

NEWSLETTER MEDIAÇÃO / MEDIATION

A NOVA LEI DA MEDIAÇÃO

A 19 de Abril de 2013 foi finalmente publicada em Diário da República a muito aguardada lei que estabelece o regime jurídico aplicável à mediação realizada em Portugal.

Nos termos da referida lei, que tem o nº 29/2013, a mesma entra em vigor 30 dias após a sua publicação, ou seja a 19 de Maio de 2013.

Constituindo uma lei enunciativa de princípios gerais, carecerá ainda de ser complementada por diplomas posteriores, que disciplinem alguns dos aspectos com relevância para a sua integral aplicação, tais como:

- As qualificações e requisitos de inscrição de mediadores em lista de mediadores de conflitos organizada pelo Ministério da Justiça;
- A lista de entidades formadoras de mediadores a serem certificados pelo Ministério da Justiça;
- O processo de reconhecimento de qualificação apresentado por nacionais de Estados membros da União Europeia; e
- O mecanismo legal da fiscalização do exercício da actividade de mediação privada.

Uma leitura da mencionada lei revela estar-se perante uma regulamentação moderna, actualizada e eficiente da disciplina da mediação voluntária, ao nível do melhor que se tem produzido neste âmbito em legislações europeias e consistente com as Directivas do Parlamento Europeu e do Conselho já publicadas sobre mediação, nomeadamente a Directiva 2008/52/CE de 21 de Maio de 2008.

Sem pretender, neste momento, proceder a uma análise exaustiva da aludida lei cumpre, no entanto, salientar que todos os aspectos nucleares necessários a uma correcta implantação e proliferação de mediação como meio preventivo ou de resolução de litígios aparecem na mesma adequadamente contemplados.

A nova lei enumera como princípios essenciais, aplicáveis a todas as mediações realizadas em Portugal, os seguintes:

- Princípio da voluntariedade;
- Princípio da confidencialidade;
- Princípio da igualdade e da imparcialidade;
- Princípio da independência;
- Princípios da competência e da responsabilidade; e
- Princípio da executoriedade.

Vejamos, de forma necessariamente sucinta em que consistem e se estão adequadamente consagrados.

- Pelo princípio da voluntariedade a lei inclina-se decisivamente pela adopção de uma forma auto-regulatória de procedimento inteiramente voluntário, dependente da vontade das partes e conduzido por estas, afastando, como acontece em outras legislações, formas de mediação obrigatória ou imposta pelo tribunal. Assim se exige o consentimento esclarecido e informado das partes para a realização da mediação e se impõe às mesmas partes e responsabilidade das decisões tomadas no decurso do procedimento.
- A confidencialidade é reconhecida em dos princípios base da mediação, na medida em que, se a mesma se não encontrar devidamente assegurada por lei, os documentos, declarações, acções ou omissões produzidas durante a mediação poderiam ser subsequentemente utilizados para uma discussão em Juízo do caso. O art. 5º da nova lei assegura de forma cabal essa confidencialidade, garantindo que, exceptuadas as razões de ordem pública, nenhum conteúdo produzido em sessões de mediação possa ser valorado em tribunal ou em sede de arbitragem. Como corolário desse princípio decorre o impedimento, consagrado no art. 28º da lei, de o mediador de conflitos não poder ser testemunha, perito ou mandatário em qualquer causa relacionada, ainda que indirectamente, com o procedimento da mediação.
- A lei julgou necessário, ainda, consagrar o princípio de que as partes devem ser tratadas de forma equitativa e imparcial durante toda a mediação, cabendo ao mediador assegurar esse equilíbrio de poderes. Poder-se-ia dizer que isso decorreria, desde logo, dos deveres do mediador, correctamente enunciados e detalhados no art. 27º da lei, mas esta optou por atribuir-lhe a dignidade de princípio-base.
- Em quarto lugar aparece-nos o princípio da independência do mediador, definido pela exigência de o mesmo estar livre de qualquer pressão, seja esta resultante dos seus próprios interesses, valores pessoais ou influências externas, donde decorre a responsabilidade pelos seus actos e a não subordinação, técnica ou deontológica, a quaisquer outras entidades. Pessoalmente preferiríamos uma noção mais alargada de neutralidade, na medida em que entendemos que esse conceito pode ser mais vasto que o de imparcialidade ou independência, mas o complemento conferido pelos artigos 26º e 27º da lei, regulando os deveres e impedimentos do mediador de conflitos, com ênfase na independência, imparcialidade e isenção, afiguram-se-nos conduzir a um resultado satisfatório e assegurar a neutralidade pretendida.
- Consagrando o princípio da competência e da responsabilidade, vem a lei exigir ao mediador que adquira as competências adequadas ao exercício da sua actividade através de acções de formação, realizadas por entidade formadora certificada pelo Ministério da Justiça. Tal competência permitir-lhe-á ser inscrito em lista de mediadores organizada pelo Ministério da Justiça, sendo certo que só as mediações em que tenha participado mediador inscrito nessa lista podem produzir um acordo de mediação com força executiva sem necessidade de homologação judicial, nos termos do art. 9º. Consagra-se, ainda, que o mediador pode ser civilmente responsável pela violação dos seus deveres de exercício da respectiva actividade.
- No campo ainda dos princípios, consagra a lei, como já acima referimos, o princípio da executoriedade segundo o qual o acordo de mediação incidente sobre litígio que possa ser objecto da mesma, em que as partes tenham capacidade para a sua celebração, obedecendo aos termos legalmente previstos, não violando a ordem pública e em que tenha participado mediador inscrito na lista que acima mencionamos, adquire força executiva sem necessidade de homologação judicial. A lei tem ainda o cuidado de ressaltar os acordos em que, por exigência legal, haja necessidade de homologação judicial, disciplinando a obtenção da mesma no art. 14º.

Na disciplina a que posteriormente procede sobre a Mediação Civil e Comercial, a lei estabelece o campo da mediação, limitando-o aos litígios de natureza patrimonial ou transaccionáveis, prevendo a possibilidade de celebração de convenção de mediação a qual terá o efeito de um verdadeiro pressuposto processual, obrigando o Juiz, a requerimento do réu, a suspender a instância até que a mediação se mostre efectuada. Ainda, em disposição da maior importância, estabelece que o recurso à mediação suspende os prazos de caducidade e prescrição, a partir da data em que for assinado protocolo de mediação ou se verifique o consentimento das partes para a mesma.

Outros aspectos poderíamos realçar da lei, tais como a disciplina que se nos afigura correcta sem coartar desnecessariamente do procedimento de mediação sem coartar desnecessariamente a liberdade do mediador e das partes, o estatuto do mediador que estipula os seus direitos e deveres e, finalmente, as regras aplicáveis aos sistemas públicos de mediação, definidos como aqueles que visam fornecer aos cidadãos formas céleres de resolução alternativa de litígios, através de serviços de mediação criados e geridos por entidades públicas.

O carácter genérico e meramente informativo desta newsletter impede-nos de realçar todos esses aspectos.

Resta-nos, assim, saudar o aparecimento desta muito aguardada lei e fazer votos para que, através dela, a mediação civil e comercial em Portugal um lugar relevante e, finalmente, os métodos de resolução alternativa de litígios, contribuindo para uma maior cultura de auto-regulação dos litígios pelas partes, no caminho de uma sociedade mais responsável, mais equitativa e menos litigiosa.

THE NEW LAW ON MEDIATION

On 19th April 2013 it was finally published, in the Official Gazette, the long awaited law establishing the legal regime applicable to mediations performed in Portugal.

Under the terms of the said law, which has the number 29/2013, it enters into force 30 days after its publication, therefore on 19th May, 2013.

Being a law which basically defines general principles, the same needs to be complemented by subsequent legislation ruling some of the relevant aspects required for its full implementation, such as:

- Qualifications and requisites required for the admission of mediators to the official roll of mediators of conflicts to be organized by the Ministry of Justice;
- List of entities authorized to the formation of mediators to be certified by the Ministry of Justice;
- Process of recognition of qualification submitted by nationals of Member States of The European Union; and
- Legal discipline for supervision of the performance of private mediation activity.

By reading the said law we notice that it contains indeed a modern, up-dated and efficient regulation of voluntary mediation, similar to the best already produced in other European legislations and consistent with the Directives of the European Parliament and Council published on mediation, namely Directive 2008/52/CE of 21st May, 2008.

Without intending to proceed with an exhaustive analysis of the new law for the time being, we would like nevertheless to emphasize that all nuclear aspects required for an efficient implantation and proliferation of mediation as a preventive action or a method of settling disputes are contemplated in an adequate manner.

The new law lists as essential principles applicable to all mediations performed in Portugal, the following:

- Voluntary principle;
- Confidentiality principle;
- Equal treatment and impartiality principle;
- Independency principle;
- Competency and liability principles; and
- Enforcement principle.

Let us see in a nutshell what those principles mean and if the same are adequately expressed.

- Under the voluntary principle, the law decisively favours the adoption of an auto-regulated and totally voluntary proceeding dependent upon the will of the parties and conducted by them putting aside, as it happens in other jurisdictions, other forms of compulsory or court-induced mediation. Informed and discernible consent of the parties to the performance of mediation is therefore required as well as the assumption of liability for the decisions taken in the course of mediation proceedings.
- Confidentiality is undoubtedly one of the fundamental principles of mediation insofar as the lack of legal protection of the same may lead to the use of documents, declarations, actions or omissions in subsequent legal proceedings. Article 5 of the new law clearly and completely ensures such confidentiality by providing that, with the sole exception of public policy, no contents produced in mediation sessions can be used as evidence in judicial or arbitral courts. As a consequence of this principle, article 28 establishes that the mediator cannot be a witness, expert or attorney in any case related even indirectly with the mediation proceedings.
- The law has considered it necessary to establish the principle that the parties must be treated in an equitable and impartial manner during all the mediation, being the mediator incumbent to ensure such equilibrium of power. One could argue that it would, in any case, flow from the mediator duties correctly listed and detailed in article 27 of the law but the legislator has opted to grant to this point the dignity of a fundamental principle.
- In fourth place we have the principle of the independence of the mediator defined by the requirement that the same be free of any pressure either resulting from his own interests, or personal values or external influences thus being responsible for his acts not being subordinated technically or ethically to any other entities. We would have preferred a wider concept of neutrality insofar as we consider that such concept could be more extensive than the impartiality or independence but we recognize that the complement given by articles 26 and 27 of the law by ruling the duties and impediments of the mediator with emphasis in his independence, impartiality and neutrality may lead to a satisfactory result.
- By establishing the principle of competency and responsibility the law imposed to the mediator the acquisition of the qualification required for the performance of his activity through courses given by entities certified by the Ministry of Justice. Such competency would allow him to be listed in a mediators roll organized by the Ministry of Justice. Also, under article 9 only mediations conducted by a mediator listed in the said roll may produce a mediation agreement capable of being enforceable without the need of judicial homologation. It is also provided that the mediator may be civilly liable for the breach of the duties which regulate his activity.
- Still in the field of principles the law mentions the enforcement principle under which, as said above, the mediation agreement produced in a dispute capable of being submitted to mediation, on which the parties can validly conclude such agreement, obeying to the terms of the law without offence of public policy and conducted by a mediator admitted to the abovementioned roll can be enforced in court without need of judicial homologation. The law nevertheless excepts those agreements on which the judicial homologation is imposed by law and provides for the mechanism to obtain such homologation in article 14.

The law also establishes rules applicable to civil and commercial mediations and defines the field of mediation, limiting the same to disputes of a patrimonial or transactional nature. It foresees the possibility of execution by the parties of an agreement to mediate which must be acknowledged by the court, and the Judge, upon application by the Defendant, shall stay the judicial proceedings until conclusion of the mediation. It also establishes that all time bars shall be suspended from the date of the execution of the agreement to mediate until the conclusion of the mediation.

We could also stress other aspects of the law, such as the rules applicable to the mediation process which we consider useful insofar as they do not limit the freedom of the mediator or of the parties, the statute of the mediator that sets forth his rights and obligations and finally the provisions applicable to the public systems of mediation, defined as those created and managed by state entities aiming to provide the citizens with speedy and alternative forms of dispute resolution.

However, the general and merely informative nature of this newsletter is not compatible with such extensive analysis.

In any case, we are grateful for this most sought law and we hope that through the same the civil and commercial mediation finally finds its place in Portugal amongst the alternative means of dispute resolution thus contributing for a better culture of auto-regulation of disputes in the path of a more responsible, equitable and less litigant society.