-lhe termo a qualquer altura), o qual é conduzido com um profundo envolvimento das partes e no exclusivo interesse das mesmas (mesmo quando esse interesse não encontra previsão expressa na letra da lei, desde que não ofenda princípios basilares de ordem pública)^(21/22).

Face ao exposto, refere MARIANA FRANÇA GOUVEIA que, na mediação, ao contrário do que sucede em tribunal (judicial ou — acrescente-se — arbitral), “a postura é exactamente a oposta: parte-se do princípio que as partes são as pessoas que melhor colocadas estão para resolver o seu litígio. Há uma ideia de responsabilidade pessoal que se traduz na atribuição às partes do domínio do problema e do processo”⁽²³⁾. Aliás, esta característica é apontada por muitos como uma das principais vantagens da mediação face aos demais MARL, capaz de justificar o usual cumprimento voluntário dos acordos alcançados nesta sede.

texto a nomenclatura plasmada no art. 12.º da Lei de Mediação, que restringe — porventura, excessivamente — o conceito de convenção de mediação à cláusula contratual por meio da qual as partes acordem em submeter determinada questão à mediação.

⁽²⁰⁾ É possível também que a mediação seja sugerida judicialmente, pese embora não seja ainda prática corrente, sobretudo por desconhecimento dos seus termos e eficácia. Não obstante, mesmo nesse caso, não se tratando de mediação obrigatória, as partes são sempre livres de aceitar ou não a submissão à mediação.

⁽²¹⁾ Cf. Lei de Mediação, art. 9.º, n.º 1, alínea *d*).

⁽²²⁾ Não obstante, para conforto e tranquilidade do sistema jurídico, nos termos do art. 11.º, n.ºs 1 e 2, da Lei da Mediação, só podem ser submetidos à mediação privada, civil e comercial, os litígios relacionados com interesses de natureza patrimonial ou com direitos sobre os quais as partes possam celebrar transacção — ou seja, matérias em que a autonomia decisória das partes faz sentido e, em princípio, tem menos risco de colocar em perigo princípios fundamentais.

⁽²³⁾ FRANÇA GOUVEIA, MARIANA, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, 3.ª ed., Coimbra: Almedina, 2014, p. 50.

f) Profundidade, Criatividade e Reparação

A profundidade, criatividade e capacidade de reparação são, provavelmente, as características que mais diferenciam a mediação dos demais meios de resolução de litígios. Todas elas acabam por estar, de certo modo, relacionadas com o *empowerment* das partes e com a voluntariedade e flexibilidade do processo, sobre os quais já nos debruçámos *supra*, mas merecem tratamento autónomo pela sua extrema relevância.

Ao contrário dos demais meios de resolução litígios, a mediação tem como principal enfoque os verdadeiros interesses e necessidades das partes, por contraposição com as posições assumidas pelas mesmas, muitas vezes baseadas nos seus sentimentos e supostos direitos. Em boa verdade, trata-se do único método de resolução de litígios que se procura, efectivamente, distanciar ou decalcar da aplicação do direito estrito, que nem sempre satisfaz, da melhor forma, os interesses das partes⁽²⁴⁾. Neste sentido, refere MARIANA FRANÇA GOUVEIA que “só a composição dos interesses permitirá a duração do acordo e a manutenção do entendimento dos litigantes”⁽²⁵⁾.

Para além disso, pela profundidade com que se debruça sobre o conflito e pelo seu enfoque nos verdadeiros interesses das partes, a mediação procura uma solução que seja satisfatória para as duas partes (uma *win-win solution*), que evite a usual frustração sentida nos processos judiciais, de modo a que as partes se sintam ambas vencedoras em determinados pontos — idealmente, cada uma, nos aspectos que seriam, para si, mais relevantes⁽²⁶⁾. Tal solução pode passar por um pedido de desculpas, de que uma parte precise para poder ultrapassar a ofensa que sentiu com a situação que deu ori-

(24) Nesta ordem de ideias, Srdan Simac, juiz do Tribunal Superior de Comércio da Croácia, inclui, entre as vantagens da mediação para as partes, a consideração de todos os detalhes do litígio e não apenas daqueles com relevância jurídica (cf. SIMAC, SRDAN, “Attorneys and Mediation”, retirado do Livro *Mediation in Action/A Mediação em Acção*, editado por Vasconcelos-Sousa, José, Mediarcom/MinervaCoimbra, 2008, pp. 52-61).

(25) FRANÇA GOUVEIA, MARIANA, *ob. cit.*, p. 46.

(26) SIMAC, SRDAN, *ob. cit.*, pp. 52-61.

gem ao conflito, ou pode igualmente passar por uma solução mais criativa, como seja a criação de uma nova parceria entre as partes, que permita reestabelecer a sua relação comercial e ultrapassar o conflito passado. Nenhuma destas soluções caberia, provavelmente, na previsão do direito estrito e, por conseguinte, apesar da possibilidade do recurso à equidade, nos termos legalmente permitidos⁽²⁷⁾, dificilmente seria alcançada através do recurso a outro MARL.

De facto, ao olhar para o fundo do problema e para as suas verdadeiras causas e origens, detecta-se muitas vezes que a descrição do conflito realizada pelas partes está já muito moldada por um determinado enquadramento jurídico (que lhes tenha sido sugerido ou de que estas se tenham simplesmente convencido). Assim se explica, por hipótese, que, em tantos casos, apesar da indemnização reclamada por determinada parte, esta tenha outros interesses subjacentes, aos quais atribui até maior relevância, mas que o direito estrito não alcança — como sejam, a continuidade da relação comercial ou apenas a procura de uma solução rápida e que lhe permita evitar mais prejuízos.

Ora, para que estas soluções possam *vir a lume*, o trabalho do mediador — de investigação dos verdadeiros interesses e necessidades das partes e de exploração das causas do conflito — é essencial. Só assim se pode reestabelecer a comunicação entre as partes, para que estas se possam ouvir (e, quem sabe, compreender o comportamento da outra parte) e recuperar a confiança perdida durante o conflito. É certo que este cenário óptimo nem sempre se verificará mas, ainda que tal não suceda, se o trabalho de mediação for bem realizado e se as partes não estiverem absolutamente fechadas a essa possibilidade, mesmo que não seja possível ou conveniente recuperar a relação comercial, será certamente possível — ou pelo menos mais possível do que nos restantes MARL — pacificar o conflito e evitar custos adicionais com a sua manutenção.

Sendo certo que tudo o que atrás se disse a propósito da relação comercial entre as partes vale igualmente, e por maioria de razão, quanto à relação pessoal eventualmente existente entre as

(27) Cf. Código Civil, art. 4.º, CPC, art. 594.º, n.º 3, e LAV, art. 39.º.

mesmas. Imaginemos dois irmãos ou amigos que se zangam sobre uma divisão de propriedade: nenhuma solução será profundamente satisfatória para os dois se esta questão relacional não for, pelo menos, abordada.

2.2. Avaliação casuística, consoante os casos, o momento e o estado do conflito

Sem prejuízo das inúmeras vantagens atrás apontadas, a nosso ver, o sucesso da mediação em Portugal depende, não apenas de uma maior (e melhor) promoção do processo de mediação e destas suas vantagens, mas também da compreensão de que nem todos os casos devem ser submetidos à mediação.

Dito de outro modo: apesar do amplo conceito de mediabilidade previsto no art. 11.º da Lei de Mediação, há certos casos que não são aptos à mediação ainda que possam teoricamente ser submetidos a este processo de resolução de litígios e que, por isso mesmo, caso o sejam, não terão grande probabilidade de sucesso, acabando por enfraquecer a imagem da mediação e a sua elevada taxa de sucesso.

Em suma, em nossa opinião, não devem ser submetidos à mediação aqueles casos em que:

- i) O nível de conflito seja tão elevado que inviabilize o diálogo, ou em que uma das partes recuse veemente a hipótese de negociação ou de diálogo⁽²⁸⁾;
- ii) Se revele necessário, para uma das partes ou para ambas, estabelecer um precedente judicial⁽²⁹⁾ ou a obtenção de

⁽²⁸⁾ Neste sentido, salienta PAULA YOUNG a importância do recurso à mediação numa fase inicial do litígio, antes que este alcance níveis mais avançados de litigiosidade; altura em que o diálogo não será, provavelmente, uma opção, porque a vontade das partes as impele para o litígio [cf. YOUNG, PAULA, *The “What” of Mediation: When is mediation the right process of choice?*, disponível em <<http://www.mediate.com/articles/young18.cfm>> (acesso em 04.07.2018)].

⁽²⁹⁾ Este exemplo vale, fundamentalmente, para os países de *common law*.

caso julgado sobre determinados factos, essenciais para um pedido posterior de condenação de terceiro no exercício de direito de regresso;

- iii) Uma das partes se encontre numa posição de fragilidade que exija uma postura mais interventiva do que a do mediador para repor a justiça material;
- iv) Uma das partes só possa ser vinculada pela decisão de duas ou mais pessoas, tendo os respectivos representantes visões diametralmente opostas quanto à forma de resolução do conflito e quanto à solução que consideram aceitável.

Pelo contrário, estamos em crer que a mediação será muito útil nos casos em que⁽³⁰⁾:

- i) As partes têm uma visão conflituante dos factos ou do direito;
- ii) As partes, ou uma das partes, precisa(m) que a outra a oiça e que lhe peça desculpa;
- iii) As partes já não conseguem comunicar sem um intermediário mas ainda há alguma possibilidade ou vontade nesse diálogo ou em que o diálogo está a ser bloqueado por mal entendidos ou preconceitos que podem ser desbloqueados por um neutro treinado;
- iv) As partes vêem os seus interesses como incompatíveis mas parece haver alguma margem de compatibilidade;
- v) As partes discordam quanto ao foro de resolução do litígio;
- vi) As partes têm dificuldade em iniciar um processo negocial ou chegaram a um impasse nas negociações;
- vii) É necessário proteger questões de segredo comercial;

⁽³⁰⁾ Neste elenco, seguimos de perto YOUNG, PAULA, *ob. cit.*, nessa parte citando HALL ABRAMSON, em *Mediation Representation: Advocating in a Problem-Solving Process*.

- vii) É necessário assegurar ou salvaguardar (na medida do possível) o relacionamento entre as partes;
- ix) As partes estão empenhadas e interessadas em evitar um litígio prolongado e custoso, a perturbação negocial causada pelo acompanhamento e decurso do mesmo, bem como a indefinição do resultado do processo judicial/ arbitral, pretendendo aquelas manter um certo controlo sobre o resultado final.

Na maior parte dos casos, as partes não estarão na melhor posição para perceber se determinado assunto ou conflito deve ou não seguir para mediação, por se encontrarem demasiado envolvidas na questão.

Este trabalho de discernimento deverá, pois, ser realizado por alguém mais distante do litígio, como os respectivos advogados, o juiz ou o(s) árbitro(s) perante os quais a questão seja colocada, ou o mediador que recebe determinado caso para mediação. A decisão final, de avançar ou não com o processo de mediação, permanecerá nas mãos das partes, mas pelo menos será uma escolha mais informada. Sobretudo nestes primeiros anos de arranque da mediação privada em Portugal, parece-nos essencial que o mediador desempenhe também este papel pedagógico.

Dito isto, contanto que este trabalho de depuramento seja também realizado e assegurado, não há dúvida de que, em certos casos, a mediação não será apenas um meio alternativo de resolução de litígios, mas *o meio mais adequado*⁽³¹⁾ para a resolução daquele litígio.

⁽³¹⁾ A expressão “Meio Adequado de Resolução de Litígios”, como opção de densificação do acrónimo MARL em substituição de “Meio Alternativo de Resolução de Litígios”, é utilizada, entre outros, por CARMONA, CARLOS ALBERTO, em *A Arbitragem como Meio Adequado de Resolução de Litígios*, em Peluso, Min. Antonio Cezar (org.) Richa, Morgana de Almeida (org.) *Conciliação e Mediação: Estruturação da Política Judiciária Nacional*, Editora Forense, 2011, p. 298. No mesmo sentido, mas fazendo uso do adjetivo *Apropriado*, veja-se LACK, JEREMY, em “Appropriate Dispute Resolution (ADR): The Spectrum of Hybrid Techniques Available to the Parties”, *ob. cit.*, pp. 334.

2.3. A experiência no direito comparado

A mediação privada, como a entendemos hoje, parece ter tido início nos Estados Unidos da América, no princípio dos anos 70, sendo actualmente um dos principais meios de resolução de litígios⁽³²⁾, frequentemente incluído nos contratos das maiores empresas americanas e usualmente sugerida pelos tribunais⁽³³⁾. Não obstante, tratando-se de uma federação de Estados, a implementação da mediação não é idêntica nos vários Estados que a compõem, divergindo sobretudo quanto ao seu nível de regulação⁽³⁴⁾ e até quanto ao seu carácter obrigatório ou facultativo⁽³⁵⁾. Porém, independentemente do modelo de mediação utilizado em cada Estado, o certo é que a mediação se tem tornado uma realidade incontornável, de tal modo que a maior parte dos processos nos Estados Unidos da América são hoje resolvidos sem necessidade de realização de julgamento⁽³⁶⁾.

No Reino Unido (particularmente, em Inglaterra e Gales), a mediação tem sido um dos principais mecanismos de resolução de conflitos comerciais nos últimos 10 a 15 anos⁽³⁷⁾ e tem-se tornado

(32) Nalguns Estados diz-se até que a mediação é mais popular do que a arbitragem.

(33) MCFADDEN, DANNY, LL.M., FCI Arb, *Developments in International Commercial Mediation: USA, UK, Asia, India and the European Union*, p. 11, disponível em <<http://www.cedr-asia-pacific.com/cedr/uploads/articles/pdf/ARTICLE-20151015103818.pdf>>, (acesso em 04.07.2018), p. 1 e *Chambers Legal Practice Guides — Litigation*, Autores vários, editado por Chesler, Evan R., Cravath, Swaine & Moore LLP, 2014, p. 1362.

(34) A título exemplificativo, ao contrário do que sucede em New Jersey, a mediação é absolutamente informal e sem regras em Wisconsin e no Arizona.

(35) A este propósito vejam-se, de um lado, a nível federal, o *Alternative Resolution Dispute Act* de 1998, que impõe que os tribunais federais implementem meios alternativos de resolução de litígios e que atribui aos juízes poder para encaminhar certos casos para procedimentos alternativos de resolução de litígios (incluindo mediação), a título obrigatório, e, de outro lado, a nível estadual, algumas leis específicas da Califórnia, Delaware, Illinois, entre outros — cf. *Getting the Deal Through 2016, United States*, Law Business Research L.^{td}, London, p. 98.

(36) Ainda que essa resolução possa não passar necessariamente pela mediação, mas por um processo negocial ou por uma mediação judicial (por vezes mais próxima da conciliação do que da mediação).

(37) Cf. *Chambers Legal Practice Guides — Litigation*, *ob. cit.*, p. 1313.

cada vez mais popular no diferendo de litígios de qualquer dimensão. Apesar da ausência de qualquer legislação ou regulamentação a propósito do mediador ou do funcionamento da mediação, os benefícios deste meio de resolução de litígios têm sido amplamente reconhecidos⁽³⁸⁾, sendo cada vez mais frequente a sugestão judicial de recurso à mesma e existindo inclusivamente várias decisões judiciais que impõem às partes sanções pecuniárias em caso de não cumprimento ou recusa injustificada de cumprimento dessa sugestão⁽³⁹⁾. Seja por este factor de persuasão, seja simplesmente por uma questão cultural ou pela necessidade de encontrar alternativas a um sistema judicial caro e muito sobrecarregado, o certo é que a mediação parece ser, actualmente, equacionada em quase todos os casos⁽⁴⁰⁾, verificando-se um crescimento anual na ordem dos 15% no recurso à mediação desde 2010^(41/42).

Logo em seguida, a Austrália tem sido, há vários, um dos principais entusiastas da mediação à escala mundial⁽⁴³⁾, seguida provavelmente do Canadá⁽⁴⁴⁾.

⁽³⁸⁾ De realçar ainda que, de acordo com o *Sixth Mediation Audit* de 22.05.2014, realizado pelo *Centre for Effective Dispute Resolution (CEDR)*, 71% dos utentes manifestam uma postura muito positiva face ao uso da mediação e que o valor dos casos tem vindo a aumentar, aproximando-se de 9 biliões de libras por ano.

⁽³⁹⁾ *Dunnet v. Railtrack plc*, [2002] EWCA Civ 303, *PGF II SA v. OMFS Company I Limited*, [2013] EWCA Civ 1288 — ambos cit. em *The Dispute Resolution Review*, Autores vários, editado por Cotton, Jonathan, 2014, p. 233. No último caso, o tribunal recusou atribuir ao réu os seus custos porque este se tinha recusado a mediar o litígio no início. No mesmo sentido, *Mediation in the UK today*, por Sir Henry Brooke, presidente do *Civil Mediation Council*, em 02.02.2010, em disponível em <<http://www.cedr.com/articles/?item=Mediation-in-the-UK-today-by-Sir-Henry-Brooke>> (acesso em 04.07.2018).

⁽⁴⁰⁾ Cf. *Chambers Legal Practice Guides — Litigation*, 2014, *ob. cit.*, p. 1330.

⁽⁴¹⁾ LANGDON-DOWN, GRANIA, *Commercial mediation: resolution revolution?*, 30.09.2013, disponível em <<http://www.lawgazette.co.uk/law/commercial-mediation-resolution-revolution/5037884.fullarticle>> (acesso em 04.07.2018).

⁽⁴²⁾ Cf. *Chambers Legal Practice Guides — Litigation*, 2014, *ob. cit.*, pp. 572, 587 e 588.

⁽⁴³⁾ *The Dispute Resolution Review*, 2014, *ob. cit.*, pp. 30-32, MCFADDEN, DANNY, LL.M., FCI Arb, *Developments in International Commercial Mediation: USA, UK, Asia, India and the European Union*, *ob. cit.*, pp. 11-13.

⁽⁴⁴⁾ A mediação tem muita expressão praticamente em todos os estados do Canadá, sendo inclusivamente obrigatória nalgumas províncias, como Ontario (cf. *The Dispute Resolution Review*, 2016, *ob. cit.*, p. 115; *Chambers Legal Practice Guides — Litigation*, 2014, *ob. cit.*, p. 221; *Getting the Deal Through — Mediation 2016, Canada*, *ob. cit.*, p. 29).

Na Europa, a mediação sofreu um novo impulso após a entrada em vigor da Directiva da Mediação, em Junho de 2008, pese embora esta apenas se aplique a conflitos internacionais. A Directiva da Mediação encontra-se neste momento transposta na quase totalidade dos Estados-Membros da União Europeia (com excepção do Reino Unido), nalguns casos com aplicação também a diferendos ou conflitos puramente internos (como sucede no ordenamento jurídico português)⁽⁴⁵⁾. Não obstante, ainda antes da aprovação desta Directiva, já no Livro Verde de 2002 e no Código Europeu de Conduta de 2004 se davam passos importantes para a promoção da mediação na União Europeia. As realidades individuais de cada Estado-Membro são ainda muito díspares, pese embora, na maior parte dos casos, a tradição judiciária seja ainda muito forte e exista ainda um profundo desconhecimento sobre a mediação. Assim se explica que, de acordo com um estudo de 2014, 46% dos Estados-membros, entre os quais Portugal, ainda tenham menos de 500 mediações por ano, em contraste com a Alemanha, Itália, Holanda e Reino Unido, com mais de 10.000 de mediações por ano⁽⁴⁶⁾.

De facto, sem prejuízo da inegável importância da Directiva da Mediação, verifica-se que os Estados-Membros onde a mediação tem uma presença mais forte, como o Reino Unido e a Holanda⁽⁴⁷⁾, são países onde o início da sua utilização antecede em muito esta Directiva e onde a mediação institucional tem tido um papel importante.

Em sentido crescente, vejam-se os exemplos da Noruega, onde tem havido um grande investimento estatal na mediação e onde se prevê que os tribunais possam iniciar uma mediação judicial ou remeter o caso para mediação extrajudicial a qualquer momento do processo⁽⁴⁸⁾, sendo esta vista como um meio muito eficaz de resolução de litígios⁽⁴⁹⁾, bem como da Suécia, apesar da

(45) Cf. Directiva 2008/52/CE, art. 1.º, n.º 2, e Lei da Mediação, art. 2.º, alínea a).

(46) Cf. MCFADDEN, DANNY, *Developments in International Mediation: USA, UK, Asia, India and the European Union*, ob. cit., pp. 7-8.

(47) *Chambers Legal Practice Guides — Litigation*, 2014, ob. cit., pp. 877-878.

(48) *The Dispute Resolution Review*, 2014, ob. cit., p. 611-612

(49) *Chambers Legal Practice Guides — Litigation*, 2014, ob. cit., p. 928.

ainda elevada resistência dos advogados e da forte importância da arbitragem⁽⁵⁰⁾.

Ainda na Europa, mas já fora da União Europeia, também na Suíça, a mediação tem vindo a crescer, em grande parte, graças ao papel desempenhado pela *Swiss Chamber of Commerce*⁽⁵¹⁾.

Do *outro lado do mundo*, para além da Austrália, destaquem-se ainda os exemplos de Hong Kong, onde a mediação tem ganho proeminência crescente desde a implementação da reforma da justiça civil e da entrada em vigor da *Practice Direction 31*, em 2010, que exige uma tentativa genuína das partes na resolução da disputa por mediação⁽⁵²⁾; do Vietnã, onde a mediação e a conciliação surgem como MARL preferenciais, sendo até obrigatórios em certos litígios⁽⁵³⁾; da Malásia, onde o recurso à mediação e, bem assim, o número de centros de mediação têm aumentado significativamente⁽⁵⁴⁾; e da Singapura, que tem apostado muito no seu posicionamento como “*venue for international mediation*”⁽⁵⁵⁾.

Por fim, na América Latina, nos últimos anos, a mediação tem tido uma evolução muito favorável, particularmente na Argentina, onde parece estar, inclusive, mais em voga do que a arbitragem em quase todos os estados da federação⁽⁵⁶⁾; e no México, onde a mediação é facultativa mas tem sido muito encorajada pela *CANACO*, pelo *Mexican Mediation Institute* e pelos tribunais locais⁽⁵⁷⁾, oferecendo taxas de sucesso muito satisfatórias. Neste contexto, também o Brasil tem revelado um avanço significativo no recurso à mediação, que se espera que aumente ainda mais na sequência da recente aprovação da lei de mediação brasileira e das alterações ao código de processo civil brasileiro, em 2015⁽⁵⁸⁾.

⁽⁵⁰⁾ *Ibidem*, p. 1259.

⁽⁵¹⁾ *The Dispute Resolution Review*, 2014, *ob. cit.*, p. 753.

⁽⁵²⁾ *Ibidem*, pp. 330-331.

⁽⁵³⁾ *Ibidem*, p. 842.

⁽⁵⁴⁾ *Ibidem*, pp. 530-531.

⁽⁵⁵⁾ *Chambers Legal Practice Guides — Litigation*, 2014, *ob. cit.*, pp. 1138 e 1148.

⁽⁵⁶⁾ De acordo com os dados da *Comisión Nacional de Acceso a Justicia*, disponíveis em <<http://www.cnaj.gob.ar/cnaj/docs/cuadro.jsp>> (acesso em 04.07.2018).

⁽⁵⁷⁾ *The Dispute Resolution Review*, 2014, *ob. cit.*, p. 561 e *Chambers Legal Practice Guides — Litigation*, 2014, *ob. cit.*, p. 846.

⁽⁵⁸⁾ *Chambers Legal Practice Guides — Litigation*, *ob. cit.*, 2014, p. 158.

Como se vê, as experiências e os modelos adoptados em cada país são muito diferentes: uns mais regulados do que os outros, uns mais voluntários do que os outros, uns mais eficazes do que os outros, uns mais sedimentados do que os outros.

Não obstante, em todos estes países, federações e Estados é possível detectar uma tendência crescente na utilização da mediação, nalguns casos até superior à arbitragem, e sempre com elevadas taxas de sucesso⁽⁵⁹⁾. Pelo que, confrontados com esta realidade empírica, corroborada pelos estudos e análises que se têm feito a este propósito, alguns dos quais se encontram aqui citados, não podemos deixar de nos questionar acerca das razões pelas quais Portugal não se encontra ainda entre este vasto elenco de protagonistas da mediação privada.

3. Os actuais obstáculos/dificuldades à penetração da Mediação em Portugal

Conforme se referiu *supra*, apesar de todas as inequívocas vantagens que se deixaram enunciadas no capítulo anterior e desta inspiradora análise de direito comparado, a mediação continua a não ter grande reconhecimento, ou pelo menos grande utilização, em Portugal.

Face ao exposto, antes de avançarmos com sugestões de possíveis caminhos para o desenvolvimento da mediação em Portugal parece-nos essencial aprofundar um pouco mais os principais obstáculos e dificuldades que esta continua a enfrentar para então podermos equacionar se, e de que forma, os poderemos ultrapassar.

⁽⁵⁹⁾ As taxas de sucesso variam consoante a penetração da mediação em cada país e, naturalmente, como muitos sublinham, consoante a qualidade do mediador e o empenho das próprias partes, sendo certo que nem todos os países têm dados estatísticos construídos a este propósito. No entanto, salientem-se os exemplos, muito positivos e inspiradores, do México, da Singapura, do Reino Unido, de vários membros dos Estados Unidos da América, com taxas de sucesso entre os 70% e os 95%.

3.1. Desconhecimento geral (dentro e fora do mundo jurídico)

Em primeiro lugar, debruçemo-nos sobre o profundo desconhecimento que ainda existe, entre nós, a propósito da mediação.

Por experiência pessoal, este desconhecimento existe, sem dúvida, entre a generalidade dos não-juristas e dos clientes que nos contactam, mas existe também — o que é, porventura, mais grave e de mais urgente reparação — entre grande parte dos juristas, juízes e advogados. Este desconhecimento é usualmente agravado pela antiguidade das pessoas em causa, na medida em que a mediação é um fenómeno relativamente recente na Europa Ocidental e que só muito recentemente começou a ser introduzida nos programas curriculares (de algumas) das Faculdades de Direito nacionais.

Para além disso, no que diz respeito aos advogados, quanto mais distantes do contencioso (e dos MARL, em particular) se situam mais insípido é o seu conhecimento quanto à existência e ao modo de funcionamento da mediação. Este aspecto é particularmente preocupante, na medida em que, pelo menos nos escritórios de maior dimensão, não são normalmente os *advogados de contencioso* que apoiam os clientes na redacção dos seus contratos. Assim se perdendo, por vezes, a oportunidade de previsão contratual de cláusulas ou convenções de mediação, as quais, como adiante se verá, se revelam também essenciais para o aumento da utilização da mediação em Portugal⁽⁶⁰⁾.

Este desconhecimento é muitas vezes justificado com um argumento de ordem histórica ou cultural, relacionado com o perfil naturalmente mais bélico ou aguerrido dos povos latinos. Todavia, numa sociedade globalizada e multicultural como a nossa, não nos parece que a questão cultural possa ser um impedimento. Pode certamente colocar mais dificuldades e justificar um maior atraso na sua adopção, mas não pode ser um impedimento. O primeiro grande impedimento será, isso sim, o desconhecimento — ou, pior

⁽⁶⁰⁾ Cf. Capítulo 4.3 *infra*.

ainda, um conhecimento deturpado — sobre o que é a mediação, sobre as suas inúmeras vantagens e sobre a sua utilização crescente a nível internacional.

3.2. Confusão com outros MARL e com outras experiências de mediação (mediação pública e nos julgados de paz)

Ainda na linha do ponto anterior, sobretudo entre os juristas, é também muito frequente a existência de alguma confusão entre a mediação e outros meios extrajudiciais de resolução de litígios, em particular, a conciliação e a negociação privada entre as partes.

Muito se tem escrito acerca da diferença entre estes meios, razão pela qual nos limitamos a este propósito a remeter para o que explica MARIANA FRANÇA GOUVEIA, em *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*⁽⁶¹⁾. Porém, é frequente encontrarmos juristas que ainda vêem e tratam a mediação como sinónimo de conciliação ou que estão convencidos de que a mediação não passa de uma negociação com um desnecessário acréscimo de custo. Em certos meios, infelizmente, é ainda esta a imagem que a magistratura judicial e que a advocacia têm da mediação, denotando assim, mais uma vez, um profundo desconhecimento sobre o que é a mediação e sobre as suas vantagens.

Esta confusão agrava-se quando nos confrontamos com a existência de modelos de mediação mais avaliativos e, por conseguinte, notoriamente mais próximos da conciliação, e quando verificamos a existência de sistemas jurídicos estrangeiros em que o procedimento qualificado localmente como mediação parece corresponder, de acordo com os nossos cânones, a um processo de conciliação⁽⁶²⁾.

Por outro lado, também a experiência da mediação pública (familiar, laboral e penal) e a mediação nos julgados de paz influen-

(61) FRANÇA GOUVEIA, MARIANA, *ob. cit.*, pp. 41-42, 47-50, 101-106, 119-123.

(62) Exemplos disso mesmo parecem ser o Bahrain, a China, a Colômbia, a República Dominicana, a Itália, a Coreia do Sul, os Emirados Árabes Unidos e a Islândia.

ciam muitas vezes, negativamente, os advogados que tiveram contacto com estas formas de mediação, até aqui, conduzidas de modo menos estruturado e porventura por pessoas com pouca formação para o efeito. A nova Lei da Mediação tem também, neste domínio, a virtude de uniformizar as regras aplicáveis à mediação pública e privada e de ter lançado o mote para vários cursos de formação e certificação de mediadores, organizados, em particular, pelo Instituto de Formação e Certificação de Mediadores Lusófonos (“ICFML”).

3.3. Resistência dos advogados

Perante uma situação de conflito, esgotadas as possibilidades de diálogo com a parte contrária (ou suplantada esta fase), as pessoas dirigem-se usualmente a um advogado antes de decidirem como prosseguir. Querem saber os seus direitos e probabilidades de sucesso antes de tomarem uma decisão, até porque, na maior parte das acções judiciais ou arbitrais, as partes têm obrigatoriamente de estar representadas por advogado.

No entanto, os advogados têm sido apontados como o principal obstáculo à implementação da mediação em vários sistemas jurídicos.

De acordo com HANNAH TÛMPEL⁽⁶³⁾, responsável pelo Centro Internacional de *ADR* da CCI, essa resistência da generalidade dos advogados deve-se, de um lado, à sua falta de conhecimento sobre a mediação e falta de preparação para o acompanhamento e aconselhamento dos clientes no âmbito de um processo de mediação e, de outro lado, ao modelo de honorários usualmente praticado pelos advogados, ainda muito focado num critério valor/hora, que pode ser penalizador caso não seja ajustado, para cima, em consonância com a maior eficiência e celeridade na resolução do litígio através da mediação.

(63) Citada por TAMMINEM, ANNA-MARIA, em *Mediation — the new “internacional arbitration” for our generation?*, *ob. cit.*, disponível em <<http://www.youngicca-blog.com/mediation-the-new-international-arbitration-for-our-generation>> (acesso em 04.07.2018).

Ora, enquanto não existir entre os advogados uma cultura generalizada sobre os benefícios da mediação para o cliente e sobre o papel essencial do advogado no próprio processo de mediação, e enquanto não for evidente para os advogados que é a satisfação do cliente que o fideliza, será muito difícil que a mediação se consiga impor, na prática, como se pretende, como um meio possível — e, em certos casos, mais adequado — de resolução de litígios.

3.4. Necessidade de homologação judicial

Por fim, destaque-se ainda a questão da inexecutibilidade do eventual acordo alcançado em mediação, que se encontrava expressa no art. 249.º-B, introduzido no Código de Processo Civil pela Lei n.º 29/2009, de 29 de Junho (posteriormente revogado pela Lei n.º 13/2013, de 5 de Março) e que resulta actualmente de uma interpretação *a contrario* do art. 9.º da Lei de Mediação.

Com efeito, nos termos do referido artigo da Lei de Mediação, sob a epígrafe “Princípio da executoriedade”, no caso da mediação privada realizada em Portugal, apenas terá força executiva, sem necessidade de homologação judicial⁽⁶⁴⁾, o acordo que preencha os seguintes requisitos: *a)* diga respeito a litígio que possa ser objecto de mediação e para o qual a lei não exija homologação judicial; *b)* em que as partes tenham capacidade para a sua celebração; *c)* tenha sido obtido por via de mediação realizada nos termos legalmente previstos; *d)* cujo conteúdo não viole a ordem pública; e *e)* em que tenha participado mediador de conflitos inscrito na lista de mediadores organizada pelo Ministério da Justiça. Por outras palavras, salvo se no processo de mediação em causa tiver participado um mediador inscrito na referida lista do Ministério da

⁽⁶⁴⁾ Ainda que, a nosso ver, nada impeça que essa homologação resulte de uma sentença arbitral, atenta a equiparação entre as sentenças judiciais e arbitrais, por força do art. 48.º do CPC. Essa hipótese encontra-se expressamente prevista no Regulamento de Conciliação e Mediação de Conflitos da Concórdia, art. 19.º, n.º 2, e Regulamento de Mediação do CAC-CCIP, art. 22.º, n.ºs 2 e 3.

Justiça, o eventual acordo obtido em sede de mediação não poderá valer como título executivo, carecendo de homologação judicial para poder ser executado.

Esta é, sem dúvida, uma preocupação para qualquer advogado que participa num processo de mediação, na medida em que isto significa que um cliente que não quis recorrer aos tribunais e que decidiu apostar na mediação pode depois ser confrontado com a necessidade de recurso aos tribunais para execução do acordo de mediação.

Não obstante, o mesmo sucede na maior parte dos países à escala mundial, inclusive em muitos daqueles onde a mediação se encontra em voga, mas esta circunstância não costuma ser vista como um problema, atenta a elevada taxa de sucesso da mediação e de cumprimento voluntário dos acordos por essa via alcançados. De facto, de acordo com a experiência internacional, uma das grandes vantagens da mediação, que resulta fundamentalmente da sua profundidade na análise do caso e do referido *empowerment* das partes⁽⁶⁵⁾, é precisamente a de permitir que as partes se revejam no acordo alcançado e que o sintam como escolhido e aceite pelas próprias, reduzindo assim as probabilidades de incumprimento e de necessidade de execução judicial (ou arbitral) posterior.

Em todo o caso, para mitigar esta preocupação, como se viu, a exequibilidade imediata do acordo é possível desde que se preencham os requisitos do art. 9.º, n.º 1, da Lei de Mediação, em particular, garantindo a “*participação*”⁽⁶⁶⁾ de um mediador inscrito na lista organizada pelo Ministério da Justiça. Em alternativa, como sucede com qualquer acordo extrajudicial, o acordo de mediação pode igualmente valer como título executivo caso, por hipótese, importe a constituição ou reconhecimento de uma obrigação e seja exarado ou autenticado, por notário ou por outras entidades ou profissionais com competência para tal⁽⁶⁷⁾, e ainda quando estejam em

⁽⁶⁵⁾ Cf. Capítulo 2.1 *supra*.

⁽⁶⁶⁾ A nosso ver, esta expressão permite, de resto, que o processo seja conduzido por um mediador não inscrito na referida lista, desde que acompanhado em co-mediação, por exemplo, por um mediador inscrito na lista de mediadores do Ministério da Justiça.

⁽⁶⁷⁾ Cf. CPC, art. 703.º, n.º 1, alínea b), e Lei n.º 76.º-A/2006, de 29 de Maio, art. 38.º

causa títulos de crédito, mesmo que meros quirógrafos, desde que, neste caso, os fatos constitutivos da relação subjacente constem do próprio documento ou sejam alegados no requerimento executivo⁽⁶⁸⁾.

4. Possíveis caminhos ou soluções

Novamente numa análise de direito comparado, que nos parece extremamente útil num domínio em que o percurso seguido pelos vários países tem sido sensivelmente o mesmo, é possível encontrar alguns pontos comuns entre os factores de arranque da mediação apontados pelos diferentes países à escala mundial. Entre tais motivos, merecem especial destaque: (i) a incerteza e descrédito do sistema judicial, os elevados custos judiciais⁽⁶⁹⁾ e a necessidade de reduzir o recurso aos tribunais judiciais^(70/71); (ii) a obrigatoriedade legal de submissão de certos casos à mediação ou, pelo menos, de participação numa sessão de mediação, previamente à propositura de uma acção judicial ou arbitral; (iii) a crescente sugestão de recurso à mediação, obrigatória ou facultativa para as partes, por

⁽⁶⁸⁾ Cf. CPC, art. 703.º, n.º 1, alínea c).

⁽⁶⁹⁾ Veja-se o exemplo do Canadá, onde os custos e dispêndio de tempo e dinheiro são sublinhados como justificação para a forte implantação da mediação nas várias províncias, nalguns casos até com carácter obrigatório (cf. <http://www.lexmundi.com/lexmundi/Guides_To_Doing_Business.asp, Canada>, Ontario, p. 200, preparado por *Blake, Casels & Graydon LLP / The Dispute Resolution Review*, 2014, *ob. cit.*, p. 137).

⁽⁷⁰⁾ No Brasil, por exemplo, este propósito foi, aliás, expressamente assumido pelo legislador, aquando da aprovação da nova Lei n.º 13.140, de 26 de Junho de 2015, que dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública — cf. Conselho Nacional De Justiça. Com apoio do CNJ, Lei da Mediação é sancionada pelo Executivo. Disponível em <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/79761-com-apoio-do-cnj-leida-media-cao-e-sancionada-pelo-executivo>> (acesso em 04.07.2018).

⁽⁷¹⁾ Não obstante, noutros países, como na Alemanha, por exemplo, o mesmo critério é usado para justificar a ainda diminuta utilização da mediação, tendo em conta a eficiência do processo judicial alemão e imparcialidade conhecida dos juizes (cf. *Chambers Legal Practice Guides — Litigation*, 2014, *ob. cit.*, p. 488).

parte dos tribunais judiciais; (iv) o reconhecimento e credibilidade dos centros de mediação envolvidos; (v) a crescente inclusão de cláusulas de mediação nos contratos celebrados entre as partes.

Naturalmente, o percurso da realidade jurídica portuguesa terá de ter por base as normas legais pré-existentes e a cultura jurídica, social e comercial subjacente. Porém, estamos em crer que o progresso da mediação em Portugal passará também, provavelmente, por alguns dos motivos que acima se deixaram assinalados. Vejamos:

4.1. Obrigatoriedade do recurso à mediação?

São vários os países em que o reconhecimento da mediação implicou a implementação de normas legais que tornassem obrigatório o recurso à mediação, pelo menos como fase prévia à propositura de uma acção judicial. É este o caso de certas províncias do Canadá, como Ontário, onde a mediação é um requisito prévio para o recurso aos tribunais, e como British Columbia, onde existe um procedimento nos termos do qual uma das partes pode obrigar as demais a participar numa mediação⁽⁷²⁾. Também em Hong Kong, a mediação tem ganho proeminência crescente, desde a implementação da reforma da justiça civil e da entrada em vigor, em 2010, da já referida *Practice Direction 31*, que exige das partes uma tentativa genuína de resolver a disputa por mediação, sob pena de sanção pelos custos que poderiam ter evitado. De igual modo, na Austrália, as *Federal Court Rules* de 2011 obrigam as partes a considerar e a dar verdadeiros passos — no original, “*genuine steps*” — no sentido da utilização de meios extrajudiciais de resolução de litígios, sob pena de tanto as partes como os seus advogados poderem estar sujeitos aos custos daí decorrentes (CDRA, section 12)⁽⁷³⁾.

⁽⁷²⁾ Cf. <http://www.lexmundi.com/lexmundi/Guides_To_Doing_Business.asp>, cit., p. 200.

⁽⁷³⁾ *The Dispute Resolution Review*, 2014, ob. cit., pp. 30-32 e *Chambers Legal Practice Guides — Litigation*, 2014, ob. cit., pp. 43-44 e 66-67.

É também este o modelo perfilhado nalguns dos Estados que compõem os E.U.A., como, por exemplo, o Estado de Minnesota; na Argentina, quer na lei estadual de Buenos Aires quer a nível federal; e no Brasil, através do art. 334 do novo código de processo civil brasileiro, na redacção introduzida pela reforma de 2015, que exige que as partes compareçam numa sessão prévia de mediação sob pena de penalização em custas do processo, à semelhança do que sucede noutros países da América Latina⁽⁷⁴⁾. Também na Europa, a mediação é obrigatória, por exemplo, em Itália, onde essa obrigatoriedade chegou a suscitar problemas de inconstitucionalidade mas acabou por se recuperada⁽⁷⁵⁾.

Igualmente de salientar é o caso da Irlanda, onde o recente *Mediation Act* de 2017, impõe sobre os advogados das partes — incluindo *inhouse counsels* — o dever de aconselhar os seus clientes a considerar a mediação antes de avançar com qualquer acção (e de declarar perante o tribunal que esse dever foi cumprido), prevenindo ainda possíveis consequências em matéria de custas em caso de recusa injustificada de participação na mediação pelas partes⁽⁷⁶⁾.

Em Portugal, a mediação pré-judicial obrigatória pode ou não ser uma limitação desrazoável do direito de acesso à justiça consoante o tipo de litígio em causa e a justificação e adequação da mediação como afectação mais racional do recurso da justiça e/ou como nova abordagem de resolução de litígios⁽⁷⁷⁾. Todavia, não sendo evidente a maior ou menor taxa de sucesso da mediação obrigatória por comparação com a mediação facultativa, em nossa opinião, a imposição de uma fase de pré-mediação judicial/arbitral

(74) A introdução deste artigo e a sua relação com a experiência positiva, alguns anos antes, de outros países da América Latina, que a lei brasileira tomou por base, foram especialmente realçados por RODRIGO GARCIA DA FONSECA, na sua apresentação, sobre a mediação no Brasil, em 07.07.2016, no âmbito do 10.º Congresso de Arbitragem Comercial, organizado pelo CAC-CCIP, em Lisboa.

(75) *Chambers Legal Practice Guides — Litigation*, 2014, *ob. cit.*, p. 636/*The Dispute Resolution Review*, 2014, *ob. cit.*, pp. 438-439.

(76) Cf. <http://www.justice.ie/en/JELR/Mediation_Act_2017.pdf/Files/Mediation_Act_2017.pdf>.

(77) Neste sentido, veja-se SILVA, PAULA COSTA E, *A Nova Face da Justiça — Os Meios Extrajudiciais de Resolução de Controvérsias*, Coimbra: Coimbra Editora, 2009, pp. 71-72.

obrigatória no âmbito do ordenamento jurídico português seria provavelmente vista como uma fase processual dilatária na resolução do litígio.

4.2. Difusão e promoção da mediação, especialmente, junto da comunidade jurídica

Nos Estados Unidos da América, a divulgação da mediação passou pelo ensino deste meio extrajudicial de resolução de litígios logo nas universidades de direito, pela sensibilização dos juízes para a sua relevância e, por fim, pela sua difusão entre os clientes⁽⁷⁸⁾.

Entre nós, este trabalho de divulgação é especialmente necessário em relação aos operadores jurídicos, particularmente advogados, juízes e árbitros, os quais, como se viu, continuam a bloquear o crescimento da utilização da mediação, seja por desconhecimento, seja por receio, ou até pelas duas razões.

(i) A importância dos advogados na mediação (e da sua percepção deste facto)

Em conformidade com o disposto no art. 18.º, n.º 1, da Lei de Mediação, a presença de advogados no processo de mediação é facultativa. Isto significa que as partes podem, em tese, apresentar-se à mediação sozinhas, sem acompanhamento de advogados, sendo este um dos principais receios destes últimos face à mediação (*i.e.*, o facto de se poderem tornar desnecessários ou de verem diminuídos os seus rendimentos).

Porém, a verdade é que a presença dos advogados na mediação é muito importante e, na medida em que o for, os clientes não prescindirão dela. Aliás, a presença dos advogados é até, na maior parte dos casos, desejável e, por isso mesmo, é incentivada por

⁽⁷⁸⁾ GOLDBERG, STEPHEN, *Segunda conferência de meios alternativos de resolução de litígios*, 2005, p. 93.

várias instituições de mediação. Assim é, em primeiro lugar, para segurança da parte (que assim se sentirá mais confiante por sentir que o advogado estará presente para esclarecimento de quaisquer dúvidas e para acautelar que não aceita uma decisão desfavorável); em segundo lugar, para controlo da actividade do mediador, em particular, no que toca ao cumprimento dos princípios fundamentais que credibilizam a mediação e a garantem a sua justiça material (v.g., igualdade de tratamento entre as partes, voluntariedade e confidencialidade e independência e imparcialidade do mediador)⁽⁷⁹⁾; e em terceiro lugar, para confirmação da posterior exequibilidade do acordo alcançado. Para além disso, importa não esquecer que o advogado pode (e deve) também ter um importante papel na preparação do cliente para a mediação, na redacção do acordo alcançado entre as partes, e no acompanhamento do seu cumprimento.

Apesar do exposto, como se tem vindo a salientar, uma grande parte dos advogados desconhece ainda em que consiste verdadeiramente a mediação, como se processa e quais as suas vantagens e inconvenientes (ou desconfia ainda dessas vantagens), vendo na mediação acima de tudo uma ameaça aos seus serviços, seja pela potencial diminuição do número de litígios, seja pelo facto de o cliente poder comparecer sozinho. Por isso mesmo, parece-nos que há ainda muita pedagogia a fazer junto dos advogados a este respeito.

Nesta ordem de ideias, em primeiro lugar, é essencial introduzir o ensino da mediação nas escolas e nas Universidades, através da realização de cursos, formações, pós-graduações e mestrados em que esta temática seja abordada, através da inclusão da mediação nos conteúdos obrigatórios para acesso à Ordem dos Advogados, bem como na agenda de formações, conferências e cursos de arbitragem⁽⁸⁰⁾ e, bem assim, através da realização de conferências que envolvam juristas ou advogados de renome especificamente direccionadas para a mediação.

⁽⁷⁹⁾ Cf. Lei da Mediação, em particular, os arts. 3.º a 9.º.

⁽⁸⁰⁾ Exemplo disso mesmo é, por exemplo, a inclusão da cadeira de mediação no Mestrado Forense e de Arbitragem da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, e a inclusão de um painel sobre mediação no 10.º Congresso de Arbitragem do CAC-CCIP, de 2016, em que foi orador Rodrigo Garcia da Fonseca.

Por outro lado, muito se pode (e deve) também fazer dentro dos próprios escritórios de advogados, sobretudo se tivermos em consideração que, pelo menos nos escritórios de maior dimensão, a participação nos eventos e cursos acima sugeridos costuma ser limitada aos advogados que integram os grupos de contencioso e arbitragem. Todavia, para além da inegável relevância destes últimos, que são chamados a aconselhar o cliente sobre as vantagens ou inconvenientes da submissão de determinado conflito a mediação (seja em fase pré-contenciosa seja no decurso de uma acção judicial ou arbitral), também os ditos *advogados de direito societário* são essenciais para que a mediação se torne uma realidade em Portugal, já que são muitas vezes estes que participam na elaboração e revisão da maior parte dos contratos comerciais celebrados pelos seus clientes e que, por conseguinte, se encontram em melhor posição para sugerir a inclusão de cláusulas de mediação.

No essencial, para que os advogados possam aconselhar melhor os seus clientes a propósito da mediação, apoiando-os na destrição dos casos que podem (ou devem) ser submetidos à mediação⁽⁸¹⁾, é imprescindível que aqueles percebam que (i) a mediação é muito mais do que uma negociação apoiada por advogados; (ii) que o mediador é um profissional treinado que segue um processo estruturado, usualmente muito rápido, eficaz e satisfatório para os clientes; (iii) que a taxa de sucesso da mediação nos países que têm apostado na mediação ronda os 80%; (iv) que em Portugal a mediação beneficia já de um regime jurídico específico, no qual se prevê a possibilidade de remessa de determinado processo em curso para mediação, por sugestão do juiz ou decisão das partes, com suspensão da instância pelo período máximo de 3 meses, desde que não implique o adiamento da audiência final⁽⁸²⁾, e a suspensão dos prazos de prescrição e caducidade a partir da assinatura do protocolo de mediação⁽⁸³⁾; (v) e que existem já vários centros de

⁽⁸¹⁾ Mais uma vez, salientando-se que nem todos os casos devem ser submetidos a mediação (cf. Capítulo 2.2 *supra*), tendo o advogado um papel importante na explicação disso mesmo ao cliente e na análise da adequação ou não da mediação, em cada caso concreto.

⁽⁸²⁾ Cf. CPC, arts. 273.º, 272.º, n.º 4, e 276.º, n.º 1, alínea c).

⁽⁸³⁾ Cf. Lei de Mediação, art. 13.º, n.ºs 2 a 6. A este propósito, veja-se também o

mediação, com indiscutível reputação, em funcionamento em Portugal⁽⁸⁴⁾.

Além do mais, cumpre não esquecer que a mediação acarreta também vários benefícios, directos ou indirectos para os próprios advogados, entre os quais se destacam: (i) boa reputação profissional em virtude da satisfação dos clientes, (ii) rapidez no pagamento de honorários e menor risco de incumprimento por parte de clientes insatisfeitos, (iii) gestão de tempo mais eficiente, (iv) um conhecimento aprofundado do cliente e dos seus interesses, que muitas vezes não são explorados no contexto judicial ou arbitral⁽⁸⁵⁾, bem como (v) uma ampliação dos serviços oferecidos ao cliente⁽⁸⁶⁾.

Por fim, saliente-se ainda um outro aspecto que não será de menosprezar na carreira de um advogado: uma participação eficaz e positiva num processo de mediação representa, para os advogados, um enorme desafio profissional e um acréscimo de exigência em termos de criatividade e afastamento dos quadros mentais do direito estrito. Neste sentido, afirma KARL MACKIE, Director Executivo do CEDR, que, para os advogados, o papel na mediação e a própria sugestão da mediação representa uma tarefa significativamente mais difícil, na medida em que exige uma advocacia mais delicada e fina, capaz de analisar criticamente o nosso caso, contrabalançando os interesses e objectivos do nosso cliente, com uma análise de custo-benefício associada à sua satisfação em tribunal e ao teste de realidade da nossa posição e da posição do outro, e uma análise macro de satisfação do cliente com o resultado obtido (nas circunstâncias em que o tiver sido, em termos de tempo, custo e

art. 7.º do Regulamento de Mediação do CAC-CCIP, que desenvolve um pouco mais (ou, eventualmente, contraria) o referido preceito da Lei de Mediação no que diz respeito ao momento em que se inicia a suspensão destes prazos.

⁽⁸⁴⁾ Abordaremos este ponto, com maior pormenor no Capítulo seguinte, não obstante, sublinhem-se desde já, pela sua especial relevância, em matéria civil e comercial, os centros de mediação criados junto da CCI, do CAC-CCIP e Concórdia.

⁽⁸⁵⁾ No mesmo sentido, *vide* TÜMPEL, HANNAH, citada por TAMMINEM, ANNA-MARIA em *Mediation — the new “internacional arbitration” for our generation?*, *ob. cit.*, disponível em <<http://www.youngicca-blog.com/mediation-the-new-international-arbitration-for-our-generation>> (acesso em 04.07.2018).

⁽⁸⁶⁾ SIMAC, SRDAN, “Attorneys and Mediation”, *ob. cit.*, pp. 61–69.

proveito)⁽⁸⁷⁾. Este estímulo e esforço intelectuais não podem senão ser extremamente positivos para quem trabalha diariamente para a satisfação dos interesses dos seus clientes.

Posto isto, e independentemente da melhor forma de veiculação desta mensagem, é urgente a reparação desta situação pois, como bem nota MARIANA FRANÇA GOUVEIA, só quando se conseguir a adesão dos advogados para a causa da mediação é que esta terá condições para ser bem-sucedida em Portugal⁽⁸⁸⁾.

(ii) A importância da remessa para mediação no decurso dos processos judiciais ou arbitrais

Nos termos do art. 273.º, n.º 1, do Código de Processo Civil, “[e]m qualquer estado da causa, e sempre que o entenda conveniente, o juiz pode determinar a remessa do processo para mediação, suspendendo a instância, salvo quando alguma das partes expressamente se opuser a tal remessa”. A LAV não tem, porém, até à data, preceito equivalente.

É verdade que a simples introdução deste artigo no Código de Processo Civil representa já um grande avanço no reconhecimento da mediação em Portugal. Porém, é também verdade que, na redacção anterior à reforma de 2013, o Código de Processo Civil incluía três artigos relacionados com a mediação, incluídos pela Lei n.º 29/2009, de 29 de Junho, aquando da transposição da Directiva da Mediação, os quais se encontram actualmente integrados, com algumas alterações, na nossa Lei de Mediação. Ora, pese embora facilmente se compreenda esta medida numa perspectiva de política legislativa, de forma a concentrar toda a disciplina da mediação num único diploma, do ponto de vista da formação e pedagogia jurídica que se exige ainda entre nós a propósito da mediação, não estamos certos de que essa escolha tenha sido a mais acertada, dificultando o seu conhecimento generalizado⁽⁸⁹⁾. Não obstante,

⁽⁸⁷⁾ Cf. MACKIE, KARL, “Are lawyers falling short in mediation?”, in *The Barrister*, 2006, disponível em <<http://www.cedr.com/articles/?item=Are-lawyers-falling-short-in-mediation>> (acesso em 04.07.2018).

⁽⁸⁸⁾ FRANÇA GOUVEIA, MARIANA, *ob. cit.*, pp. 52-53.

⁽⁸⁹⁾ Uma outra possibilidade seria, por exemplo, a perfilhada pelo novo Código de

trata-se, neste ponto, de uma questão de *iure condendo*, que escapa ao objectivo e ao âmbito do presente artigo e da análise que aqui nos propomos realizar.

Assim sendo, também neste contexto se revela essencial a realização de mais formações e cursos, desta feita direccionados especificamente à magistratura judicial e aos árbitros. É certo que, estes últimos, muitas vezes professores de Direito ou advogados, poderão considerar-se abarcados nas formações e eventos referidos no capítulo anterior. No entanto, porventura mais eficaz seria uma formação especificamente direccionada aos árbitros inscritos nos principais centros de arbitragem nacionais, sobretudo aqueles junto dos quais funcionem (ou esteja previsto o funcionamento de) centros de mediação.

É imperativo que tanto os juízes como os árbitros saibam mais sobre a mediação, que consigam vislumbrar as vantagens da mediação na diminuição da litigiosidade e na diminuição das pendências em tribunal, e que tenham consciência de que em muitos países foi graças à intervenção dos seus pares que a mediação alcançou o estatuto de que aí beneficia actualmente⁽⁹⁰⁾.

Processo Civil brasileiro de 2015 (Lei 13.105, de 16 de Março de 2015), no qual o legislador não se limita a prever a possibilidade de recurso à mediação, debruçando-se sobre a mesma e sobre os seus princípios, exortando inclusivamente os operadores judiciais a fazer uso da mesma e exigindo inclusivamente que o autor indique na petição inicial se opta ou não pela realização de uma audiência de mediação ou conciliação (cfr., em particular, os arts. 3.º, § 3.º, 165.º a 175.º, 319.º-VII e 334.º). Mais uma vez, do ponto de vista da organização sistemática do diploma, este acréscimo de informação pode não ser conveniente, mas terá certamente muita utilidade na divulgação e crescente utilização da mediação no Brasil, obrigando à sua ponderação.

⁽⁹⁰⁾ Assim sucedeu, em virtude da frequente remessa de processos para mediação por parte dos tribunais locais, designadamente em Inglaterra, na Irlanda, na Austrália, no México, na Argentina, no Canadá, na grande maioria dos tribunais estaduais Estados Unidos da América. De sublinhar é ainda, pela sua particularidade, o regime no Gana, onde é muito frequente que os tribunais encaminhem determinadas acções para mediação, sob condição da aceitação das partes, caso em que, qualquer acordo alcançado tem a força de uma sentença arbitral (no caso, consubstancia uma decisão final e insusceptível de recurso) — cf. *The Dispute Resolution Review*, 2014, *ob. cit.*, p. 295.

4.3. A introdução crescente de convenções de mediação nos contratos celebrados

A par destas iniciativas de teor mais informativo ou promocional, para que a mediação comece finalmente a marcar presença no tecido empresarial português e no dia-a-dia dos nossos advogados, parece-nos também essencial uma crescente inclusão de cláusulas de mediação nos contratos celebrados.

Com efeito, apesar de o recurso à mediação não ser obrigatório em Portugal (e de não nos parecer sequer que uma tal obrigatoriedade legal fosse benéfica, por desvirtuar a natureza voluntária do instituto)⁽⁹¹⁾, se as partes convencionarem logo no contrato que qualquer litígio será dirimido por recurso à mediação *ad hoc* ou institucional — de preferência, densificando um pouco os respectivos termos ou remetendo para um determinado regulamento de mediação —, a mediação passará a estar cada vez mais na *ordem do dia*. A solução pode passar inclusivamente por uma cláusula que combine diferentes meios de resolução de litígios, por exemplo, mediação seguida de arbitragem (usualmente designadas por cláusulas de *med-arb*).

Por outro lado, na medida em que as partes revelem alguma relutância em aceitar a previsão contratual de submissão obrigatória do caso à mediação como único método de resolução de litígio⁽⁹²⁾, ou mesmo em aceitar a obrigatoriedade de mediação previamente à propositura de qualquer acção judicial ou arbitral, é possível encontrar soluções intermédias e criativas capazes de satisfazer os interesses dos nossos clientes. Neste contexto, poder-se-á equacionar (*i*) a obrigatoriedade de submissão do caso a mediação, prévia à propositura de qualquer acção judicial ou arbitral, definindo-se de imediato um período máximo findo o qual as partes podem então seguir para a via contenciosa ou mesmo (*ii*) a estipulação de que o recurso à mediação, apesar de recomendável, será sempre facultativo. Mesmo nesta última hipótese, a inclusão da mediação tem, no imediato, uma relevância pedagógica e infor-

⁽⁹¹⁾ Conforme tivemos oportunidade de explicar, no capítulo 4.1 *supra*.

⁽⁹²⁾ Uma solução que, de resto, também não preconizamos.

mativa que pode depois ser desenvolvida ou aprofundada, designadamente através das estatísticas de direito comparado, perante um determinado litígio concreto, apoiando o cliente na ponderação e quantificação das suas *BATNA* e *WATNA*⁽⁹³⁾. Quem sabe, no momento do eventual litígio, a mediação esteja já tão sedimentada no ordenamento jurídico português que as próprias partes, confrontadas com a cláusula que há anos plasmaram no contrato, não tenham a menor dúvida quanto à sua vontade de resolver deste modo a questão que as aparta?

Por fim, apenas uma nota a propósito da consequência da propositura de uma acção em tribunal judicial ou arbitral, com preterição de uma cláusula contratual em que se preveja a submissão prévia do caso a mediação.

A resposta depende, naturalmente, do texto da cláusula de mediação em apreço. Porém, nos termos do art. 12.º, n.º 4, da Lei de Mediação, “[o] tribunal no qual seja proposta acção relativa a uma questão abrangida por uma convenção de mediação deve, a requerimento do réu deduzido até ao momento em que este apresentar o seu primeiro articulado sobre o fundo da causa, suspender a instância e remeter o processo para mediação”. Isto significa, de um lado, que o tribunal judicial ou arbitral não está obrigado — e, a nosso ver, não pode — a suscitar a questão se as partes não o fizerem, e de outro lado, que a violação desta cláusula nunca pode resultar na absolvição do réu da instância, mas quanto muito na suspensão da instância, pelo aludido período máximo de 3 meses⁽⁹⁴⁾. Não obstante, note-se que mesmo esta cominação só deverá operar caso, na cláusula de mediação em questão, se preveja o recurso obrigatório à mediação,

⁽⁹³⁾ A dificuldade das partes em calcular as suas hipóteses de sucesso e insucesso (*BATNA/WATNA*) é precisamente indicada por JOAQUIM PAIVA MUNIZ como um dos principais obstáculos enfrentados pela mediação no Brasil, num passado recente (cf. “Por que a mediação empresarial ainda não faz sucesso no Brasil?”, in *Swisscam Magazine* 73, 09/2013, pp. 9 e 10).

⁽⁹⁴⁾ A solução alcançada fica ainda aquém do regime actualmente previsto para a violação de cláusula compromissória arbitral, que consubstancia a violação de um pacto privativo de jurisdição e, por conseguinte, determina a incompetência absoluta do tribunal judicial perante o qual a acção tenha sido intentada (cf. CPC, art. 94.º), ainda que não seja de conhecimento oficioso e que acção não possa ser aproveitada por remessa para o tribunal competente (cf. CPC, arts. 97.º, n.º 1, 99.º, n.ºs 2 e 3).

pelo menos como passo prévio ao processo judicial/arbitral. Se assim não for, o incumprimento de uma cláusula que preveja, a título facultativo, a submissão prévia do caso à mediação dificilmente resultará em qualquer tipo de consequência para o seu infractor.

Por isso mesmo, nesta fase inicial da implementação da mediação em Portugal, seria interessante a introdução de uma regra de custas que beneficiasse a utilização prévia da mediação e, pelo contrário, penalizasse a sua não utilização, em contravenção de uma cláusula de mediação facultativa, seja em sede judicial seja em sede arbitral⁽⁹⁵⁾.

4.4. A aposta na mediação institucional

Finalmente, uma última palavra quanto aos mediadores e quanto à sua crescente credibilização, como elemento essencial ao bom funcionamento da mediação.

Conforme temos vindo a sublinhar, a mediação é um processo de auto-composição de litígios, feito pelas partes e para as partes. Não obstante, conforme igualmente se deixou referido, apesar de não ter o domínio do processo — nem tão pouco do eventual acordo que vier a ser celebrado —, o mediador tem um papel fulcral ao longo de toda a mediação, uma vez que é ele o garante de uma eficaz e profícua comunicação entre as partes, despida de agressões, qualificações e posições, mas sim direccionada para a verdadeira satisfação das partes, numa lógica de compromisso em que ambas fiquem a ganhar. Por essa razão se afirma, muitas vezes, que o sucesso da mediação depende, em larga medida, da qualidade do mediador.

Neste contexto, o recurso a um centro de mediação ou instituição privada de mediação será certamente uma mais-valia, na

⁽⁹⁵⁾ Neste sentido, veja-se o Regulamento de Mediação CCI, Apêndice — Honorários e Custas, art. 4.º, que prevê um incentivo à mediação através da redução de custos de arbitragem prévia. No mesmo sentido, veja-se o Regulamento de Mediação e Conciliação da Concórdia, art. 2.º, n.ºs 3 a 5.

medida em que faculta às partes o acesso a uma lista de mediadores criteriosamente escolhidos, muitos deles certificados e alguns dos quais possivelmente incluídos na lista de mediadores de conflitos do Ministério da Justiça (e, por conseguinte, com a faculdade de atribuir força executiva ao eventual acordo), bem como a um conjunto de regras que asseguram um procedimento estruturado.

Por tudo isto, em nossa opinião, especialmente nesta fase inicial, será extremamente importante o desempenho e qualidade dos serviços prestados por centros de mediação como os que actualmente funcionam junto da CCI, do CAC-CCIP e da Concórdia, até para reforço da credibilidade dos mediadores nomeados em cada processo. Para o efeito, revelando-se além do mais extremamente útil a inserção de regras deontológicas aplicáveis à actividade de mediador, seja no próprio regulamento do centro⁽⁹⁶⁾ seja por remissão, por hipótese, para o código europeu de conduta⁽⁹⁷⁾.

Face ao exposto, sobretudo nesta fase de arranque da mediação em Portugal, parece-nos aconselhável um recurso acrescido (e primordial) à mediação institucional, por oposição à mediação *ad hoc* — se possível, previsto *ab initio*, na cláusula de mediação contratualmente prevista.

5. Conclusões

Da análise de direito comparado realizada ao longo deste artigo resulta claro que a mediação tem alcançado, nos últimos anos, um papel de destaque na resolução de conflitos em vários ordenamentos jurídicos à escala mundial — nalguns casos, sobrepondo-se até à arbitragem.

⁽⁹⁶⁾ Cf. Regulamento de Mediação do CAC-CCIP, com inclusão de um código de conduta em anexo II a este mesmo regulamento.

⁽⁹⁷⁾ Cf. Regulamento de Mediação e Conciliação da Concórdia, art. 5.º, n.º 3, no qual se remete para o Código Europeu de Conduta dos Mediadores.

A eficácia da mediação privada, civil e comercial, na obtenção de soluções de forma mais célere e ajustada à vontade das partes advém, desde logo, do controlo que estas detêm sobre o processo de mediação e sobre o seu resultado final (*i.e.*, o dito “*empowerment*” das partes).

Com efeito, a mediação é um processo das partes, escolhido e controlado a todo o tempo pelas mesmas, o qual é conduzido em conformidade com os seus verdadeiros interesses e necessidades, mesmo quando estes não encontram previsão expressa no direito estrito. Ao contrário do que sucede em ambiente judicial ou arbitral, a mediação propugna uma clara separação entre a dimensão jurídica e a dimensão afectiva e psicológica do conflito — na maioria dos casos, essencial para a clarificação dos interesses e necessidades de cada parte —, sendo a intervenção do mediador fundamental neste contexto. Na verdade, trata-se do único mecanismo de resolução de litígios capaz de, a um tempo, pôr termo ao conflito presente e de prevenir a ocorrência de conflitos futuros entre as partes, através de soluções mais criativas e satisfatórias para as duas partes.

É certo que, pelas razões atrás aduzidas, nem todos os litígios devem ser submetidos à mediação — mesmo que em tese sejam mediáveis — exigindo-se a este propósito um aturado trabalho de depuração dos advogados e mediadores envolvidos. Porém, feita esta avaliação casuística, desde que as partes estejam de boa-fé e haja possibilidade de aproximação dos seus interesses, a taxa de sucesso da mediação na resolução de litígios é realmente muito positiva. De igual modo, também a taxa de cumprimento voluntário dos acordos alcançados em mediação é elevada, na medida em que tais acordos brotam da vontade e autonomia das partes, em lugar de lhes serem impostos por quaisquer terceiros mais ou menos providos de poderes de autoridade. Não obstante, sempre se diga que, nos termos da recente Lei de Mediação portuguesa, aprovada em 2013, basta que no processo de mediação em causa tenha participado um mediador inscrito na lista de mediadores de conflitos do Ministério da Justiça para que o acordo final alcançado entre as partes, depois de assinado pelo referido mediador, possa valer como título executivo.

Porém, apesar de todas estas vantagens, dos recentes esforços legislativos e da impressiva e entusiasmante experiência do direito comparado, a verdade é que a mediação se encontra ainda numa fase de arranque no ordenamento jurídico português, não sendo sequer conhecida pela generalidade dos nossos empresários e — o que é mais grave — dos nossos operadores jurídicos.

Foi esta perplexidade que serviu de mote ao presente artigo: afinal o que falta para que a mediação possa ser uma realidade em Portugal?

Ora, analisados aqueles que nos parecem ser os principais obstáculos ou dificuldades que a mediação tem enfrentado no ordenamento jurídico português, em nossa opinião, parece faltar, acima de tudo, um acrescido e intensivo trabalho de divulgação da mediação (particularmente, entre os nossos advogados, juizes e árbitros) e de sensibilização dos mesmos para as vantagens da mediação, seja para os próprios, seja para as partes. Este impulso de promoção, aliado à implementação de uma prática crescente de inclusão de cláusulas de mediação nos contratos celebrados entre as partes e à aposta na mediação institucional como forma de credibilização de um meio de resolução de litígio ainda inovador entre nós serão essenciais para o sucesso da mediação em Portugal, a breve trecho.

Uma coisa é certa: a mediação estará, necessariamente, na *ordem do dia* nos próximos anos. A sua implementação prática não pode tardar, sobretudo perante um panorama judicial como o nosso, onde a morosidade e a onerosidade são palavras de ordem e onde as decisões judiciais nem sempre encontram espelho nos interesses das partes.

É esta certeza que nos faz querer apostar, cada vez mais, na mediação e contribuir para a sua implementação e efectiva utilização em Portugal, nos casos em que se revelar um meio adequado para a resolução da questão ou conflito em apreço, confiando que, desse modo, se estará a contribuir para o progresso da justiça, da pacificação social e das relações comerciais em Portugal.