



Francisco Corte Real Trabulo Novais

A CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA DE MEDIAÇÃO:

Fronteira entre a Eficácia Obrigacional do Contrato e o Princípio da Voluntariedade do Processo De Mediação

Dissertação com vista à obtenção de grau de
Mestre em Direito Forense e Arbitragem

Orientadora:
Doutora Margarida Lima Rego, Professora da Faculdade de Direito da
Universidade Nova de Lisboa

Março de 2018



Francisco Corte Real Trabulo Novais

A CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA DE MEDIAÇÃO:

Fronteira entre a Eficácia Obrigacional do Contrato e o Princípio da Voluntariedade do Processo De Mediação

Dissertação com vista à obtenção de grau de
Mestre em Direito Forense e Arbitragem

Orientadora:
Doutora Margarida Lima Rego, Professora da Faculdade de Direito da
Universidade Nova de Lisboa

Março de 2018

Declaração de compromisso Anti plágio

Declaro, por minha honra, que o presente texto é da minha autoria e original, encontrando-se todas as citações devidamente identificadas. Tenho consciência que a utilização de elementos alheios constitui grave falha ética e disciplinar.

Lisboa, 12 de Março de 2018

Francisco Corte Real Trabulo Novais

O presente trabalho será redigido de acordo com o novo acordo ortográfico da Língua Portuguesa.

O corpo do trabalho, consideradas notas de rodapé e espaços, conta com **143 673** caracteres.

Agradecimentos

Aos meus pais, ao meu avô e à Marta,

Muito Obrigado.

Siglas e abreviaturas

A., AA	Autor, autores
art., arts.	Artigo, artigos
CC	Código Civil
CCM	Cláusula Compromissória de Mediação
Cfr.	Conforme
cit., cits.	Citado, citada, etc., cita-se; citação, citações
ed., eds.	Edição, edições; editora, editoras
<i>Ibidem</i>	Obra e autores citados anteriormente
n.º, n.ºs	Número, números
Ob.	Obra
Ob. Cit.	Obra citada anteriormente
p., pp.	Página, páginas
parág.	Parágrafo
s., ss.	Seguinte, seguintes
V.	Vide
Vol., vols.	Volume, volumes
LAV	Lei da Arbitragem Voluntária

Resumo

No presente trabalho, estuda-se um problema que decorre da celebração de uma cláusula compromissória de mediação: a forma como deverá ser conciliada a sua eficácia com o Princípio da Voluntariedade da Mediação. É a força vinculativa deste contrato que se discute, na medida em que a obrigação de o cumprir poderá ser vista como uma violação do referido princípio.

Com vista a responder a esta questão, começa-se por se descrever as principais características da cláusula compromissória de mediação, os seus requisitos de validade e o conteúdo processual e obrigacional da mesma.

Incide-se depois sobre o princípio da Voluntariedade da Mediação relacionando-se o conceito de Voluntariedade com o de Autonomia Privada. Constata-se que pelo facto de ter sido ao abrigo do último princípio que as partes livremente se vincularam ao contrato, não é evidente a licitude de recusa de uma parte na participação na Mediação.

Analisa-se a eficácia da cláusula de mediação em alguns ordenamentos jurídicos, incluindo o caso português.

Conclui-se pela vinculatividade genérica da cláusula compromissória de mediação, considerando-se, em suma, que é ilícita a conduta da parte que, não obstante a isso vinculada, se recuse a iniciar o processo de Mediação, mas que já é lícita, e não sancionável juridicamente, a desistência da Mediação após a participação numa primeira sessão. Por fim, nota-se que o incumprimento deste contrato deve ser sancionado, sobretudo, através das vias da suspensão da instância e da responsabilização pelas custas de parte, atendendo à dificuldade do lesado em reclamar danos em sede de responsabilidade civil contratual.

Palavras-chave: Mediação, Cláusula Compromissória de Mediação, Voluntariedade, Eficácia Obrigacional.

Abstract

The present dissertation focus on a problem arising from the conclusion of a mediation clause: how can its effectiveness be reconciled with the principle of voluntariness. The binding force of this contract is discussed, in so far as the obligation to comply with this contract may be seen as a breach of that principle.

In order to answer to this question, the main characteristics of the mediation clause are described at the outset, together with its validity requirements and procedural and obligational content.

Following, the analysis focuses on the principle of voluntariness, relating this concept with that of private autonomy. It is noted that since parties bounded themselves to the mediation clause of its own free will, it is not clear whether the refusal of one party to participate in a mediation procedure would be lawful.

The effectiveness of the mediation clause is analysed by reference to a number of legal systems, including the Portuguese legal system.

The conclusion is in favor of the general binding character of the mediation clause. In summary, the conduct of a party that refuses to initiate mediation proceedings, despite being bound to do so, is unlawful. On the contrary, the conduct of a party that leaves the procedure after having participated in a first session must be considered lawful. Finally, it should be noted that the breach of this agreement must be sanctioned, mainly through the means of suspension of the proceedings and party liability for costs, given the difficulty for the injured party of claiming damages arising from contractual liability.

Keywords: Mediation, Mediation Clause, Voluntariness, Obligational Effectiveness.

1. Introdução

Com este texto, pretende-se contribuir, ainda que de forma modesta, para o estudo da cláusula compromissória de mediação que, em Portugal, ainda não foi objeto de um estudo autónomo e aprofundado.

Este facto poderá dever-se à expressão relativamente limitada que o Processo de Mediação¹ tem no nosso ordenamento jurídico² e às semelhanças que subsistem entre esta cláusula e a cláusula compromissória de arbitragem, que, tem sido bastante trabalhada, entre nós, pela doutrina e jurisprudência.

No entanto, vem-se assistindo, em particular no decurso dos últimos anos, a um crescente recurso à Mediação como meio de resolução de conflitos. Cresce, paralelamente, o interesse académico por este processo³.

¹Não se deve confundir Mediação com Conciliação. Efetivamente, não obstante, serem dois meios de Resolução Alternativa de Litígios muito semelhantes, é possível identificar duas características da conciliação que a afastam da mediação: as partes não têm o pleno domínio do processo, por um lado, e por outro o conciliador /decisor acaba por ser uma parte interessada. *De facto, pressupondo a conciliação que as partes estão perante quem decide, então não têm o pleno domínio do processo e isso condiciona-as naturalmente.* Cfr. MAGALHÃES, Luísa Maria Alves Machado, *Mediação: Alguns aspetos no contexto da Lei n.º29/2013 de 19 de abril in A Mediabilidade dos litígios e a transação*, 2013, Faculdade de Direito do Porto, Universidade Lusófona do Porto, 2013, dissertação de mestrado em Direito na Especialidade de Ciências Jurídico-Forenses, disponível em: <http://recil.grupolusofona.pt/handle/10437/5469>, p.37.

²São vários os fatores que têm impossibilitado uma afirmação plena da Mediação no nosso país. Pode-se citar, a título meramente exemplificativo, o desconhecimento deste meio de resolução alternativa de litígios como opção séria e credível à resolução contenciosa de um problema e a falta de confiança que ainda subsiste, da perspetiva dos representantes das partes – os advogados - em torno do processo de Mediação que, acrescente-se quando comparado com outros meios alternativos de resolução de litígios, caso da Arbitragem, se apresenta como menos rentável, na medida em que, no último, é possível cobrar aos clientes valores substancialmente mais elevados a título de honorários. Sobre o papel que os advogados desempenham no âmbito de um processo de Mediação e as suas dificuldades em adaptarem-se a este processo, veja-se GOUVEIA, Mariana França, «Mediação e Processo Civil», *Cadernos de Direito Privado*, Número Especial, 2010, disponível em: www.fd.unl.pt/docentes_docs/ma/MFG_MA_11326.doc. Alerta a reputada autora que *A Advocacia (portuguesa) deve pensar em termos macro, de médio/longo prazo, de satisfação dos clientes e de rapidez e eficiência na sua resolução.*

³CARVALHO, Jorge Morais Carvalho, «A Consagração Legal da Mediação em Portugal», *Revista Julgar* n.º15, 2011, p.1.

Pouco a pouco, tanto as partes como os respetivos advogados se vão familiarizando com estes procedimentos e reconhecendo o seu enorme potencial, designadamente no que concerne aos custos, à celeridade⁴ e à resolução efetiva do conflito⁵⁶, que, muitas vezes, não ocorre no âmbito de um processo judicial ou arbitral.

No nosso país, a plena consagração legal da Mediação, através da Lei nº 29/2013 tem também sido decisiva para a implementação gradual deste meio de RAL⁷.

Com o crescimento do recurso à Mediação, como forma privilegiada de resolução pacífica dos conflitos, crescem naturalmente as questões jurídicas merecedoras de tratamento adequado. Dentro desse vasto leque de questões, justifica-se estudar a forma como, no nosso ordenamento jurídico, deve ser estabelecida a relação entre a eficácia obrigacional da cláusula compromissória de mediação e o princípio da Voluntariedade da Mediação, que fundamenta e norteia este meio de resolução de litígios.

Discute-se a força vinculativa da cláusula, na medida em que a obrigação de a cumprir, imporá às partes a participação num Processo de Mediação, o que, para alguns, se poderá entender como uma violação deste Princípio da Voluntariedade.

⁴Veja-se designadamente VICENTE, Dário Moura, «A Directiva sobre a Mediação em Matéria Civil e Comercial e a sua Transposição para a Ordem Jurídica Portuguesa», *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Paulo Pitta e Cunha*, Vol. III, Coimbra: Almedina, 2010, p.100.

⁵O conflito, normalmente encarado como algo negativo, não tem de o ser. Na verdade, visto de outro prisma o conflito pode ser visto de *forma positiva, como oportunidade de crescimento e aprendizagem*, v. BARROS, Eduardo Vasconcelos/GUIMARÃES, Paulo Mesquita, «Mediação como forma Alternativa de Resolução de Conflitos», disponível em <http://www.arcos.org.br/artigos/mediacao-como-formaalternativa-de-resolucao-de-conflitos/>, p.4.

⁶Acréscem BARROS, Eduardo Vasconcelos/GUIMARÃES, Paulo Mesquita, obra. Cit. pp. 1 e 2: que a mediação por força das (...) *suas especificidades e particularidades deve ser entendida como uma prática possível da promoção da emancipação dos sujeitos na sociedade*. Os mesmos autores referem que o objetivo último da mediação será não apenas o acordo, mas sobretudo *a melhora da relação entre as partes envolvidas*(p.14).

⁷Resolução Alternativa de Litígios.

O problema não é recente e tem sido objeto de debate na comunidade internacional. Com este texto, pretende-se contribuir para esta discussão em Portugal, procurando equacionar-se a melhor solução para a mesma, em face do nosso Direito constituído.

A análise centrar-se-á sobretudo na Mediação civil e comercial, deixando-se de fora outras matérias como a Mediação familiar ou penal.

Pretendo dividir o trabalho em quatro partes.

Nos primeiros dois capítulos tratarei, de forma autónoma, os principais vetores desta investigação: por um lado o regime da cláusula compromissória de mediações e os seus efeitos; por outro o Princípio da Voluntariedade no Direito Civil e, em particular, no Processo de Mediação.

No terceiro capítulo, analisarei sucintamente as posições que têm sido adotadas pelos tribunais e doutrina em alguns ordenamentos jurídicos, onde incluirei o caso português.

No último capítulo, pretendo tomar posição sobre a questão, terminando por enunciar algumas conclusões gerais.

⁸Ao longo do texto, farei referência tanto às cláusulas compromissórias de mediação como às cláusulas de resolução de litígios complexas ou escalonadas onde as partes estabelecem várias etapas - incluindo a Mediação - para tentar resolver o conflito que as opõe.

2. A cláusula compromissória de mediação

2.1 Natureza jurídica:

A cláusula compromissória de mediação⁹, não obstante integrar e regular um ponto específico de um qualquer contrato reveste, ela própria, uma natureza contratual autónoma. Consubstancia, portanto, *um acordo vinculativo, assente sobre duas ou mais declarações de vontade, contrapostas, mas perfeitamente harmonizáveis entre si, que visam estabelecer uma composição unitária de interesses*¹⁰¹¹. Atualmente¹², este contrato encontra-se já tipificado no artigo 12º da Lei 29/2013 de 19 de abril, mais comumente chamada de Lei da Mediação Civil e Comercial.

Posto isto, avancemos com uma primeira noção daquilo que se deve entender por cláusula compromissória de mediação.

A CCM é o acordo – contrato – mediante o qual as partes determinam que, no caso de surgimento de eventuais litígios¹³, emergentes de uma relação contratual, estes devam ser submetidos à participação num processo de Mediação¹⁴ em detrimento ou, pelo menos de forma prevalecente, sobre outros meios de resolução alternativa de litígios ou do recurso aos tribunais judiciais. Carlos Ferreira de Almeida refere-se à *convenção de mediação como o contrato, pelo qual as partes*

⁹Por questões práticas passarei a fazer uso da abreviatura CCM para designar a cláusula compromissória de mediação.

¹⁰VARELA, João de Matos Antunes, *Das Obrigações em Geral*, Vol. I, Coimbra: Almedina, 2017, p. 221.

¹¹Do ponto de vista dos efeitos, as cláusulas compromissórias de mediação são contratos, visto que *são negócios jurídicos convencionais geradores de obrigações*, conforme lemos em COSTA, Mário Júlio de Almeida, *Direito das Obrigações*, 12ª Edição Revista e Atualizada, 3ª Reimpressão, Almedina, 2014, p.198.

¹²Desde 2013 que o artigo 12º da Lei da Mediação faz alusão expressa a este contrato. Não obstante, antes da entrada em vigor desta lei, vários autores já se tinham pronunciado sobre a possibilidade de as partes poderem celebrar este tipo de cláusulas.

¹³Como refere Carlos Ferreira de Almeida, a propósito da Convenção de Arbitragem, parece-me também na Cláusula de Mediação o litígio constitui o objeto do contrato cfr. ALMEIDA, Carlos Ferreira de «Convenção de Arbitragem Conteúdo e Efeitos», *I Congresso de Arbitragem da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa – Intervenções*, Coimbra: Almedina, 2008, p. 4.

¹⁴Cfr. resulta do artigo 12º da Lei 29/13 que prevê a convenção de mediação.

*confiam ou se obrigam a confiar a terceiro imparcial (o mediador) a função de auxiliar a resolução de um conflito atual ou potencial*¹⁵. Já Cátia Marques Cebola caracteriza-o como o conjunto das declarações de vontade, das partes, consentindo na participação num processo que visa a resolução do conflito existente ou potencialmente futuro que as opõe ou venha a opor¹⁶. Da análise destas definições, penso ser possível concluir que os elementos essenciais da CCM são: o consentimento na participação da Mediação e a identificação do litígio ou da relação contratual de onde pode surgir o litígio¹⁷.

Quanto à classificação deste contrato, podemos dizer que é um contrato de índole processual, sendo possível apontar algumas razões para esta categorização. Em primeiro lugar o seu objeto é processual visto que, através deste acordo, as partes decidem qual o procedimento a adotar para resolver um eventual litígio que surja no âmbito da sua relação contratual, sendo, assim, suscetível de criar uma nova situação jurídica entre as partes: “a situação ou processo de Mediação”; por outro lado, constitui o fundamento jurídico de um processo de resolução de litígios convencional¹⁸- a Mediação. Sem prejuízo desta qualificação (de contrato processual), não se pode, de todo, desconsiderar o conteúdo obrigacional que decorre desta cláusula e as consequências que daí poderão advir, conforme teremos oportunidade de desenvolver adiante.

¹⁵ALMEIDA, Carlos Ferreira de, *Contratos IV*, Reimpressão da 1ª Edição, Almedina, 2014, p. 23.

¹⁶CEBOLA, Cátia Marques, *La Mediación – un Nuevo Instrumento de la Administración de la Justicia Para la Solución de Conflictos*, Salamanca, Universidad de Salamanca Facultad de Derecho, Tesis Doctoral, Departamento de derecho administrativo, financiero y procesal, disponível em: http://gredos.usal.es/jspui/bitstream/10366/110503/1/DDAFP_Marques_Cebola_C_LaMediacion, p.170.

¹⁷Concordo com Cátia Marques Cebola: não é essencial, para que se considere válido e eficaz o contrato ou cláusula de mediação, que esteja designado o mediador ou sejam regulados determinados aspetos da prestação dos seus serviços (de mediação), cfr. CEBOLA, Cátia Marques, ob. Cit., pp.171 e 172. Com efeito, e como ensina Carlos Ferreira de Almeida: *A convenção deve indicar, no mínimo, o compromisso de mediação e o seu objeto, isto é, o litígio a mediar* Cfr. ALMEIDA, Carlos Ferreira de, ob. Cit. 2014, p.24.

¹⁸LAGARDE citado por JOLY-HURARD, Julie, *Conciliation et Médiation Judiciaires*, Presses universitaires d'Aix Marseille, 2003, disponível em: <https://books.openedition.org/puam/686>

Questão que pode ser suscetível de debate é a classificação da cláusula compromissória de mediação como contrato sinalagmático ou bilateral.

Ensina Mário Júlio de Almeida Costa que para um contrato ser sinalagmático, torna-se necessário que as obrigações das partes se encontrem numa relação de corresponsabilidade e interdependência¹⁹. Se este nexo de interdependência se reportar ao momento da celebração do contrato, estamos perante um sinalagma genético; quando a reciprocidade das prestações se manifesta e releva durante a vida do mesmo contrato, *designadamente quanto à simultaneidade do cumprimento*, o sinalagma é funcional²⁰.

Ora, consigne-se já, e sem prejuízo de maiores desenvolvimentos ao longo deste texto, que, na minha opinião, o conteúdo obrigacional destas cláusulas determina a obrigação de participação no processo de mediação e o esforço conjunto das partes em tentar chegar a acordo no decurso do mesmo. Assim, julgo que se verifica a relação de interdependência entre as prestações principais dos intervenientes contratuais, visto que a obrigação de uma das partes se encontra inevitavelmente condicionada à da outra, sendo impossível conceber-se uma participação unilateral num processo de Mediação²¹.

Face ao exposto, e considerando que o contrato impõe às partes um esforço bilateral para ultimar a sua disputa/litígio, a CCM deve ser qualificada como contrato sinalagmático²², podendo, por esta razão, as partes fazer uso da exceção de não cumprimento do contrato, prevista no artigo 428º do Código Civil.

¹⁹COSTA, Mário Júlio de Almeida, *Direito das Obrigações*, 12ª edição Revista e Atualizada, 3ª reimpressão, Almedina, 2014, p.360-361.

²⁰*Ibidem*

²¹Com um entendimento aparentemente contrário, veja-se ALMEIDA, Carlos Ferreira de, *ob.cit.*, 2014, pp. 9-10. O ilustre Autor refere que os contratos de reestruturação, categoria onde insere a cláusula ou convenção de mediação *geralmente não são sinalagmáticos*.

²²No mesmo sentido, CEBOLA, Cátia Marques, *ob. Cit*, p. 173 e LOPES, Dulce/PATRÃO, Afonso, *Lei da Mediação Comentada*, 2ª edição, Coimbra, Almedina, 2016, p.74.

2.2 Requisitos

Como qualquer outro contrato, a cláusula compromissória de mediação deve preencher determinados requisitos de ordem formal e substantiva de modo a não ser ferida de invalidade.

2.2.1 Formais

Do ponto de vista formal, a CCM tem de adotar a forma escrita, conforme resulta expressamente do artigo 12º da Lei nº 29/2013. Neste ponto, este contrato em nada se distingue do seu “parente mais próximo” – a cláusula compromissória arbitral.

Ainda que a Lei exija a forma escrita para a celebração válida do contrato, nunca se poderá sustentar que a mesma seja particularmente exigente na sua satisfação. Com efeito, a forma escrita da convenção de mediação tem-se por satisfeita *quando a convenção conste de documento escrito assinado pelas partes, troca de cartas, telegramas, telefaxes ou outros meios de telecomunicação de que fique prova escrita, incluindo meios eletrónicos de comunicação*²³. No fundo, a lei apenas exige que a CCM conste de algum suporte escrito.

Discutia-se, a propósito da convenção de arbitragem, discussão naturalmente aplicável à CCM, dadas as semelhanças entre as duas figuras, se a forma escrita exigida pela lei constituía, para este tipo de cláusulas contratuais, uma formalidade *ad substantiam* ou *ad probationem*²⁴²⁵. Hoje, com o quadro legislativo de que dispomos²⁶,

²³Artigo 12º n.º 1 da Lei 29/2013, de 19 de abril.

²⁴VENTURA, Raul, «Convenção de Arbitragem e Cláusulas Contratuais Gerais», in *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 46, Vol. I, 1986, disponível em: <https://www.oa.pt/upl/%7Bdde8d58e-0d22-4792-9e26-31d304df32be%7D.pdf>, pp.26 e ss.

²⁵VENTURA, Raul, ob. Cit. 1986, pp. 12-13.

parece seguro afirmar que as formalidades exigidas para as duas cláusulas são de tipo *ad substantiam*, tendo em conta que tanto a Lei da Mediação como a Lei da Arbitragem Voluntária, estabelecem como sanção para a inobservância deste requisito a nulidade²⁷.

Contudo, não é ainda totalmente claro, em face dos mesmos instrumentos legislativos vigentes, se é imperativo que o suporte escrito que contém a CCM tenha que ser assinada por ambas as partes, ou se, pelo contrário, bastará a subscrição – a final - de todo o conteúdo contratual onde esta se insere. Do meu ponto de vista, e seguindo o que escreve Manuel Pereira Barrocas²⁸ a propósito da convenção de arbitragem, parece-me que bastará que a assinatura seja aposta no final do contrato onde a cláusula compromissória se insere. De resto, pode-se mesmo depreender que, em muitos casos, nem sequer será necessária a assinatura das partes no final do contrato²⁹, considerando a enorme tolerância da lei no que respeita à satisfação dos requisitos formais do contrato.

2.2.1.1 A redação das cláusulas de mediação

A propósito do carácter formal da cláusula compromissória de mediação, importa fazer uma pequena referência à forma como as mesmas são redigidas. Dado o reduzido número de cláusulas de mediação existentes em Portugal, não dispomos de dados concretos que

²⁶Lei nº 29/2013 de 19 de abril (Lei da Mediação) e Lei 63/2011 de 14 de dezembro (Lei da Arbitragem Voluntária).

²⁷Veja – se o artigo 12º n.º2 da Lei 29/2013 de 19 de abril: 2 - *A convenção referida no número anterior deve adotar a forma escrita, considerando-se esta exigência satisfeita quando a convenção conste de documento escrito assinado pelas partes, troca de cartas, telegramas, telefaxes ou outros meios de telecomunicação de que fique prova escrita, incluindo meios eletrónicos de comunicação*; 3 – *É nula a convenção de mediação celebrada em violação do disposto nos números anteriores ou no artigo anterior.*

²⁸BARROCAS, Manuel Pereira, *Manual de Arbitragem*, 1ª Edição, Almedina, 2010, p.162.

²⁹LOPES, Dulce/PATRÃO, Afonso, ob. Cit., 2016, p. 79.

nos permitam aferir, em termos estatísticos, a qualidade com que estas estão a ser elaboradas.

É, no entanto, previsível que, tal como acontece na redação das cláusulas compromissórias de arbitragem, as partes não prestem especial atenção à forma como as cláusulas de mediação são elaboradas. De facto, é comum apelidar a estes acordos de *midnight clauses*, querendo-se fazer alusão ao facto de serem os últimos pontos do contrato a fechar, implicando, não poucas vezes que as partes tenham despendido menos energia na sua discussão do que, provavelmente, com outros pontos do contrato. Outra razão que frequentemente é atribuída para justificar a falta de empenho dos intervenientes dos contratos nestas cláusulas, tem que ver, também, com o facto de estas não quererem equacionar a eventualidade da existência de um litígio, uma vez que isso significaria que a execução do contrato e a própria relação contratual, não correram como planeado³⁰. Do meu ponto de vista, há que referir, por fim, que o facto de os advogados, em Portugal, não terem, apesar de tudo, prestado suficiente atenção à problemática da Mediação e das questões jurídicas que a rodeiam contribui para o pouco empenho na redação destas cláusulas. É evidente que não serão as próprias partes quem, autonomamente, se inclinará a pensar na elaboração destas disposições contratuais, devendo, na verdade, ser os seus advogados quem as deve aconselhar nesse sentido e redigi-las³¹.

Por isso, parece importante identificar alguns aspetos fundamentais que devem estar estipulados de forma clara nas cláusulas de mediação. Repare-se que uma boa redação poderá evitar o surgimento de inúmeros problemas relacionados com a interpretação e

³⁰GOUVEIA, Mariana França, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, Reimpressão de 3.^a Edição de 2014, Coimbra, Almedina, 2018, p.149.

³¹De um ponto de vista mais amplo, no fundo, a Mediação necessita da advocacia para se integrar plenamente no sistema de justiça, cfr. GOUVEIA, Mariana França, ob. Cit., 2010, p. 9.

eficácia do contrato, enquanto uma redação deficiente vai, seguramente, potenciá-los.

Porventura, o mais importante será redigir uma cláusula suficientemente ampla, suscetível de abranger qualquer tipo de litígio que possa emergir de determinado contrato ou que se encontre em conexão com ele. Seguidamente, será fundamental indicar o local onde a Mediação vai ocorrer, assim como a língua que o processo vai tomar. Por último, as partes devem estabelecer as regras que vão orientar o processo, sendo, do meu ponto de vista, aconselhável que remetam para um Regulamento de um Centro de Arbitragem e Mediação, como o Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara do Comércio e Indústria Portuguesa que, aliás, exemplifica muito bem a forma como deve ser redigida uma cláusula de mediação:

“1. As partes submeterão obrigatoriamente todos os litígios emergentes deste contrato ou com eles relacionados a mediação de acordo com o Regulamento de Mediação do Centro de Arbitragem Comercial da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa (Centro de Arbitragem Comercial; 2. A mediação terá lugar em (cidade) ou (país); A língua da mediação será (...); Nota: Adotando esta cláusula, as partes escolhem, para todos os litígios, mediação de acordo com o Regulamento de Mediação do CAC. “

Como se pode constatar, a cláusula de mediação citada é bastante simples. Desde que as partes abordem, de forma clara, os elementos que atrás referi, a saber: A) uma redação ampla, de modo a abranger todo e qualquer litígio que decorra do contrato; B) local onde se vai realizar a mediação - o que é particularmente relevante em litígios transfronteiriços; C) língua do processo e D) remissão para as regras do Centro competente – será, seguramente, menos provável que se gerem divergências quanto à sua compreensão e/ou interpretação o que

obstará, conseqüentemente, a que os tribunais tendam a considerá-las ineficazes ou não vinculativas.

Na eventualidade de as partes quererem afastar quaisquer dúvidas sobre a suscetibilidade de a CCM ser suscetível de produzir efeitos obrigacionais, é ainda aconselhável que mencionem explicitamente essa circunstância, designadamente através da criação de uma cláusula penal.

O tempo e a crescente frequência com que serão redigidas cláusulas de mediação em Portugal ditarão se as partes e os seus mandatários tiveram zelo na criação das mesmas, o que não lhes tomará muito tempo e poderá ser, não poucas vezes, decisivo para a defesa dos seus interesses.

2.2.2 Substantivos

Como qualquer outro contrato, a CCM também tem de respeitar vários requisitos de índole substantiva, sob pena de invalidade.

É possível distinguir entre aqueles requisitos ou vícios que são exigidos/ afetam todos os negócios jurídicos ³² e aqueles que se aplicam apenas à CCM, pelas suas especificidades. Nestes termos, e a título meramente exemplificativo, a cláusula compromissória de mediação celebrada em violação do artigo 280º do Código Civil, isto é quando o seu objeto *seja física ou legalmente impossível, contrário à lei ou indeterminável*, ou quando a mesmo é contrário à *ordem pública, ou ofensivo dos bons costumes* é inválida, neste caso em concreto, nulo.

³²No geral, os negócios jurídicos serão inválidos quando sejam contrários à lei, quando sejam contrários à moral e quando sejam contrários à sua natureza, - VASCONCELOS, Pedro Pais de, *Teoria Geral do Direito Civil*, reimpressão da 8ª edição, Almedina, 2017, pp. 512-517.

Os requisitos de validade que a Lei Civil impõe, tanto pela positiva como pela negativa, aos negócios jurídicos em geral constituem requisitos da CCM.

Neste texto, será, porventura, mais relevante analisar as condições de validade próprias da cláusula compromissória de mediação. Deve-se destacar, em primeiro lugar, a mediabilidade dos litígios. Naturalmente que sendo a mediabilidade um requisito de existência ou validade do processo de Mediação, não poderia deixar também de ser um requisito do contrato que lhe dá origem, a CCM.

Por mediabilidade de um litígio deve entender-se a suscetibilidade de ser este ser objeto de Mediação³³. Apesar de o conceito aparentar ser simples, a verdade é que saber aquilo que pode ou não ser mediável não é assunto totalmente isento de controvérsia.

Efetivamente, embora a lei trate a questão no artigo 11º da Lei da Mediação, não a resolve totalmente. Dispõe o referido artigo o seguinte: *nº1 podem ser objeto de mediação de litígios em matéria de mediação em matéria civil os litígios que, enquadrando-se nessas matérias, respeitem a interesses de natureza patrimonial; nº2 podem ainda ser objeto de mediação os litígios em matéria civil e comercial que não envolvam interesses de natureza patrimonial, desde que as partes possam celebrar transação sobre o direito controvertido.*

Da norma citada resulta que o critério determinante para aferir a mediabilidade do litígio é, tal como, de resto, acontece com o artigo nº1 da LAV³⁴, o da patrimonialidade; nestes termos à partida, apenas os litígios que sejam suscetíveis de afetar interesses de natureza patrimonial podem ser dirimidos com recurso à Mediação. O nº2 da mesma norma, alarga a possibilidade de recorrer à mediação para

³³CARVALHO, Jorge Morais, ob. Cit.,2011, p. 284.

³⁴Lei da Arbitragem Voluntária

solucionar os conflitos que, não afetando diretamente interesses patrimoniais, são transacionáveis. Sobre este último ponto, entende a maioria da doutrina que daqui decorre que se deve ter como critério de mediabilidade de um litígio, o da disponibilidade.

Em síntese, para os que defendem esta tese (critério da disponibilidade), quando em causa esteja um direito disponível, o litígio pode ser submetido à Mediação, já quando esteja em causa um direito indisponível, esta possibilidade não existe³⁵, na medida em que os direitos indisponíveis não são transacionáveis³⁶³⁷.

É a propósito do contrato de transação, que tem uma forte relação com a CCM³⁸, que o conceito de disponibilidade mais tem sido debatido. Por isso, e atendendo a que o artigo 11º da Lei da Mediação remete expressamente para o contrato de transação, justifica-se fazer uma brevíssima alusão ao mesmo.

A transação é o contrato pelo qual as partes previnem ou terminam o litígio mediante recíprocas concessões³⁹. Nos termos do artigo 1249.º do CC resulta que: as partes não podem transigir sobre direitos de que lhes não é permitido dispor, nem sobre questões respeitantes a negócios jurídicos ilícitos.

Ora, interpretado *a contrario* o artigo citado, poder-se-ia concluir que o objeto da transação só poderia incidir sobre direitos disponíveis, e que, logicamente estaria vedada a possibilidade de transacionar sobre direitos indisponíveis.

³⁵GOUVEIA, Mariana França, ob. Cit., 2010, p. 23.

³⁶*Ibidem*

³⁷GOUVEIA, Mariana França, ob. Cit., 2010, p.86. Dispõe o artigo 289º do Código de Processo Civil: *Não é permitida a confissão, desistência, ou transação que importe a afirmação da vontade das partes relativamente a direitos indisponíveis.*

³⁸MAGALHÃES, Luísa Maria Alves Machado, ob. Cit., 2013, p.101. Como salienta a autora: *Afinal, se superar a lide é a função essencial da transação, também o é o da mediação.*

³⁹Artigo 1248º do CC.

Contudo, e como já se referiu, a delimitação deste conceito de disponibilidade é uma questão bastante discutida na doutrina⁴⁰. É que, em bom rigor, nada obsta a que os direitos indisponíveis também não possam, em muitos casos, ser objeto de transação e, conseqüentemente, de Mediação. Sobre isto, escreve Lebre de Freitas afirmando que *a indisponibilidade é, em regra, relativa, dependendo da análise do direito substantivo saber em que medida a indisponibilidade dum situação jurídica se verifica e, portanto, quais os negócios de autocomposição do litígio que estão vedados e quais os que são admissíveis*⁴¹.

A posição acima descrita, isto é, *a que parte da distinção entre indisponibilidade absoluta e relativa, concluindo que, se estão em causa direitos relativamente indisponíveis os negócios processuais são válidos*⁴², parece ser a mais razoável. Efetivamente, como salienta Mariana França Gouveia, nada obsta a que os direitos indisponíveis não possam, também eles, ser alvo de Mediação, sem prejuízo de poder haver um controlo judicial *a posteriori* no momento da homologação⁴³, sobre a mediabilidade desses direitos.

Assim, deverá entender-se que o critério determinante para aferir da mediabilidade de um determinado litígio deverá ser o da disponibilidade dos direitos em causa; não obstante, é necessário, caso a caso verificar, se o direito em causa é relativamente indisponível ou se, de facto, é absolutamente indisponível, caso em que não será suscetível de Mediação.

Convém notar que a norma prevista no artigo 11º da Lei da Mediação apenas é aplicável a conflitos que se reportem a uma relação

⁴⁰GOUVEIA, Mariana França, ob. Cit.,2010, p. 23.

⁴¹FREITAS, José Lebre de Anotação ao artigo 1249º in Código Civil Anotado, V. 1, Coord. Ana Prata, Almedina, 2016.

⁴²GOUVEIA, Mariana França, Obra cit., 2010, p.23.

⁴³GOUVEIA, Mariana França, obra. Cit., 2018, p. 87.

jurídica civil ou comercial, não abrangendo outros tipos de mediação, como é o caso da Mediação penal ou familiar, aos quais não damos especial atenção no âmbito deste trabalho. Assim, é relevante frisar que, por esta razão, o conceito de mediabilidade pode naturalmente apresentar-se como sendo ainda mais amplo do que aqui foi descrito.

Outro aspeto que pode, eventualmente, afetar a validade da cláusula de mediação prende-se com a existência de normas imperativas que imponham, para determinadas matérias o recurso obrigatório aos tribunais judiciais ou à arbitragem⁴⁴⁴⁵. Se a CCM prever a resolução de um litígio através da Mediação numa matéria em que a lei imponha o recurso a outro meio de resolução de litígios, então parece-me que a mesma padecerá de invalidade na estreita medida em que viola uma norma legal imperativa.

Uma última nota para referir que um eventual vício de que padeça o contrato onde a CCM se insere não implica, por si só, a invalidade da mesma. É aconselhável, em meu entender, uma análise casuística de cada tipo de invalidade. A título de exemplo, numa situação em que as partes não disponham da capacidade necessária para celebrar o contrato (P/ exemplo artigo 68º do Código Civil), é natural que essa circunstância afete inevitavelmente a cláusula compromissória de mediação, visto que ela se encontra inserida nesse contrato. Nestas situações, deve-se ter a cláusula compromissória inválida. Noutros casos, já não será assim. De facto, e recorrendo a outro exemplo, penso que não é correto entender

⁴⁴Veja-se o que diz Cátia Marques Cebola a este respeito: *que la cláusula contractual no podrá ser aplicada en relación a materias en que la ley establezca de forma imperativa el proceso judicial o el arbitraje como foro necesario para la resolución de determinado conflicto, en la medida que tal situación configuraría una obligación imperativa de cumplimiento de lo establecido en la norma* - CEBOLA, Cátia Marques, ob. Cit. p.175.

⁴⁵É nula a cláusula compromissória de mediação nos casos em que a lei determine que as partes estão obrigadas a resolver o litígio através de um outro meio que não a mediação. Contudo, parece-me que, na prática, só muito raramente a imposição de um meio de resolução de litígios é suscetível de afastar a possibilidade de as partes, através da via conciliatória tentarem chegar a acordo sobre o seu litígio; na esmagadora maioria das vezes tanto os tribunais judiciais como os centros de arbitragem necessária em matéria de consumo, por exemplo, preveem espaços ou momentos próprios para as partes discutirem/transacionarem sobre o seu litígio.

que, no âmbito de um contrato de compra e venda de um bem imóvel, a inobservância do requisito formal constante do artigo 875º do Código Civil – escritura pública ou documento particular autenticado – possa afetar a validade da cláusula compromissória de mediação visto que a forma exigida para a última é apenas a redução a escrito do convencionado. O mesmo raciocínio pode ser aplicado a uma situação em que as partes simulem o preço desse contrato de compra e venda com vista ao afastamento de um direito de preferência; também aqui não vejo razão para que a validade substantiva da CCM fique comprometida, dada a sua autonomia em relação ao contrato que integra.

Por fim, julgo que teria sido conveniente que o legislador tivesse previsto expressamente a autonomia da CCM em relação ao contrato que a integra, à semelhança do que se encontra estabelecido na Lei da Arbitragem Voluntária⁴⁶.

2.3 Conteúdo:

Tal como acontece com a cláusula compromissória arbitral, a CCM produz, simultaneamente, efeitos de natureza processual e efeitos de natureza obrigacional ou contratual.

De uma perspetiva estritamente obrigacional ou contratual, o referido acordo tem como uma das suas principais obrigações, a vinculação das partes à participação num processo de Mediação; vinculando-as, ainda à abstenção de submissão do seu litígio à jurisdição dos tribunais comuns ou a recorrer a qualquer outro meio – que não a Mediação – para a resolução dos seus diferendos.

⁴⁶Estabelece o artigo 18º n.º 3 da LAV o seguinte: 3 - A decisão do tribunal arbitral que considere nulo o contrato não implica, só por si, a nulidade da cláusula compromissória.

Já de uma perspectiva processual, como já se referiu, este contrato é suscetível de criar uma situação jurídica nova, denominada situação de Mediação; que consiste no nascimento de um novo processo que visa a resolução amigável de um litígio. Para além disso, a lei prevê expressamente o dever de suspensão da instância, nas situações em que as partes iniciem um processo judicial sem previamente terem tentado a via da negociação assistida por mediador, tendo assim consagrado uma consequência processual específica caso a CCM seja incumprida.

Procurarei, nos pontos abaixo, desenvolver alguns destes aspetos obrigacionais e processuais que integram a CCM.

2.3.1. Conteúdo obrigacional:

a) Numa primeira nota sobre a eficácia contratual/obrigacional da CCM, adiante-se já que, deste contrato, não decorre a obrigação das partes chegarem a um acordo sobre o seu litígio, através do recurso à Mediação⁴⁷. Deste ponto de vista, a participação num processo de Mediação com vista à resolução de um litígio que oponha as partes, obrigação principal deste contrato - não deve ser vista como uma obrigação de resultado, muito embora, como veremos, também possa ser duvidosa a sua classificação como obrigação de meios ou de tentativa.

Antes de tomar posição a propósito do tipo de obrigação que emana da CCM, de recordar que a distinção (meios/ resultado) não é de todo irrelevante, constituindo, não poucas vezes, um critério decisivo para aferir do incumprimento de determinado contrato e consequente obrigação de indemnizar. Sobre esta distinção debruçam-se Pedro

⁴⁷JULIE, Joly-Hurard, ob. Cit. 2003, p. 14.

Múrias e Maria de Lurdes Pereira, ensinando que nas obrigações de resultado, o *devedor obriga-se a causar certo resultado, o resultado definidor da prestação*⁴⁸; enquanto nas obrigações de meios o devedor apenas se obriga a *tentar adequadamente*⁴⁹ causar esse mesmo resultado. Para os autores, a diferença entre os dois tipos de obrigações estará, na maior parte das vezes, na distinção entre os verbos conseguir e tentar⁵⁰.

Posto isto, como se deverá então classificar a obrigação em virtude da qual as partes se vinculam a participar num processo de Mediação com vista a resolver um litígio?

Em primeiro lugar, diga-se que, no âmbito da CCM, o resultado que define a prestação é a resolução do litígio/conflito que opõe as partes, ou seja, o acordo. As partes, quando celebram a CCM, obrigam-se, através da Mediação, a tentar chegar a acordo.

Obviamente, o acordo não será, em muitos casos, possível, o que se poderá dever a inúmeros fatores como a má-fé de umas ou de ambas as partes, o facto de estas se focarem demasiado nas suas posições em detrimento dos seus interesses, a falta de criatividade, o excesso de carga emocional do conflito, etc. E é por isso que a Mediação, enquanto processo que visa a resolução de um conflito, se caracteriza precisamente, por ser um processo de “tentativa”, por contraposição a um processo arbitral ou judicial nos quais, por regra, existirá um desfecho final. Note-se que se as partes estivessem obrigadas a chegar a um acordo, então não teriam o *pleno domínio do processo* – empowerment – que, salienta Mariana França Gouveia, constitui o fundamento da

⁴⁸MÚRIAS, Pedro/ PEREIRA, Maria de Lurdes, *Obrigações de meios, obrigações de resultado e custos da prestação*, Centenário do nascimento do Professor Doutor Paulo Cunha, Coimbra: Almedina, 2012, p. 1000-1001.

⁴⁹MÚRIAS, Pedro/ PEREIRA, Maria de Lurdes, ob. Cit., 2012, pp.1000-1001.

⁵⁰Sublinhado meu

mediação e *naturalmente uma sua característica permanente* ⁵¹⁵². Por outro lado, o facto de o mediador ser um terceiro que presta assistência à negociação, mas que não impõe soluções ou decisões para o litígio ⁵³ (artigo 2º b) da Lei da Mediação), também realça a inexistência de qualquer vínculo que obrigue as partes a chegar a celebrar um acordo, no final do processo, estando essa possibilidade inteiramente dependente delas. Por último, nunca é demais reiterar que é fundamental para o sucesso da Mediação a não vinculação das partes em acordar sobre o litígio, sendo esta peculiaridade o que permite o diálogo descomprometido, a exposição dos interesses e a proposta de soluções, sempre visando a eventual celebração de um acordo.

É, portanto, descabido e contrário à essência da Mediação defender a CCM obriga as partes a chegarem a acordo.

Face ao exposto, poder-se-ia depreender que a obrigação de participar no processo de Mediação deveria ser configurada como uma obrigação de meios ou de tentativa porquanto basta, para o cumprimento da mesma, o esforço das partes em, amigavelmente, procurar encontrar uma solução compromissória para o seu problema, vendo-se com absoluta normalidade que esse esforço se revele infrutífero.

Não me parece, contudo, que a questão seja tão linear. Se, por um lado é verdade que a participação no processo de mediação não implica o acordo, a verdade é que a celebração da CCM impõe a participação nesse processo. O que pode, e creio, – deve – ser visto como uma obrigação de resultado. Desenvolvendo, a CCM obriga as partes a tentar

⁵¹GOUVEIA, Mariana França, ob cit., 2010, p. 48.

⁵²Este controlo que as partes detêm sobre o processo pode ser ilustrado por várias disposições da Lei da Mediação Voluntária (Lei n.º 29/2013, de 19 de abril). Assim, a título meramente exemplificativo, resulta desde logo do artigo 4º nº 2 da lei mencionada, que as partes podem revogar o seu consentimento na participação do processo, o que traduz, bem, a ideia de que não existe qualquer obrigação de chegar a acordo. Aprofundaremos algumas destas características da mediação no próximo capítulo.

⁵³Essas soluções e decisões competem, em exclusivo, às partes que, contrariamente ao que acontece no âmbito de um processo judicial, têm um papel central e uma participação direta no desenvolvimento de todo o processo e na chegada a soluções conjuntas.

chegar a um acordo (obrigação de meios ou de tentativa), através do meio ou instrumento que foi convencionado – a mediação (obrigação de causação ou de resultado).

Assim, encontramos-nos perante numa situação intermédia ou mista, designada por Pedro Múrias e Maria de Lurdes Pereira *por dupla definição da prestação*⁵⁴: *Ligeiramente diferentes são os casos, também mistos, de dupla definição da prestação, em que o devedor se obriga a causar certo resultado enquanto tentativa de um outro*. Sustentam os autores que (...) *nada impede as partes de estipularem como característica acrescida do resultado definidor a sua adequação a um outro*. É o caso da CCM: o resultado definidor – resolução do litígio pela celebração do acordo – deve ser alcançado através do meio instrumental a que as partes se vincularam: a mediação.

Por isso, e encerrando esta questão, esta obrigação da CCM deve ser classificada como uma situação de dupla definição da prestação; as partes estão obrigadas, por um lado, a participar no meio a que se vincularam – a Mediação e a tentar chegar a acordo no decorrer desse processo.

b) Da celebração de uma CCM, é possível constatar ainda o surgimento de uma obrigação negativa ou *non facere*⁵⁵. Falamos da obrigação a que as partes se encontram adstritas de não recorrer a qualquer outro meio de resolução de litígios, seja ele de índole judicial ou arbitral, que não a Mediação. Pelo menos sem esgotarem previamente este meio de resolução de litígios. A este propósito, refere Charline Mathe⁵⁶⁵⁷, *La clause de conciliation crée une obligation de résultat, ici*

⁵⁴MÚRIAS, Pedro/ PEREIRA, Maria de Lurdes, ob. Cit., 2012, pp. 1014 – 1018.

⁵⁵Para desenvolvimentos sobre as obrigações de conteúdo negativo *vide*, por exemplo, COSTA, Mário Júlio de Almeida, ob. Cit., 2014, pp. 693 e ss.

⁵⁶MATHE, Charline, *L'Efficacité de la Clause de Conciliation*, 2015, disponível em: <https://charlinemathe.wordpress.com/2015/06/10/lefficacite-de-la-clause-de-conciliation>

⁵⁷Veja-se também, a este propósito, JULIE, Joly-Hurard, ob. Cit. 2003, p. 14, *L'obligation de ne pas faire, appartient à la catégorie des obligations de résultat. En application de cette*

l'obligation de ne pas faire ; Les parties ont l'obligation de ne pas saisir le juge avant d'avoir tenté une conciliation.

Assim, quando celebrem um contrato de mediação, as partes não podem recorrer à via jurisdicional ou arbitral para dirimirem o seu litígio sem que antes tenham, de forma amigável, tentado fazê-lo através da via da Mediação⁵⁸.

c) Alguns autores⁵⁹ tendem a autonomizar e a classificar, como obrigação principal do contrato de Mediação, o facto de as partes terem de proceder de boa-fé no decurso das suas negociações. No entanto, e salvo o devido respeito, entendo que esta obrigação deve antes ser integrada nos deveres acessórios que devem reger o cumprimento de todo e qualquer contrato nos termos do artigo 762º do Código Civil. Como é sabido, resulta desse artigo que, *no cumprimento da obrigação, assim como no exercício do direito correspondente, devem as partes proceder de boa-fé.*

A boa-fé⁶⁰, em sentido objetivo, é um princípio geral do Direito Civil que pauta todas as relações jurídicas civis. Consiste, essencialmente, numa norma de conduta; na imposição que a lei faz aos vários agentes que atuam no tráfego jurídico, para que estes atuem de uma forma leal, honesta e proba. Não será, portanto, de estranhar que, no Código Civil, e em especial nas disposições relativas ao Direito dos Contratos ou das Obrigações, surjam inúmeras referências à boa-fé⁶¹.

obligation, tant que les parties n'ont pas étrenné a voie amiable, elles ne peuvent pas s'engager dans la voie jurisdictionnelle por faire trancher leur différend (...).

⁵⁸Mais à frente neste texto, veremos como é que esta obrigação poderá ser conciliada com o princípio da Voluntariedade da Mediação.

⁵⁹JULIE, Joly-Hurard ob. cit., 2003, p. 16.

⁶⁰Veja-se o que diz Ana Prata a propósito da definição de boa fé: *A boa fé é, em primeiro lugar, a consideração razoável e equilibrada dos interesses dos outros, a honestidade e a lealdade nos comportamentos e, designadamente, na celebração e execução dos negócios jurídicos* cfr. PRATA, Ana, ob. Cit. 2016, p. 214

⁶¹Para além do já aludido artigo 762º do CC, é possível mencionar, a título meramente exemplificativo: o artigo 227º (culpa na formação do contrato); o artigo 243º (Inoponibilidade da

Com o exposto não é minha intenção desvalorizar a importância que a boa-fé tem no âmbito de um processo de Mediação. Pelo contrário, é sabida a importância fulcral que o mesmo princípio tem para o sucesso deste Processo. Apenas não classifico a obrigação de negociar de boa-fé como uma obrigação específica da cláusula de mediação; antes como uma decorrência natural de um Princípio Estruturante do nosso Ordenamento Jurídico-Civilista, aplicável a todos os negócios jurídicos em abstrato.

Em todo o caso, parece-me evidente que o desrespeito por este princípio no decorrer da negociação assistida pelo mediador pode levar à obrigação de indemnizar, designadamente nos termos do artigo 762º e 798º, ambos do CC.

Sumariando, da celebração de uma CCM decorrerem as seguintes obrigações principais:

- i) Uma obrigação de conteúdo negativo, que impõe às partes a abstenção de recorrer aos tribunais judiciais ou arbitrais sem que, previamente, tenham participado no processo de mediação;
- ii) Uma obrigação de conteúdo positivo, vinculando as partes à participação no processo de mediação, devendo as mesmas empenhar-se para, no âmbito do mesmo, procurar pontos de entendimento e tentar chegar a acordo.

2.3.1.1 Conteúdo obrigacional da CCM nas chamadas “multi-step resolution clauses”

a terceiro de boa-fé) ou o artigo 334º do Código Civil que trata da problemática do abuso de direito.

Propomo-nos agora a analisar o conteúdo obrigacional da CCM quando integrada num acordo mais amplo, comumente designada, em português, por cláusula escalonada ou combinada, e, em inglês, por *multi-step resolution clause*.

Neste tipo de cláusulas, as partes recorrem a mais do que um meio de resolução alternativa de litígios para resolver a sua disputa⁶². Estabelecem, vários níveis ou degraus⁶³ para a resolução do conflito, procurando, numa fase inicial, a resolução deste através de uma via não litigiosa (negociação direta ou mediação); só posteriormente, e se necessário, participando numa arbitragem ou noutro meio heterocompositivo. Na sua forma mais comum, estas cláusulas tendem a obrigar as partes à participação numa mediação, prevendo, para a eventualidade de esta falhar, o recurso à arbitragem⁶⁴.

As referidas cláusulas tendem a ser frequentemente redigidas⁶⁵ em *contratos de longa duração e complexidade*⁶⁶. Encontram-se geralmente previstas para casos em que o incumprimento do contrato principal tem sérias repercussões no desfecho dos subcontratos que com ele se relacionam⁶⁷. Tendo em conta que o litígio que incida sobre o contrato principal se refletirá noutros que com ele se encontram conexos, as cláusulas escalonadas ou complexas podem desempenhar um papel

⁶²Veja-se, por exemplo, JOLLES, Alexander, *Consequences of Multi-tier Arbitration Clauses: Issues of Enforcement*, Vol. 72, 2006, disponível em: <http://www.mondaq.com/x/117062/Arbitration+Dispute+Resolution/MultiStep+Dispute+Resolutio+n+Clauses>, p. 329: *Multi-tier arbitration clauses are clauses in contracts which provide for distinct stages, involving separate procedures, for dealing with and seeking to resolve disputes.*

⁶³*Estas cláusulas son incluidas en contratos estableciendo varios escalones o etapas en la resolución del conflicto, envolviendo diferentes procedimientos.* – CEBOLA, Cátia Marques, ob cit, p. 177

⁶⁴Veja-se designadamente MACHADO, José Carlos Soares, *Cláusulas Arbitrais Escalonadas. Reflexões sobre a sua redação e interpretação*, in AAVV, Estudos de Direito da Arbitragem em Homenagem a Mário Raposo, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2015, pp. 90-108.

⁶⁵Quanto à redação destas cláusulas, veja-se MACHADO, José Carlos Soares ob. Cit., 2015, pp. 96 - 99. O autor indica vários conselhos para a elaboração correta destas cláusulas, alertando para as dificuldades de interpretação das mesmas em casos de redação deficiente.

⁶⁶LEMES, Selma Ferreira, «Cláusula Escalonada ou Combinada: Mediação, Conciliação e Arbitragem», artigo publicado em *Arbitragem Internacional*, 2010, disponível em: <http://selmalemes.adv.br/artigos/Cl%C3%A1usula%20Escalonada>, p. 2.

⁶⁷LEMES, Selma Ferreira, ob. Cit., 2010, p. 2.

importante na salvaguarda desses contratos, porque previamente ao recurso à via litigiosa, se encontra estabelecido a participação um meio amigável permitindo às partes uma oportunidade de resolver de forma amistosa o seu litígio – mediação ou outro meio de RAL autocompositivo. Procura-se assim evitar litígios arbitrais de enorme complexidade, duração e que comportam inevitavelmente custos elevados.

Há quem entenda que a Mediação assume, no âmbito destas cláusulas, um papel marcadamente secundário em relação à Arbitragem ou outros meios mais litigiosos⁶⁸, como que quase constituindo uma mera formalidade antes de se iniciar o último processo⁶⁹. Esta opinião, ainda sufragada por alguns autores e certa jurisprudência, implica, na prática, que as partes não possam requerer a suspensão da instância arbitral ou solicitar uma indemnização pela violação de uma das etapas no procedimento da resolução de litígios que convencionaram⁷⁰. No fundo, e salvaguardando casos em que as partes mencionem expressamente que a mediação ou outra via conciliatória constitui uma pré-condição à participação na arbitragem ou outro meio adversarial, não existe qualquer consequência pela não participação na Mediação.

⁶⁸A utilização da expressão “cláusulas escalonadas arbitrais”, utilizada por alguma doutrina, parece sugerir que a Arbitragem merece, neste tipo de contratos, o lugar de destaque, transparecendo a ideia de que a mediação/negociação é apenas uma etapa na escala da resolução de litígios, uma formalidade que se tem de seguir para antes de se intentar a ação arbitral. Prefiro, portanto, designá-las por cláusulas de resolução alternativa de litígios complexas/escalonadas.

⁶⁹Este entendimento não me parece aceitável. Considerar que, no âmbito cláusulas, e em abstrato, a Mediação reveste um papel secundário em relação à Arbitragem, quase constituindo uma mera formalidade antes de se iniciar o último processo implica um preconceito injustificável relativamente a este meio de RAL: a Mediação não é nem mais importante nem menos importante do que a Arbitragem ou qualquer outro meio de resolução de litígios; mas apenas diferente.

⁷⁰ARGUMEDO, Álvaro López de, *Multi-Step Dispute Resolution Clauses*, 2011, disponível em: <http://www.mondaq.com/article.asp?articleid=117062>, disponível em : *However, in general terms, when the parties establish a multi-tier dispute resolution system that includes an obligation to negotiate before arbitration, but does not expressly provide that the obligation suspends the effect of the subsequent stages (e.g., the arbitration proceedings), a breach of the obligation to negotiate should not prevent a party from commencing the following stages to resolve the conflict.*

Nos Estados Unidos, país onde estas cláusulas têm sido objeto de muito estudo⁷¹, não há, para já, um consenso jurisprudencial expressivo sobre se, no âmbito destas cláusulas de resolução de litígios complexas, a cláusula de mediação pode ser imposta a uma das partes que não deseje a participação na Mediação. É possível vislumbrar, não obstante, uma tendência em olhar para a questão de uma forma casuística. Em suma, quando a cláusula se encontra redigida de uma forma suficiente clara e precisa, prevendo a duração da mediação ou negociação, um número determinado de sessões, etc., o tribunal estará mais “aberto” a reconhecer a força vinculativa da cláusula; quando, pelo contrário, esta não se encontre redigida de uma forma suficientemente clara e seja pouco completa, o mesmo tenderá a não reconhecer quaisquer efeitos vinculativos que advenham da mesma⁷²⁷³.

Dito isto, não me parece que o conteúdo obrigacional da CCM sofra uma alteração substancial pelo facto de esta estar integrada numa cláusula de resolução alternativa de litígios complexa ou escalonada. À partida, e não discutindo, para já, as diferentes posições que existem sobre o tema, se as partes preveem que na eventualidade de surgimento de um litígio, a primeira etapa para o tentar solucionar será a Mediação, então se esse litígio surgir, haverá vinculação a esse meio de RAL para o tentar remediar.

2.3.2 Conteúdo Processual: a Suspensão da Instância

⁷¹Escreve *Dário Moura Vicente, ob.cit, 2010, p. 102* que, nos Estados Unidos, desde os anos 70 que a mediação passou a ter uma ampla aceitação.

⁷²FILE, Jason, «United-States: multi-step dispute resolution clauses», *Mediation Committee Newsletter*, julho, 2007, disponível em: http://www.wilmerhale.com/uploadedFiles/WilmerHale_Shared_Content/Files/Editorial/Publication/File_Jason_IBAMediation_July07.pdf, p.33 : *Ultimately, a court's decision whether to enforce an agreement to negotiate appears to hinge , on a case-by-case basis; Where such clause contain indicia of definiteness, such as a limited duration of negotiation or mediation, a specified number of negotiation sessions, specified negotiation participants (...) courts appear more likely to enforce them.*

⁷³Conforme terei a oportunidade de desenvolver, esta posição dos tribunais norte-americanos não é de todo, e a meu ver, isenta de críticas pelos motivos que oportunamente indicarei.

A Lei 29/2013 de 19 de abril (Lei da Mediação), no seu artigo 12º n.º 4, veio estabelecer que a propositura de uma ação declarativa sem início prévio de um procedimento de Mediação tem como consequência a suspensão da instância⁷⁴, quando haja sido acordada a participação na Mediação através da CCM. É a única consequência legalmente prevista e que se encontra em vigor para o incumprimento / violação de uma cláusula compromissória de Mediação.

Atente-se ao que dispõe o artigo 12º n.º 4 da referida Lei:

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

Da análise da mesma, constata-se, em primeiro lugar, que o juiz não pode, a título oficioso, suspender a instância, só podendo esta suspensão ocorrer se o réu interessado assim o requerer.

É importante realçar que a norma não atribui ao juiz a faculdade de suspender instância, antes impondo-a⁷⁵. Após o requerimento do réu, e certificando-se o juiz da existência da convenção de Mediação e da observância da forma escrita da mesma, este tem o **dever** de suspender a instância. A não ser, claro, que o juiz conclua que a parte interessada na suspensão da instância e que a requereu aja com manifesto abuso de direito, pretendendo apenas “ganhar tempo” e melhorar a sua posição

⁷⁴A Lei 29/2013 seguiu, a meu ver bem, as orientações dadas pelo artigo 8º n.º 1 da Diretiva Europeia sobre a Mediação em Matéria Civil e Comercial que previa que os Estados Membros deveriam assegurar que as partes pela circunstância de optarem pela Mediação não ficassem impedidas de iniciarem um processo judicial ou arbitral, cfr. VICENTE, Dário Moura, ob., cit. 2010, p. 107.

⁷⁵Contrariamente ao que se encontrava anteriormente estabelecido no artigo 249º A do CPC anterior. Nessa altura, o legislador enquadrava a suspensão da instância como uma possibilidade e não um dever.

processual. Se for esta a situação, o juiz pode indeferir o requerimento de suspensão da instância.

Por outro lado, a norma estabelece um hiato temporal concreto para a apresentação do requerimento de suspensão da instância do réu com fundamento na existência de uma convenção de Mediação, estabelecendo que este deverá ser apresentado até ao final do 1º articulado da defesa que verse sobre o fundo da causa o que, em regra, corresponderá à contestação.

Embora a lei não esclareça quais as consequências da não apresentação do requerimento no prazo acima descrito, parece-me que o juiz, confrontado com esse requerimento numa fase processual posterior, terá de o rejeitar liminarmente com fundamento na sua intempestividade. Se a suspensão da instância pudesse ocorrer numa mais fase avançada do processo judicial, isso não só causaria uma instabilidade na instância processual ou arbitral como prejudicaria a eficácia e a utilidade do processo de Mediação, tendo em conta que, regra geral, as posições das partes tendem a ficar mais vincadas no decurso de um processo de índole mais adversarial, o que dificulta muito a ação do mediador e cria fortes obstáculos ao sucesso da Mediação⁷⁶.

Importa, por fim, aferir se o dever de suspensão da instância se estende às medidas ou providências cautelares. Não obstante a redação do artigo 12º n.º 4 da Lei da Mediação não ser suficientemente clara todas as dúvidas em relação a esta questão, penso que a resposta deve ser negativa. Como se sabe, as providências ou medidas cautelares, previstas nos artigos 362º e ss. do Código de Processo Civil constituem medidas de *natureza sumária e urgente que visam antecipar ou garantir*

⁷⁶Veremos, mais à frente, se é possível ou razoável que possa existir obrigação de indemnizar quando não tenha sido possível recorrer ao mecanismo de suspensão da instância.

*o efeito útil do reconhecimento de um direito*⁷⁷; são formas de neutralizar um prejuízo irreparável ou de difícil reparação, decorrente da duração normal do processo⁷⁸.

Ora, negar o acesso imediato a este tipo de mecanismos, com fundamento na prévia vinculação das partes à Mediação, implicará, não poucas vezes, uma negação absoluta dos direitos ou interesses das partes e do efeito útil de uma eventual decisão que venha a ser tomada sobre esses direitos ou interesses.

O problema é que, atendendo às características da instrumentalidade⁷⁹ e dependência⁸⁰ das providências cautelares, estas têm de ser seguidas da propositura de uma ação principal, não tendo o legislador previsto nos artigos 362.º e 373º do CPC, a possibilidade da medida cautelar anteceder um processo de Mediação. Isto faz com que, na prática, as partes vinculadas a este processo, para que possam requerer uma medida cautelar, tenham de primeiro propor uma ação judicial e suspendê-la, de modo a submeterem o litígio à Mediação. O que causa, entretanto, a celeridade da Mediação e dificulta o recurso prioritário a este meio⁸¹, o que não é positivo.

⁷⁷GONÇALVES, Marco Carvalho, *Providências Cautelares*, 3ª edição, Almedina, 2017, pp. 82-83.

⁷⁸*Ibidem*

⁷⁹Como escreve GONÇALVES, Marco Carvalho, ob. Cit., 2017, p. 122: (...) *pela sua natureza instrumental, as providências cautelares têm como finalidade essencial assegurar que a relação factual controvertida se mantenha inalterada até que seja proferida uma decisão de mérito na ação principal.*

⁸⁰Artigo 364º n.º 1 do CPC: *Exceto se for decretada a inversão do contencioso, o procedimento cautelar é dependência de uma causa que tenha por fundamento o direito acautelado e pode ser instaurado como preliminar ou como incidente de ação declarativa ou executiva.*

⁸¹CEBOLA, Cátia Marques/ GONÇALVES, Mário Carvalho, «Da Possibilidade de Aplicação de Medidas Cautelares à Executoriedade do Acordo de Mediação em Portugal: análise em contexto familiar», *Revista Internacional de Arbitragem e Mediação*, Nº 9, Almedina e Associação portuguesa de Arbitragem, 2016, pp. 28 - 31: *Nesta situação, uma solução possível passaria pela propositura de um procedimento cautelar, destinado à aplicação das medidas cautelares adequadas ao caso em concreto, intentando posteriormente o requerente a correspondente ação judicial, dentro do prazo consignado no artigo 373º. N.º 1 al. a), a qual seria, entretanto suspensa para recurso à mediação se a parte contrária desse o seu consentimento nesse sentido (art.º. 273º do CPC). Tal solução revela-se, todavia, inadequada e pouco vantajosa, sobretudo à luz do princípio da economia processual na medida em que força as partes a recorrer à via judicial quando a sua vontade pode ser precisamente a oposta,*

Concordo, por isso com Cátia Marques Cebola e Marco Carvalho Gonçalves⁸²: o artigo 373º do CPC deveria ser modificado, de modo a prever a possibilidade de a providência cautelar ser instrumental e anteceder um processo de Mediação.

Deve-se referir ainda que a suspensão da instância também poderá ter lugar no âmbito de uma cláusula de resolução de litígios complexa ou escalonada, caso em que as partes dão início à instância arbitral antes de participarem no procedimento de Mediação. A menção que o artigo 12º n.º 4 da Lei da Mediação faz ao conceito de “Tribunal” não abrangerá apenas os tribunais judiciais, estendendo-se, também, e como não poderia deixar de ser, aos tribunais arbitrais.

ou seja, resolver o conflito de forma extrajudicial, sem necessidade de recurso aos tribunais. Ademais, não se pode ignorar que a celeridade almejada na mediação acaba, necessariamente por ser postergada na dependência de um processo judicial.

⁸² *Ibidem*

3. O Princípio da Voluntariedade

3.1 Vertentes

O conceito jurídico de Voluntariedade tem a sua expressão máxima no âmbito do processo de Mediação, não sendo excessivo afirmar-se que é a ideia subjacente a este meio de RAL.

Não obstante, este conceito tem a sua origem num princípio mais amplo e estruturante do nosso ordenamento jurídico civilista - o princípio da Autonomia Privada. Neste capítulo, procuro analisar brevemente a ideia de Voluntariedade destas duas perspetivas e a relação que se impõe estabelecer entre os dois conceitos.

3.2 O Princípio da Voluntariedade na Mediação

A ideia de Voluntariedade reveste uma importância fulcral no âmbito do Processo de Mediação⁸³⁸⁴. É sobretudo pelo facto de a Mediação ser voluntária que este meio de resolução alternativa de litígio consegue, muitas vezes melhores resultados quando comparado com o recurso à via judicial e mesmo a outros meios de RAL⁸⁵⁸⁶. A

⁸³CARVALHO, Jorge Morais, ob. cit., 2011, p.280: *Pode, assim, concluir-se que a voluntariedade é uma característica necessária da mediação, sem a qual esta perde uma parte importante da sua identidade.*

⁸⁴Salienta SALANKE, Mansur, *Voluntariness Of Mediation and Cost Sanctions For Parties Refusal To Consider Mediation: An Oxymoron?*, disponível em: http://www.academia.edu/5169933/VOLUNTARINESS_OF_MEDIATION_AND_COST_SANCTIONS_FOR_PARTIES_REFUSAL_TO_CONSIDER_MEDIATION_AN_OXYMORON, p.1: *The voluntariness of participants in mediation is one of mediation's four fundamental characteristics.*

⁸⁵Cfr. referido por Timothy Hedeem: Many mediation proponents have claimed, and some researchers have concluded, that voluntary action in mediation is part of the "magic of mediation" that leads to better results than those from courts or other forums. V. HEDEEM, Timothy, «Coercion and Self-determination in Court-Connected Mediation: All Mediations Are Voluntary, But Some Are Still More Voluntary than Others», *Justice System Journal*, Nº 3, Vol. 26, 2005, p.3

característica da Voluntariedade é o que faz com que as partes - participantes na Mediação possam obter não só uma maior satisfação com o processo e seus resultados, mas alcançar uma maior percentagem de acordos e facilitar a maior adesão voluntária a esses mesmos acordos⁸⁷. Isto porque o compromisso alcançado em sede de Mediação foi o desejado pelas partes, porquanto foram elas que o construíram e moldaram, sem constrangimentos ou imposições externas.

No ordenamento jurídico português, e mais concretamente nos termos da Lei n.º 29/2013, de 19 de abril, é bem visível que a Voluntariedade se consubstancia num dos princípios mais relevantes do Processo de Mediação e num seu pressuposto indispensável. No artigo 4º dessa lei, o legislador português postulou que o procedimento *de Mediação é voluntário, sendo necessário obter o consentimento esclarecido e informado das partes para a realização da mediação.*

Curiosamente, a opção portuguesa, no sentido de considerar a mediação como um processo essencialmente voluntário, está longe de ser consensual⁸⁸. Vários países optaram por instituir a mediação obrigatória ou necessária. A mediação obrigatória consiste na imposição, às partes litigantes, na participação numa fase de mediação antes da propositura da ação num tribunal judicial comum⁸⁹. É o sistema vigente, por exemplo no ordenamento jurídico italiano, onde, não obstante a existência de alguma controvérsia, seguida de alguns recuos legislativos na matéria, continua a vigorar um sistema onde é obrigatória a participação numa sessão de mediação pré-processual em várias

⁸⁶Diz Jorge Morais Carvalho, ob. cit., 2011, p 280. e ss.: *quando a mediação é obrigatória e, por conseguinte, não voluntária, existe uma desvirtuação da essência deste meio de resolução alternativa de litígios, não produzindo, em regra, efeitos satisfatórios.*

⁸⁷HEDEEN, Timothy, ob. cit., 2005, p.3: *higher satisfaction with process and outcomes, higher rates of settlement, and greater adherence to settlement terms.*

⁸⁸GAULTIER, Thomas, *The long awaited Portuguese Mediation Law- Fundamental Principles In YAR - young arbitration review*, edição 10, julho, 2013: *This article (artigo 4º da Lei n.º 29/2013) poses a fundamental principle which has not always been adopted in all countries. Indeed, voluntary mediation can be opposed in principle to mandatory mediation, in which the parties have an obligation to participate.*

⁸⁹LOPES, Dulce/PATRÃO, Afonso, ob. Cit., 2016, p. 26.

matérias respeitantes a litígios civis e comerciais⁹⁰ Noutros países, como a França e a República Checa, a mediação pré-processual é apenas imposta nalgumas matérias, como no caso da regulação do poder paternal⁹¹.

Ainda assim, penso que se deve sem pudor afirmar, tal como o faz Lee Jay Berman, que a mediação é, por definição voluntária⁹². Nunca sendo excessivo repetir, que é a própria natureza consensual deste processo que a pode tornar “competitiva” em relação à jurisdição comum⁹³⁹⁴ e mesmo a outros meios de RAL onde, não se verifica, de todo, o domínio absoluto⁹⁶ que as partes têm sobre o processo.

⁹⁰Na última revisão sobre a lei de Mediação Italiana, o leque de matérias abrangidos por esta sessão de mediação pré-processual foi substancialmente reduzido.

⁹¹LOPES, Dulce/PATRÃO, Afonso, ob. Cit., 2016, p. 34.

⁹²BERMAN, Lee Jay, *Voluntariness in Mediation: An Historical Perspective! Published in the Southern California Mediation Association News*, February 2003, disponível em : <http://www.mediationtools.com/articles/voluntariness.html>, p.1: *Mediation is, however, by definition voluntary.*

⁹³Masood Ahmed, ‘Implied Compulsory Mediation, C. J.Q 2012, 31 (2) 151-175’, através de SALANKE, Mansur, ob. Cit., *The very nature of mediation presents it as an attractive consensual ADR process as opposed to the adversarial and lengthy process of litigation.*

⁹⁴No mesmo sentido vão LOPES, Dulce/PATRÃO, Afonso, ob. Cit., 2016, p. 26. Acrescentam estes autores que a mediação compulsória tenderá a ter muito menos sucesso quando comparada com a mediação voluntária: *Desde logo levantam-se dúvidas quanto à eficácia da mediação compulsória: se as partes forem obrigadas a utilizar este meio, regra geral, não terão motivação suficiente para chegar a uma solução negociada do conflito, encarando a sessão de mediação como “ mais uma etapa que deve ser percorrida antes de poderem aceder aos tribunais, como mais um atraso na resolução do conflito.” Eventualmente, gera-se o silêncio das partes e inviabiliza-se qualquer discussão.* Concordo parcialmente com o conteúdo destas afirmações. Do meu ponto de vista, cumpre realçar o importante papel que o mediador pode ter na mudança da perspectiva das partes em ser possível dirimir o seu conflito através do recurso à mediação. Na verdade, através das técnicas próprias da mediação como o questionamento, o mediador pode fazer com que as partes – participantes consigam, numa primeira fase, perceber quais os interesses que estão por detrás das suas posições e eventualmente, numa segunda fase, os consigam conciliá-los entre si. Assim, não obstante, considerar que a mediação voluntária terá sempre muito maior taxa e probabilidade de sucesso, penso que poderá ser excessivo o entendimento de que a mediação obrigatória esgota totalmente (ou quase) a eficácia deste processo; tudo dependerá da abertura das partes e do papel desempenhado pelo mediador. Portanto, a inviabilização da discussão entre as partes poderá em algumas situações ser evitada pelo mediador; não é uma inevitabilidade, estando entre outros aspetos dependente da forma como a Mediação seja conduzida.

⁹⁵Veja-se ainda o que diz MAGALHÃES, Luísa Maria Alves Machado, ob. Cit., 2013, p.76 sobre a viabilidade de imposição de um sistema de mediação obrigatória: *Nem se crê que um tal sistema, afinal seja o mais adequado, mesmo de um ponto de vista pedagógico. Chamar o cidadão à força para a causa da mediação, precisamente porque se trata de uma causa que depende, em larga medida, de uma assumpção íntima e convicta do interessado a quem vai dirigida, poderá ser até uma forma de lhe minimizar a eficácia, pois correr-se-á o risco de ver o cidadão a considerá-la apenas como mais uma etapa formal, um passo processual ou não, por*

Importa agora determinar o que se deve entender por Voluntariedade no processo de Mediação e que funções este princípio exerce no âmbito do mesmo.

De um ponto de vista concetual, como referem Eduardo Vasconcelos Barros e Paulo Mesquita Guimarães, a Voluntariedade pode ser vista como sinónimo daquilo a que, no direito privado, se pode designar por liberdade das partes. Segundo os mesmos autores⁹⁷, a liberdade das partes na mediação, implica essencialmente que os participantes no processo de Mediação tenham *autonomia para participar ou não no próprio processo* e escolher *quem será o mediador*. Acrescenta Jorge Morais Carvalho que o princípio da Voluntariedade reflete o domínio total das partes no que respeita à participação e ao processo propriamente dito⁹⁸ (o autor parte do conceito de empowerment a que alude Mariana França Gouveia). Em anotação ao artigo 4º da Lei da Mediação, Dulce Lopes e Afonso Patrão defendem que o princípio da Voluntariedade comporta quatro dimensões distintas⁹⁹: uma dimensão de *liberdade de escolha deste método de solução de conflitos* - ou seja, *as partes só acedem à mediação se quiserem*; uma segunda dimensão que se prende com a possibilidade ou *liberdade de abandono da mediação*: *as partes podem, a todo o tempo, conjunta ou unilateralmente abandonar uma mediação em curso pela revogação do consentimento prestado* –cfr. *artº 2º*; uma terceira dimensão que se encontra *patente na conformação do acordo que põe fim ao litígio, que não é imposto por qualquer terceiro ou sequer redigido*. Por último, entendem estes autores que o princípio da Voluntariedade se *caracteriza ainda na liberdade de escolha do*

que terá de passar para chegar a uma decisão para aplacar o conflito em que está envolvido através do esforço de um terceiro que não ele próprio.

⁹⁶Sobre o domínio das partes na Mediação diz Mariana França Gouveia: *As pessoas têm, assim, o domínio do processo, na medida em que podem sair quando quiserem, nada as obrigando, evidentemente, a chegar a um acordo. Mas têm, sobretudo, o domínio do conteúdo, não sendo possível qualquer solução do litígio que não provenha delas. V. GOUVEIA, Mariana França, ob. Cit., 2010, p.5*

⁹⁷BARROS, Eduardo Vasconcelos/GUIMARÃES, Paulo Mesquita, ob. Cit., p. 18.

⁹⁸CARVALHO, Jorge Morais, ob. Cit., 2011, p. 280

⁹⁹LOPES, Dulce/PATRÃO, Afonso, ob. Cit., 2016, p. 28.

mediador (ou mediadores), o que contrasta com a via clássica de resolução alternativa de conflitos (onde impera o princípio do juiz natural)¹⁰⁰.

Concordo, no essencial, com as posições expostas. A Voluntariedade mais não é do que o domínio/controlado que as partes detêm sobre o processo de Mediação, com a real possibilidade de o moldarem, de forma livre e isenta de quaisquer constrangimentos, de acordo com a sua vontade e as especificidades do conflito. Com relevância prática para o objeto deste trabalho, creio que, nos termos do artigo 4º da Lei da Mediação, o Princípio da Voluntariedade deverá ser encarado essencialmente de duas perspetivas:

1. Como um pressuposto essencial do Processo de Mediação, sem o qual este não se pode iniciar: é imperativo que todas as partes consintam na participação do processo.

2. Como um direito que acompanha as partes no decorrer da Mediação, possibilitando que estas, em qualquer momento ou fase do processo, desistam do mesmo, através da revogação do consentimento anteriormente prestado.

Parece-me que estas vertentes decorrem, de forma evidente, do já aludido artigo 4º da Lei da Mediação:

Artigo 4.º

Princípio da voluntariedade

1 - O procedimento de mediação é voluntário, sendo necessário obter o consentimento esclarecido e informado das partes para a realização da mediação, cabendo-lhes a

¹⁰⁰LOPES, Dulce/PATRÃO, Afonso, ob. Cit., 2016, p.29.

responsabilidade pelas decisões tomadas no decurso do procedimento.

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

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

Analisando o n.º 1 da citada norma, verifica-se que a Mediação não pode, de forma alguma, iniciar-se sem o consentimento livre e esclarecido de todos os seus intervenientes. Assim, o mediador deve estar seguro de que todas as partes consentiram no recurso a este meio de resolução alternativa de litígios, sendo tal consentimento¹⁰¹ condição necessária para que se possa dar início aos trabalhos de Mediação. Obviamente, o consentimento pode ser prestado através da estipulação de uma cláusula ou convenção de mediação conforme decorre expressamente artigo 12º da Lei da Mediação¹⁰².

Já o n.º 2 do mesmo artigo consubstancia uma norma de carácter atributivo que prevê a faculdade ou direito de as partes se retirarem do processo em qualquer momento através da revogação do consentimento anteriormente prestado. Este direito é reforçado pelo disposto no n.º 3 deste normativo, em que se esclarece que a recusa de participar no processo não implica uma violação do dever de cooperação, postulado no artigo 7º do Código de Processo Civil. A referida disposição normativa

¹⁰¹ O conceito de consentimento pode equipar-se ao conceito de autorização que é uma condição de validade da prática de determinados atos jurídicos - PRATA, Ana, Dicionário Jurídico, Reimpressão da 5.ª Edição de janeiro/2008, Almedina, Vol. I, 2016, p. 197.

¹⁰² Ainda que a possibilidade não decorresse especificamente da lei, nada poderia obstar à celebração deste contrato na medida em que o mesmo se funda na autonomia privada das partes, ob. Cit. GOUVEIA, Mariana França, ob. Cit., 2010, p. 17.

é importante, no sentido de estabelecer que a recusa em participar ou continuar a participar no processo de Mediação não se consubstancia, também, numa recusa das mesmas em obter *com brevidade e eficácia, a justa composição do litígio* ¹⁰³, obstando, desta forma, à aplicação de uma sanção processual com esse fundamento.

3.3 O Princípio da Voluntariedade enquanto liberdade para contratar: a autonomia privada

Embora seja um conceito geralmente aplicado à realidade da Mediação, a ideia de Voluntariedade também pode (e deve) ser relacionada com os conceitos de autonomia privada e liberdade contratual.

Como se sabe, a autonomia privada é o princípio estruturante de todo o nosso ordenamento jurídico-civilista. Consiste no poder *de a pessoa dirigir sua vida, determinando-se a si mesmo ou regulando suas relações consoante a sua própria vontade e nos limites impostos pelo Direito*¹⁰⁴ (...); *na livre vontade de firmar relações jurídicas ou não*¹⁰⁵. É, no fundo, *o Princípio em virtude do qual, dentro dos limites estabelecidos na lei, a vontade livremente expressa tem o poder de criar, modificar e extinguir relações jurídicas*¹⁰⁶; *um espaço de licitude (...) - dentro da qual as pessoas ou certas categorias de pessoas dispõem da possibilidade de praticar os atos que entenderem*¹⁰⁷. É a Autonomia Privada, muitas vezes

¹⁰³REGO, Margarida Lima, *A suspensão dos prazos de caducidade e prescrição por efeito do recurso à mediação de litígios em matéria civil e comercial*, Revista da Ordem dos Advogados, 2017, p.8.

¹⁰⁴HUPSEL, Francisco, *Autonomia Privada na dimensão civil - Constitucional, O Negócio Jurídico, A pessoa Concreta E suas escolhas existenciais*, 1ª edição, JusPodivm, 2016, p. 91.

¹⁰⁵HORSTER, Henrich Heweld, *A Parte Geral do Código Civil Português - Teoria Geral do Direito Civil*, Reimpressão da edição de 1992, Almedina, 2017, p. 32.

¹⁰⁶PRATA, Ana, ob. Cit., 2016, p. 196

¹⁰⁷CARVALHO, Jorge Morais, «Os Princípios da Autonomia Privada e da Liberdade Contratual», *in Para Jorge Leite*, Escritos Jurídicos, Vol. II, Coimbra Editora, 2014, pp. 100-101.

designada por Autonomia da Vontade¹⁰⁸, a base de todo o Direito Civil na medida em que é este princípio que sustenta a livre participação no tráfego jurídico.

Por seu turno, a liberdade contratual¹⁰⁹, conceito que é facilmente confundível com o de autonomia privada¹¹⁰, pode ser classificado como a circunstância de serem os sujeitos privados que determinam o conteúdo e os efeitos dos negócios jurídicos que celebram¹¹¹¹¹². A liberdade contratual mais não é, portanto, do que uma manifestação ou expressão do Princípio da Autonomia Privada¹¹³.

No ponto anterior deste texto, a propósito da definição de Voluntariedade, identificou-se este princípio com as ideias de “liberdade das partes”, “domínio sobre o processo” e “escolha em participar ou não”. Verifica-se que todas estas ideias se encontram inevitavelmente associadas aos conceitos de autonomia privada e liberdade contratual, pelo que é impossível não fazer um paralelismo entre todos estes Princípios. Creio mesmo que se deve afirmar que o Princípio da Voluntariedade da Mediação tem a sua génese no Princípio da Autonomia Privada.

¹⁰⁸Ressalve-se o facto de os conceitos não serem inteiramente equivalentes, na medida em que a expressão “autonomia da vontade” tem na sua base a valorização do elemento “vontade” no âmbito do negócio jurídico (e, em especial, do contrato) cfr. CARVALHO, Jorge Morais, ob. Cit., 2014, p. 102.

¹⁰⁹Sobre as manifestações da liberdade contratual, vide, entre outros CARVALHO, Jorge Morais, ob. Cit., 2014, pp. 108 -117.

¹¹⁰HORSTER, Heinrich Heweld, ob. cit., 2017, p. 57: *Na verdade, a autonomia privada encontra a sua expressão por excelência no princípio da liberdade contratual. Esta pressupõe a existência da autonomia privada com a qual, às vezes, chega a ser identificada ou confundida.*

¹¹¹PRATA, Ana, ob. Cit., 2016, p. 859.

¹¹²SOARES, João Luz, «Autonomia privada e liberdade contratual: a função social do contrato a propósito dos 50 anos do Código Civil Português», in *Revista Vida Judiciária*, Nº 196, jul-agosto, 2016, pp. 30 e 31. Como refere este autor, a liberdade contratual engloba diversos patamares decisórios: *Será despiciendo relembrar que o princípio da liberdade contratual acaba por englobar diversos patamares decisórios: i) contratar ou não; ii) escolher a outra parte contratual; iii) determinar livremente, embora, em consenso, as cláusulas do contrato e iv) nos limites da lei, escolher a forma do contrato (...)*

¹¹³Também neste sentido CARVALHO, Jorge Morais, ob. Cit., 2014, p. 103.

A comparação e relação entre os dois princípios não é irrelevante para o objeto deste trabalho – relação entre a eficácia obrigacional da cláusula de mediação e o princípio da Voluntariedade da Mediação.

Numa situação em que as partes prestaram o seu consentimento para efeitos de participação no processo de Mediação, através da estipulação de uma cláusula de mediação e que, ao abrigo do Princípio da Voluntariedade, uma delas se recusa a iniciar a Mediação, parece-me que se deverá coadunar esta possibilidade ou direito com os princípios da Autonomia Privada e liberdade contratual.

Na verdade, note-se que foi ao abrigo destes dois últimos princípios estruturantes do nosso ordenamento jurídico-civilista que as partes **acordaram** em participar no Processo de Mediação e foi também nos termos dos mesmos que as mesmas partes se **vincularam** a essa participação. Deve-se ter presente que subjacente ao conceito de Autonomia Privada que implica uma ampla liberdade de participação do tráfego jurídico, está a ideia de responsabilização pelas opções decorrentes desta livre participação e o acatamento das consequências jurídicas positivas ou negativas que daí decorrem. Está, por isso, longe de ser evidente que seja lícito, ou pelo menos não sancionável, a recusa não fundamentada em participar na Mediação quando exista vinculação prévia e bilateral a essa participação pela via contratual.

4. Diferentes perspetivas sobre a eficácia das cláusulas compromissórias de mediação – análise da questão em alguns ordenamentos jurídicos.

Com este capítulo, pretende-se descrever sucintamente as opções e posições que têm sido tomadas em alguns ordenamentos jurídicos relativamente à eficácia da CCM e dos segmentos conciliatórios/ autocompositivos das cláusulas de resolução de litígios escalonadas.

No final, serão abordadas as perspetivas que subsistem sobre o tema no ordenamento jurídico português.

4.1 EUA

Já se teve oportunidade de referir neste texto que a Mediação tem sido objeto de bastante estudo nos Estados Unidos da América, constituindo uma prática totalmente sedimentada e implementada nesse país

Neste ordenamento jurídico, e conforme também referimos anteriormente, a questão da eficácia da cláusula de mediação tem sido, do ponto de vista jurisprudencial, tratada, sobretudo, a propósito das chamadas cláusulas arbitrais escalonadas ou *multi-tier dispute resolution clauses*. Referiu-se, nessa altura, que a tendência dominante dos tribunais norte-americanos tem sido no sentido de considerar estas cláusulas vinculativas – no que à mediação respeita – apenas quando a cláusula se encontre suficientemente bem redigida e, mais concretamente, quando seja suficientemente precisa, descrevendo de forma relativamente pormenorizada, entre outros aspetos, o número de sessões da mediação, os seus participantes e a duração da mesma.

Acrescente-se agora que mesmo quando a cláusula é completa e prevê alguns dos aspetos acima indicados, os tribunais norte-americanos, continuam a demonstrar-se algo relutantes em atribuir eficácia total ou parcial à cláusula de mediação nas situações em que a mesma cláusula não faz menção expressa ao facto de a mediação constituir uma pré-condição à arbitragem. Veja-se o que refere D. Jason File¹¹⁴ a este propósito: *Where multi-step dispute resolution clauses do not state that negotiation or mediation is a condition precedent to the pursuit of more adversarial procedures, courts in the United States tend to view negotiation or mediation more flexibly – ranging from a reluctance to strictly enforce notice provisions and or time limits surrounding the negotiation provisions to enforce those provisions at all.*

Frisa ainda este autor que, em certos casos, mesmo quando a cláusula mencione expressamente que a participação na Mediação constitui uma pré-condição à arbitragem, os tribunais norte-americanos se recusam a impor a vinculação ao primeiro meio de RAL se verificarem que a parte interessada apenas pretende que o juiz declare eficaz a cláusula de mediação com vista a ganhar tempo e provocar atrasos injustificados no processo arbitral¹¹⁵, não se encontrando, de todo interessada em resolver o conflito através deste meio autocompositivo¹¹⁶.

Face ao exposto, é possível concluir-se que os tribunais norte-americanos continuam a demonstrar alguma “hesitação” em atribuir força

¹¹⁴FILE, Jason, ob. Cit., 2007, p. 34.

¹¹⁵Refere FILE, Jason, ob. Cit., 2007, ob. Cit., p. 34.: *It should be noted, however, that courts in the United States have not always unquestioningly enforced negotiation or mediation portions of multi-step dispute resolution clauses even where they were conditions precedent to arbitration or litigation. Where it is evident that a party is attempting to delay arbitration or litigation by insisting on enforcement of a negotiation or mediation requirement, courts may decline to assist that party in its delay.*

¹¹⁶Deste ponto de vista, a posição dos tribunais norte-americanos é correta: a mediação não pode nem deve ter lugar quando a parte ou as partes recorram à mesma para prosseguirem fins processuais ilegítimos. Entre nós, parece-me que esta situação se encontra, em parte, acautelada pelo artigo 19º, al. c) da Lei da Mediação que estabelece a possibilidade de o mediador extinguir fundamentadamente a mediação. Ora, dúvidas não devem restar que o mediador age fundamentadamente ao extinguir o processo de Mediação quando uma das partes participe neste processo apenas com vista a melhorar a sua posição processual no meio de resolução do litígio adversarial que se segue.

vinculativa à cláusula de mediação no âmbito de uma multi-tier resolution dispute clause. Em suma, quando a cláusula for completa e descrever de forma precisa alguns aspetos importantes do procedimento de Mediação e, simultaneamente, mencionar expressamente que a participação neste meio de RAL constitui uma pré-condição à possibilidade de as partes optarem por uma via mais adversarial¹¹⁷, os tribunais consideram a mesma eficaz. Se, pelo contrário, as partes não têm o cuidado de, no momento da redação das cláusulas, prever estes aspetos - tidos pelos tribunais como fundamentais -, o mais provável é que os mesmos lhes atribuam pouca ou nenhuma eficácia.

A posição dos tribunais norte-americanos, que considero excessivamente conservadora, não deve, em meu humilde entender, ser acolhida pela doutrina e jurisprudência portuguesa.

Repare-se que a exigência destes tribunais de estarem previstos alguns dos requisitos atrás enunciados implica que a cláusula de resolução de litígios complexa ou escalonada fique, no que diz respeito ao segmento da mesma que estipule a mediação, desprovida de, praticamente, toda a sua eficácia, principalmente atendendo ao pouco cuidado que existe na redação deste tipo de cláusulas e que salientei oportunamente. Por isso, creio ser de adotar uma postura mais permissiva.

Do meu ponto de vista, desde que a cláusula contenha o mínimo de clareza e demonstre, de forma inequívoca, a vontade de as partes "negociarem" sobre o seu litígio, de lhes atribuir total eficácia, sancionando-se, em consequência, quer pela via processual, quer pela

¹¹⁷Também com esta opinião veja-se JOLLES, Alexander, ob.cit, 2006, p. 336: *A tribunal should consider a request for arbitration inadmissible if the parties agreed in a binding and unequivocal manner to first engage in other steps to resolve their dispute (negotiation, mediation, etc.). It must be clear from the wording of the agreement that this is not merely a permissive or non-mandatory provision. O Autor ressalva, no entanto, que em caso de dúvida o tribunal deve considerar a cláusula admissível e eficaz: In case of doubt, a tribunal should hold in favour of admissibility.*

via obrigacional, o incumprimento da mesma¹¹⁸. Não me parece essencial - não obstante ser sempre recomendável - que as partes prevejam o tempo máximo para a duração da mediação, o número de sessões, os participantes, as regras aplicáveis, etc. Tudo isto pode – e deve – ser acordado numa fase posterior. O que é fundamental, isso sim, é que a cláusula demonstre, de forma inequívoca, a existência de um consentimento livre e esclarecido com vista à participação na Mediação e faça uma remissão, ainda que futura e hipotética, ao litígio a que se reporta.

Também me parece manifestamente excessivo o entendimento dos tribunais norte-americanos na consideração que fazem de que a cláusula de mediação ou, neste caso, o segmento da cláusula escalonada que respeita à Mediação, apenas ser vinculativa quando a mesma mencionar expressamente que o referido meio constitui pré-condição à participação num processo arbitral ou judicial. Numa *multi-step resolution clause* em que as partes tenham estipulado que, na eventualidade de surgimento de um litígio, devem participar na Mediação e só depois recorrer à arbitragem ou outros meios de RAL, parece-me que o juiz, no momento da interpretação destas cláusulas tem elementos mais do que suficientes para concluir que as partes se quiseram vincular à participação no primeiro procedimento.

Não, é por isso, necessária qualquer referência concreta à circunstância da Mediação constituir uma pré-condição de acesso à arbitragem ou outros meios de RAL¹¹⁹:

Em suma, concludo o seguinte:

¹¹⁸Nesta observação não se está, para já, a incluir a problemática da articulação com o Princípio da Voluntariedade.

¹¹⁹O que já é discutível – questão que se analisa neste trabalho – é saber se uma parte pode ser sancionada pela recusa em participar num processo de mediação nos países em onde vigoram sistemas de mediação voluntária.

- 1) Da cláusula escalonada, ou da *multi-step resolution clause*, resulta que as partes estão vinculadas, antes de recorrer à arbitragem, a tentar a via da Mediação;
- 2) A eficácia ou vínculo jurídico desta cláusula não deve depender de esta ser mais ou menos completa (prever as regras aplicáveis, o número de sessões e de participantes, etc.);
- 3) Efetivamente, desde que, da referida cláusula, seja possível extrair um consentimento dos envolvidos com vista à participação na Mediação, as partes estão vinculadas a participar neste processo.
- 4) Nestes casos, a não participação na Mediação pode eventualmente ser suscetível de levar à obrigação de indemnizar, havendo ainda lugar à suspensão do procedimento arbitral se a parte lesada assim o requerer.

4.2 Inglaterra

A posição que tem vindo a ser acolhida pelos tribunais ingleses, onde vigora um sistema de mediação voluntária, vai no sentido de considerar as cláusulas de mediação vinculativas para as partes. Como consequência, as decisões dos tribunais têm variado entre a suspensão da instância judicial até que seja conhecido o resultado da mediação ou em negar, por completo, o acesso a esta jurisdição, quando verificarem que há uma vontade clara das partes em resolver o litígio por esta ou outra via amigável ¹²⁰.

¹²⁰CEBOLA, Cátia Marques, ob. Cit., p.178: *En Inglaterra los tribunales tienen establecido que las clausulas de mediación obligatorias en contratos o bien suspenden el acceso a la jurisdicción, o bien rechazan el acceso a la misma en tanto en cuanto las partes intenten resolver el conflicto por este mecanismo.*

Pela sua importância para o desenvolvimento da atual posição dos tribunais do Reino Unido nesta matéria, deve-se destacar o caso *Cable & Wireless v. IBM United Kingdom LTD* que constituiu um forte precedente¹²¹

no que respeita à análise, interpretação e eficácia deste tipo de cláusulas.

O caso tinha por base um contrato duradouro de fornecimento de tecnologia celebrado, a nível global, entre a IBM United Kingdom LTD e a Cable & Wireless. Procurando otimizar a qualidade¹²², preço e a competitividade do serviço prestado, as partes decidiram delegar num terceiro independente e qualificado a incumbência de fazer um processo de “benchmarking”¹²³. Sucedeu que esse terceiro acabou por revelar que o preço cobrado pela IBM pelos serviços prestados era excessivo, o que levou a Cable & Wireless a intentar uma ação contra a primeira, visando ser ressarcida do valor de 31 milhões¹²⁴ de libras¹²⁵. O contrato de prestação de serviços estipulava uma cláusula de resolução de litígios escalonada, impondo que, em caso de litígio as partes deveriam, numa primeira fase recorrer à negociação onde participariam representantes das duas empresas, comprometendo-se, numa segunda fase, em tentar resolver a disputa através de outros meios de resolução alternativa de litígios; por fim, e na eventualidade de insucesso dos dois métodos anteriores, restava o recurso à litigância nos tribunais judiciais¹²⁶.

¹²¹Como escreve VEEDER, V.V., Royaume-Uni, «Cable & Wireless Plc vs IBM United Kingdom», in *Revue de l'Arbitrage*, N° 2, 2003, p.538, esta decisão demarcou-se claramente da jurisprudência anterior.

¹²²MACKIE, Karl, «The Future for ADR Clauses After Cable & Wireless v. IBM, Arbitration International», N° 3, Vol. 19, 2003, disponível em: http://www.cedr.com/library/articles/Fut_for_ADR_clauses.pdfMACKIE, p. 345.

¹²³Isto é, um processo que consiste no método sistemático de procurar os melhores processos, as ideias inovadoras e os procedimentos operacionais mais eficientes que conduzam a um melhor desempenho. Baseei-me na definição dada por Christopher E. Bogan.

¹²⁴VEEDER, V.V., Royaume-Uni, ob. Cit., 2003, p. 538.

¹²⁵MACKIE, Karl, ob. Cit., 2003, p. 345.

¹²⁶*ibidem*

Consequentemente, iniciaram-se as negociações entre ambas as partes que acabaram por fracassar; tendo, nessa sequência, a Cable & Wireless se recusado a participar nos procedimentos de RAL, de acordo com o estipulado na *multi-step clause* convencionada entre as partes.

Chamado a decidir sobre o eventual vínculo das partes em participarem nos procedimentos de RAL, o juiz atentou ao que dispunha o segmento da cláusula que remetia as partes para os meios de RAL:

*If the matter is not resolved through negotiation, the Parties shall attempt in good faith to resolve the dispute or claim through an Alternative Dispute Resolution (ADR) Procedure as recommended to the Parties by the Centre for Dispute Resolution. However, an ADR procedure which is being followed shall not prevent any Party or Local Party from issuing proceedings*¹²⁷.

Após análise, o juiz *Colman* concluiu que as partes estavam vinculadas a tentar resolver o seu litígio através dos meios de RAL. Escreve Karl Mackie¹²⁸, que a posição do juiz assentou essencialmente em três argumentos distintos:

- a) O primeiro argumento sustenta a ideia que a cláusula demonstra uma forte vontade das partes em se vincularem aos meios de RAL e recorrer à litigância apenas como ultimo recurso possível. Acrescenta que o facto de a cláusula prever a possibilidade de as partes poderem dar entrada de ações judiciais não é impeditivo de as mesmas conduzirem, em simultâneo, um processo de RAL, designadamente a Mediação. Pelo que as partes, no momento da celebração do contrato, atribuíram força vinculativa a este segmento da cláusula escalonada.

¹²⁷MACKIE, Karl, ob. Cit., 2003, p. 346.

¹²⁸MACKIE, Karl, ob. Cit., 2003, pp. 346 -348.

- b) O segundo argumento salienta que as partes, na cláusula, tinham identificado um procedimento específico para resolver o litígio, remetendo-o inclusivamente para um reputado Centro de Resolução Alternativa de Litígios, o CEDR¹²⁹. Constatou o juiz que, na altura da celebração do contrato de prestação de serviços tecnológicos, tinha acabado de ser publicada uma nova edição das regras processuais do referido centro que determinavam que a “retirada” das partes da mediação só deveria ocorrer após a nomeação do mediador e depois de a mediação ter começado; assim, também as regras deste centro vinculavam as partes a uma participação mínima no processo.
- c) Por fim, o terceiro argumento utilizado pelo juiz prende-se com a circunstância de a mediação já ser, à data da decisão, parte integral do sistema de justiça inglês, o que na opinião do primeiro faz com que os tribunais não possam discricionariamente negar a força vinculativa destas cláusulas com fundamento na “incerteza intrínseca¹³⁰” das mesmas, na medida em que isso seria quase equivalente a oporem-se a uma decisão de política pública.

Muito embora este caso demonstre ainda alguma cautela na atribuição de força vinculativa às cláusulas compromissórias de mediação, nota-se uma maior abertura em reconhecer a eficácia dos segmentos mais conciliatórios das cláusulas escalonadas ou *multi-tier-resolution clause*, o que contribuiu para uma mudança significativa no que toca à perceção existente relativamente a estas cláusulas. Efetivamente, sublinha Karl Mackie que este caso deu um impulso significativo à implementação dos meios de RAL e que confirmou uma

¹²⁹CEDR – Center for Alternative Dispute Resolution : https://www.cedr.com/about_us/

¹³⁰A expressão utilizada pelo autor é *intrinsic uncertainty*.

tendência internacional em ver estes meios alternativos como elementos respeitados do sistema civil de justiça¹³¹.

Da minha parte, parece-me particularmente relevante o terceiro argumento utilizado pelo juiz *Colman*: negar a força vinculativa de uma cláusula de mediação (ou de um segmento mais conciliatório de uma cláusula escalonada) pode implicar a negação de uma opção de política pública nos países onde a mediação já faz parte integrante do sistema de justiça. Isto é algo que os tribunais não devem nem podem fazer.

4.3 Itália

Em Itália, nos anos recentes, a opção legislativa tem sido no sentido de consagrar um sistema de mediação obrigatória.

Através do *Decreto Legislativo 4 marzo 2010, n. 28*¹³², o legislador italiano determinou que o recurso prévio à mediação constituía condição *sine qua non* para que as partes pudessem iniciar um processo nos tribunais judiciais em todas as ações relativas a matérias civis e

¹³¹MACKIE, Karl, ob cit, 2003, p. 350. Não obstante a importância da decisão para a mudança de paradigma no Reino Unido sobre a eficácia contratual das cláusulas complexas de resolução alternativa de litígios, a mesma não foi poupada a algumas críticas. Veja-se designadamente VEEDER, V.V., Royaume-Uni, ob. Cit., 2003, p. 541.

¹³²*Disponha o artigo 5º n.º1 do Decreto Legislativo 4 marzo 2010, n.º 28 na sua versão originária: 1. Chi intende esercitare in giudizio un'azione relativa ad una controversia in materia di condominio, diritti reali, divisione, successioni ereditarie, patti di famiglia, locazione, comodato, affitto di aziende, risarcimento del danno derivante dalla circolazione di veicoli e natanti, da responsabilità medica e da diffamazione con il mezzo della stampa o con altro mezzo di pubblicità, contratti assicurativi, bancari e finanziari, e' tenuto preliminarmente a esperire il procedimento di mediazione ai sensi del presente decreto ovvero il procedimento di conciliazione previsto dal decreto legislativo 8 ottobre 2007, n. 179, ovvero il procedimento istituito in attuazione dell'articolo 128-bis del testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia di cui al decreto legislativo 1º settembre 1993, n. 385, e successive modificazioni, per le materie ivi regolate. L'esperimento del procedimento di mediazione e' condizione di procedibilità della domanda giudiziale. L'improcedibilità deve essere eccepita dal convenuto, a pena di decadenza, o rilevata d'ufficio dal giudice, non oltre la prima udienza. Il giudice ove rilevi che la mediazione e' già iniziata, ma non si e' conclusa, fissa la successiva udienza dopo la scadenza del termine di cui all'articolo 6. Allo stesso modo provvede quando la mediazione non e' stata esperita, assegnando contestualmente alle parti il termine di quindici giorni per la presentazione della domanda di mediazione. Il presente comma non si applica alle azioni previste dagli articoli 37, 140 e 140-bis del codice del consumo di cui al decreto legislativo 6 settembre 2005, n. 206, e successive modificazioni.*

comerciais: *L'esperimento del procedimento di mediazione e' condizione di procedibilità della domanda giudiziale*¹³³. Naturalmente, a lei apenas impunha a participação no processo de mediação, nunca impondo que as mesmas celebrassem um acordo no decorrer do mesmo¹³⁴¹³⁵.

O Decreto Legislativo de 4 marzo 2010 vigorou até 2012, ano em que a Corte Costituzionale¹³⁶ italiana declarou que esse instrumento legislativo não se encontrava em conformidade com a Constituição Italiana. Curiosamente, a decisão deste Tribunal em declarar inconstitucional o referido Decreto não teve como fundamento o argumento de que a mediação obrigatória violava o direito de acesso aos tribunais italianos e/ou o direito de defesa ou a *Diretiva n.º 2008/52/CE da União Europeia relativa a certos aspetos da mediação em matéria civil e comercial*, tantas vezes propugnado pelos opositores da mediação obrigatória, antes tendo assentado em razões estritamente procedimentais ou orgânicas¹³⁷.

Na sequência da declaração de inconstitucionalidade, e durante um curto espaço de tempo¹³⁸, a Mediação voltou a ser totalmente voluntária em Itália. Durante esse período, constatou-se uma redução drástica no

¹³³Excerto do artigo 5º nº 1 do Decreto Legislativo 4 marzo 2010, n.º 28.

¹³⁴MOJASEVIC, Aleksandar S., *Judicial Mediation in Italy and Serbia: Comparative Legal and Economic Analysis*, 2015, disponível em: <http://scindeks-clanci.ceon.rs/data/pdf/0350-8501/2015/0350-85011569093M.pdf>, p. 101: *The Legislative Decree 28/201028 prescribes, in specified disputes, the parties' obligation to participate in mediation as a condition for initiating a court proceeding. This is a mandatory attempt to settle the dispute before the mediator rather than an obligation to accept any agreement.*

¹³⁵No fundo, mesmo em sistemas de mediação obrigatória, a Mediação nunca é desprovida totalmente da característica da Voluntariedade na medida em que as partes continuam a ter o domínio sobre o processo, desde logo porque só acordam sobre o litígio que as opõe se assim o entenderem.

¹³⁶Tribunal Constitucional Italiano

¹³⁷O texto integral e os fundamentos concretos da decisão do Tribunal Constitucional italiano pode ser consultado em: www.cortecostituzionale.it/actionSchedaPronuncia.do?anno=2012&numero=272

¹³⁸4. *Fully voluntary mediation (from October 2012 to 20 September 2013). Italy's return to a fully voluntary mediation system for all civil and commercial disputes resulted from na October 2012 decision by the Italian Constitutional Court holding that Legislative Decree no. 28/10 was unconstitutional to for procedural reasons.* V. D'URSO, Leonardo/ CANESSA, Romina, «The Italian Mediation Law on Civil and Commercial Disputes, A Detailed description of the mediation procedure under the Italian Legislative Decree no. 28/2010 and Ministerial Decree no.180/2010 along with the translations of the laws in English», *ADR Center*, March 2017, disponível em: <https://gpcseries.files.wordpress.com/2017/06/the-italian-mediation-law1.pdf>

número de mediações realizadas neste país. Efetivamente, constata Leonardo D'Urso e Romina Canessa que, no decurso do ano de 2012, em que voltou a vigorar um sistema de mediação voluntária em Itália, o número de mediações realizadas sofreu uma descida média de 100.000. para, aproximadamente, 10.000.¹³⁹.

Em resposta a esta descida drástica no recurso a este meio de RAL, e com vista a enfrentar, entre outros problemas, a lentidão que subsistia no sistema judicial italiano, foi adotado o *decreto-legge de 21 giugno 2013, n.º 69* que, modificando o *decreto legislativo de 4 marzo 2010, n. 28*, ripristinou, pelo menos em parte, o regime da Mediação obrigatória que, vigorava antes de 2012, alterando, contudo, de forma significativa esse regime.

Entre as mudanças mais expressivas, há a destacar, por um lado, a redução das matérias que estão sujeitas a mediação obrigatória. Por exemplo, matérias relativas ao apuramento da responsabilidade civil em acidentes de viação ou com embarcações já não se integram, contrariamente ao que acontecia na versão original do Decreto legislativo de 4 de março de 2010, no leque de matérias abrangidas pelo regime de mediação obrigatória. Por outro lado, o legislador italiano decidiu atribuir uma eficácia provisória a este novo regime de mediação obrigatória, estabelecendo um prazo de quatro anos para a vigência do Decreto-Lei, tendo ainda estabelecido que, após dois anos da sua entrada em vigor, o Ministério da Justiça começaria a analisar os resultados do mesmo. Visava-se essencialmente aferir se o regime da mediação obrigatória seria o mais adequado para a realidade da justiça italiana¹⁴⁰ e se contribuiria para um alívio no número de processos pendentes.

¹³⁹D'URSO, Leonardo/ CANESSA, Romina, ob., cit., 2017, p. 8.

¹⁴⁰Passados três anos, os resultados são segundo D'URSO, Leonardo/ CANESSA, Romina visivelmente satisfatórios.

Por último, e este aspeto parece-me particularmente importante, o artigo 5º do decreto legislativo de 4 de março de 2010, na nova redação que lhe é dada pelo Decreto legislativo de 21 de junho de 2013, vem esclarecer, no seu *nº 2 bis*, que quando a participação na mediação constitua pré-condição ao acesso aos tribunais judiciais, essa condição se considera satisfeita se as partes participarem numa primeira sessão de mediação e não consigam chegar a acordo.

Não obstante vigorar em Itália um sistema de Mediação tendencialmente obrigatória, nem por isso o legislador italiano¹⁴¹ deixou de regular a possibilidade de as partes quererem voluntariamente participar num processo de mediação. Nos termos do artigo 2º¹⁴² do já tantas vezes aludido decreto legislativo de 4 de março de 2010, determina-se que qualquer pessoa pode dar início a um processo de Mediação para dirimir determinado litígio em matéria civil ou comercial, desde que o litígio em causa comporte direitos disponíveis¹⁴³.

Quanto às sanções aplicáveis em caso de recusa injustificada em participar nesta primeira sessão de mediação, consagrou-se no artigo 13º do Decreto de 4 de março de 2010, a possibilidade de o juiz obstar à recuperação das custas processuais pela parte vencedora se a decisão judicial for, por exemplo, equivalente ao acordo que tinha sido proposto pela parte vencida e recusado pela primeira injustificadamente. Também à semelhança do que ocorre em Portugal, o juiz, mediante requerimento do interessado, tem o poder-dever de suspender a instância se as partes não tiverem iniciado ainda a Mediação.

¹⁴¹Pelo contrário, é visível, neste decreto legislativo, que o legislador italiano pretende precisamente promover a mediação voluntária.

¹⁴²Artigo 2º do Decreto: *Chiunque può accedere alla mediazione per la conciliazione di una controversia civile e commerciale vertente su diritti disponibili, secondo le disposizioni del presente decreto.*

¹⁴³O critério para aferir da mediabilidade de determinado litígio em Itália é, tal como em Portugal, o da disponibilidade.

4.4. Portugal

Em Portugal, a problemática da eficácia obrigacional da cláusula compromissória de mediação não foi ainda, como já referi, objeto de um estudo autónomo e aprofundado pela doutrina. Não se conhecem também decisões dos tribunais superiores portugueses que incidam sobre esta questão.

Isto não implica, obviamente, que o assunto não tenha já sido abordado por alguns reputados Autores. Neste ponto, procurar-se-á, descrever sinteticamente as posições conhecidas¹⁴⁴.

No artigo intitulado *A Consagração Legal da Mediação em Portugal*, publicado no nº 15 da revista *Julgar*, 2011, Jorge Morais Carvalho considerava que o incumprimento da cláusula de mediação pode acarretar consequências obrigacionais. Veja-se, em concreto, o que diz o autor: *O incumprimento da cláusula de mediação tem, portanto, efeitos meramente obrigacionais. Trata-se de responsabilidade contratual, correspondendo o ilícito ao incumprimento de uma das cláusulas do contrato, pelo que a culpa se encontra presumida. No entanto, a responsabilidade depende da existência de um dano e do nexo de causalidade entre o facto de a parte não ter recorrido ou participado* ¹⁴⁵. Assim o Autor defendia, à data, que a CCM é suscetível de produzir efeitos obrigacionais, parecendo deixar, no entanto, o alerta para a dificuldade de ser feita prova do nexo de causalidade e dos danos causados por este incumprimento¹⁴⁶¹⁴⁷.

¹⁴⁴Ou, pelo menos, as posições que conheço sobre o tema.

¹⁴⁵CARVALHO, Jorge Morais, ob. Cit., 2011, p. 284.

¹⁴⁶É importante ressaltar que o artigo é datado de 2011, ou seja, antes da entrada em vigor da Lei da mediação de 2013 que no artigo 12 n.º 4 passou a estipular expressamente a suspensão da instância. Nesse sentido, e atendendo a que a lei já prevê uma consequência – processual é certo- para o incumprimento de uma cláusula de mediação, o autor poderá, porventura, ter alterado a sua posição.

¹⁴⁷Vide também com a mesma posição sobre a prova dos danos e quantum indemnizatório nestes casos ALMEIDA, Carlos Ferreira de, ob. Cit., 2014, p. 25.

Com uma posição semelhante, Mariana França Gouveia defende que uma *eventual indemnização* (com fundamento no incumprimento da cláusula de mediação) *por danos depende obviamente da verificação desses danos, o que se mostra difícil na medida em que é impossível provar que haveria acordo na mediação*¹⁴⁸. Acrescenta: *Fácil será, aliás, provar precisamente o contrário. Não será difícil demonstrar, em pleno processo litigioso, que mesmo que as partes tivessem iniciado a mediação não teriam conseguido chegar a acordo*¹⁴⁹. A autora é da opinião, portanto, que a solução consagrada pelo novo regime da Lei da Mediação que, no seu artigo 12º n.º 4, postula que o juiz deve suspender a instância, é a mais adequada e suficiente para garantir a eficácia da CCM, vendo como impraticável o ressarcimento de danos por incumprimento destas cláusulas¹⁵⁰¹⁵¹.

Por seu turno, José Miguel Júdice e Pedro Metello de Nápoles, debruçando-se sobre a executoriedade das cláusulas de resolução de litígios complexas ¹⁵², fazem uma distinção entre as cláusulas que apenas imponham deveres gerais, as cláusulas que imponham deveres

¹⁴⁸GOUVEIA, Mariana França, ob. Cit., 2014, pp. 80 e ss.

¹⁴⁹*Ibidem*

¹⁵⁰Veja-se também CEBOLA, Cátia Marques, «Regulamentar a Mediação: um olhar sobre a Nova Lei de Mediação em Portugal», *Revista Brasileira de Direito* 11 (2), 53-65, jul.-dez. 2015, p.62: *No que concerne aos efeitos da convenção da mediação, designadamente se a mesma for preterida por interposição de uma ação judicial, sem prévia tentativa de resolução do conflito por recurso a um mediador, opta o legislador português por consagrar a suspensão da instância, devendo o juiz do processo remeter as partes para mediação. A preterição da convenção de mediação não é, contudo, de conhecimento oficioso, devendo o réu deduzir a respetiva exceção aquando da apresentação da sua contestação. É a solução que nos parece mais adequada atendendo ao caráter autocompositivo da mediação. Efetivamente, suspendendo-se a instância, as partes são remetidas para mediação, tal como estipularam voluntariamente no contrato que celebraram, regressando ao processo judicial se verificarem ser infrutífera a tentativa de resolução do litígio através de acordo. Por outro lado, se as partes obtiverem acordo na mediação, poderão, no âmbito do processo já existente, submeter a homologação o pacto obtido, promovendo-se a sempre almejada economia processual.*

¹⁵¹No mesmo sentido, LOPES, Dulce/PATRÃO, Afonso, ob. Cit., 2016, p. 88.

¹⁵²JÚDICE, José Miguel/ NAPÓLES, Pedro Metello de, *Cláusulas que impõem mecanismos de prévia conciliação - da sua executoriedade e das consequências da sua violação, in Clausulas de conciliação prévia à arbitragem*, Livro Acuerdo Arbitral, Peru, 2010, disponível em: https://www.josemigueljudice-arbitration.com/xms/files/03_ARTIGOS_CONFERENCIAS_JMJ/01_Artigos_JMJ/Clausulas_de_conciliacao_previa_a_arbitragem_Livro_Acuerdo_Arbitral_Peru_2010.pdf, pp. 8-11:

Saliente-se que o texto é anterior a 2013, data em que entrou em vigor a lei da mediação que previu o dever de o juiz suspender a instância numa situação de violação de uma cláusula de mediação; por esta razão, os autores poderão eventualmente ter agora outra posição.

específicos e as cláusulas que remetam expressamente para processos de mediação/conciliação. Assim, para os referidos Autores, quando uma cláusula de mediação imponha apenas deveres gerais, como o dever de negociar de boa-fé com vista a resolver o conflito de forma amigável, inexistente qualquer consequência pela violação da mesma. Nos casos em que a mesma cláusula imponha deveres específicos ou concretos, como *seja a obrigatoriedade das administrações das partes reunirem e/ou de o período de negociações ter uma duração pré-determinada*¹⁵³, há que fazer uma análise casuística e *verificar em que medida é que a mesma impõe uma conduta determinável e concreta*, circunstâncias que farão com que seja vinculativa. Por fim, se a cláusula remeter para a mediação /conciliação, a opinião dos autores vai no sentido de que se deve atribuir força vinculativa à mesma e executá-la¹⁵⁴.

Recentemente, Margarida Lima Rego¹⁵⁵ também abordou esta questão, sustentando uma posição autónoma e substancialmente diferente das anteriormente expostas: *Muito embora a lei reconheça a vinculatividade da convenção de mediação, há que concatená-la com o princípio da voluntariedade: não obstante a sua vinculação à mediação, as partes mantêm o direito de, a todo o momento, conjunta ou unilateralmente, revogarem o seu consentimento à participação, conforme dispõe o art. 4º., n.º 2, da Lei da Mediação.* Por outro lado, na opinião da Autora, tendo em conta a importância da Voluntariedade para o sucesso do processo de mediação, é inútil forçar as partes a participar neste procedimento, *sendo preferível que, em cada momento, se sintam livres para nem sequer o iniciarem ou fazerem-no cessar.* Argumenta, por isso, que a cláusula de mediação, à semelhança do contrato de promessa de casamento, é dotada de uma eficácia *assumidamente*

¹⁵³Ibidem, p. 9.

¹⁵⁴No fundo, os Autores parecem adotar a perspetiva sufragada pelos tribunais e doutrina norte-americana relativamente à eficácia das cláusulas de mediação. Não concordamos com a mesma pelas razões que indicámos no ponto 4.1 deste texto.

¹⁵⁵REGO, Margarida Lima, ob. Cit., 2017, pp. 7-10.

fraca. E que, devendo-se dar primazia à substância sobre a forma, é de rejeitar uma ideia de subordinação imperativa de quem não crê, honestamente, na viabilidade de um acordo à prática de toda uma sucessão de atos vazios de significado.

A Autora conclui o seu raciocínio, alegando que será lícita a recusa de uma parte em participar num processo de mediação, mas que, não obstante, o princípio da boa-fé, na vertente da tutela da confiança, parece impor que possa existir fundamento para um eventual pedido de indemnização por prejuízos causados às legítimas expectativas da outra parte.

Face ao exposto, subsistem, na doutrina portuguesa essencialmente três posições:

- a) Uma posição maioritária sustentada por Mariana França Gouveia, Cátia Cebola Marques e Dulce Lopes e Afonso Patrão e outros, perfilhando o entendimento de que a solução encontrada pelo legislador português em prever o poder/dever do juiz de suspender a instância em caso de incumprimento da CCM é a mais adequada, dado que, de um ponto de vista obrigacional, e na prática, é praticamente impossível à parte lesada fazer prova do nexo de causalidade e dos danos causados por esse incumprimento.
- b) Um segundo entendimento, perfilhado por José Miguel Júdice e Pedro Metelo de Nápoles, antes da entrada em vigor da Lei da Mediação, que, parecendo seguir a tendência dos tribunais norte-americanos, apenas atribui força vinculativa àquelas cláusulas que imponham deveres específicos ou que remetam expressamente para a mediação, deixando de fora as cláusulas que apenas

estabeleçam deveres gerais, caso da negociação de boa-fé.

- c) Uma terceira perspectiva, sufragada por Margarida Lima Rego, argumentando, em suma, que a vinculação à CCM deverá ser sempre conciliada com o Princípio da Voluntariedade da Mediação e que, não desejando as partes participar no processo é inútil forçá-las a isso; atribui, desta forma uma eficácia assumidamente fraca à CCM, ressalvando, contudo, a potencial obrigação de indemnizar quando a parte incumpridora tiver violado as legítimas expectativas da contraparte.

No capítulo seguinte, procurarei dar a minha opinião sobre este assunto.

5. Posição adotada: a eficácia obrigacional das cláusulas compromissórias da mediação.

Cumpra agora tomar posição sobre a eficácia obrigacional da cláusula compromissória de mediação.

Em primeiro lugar, devo referir que, do meu ponto de vista, a vinculatividade genérica desta cláusula decorre da própria lei, não só porque, por um lado, o legislador tipificou, no artigo 12º da Lei da Mediação este contrato mas também, e sobretudo, porque estabeleceu uma consequência jurídica concreta para o seu incumprimento: a suspensão da instância judicial ou arbitral. Por isso, face ao quadro legislativo atualmente vigente no ordenamento jurídico português, não é, defensável o entendimento de que a CCM não produz, na prática, qualquer efeito jurídico ou que constitui apenas uma formalidade prévia ao início de determinado processo judicial ou arbitral. Não se podem, portanto, do meu ponto de vista, acatar as opiniões que vão no sentido de atribuir apenas eficácia à CCM apenas quando a mesma seja redigida de uma forma detalhada, impondo deveres concretos às partes e estabelecendo como pré-condição ao processo subsequente a participação na Mediação (posição seguida, entre nós, por José Miguel Júdice e Pedro Metello de Nápoles, antes da entrada em vigor da Lei da Mediação e que se baseia na jurisprudência norte-americana).

Logo, o que se pode discutir e que é, na verdade, bastante discutível é saber até que ponto a CCM vincula: se o contrato é dotado de uma vinculatividade *assumidamente fraca*¹⁵⁶, ou se, pelo contrário, a sua eficácia é normal ou forte, questão que tem necessariamente de ser

¹⁵⁶Utilizando a expressão de Margarida Lima Rego, ob. Cit., 2017, pp. 7-10.

relacionada e contraposta com os princípios da Mediação, em especial o Princípio da Voluntariedade, postulado no artigo 4º da Lei 29/2013 de 19 de julho. Igualmente discutível é saber se, conseqüentemente e em concreto, uma parte pode, invocando o Princípio da Voluntariedade recusar-se a iniciar e/ou desistir do processo de Mediação, quando tenha celebrado uma cláusula de mediação.

Analisemos.

Como já se referiu, a celebração de uma CCM, obriga as partes, a tentar, mutuamente, dentro do meio da Mediação, a dirimir o seu litígio, ou seja, a procurar pontos de concórdia e visar o acordo¹⁵⁷. A mesma cláusula impõe, simultaneamente, que as partes se devem abster de participar num processo judicial ou arbitral sem que tenham previamente esgotado o meio da Mediação.

Posto isto, a celebração de uma cláusula compromissória de mediação, com as obrigações jurídicas que daí decorrem, viola, ainda que parcialmente, o Princípio da Voluntariedade?

No 3º capítulo deste trabalho, referi que a voluntariedade deveria ser encarada essencialmente de duas perspetivas: 1) como um pressuposto essencial ao início do Processo de Mediação: este não pode ter início sem que as partes intervenientes consintam nesta participação e 2) como um direito que acompanha as partes no decurso do mesmo, possibilitando a revogação do consentimento anteriormente prestado e conseqüente desistência do processo.

A resposta a esta questão difere, consoante nos estejamos a reportar à primeira vertente do Princípio da Voluntariedade – o consentimento que tem de ser prestado para que se possa iniciar a Mediação ou à segunda

¹⁵⁷A propósito das obrigações que decorrem da CCM, veja-se o ponto 2.3.1 *infra*.

vertente – o direito de desistência, que assiste às partes, no âmbito do mesmo.

1) Quanto à primeira perspetiva, é indiscutível que a cláusula de mediação é um meio mais do que idóneo para prestar consentimento na participação do referido meio de RAL. A obrigatoriedade de forma escrita imposta pelo legislador português visou precisamente salvaguardar alguma certeza na vontade das partes em submeter o litígio à Mediação; pretendeu o legislador, no fundo, confirmar que este pressuposto fundamental (consentimento) se encontra preenchido¹⁵⁸.

Por esta e outras razões, creio que dificilmente se poderá sustentar que o princípio da Voluntariedade é posto em causa quando, na eventualidade de ter sido celebrada uma cláusula compromissória de mediação, se infere que as partes estão obrigadas a iniciar um processo de mediação e a tentar chegar a um acordo no decorrer desse processo.

Disse anteriormente¹⁵⁹ que foi ao abrigo da autonomia privada ou da vontade que as partes acordaram e se vincularam na/à Mediação. Ora, atendendo a que subjacente à autonomia privada, está a ideia de responsabilização pelos atos praticados e uma aceitação das consequências e riscos sempre inerentes à livre participação no tráfego jurídico, parece-me ser **ilícita**¹⁶⁰ a conduta da parte que, previamente vinculada pela CCM, e confrontada com a proposta de Mediação da contraparte se escuda no artigo 4º da Lei da Mediação e se recusa a dar início ao processo, remetendo a resolução dos litígios para os tribunais judiciais ou arbitrais, consoante o caso.

O pressuposto essencial para que se pudesse dar início ao processo de mediação foi totalmente respeitado quando, ao abrigo da autonomia

¹⁵⁸Como salientam Dulce Lopes e Afonso Patrão em ob. Cit.: *Só assim o legislador terá alguma certeza de que as partes ponderaram e perceberam o compromisso a que se vincularam.*

¹⁵⁹No ponto 3.2 *infra*.

¹⁶⁰Em sentido contrário veja-se REGO, Margarida Lima, Ob. Cit., 2017, pp. 7-10.

privada e liberdade contratual, as partes celebraram a CCM. A aludida cláusula mais não é do que a manifestação de uma vontade bilateral, livre e esclarecida em participar na Mediação, vontade, que, salvaguarda a lei, deve ser reduzida a escrito, sob pena de nulidade do negócio jurídico, exatamente para se dissiparem dúvidas sobre a sua existência.

Sendo a função primordial da CCM precisamente o consentimento na Mediação, então não é razoável que a parte possa, mais tarde, vir invocar que já não está de acordo numa participação a este meio. Parece-me que uma posição contrária, a este entendimento atenta fortemente contra o princípio da força vinculativa dos contratos que, como é sabido, implica que os negócios jurídicos bilaterais válidos e eficazes *constituem lei imperativa entre as partes (lex privata)* ¹⁶¹, a que estas têm de se sujeitar.

Em suma, tendo a parte faltosa celebrado, ao abrigo da autonomia privada, a CCM, terá de dar início à Mediação: se preferir não cumprir, então sujeitar - se - á às consequências jurídicas decorrentes dessa opção.

Julgo, de resto, que esta posição tem base legal assente no texto do n.º 2 do artigo 4º da Lei da Mediação: a norma estabelece a possibilidade de desistência *Durante o procedimento de mediação*, nunca se podendo retirar da mesma a ideia da licitude da recusa em se iniciar esse procedimento quando as partes a isso se tenham vinculado.

Portanto, é de concluir que a recusa não fundamentada em iniciar a participação numa Mediação configura um incumprimento da cláusula compromissória, constituindo, por isso, um ato **ilícito** e sancionável juridicamente.

¹⁶¹COSTA, Mário Júlio de Almeida, ob. Cit., 2014, p. 312.

2) De forma diferente se deverá encarar a relação entre a eficácia da cláusula compromissória de mediação e a Voluntariedade quando este princípio se expressa através do direito que assiste às partes em desistir do processo, após o seu início.

Neste ponto, concordo em absoluto com Margarida Lima Rego quando sustenta que as obrigações decorrentes da CCM têm de ser necessariamente concatenadas com o Princípio da Voluntariedade ¹⁶². Efetivamente, atendendo a que esse princípio é uma das características centrais do Direito da Mediação¹⁶³, a celebração da CCM não poderá, nunca, revelar-se numa negação total deste domínio e controle que as partes detêm sobre o processo. Além do mais, considerar que as partes estão impossibilitadas de desistir da Mediação, é o mesmo que, na prática, dizer que as mesmas se encontram obrigadas a chegar a acordo, o que, já se referiu, não integra o conteúdo obrigacional da CCM.

Por conseguinte, deve entender-se que, não obstante se encontrarem vinculadas a uma cláusula compromissória de mediação, as partes têm o direito de revogar livremente o consentimento anteriormente prestado e desistir da Mediação, sob pena de se derogar, por completo, o conteúdo da Voluntariedade e afetando-se, assim, inevitavelmente o *core ou* conteúdo essencial deste meio de RAL.

Assim, deverá considerar-se **lícita**, e conseqüentemente não indemnizável, a conduta da parte que, após o início do processo de Mediação, venha, nos termos do artigo 4º, da lei da Mediação, desistir deste meio autocompositivo de resolução de litígios.

Face ao exposto, é de concluir que a celebração de uma CCM não viola o princípio da Voluntariedade da Mediação: a cláusula não

¹⁶²REGO, Margarida Lima, ob. Cit., pp. 7-10.

¹⁶³Vide ponto 3.2 *supra*.

impossibilita o controlo das partes sobre o processo e não afasta o seu direito de desistência no decorrer do mesmo.

3) Resumindo, a **licitude** ou **ilicitude** da recusa de uma das partes, previamente vinculada pela celebração de uma CCM, em participar num procedimento de Mediação encontra-se dependente do momento específico em que esta sucede: se for no momento em que a contraparte, acionando o contrato, a convida para iniciar a Mediação, esta recusa é ilegítima, sujeitando-se a parte faltosa às consequências jurídicas dessa opção; se a recusa ocorrer após o início da Mediação, a mesma é legítima, devendo nessa circunstância, o processo terminar.

Posto isto, torna-se necessário aferir qual é o “critério mínimo de participação” no processo de Mediação, de modo a que possamos distinguir os casos em que há cumprimento da CCM das situações em que esta é incumprida. Tal como foi estipulado pelo legislador italiano no artigo 5º do decreto legislativo de 4 de marzo de 2010¹⁶⁴, parece-me que as obrigações resultantes da celebração da CCM – participação na Mediação e tentativa conjunta em procurar o acordo – se consideram cumpridas após as partes terem ingressado numa primeira sessão de Mediação e, no âmbito da mesma, não tenham conseguido chegar a acordo. Depois desta primeira sessão de mediação, as partes não estão mais obrigadas a continuar com o processo. Na minha opinião, o carácter duplamente prestacional¹⁶⁵ da cláusula de mediação é integralmente respeitado e o contrato (CCM) deve considerar-se cumprido.

A solução exposta é, do meu ponto de vista, a mais sensata e a que melhor promove o difícil equilíbrio que se impõe estabelecer entre a eficácia da CCM e o Princípio da Voluntariedade da Mediação.

¹⁶⁴Vide capítulo 4 *supra*.

¹⁶⁵Cfr. capítulo 2 *supra*

Parte da doutrina manifesta, no entanto, algumas reservas quanto à utilidade de forçar uma parte a iniciar um processo de Mediação quando esta se encontre contratualmente obrigada a isso, mas já não deseje fazê-lo. Dizem que sujeitar as partes a este tipo de procedimentos quando estas não o queiram, fará, muitas vezes com que ajam com reserva mental¹⁶⁶, agindo de forma simulada no processo e violando o princípio da boa-fé¹⁶⁷. É o caso, designadamente, de Margarida Lima Rego que, conforme referido, no ponto anterior, considera também que as partes, não crendo na viabilidade da Mediação, devem ser dispensadas de participar na mesma, dando-se, desta feita, primazia à substância sobre a forma¹⁶⁸.

No que respeita à eventual reserva mental de um ou ambos os participantes da mediação, penso que os receios são fundados. Se a parte estiver contrariada ao intervir no procedimento e, a título de exemplo, se aproveitar deste meio apenas para tentar obter informações que a possam beneficiar no processo judicial ou arbitral que se segue, isso desvirtuará totalmente a essência da Mediação, o que não pode ser tolerado.

O problema é, no entanto, e na minha opinião, mitigado pelo facto de, por um lado, ser possível às partes contratualmente vinculadas desistirem da Mediação logo após a realização da 1ª sessão e, por outro, porque o Mediador pode, a título oficioso e a qualquer momento, extinguir a Mediação com este fundamento nos termos do artigo 19º da Lei da Mediação. Ou seja, pode-se dizer que o processo de Mediação prevê “mecanismos de segurança” que visam acautelar esta situação.

¹⁶⁶Artigo 244º do CC: 1. *Há reserva mental, sempre que é emitida uma declaração contrária à vontade real com o intuito de enganar o declaratório.* 2. *A reserva não prejudica a validade da declaração, exceto se for conhecida do declaratório; neste caso, a reserva tem os efeitos da simulação.*

¹⁶⁷V. designadamente REGO, Margarida Lima, ob. Cit., 2017, p. 10.

¹⁶⁸REGO, Margarida Lima, ob. Cit., 2017, p. 8.

Relativamente à viabilidade e utilidade do processo de Mediação quando as partes, embora contratualmente vinculadas a este meio, não estejam dispostas a participar nele, julgo que, apesar de o potencial sucesso da Mediação poder vir a ser afetado por esta circunstância, há que ter em conta alguns aspetos relevantes.

Em primeiro lugar, está longe de ser evidente que o processo de Mediação vá falhar por essa circunstância. O caso italiano¹⁶⁹ ilustra o contrário: o modelo implementado neste país e os seus resultados demonstram que, não obstante as partes serem compelidas a participar numa primeira sessão de mediação, antes de lhes ser permitido recorrer à via judicial, não impediu um número expressivo de mediações bem-sucedidas e acordos alcançados.

Em segundo lugar, não se pode ignorar o papel e a influência que o mediador tem muitas vezes na mudança de perspetiva que as partes comumente têm sobre o processo, a sua viabilidade e a vontade em conversarem sobre o seu conflito. Para estas, antes de se iniciar o processo, muitas vezes parecerá impossível chegar a um consenso através da Mediação; contudo, no decorrer da mesma, e por força da atuação do mediador, apercebem-se, muitas vezes, de que os seus interesses são conciliáveis e que os preconceitos que tinham sobre este meio de resolução alternativa de litígios eram infundados.

Por último, mesmo nos processos de índole mais adversarial, é comum conceder-se às partes um espaço para que estas tentem resolver amigavelmente o litígio que as opõe. Uma vez terão sucesso, outras nem tanto.

Entre nós, estabelece o artigo 604.º n.º 2 do Código de Processo Civil que o juiz deve, após a abertura da sessão, procurar conciliar as partes,

¹⁶⁹Vide ponto 4.2 *supra*.

se tal estiver dentro do seu poder de disposição¹⁷⁰. Também aqui, antes de ingressarem na tentativa de conciliação, as partes não estão geralmente dispostas a transacionar sobre o seu litígio, tentando-se, mesmo assim, que estas conversem e, porventura, consigam solucionar o mesmo de forma amistosa. Ora, sendo a Mediação um instrumento privilegiado de que as partes dispõem para tentarem resolver o litígio de forma amigável, substituindo -provavelmente com melhores resultados - a tentativa de conciliação prevista no artigo 604º do Código de Processo Civil e noutros Regulamentos Arbitrais, não me parece inútil, mas pelo contrário conveniente, que as partes se vejam na contingência de ter de participar nele, caso a isso se tenham vinculados.

Assim, e por todas as razões expostas, penso que não se deve considerar *a priori* inútil ou um mero cumprimento de uma formalidade, a participação num processo de Mediação quando as partes não estejam à partida dispostas a fazê-lo. Existirão, naturalmente, várias condicionantes que poderão ditar o sucesso ou insucesso deste processo, entre as quais se destaca a predisposição que estas manifestem no diálogo e na tentativa de encontrar uma solução conjunta para o seu conflito. Porém, isso não obsta a que a mediação não possa ter sucesso e mostrar-se de uma enorme utilidade mesmo nestes casos.

No fundo, só é possível aferir do sucesso ou utilidade, não só da Mediação, como de qualquer outro processo no final do mesmo, sendo sempre precipitado condená-los ao fracasso antes desse momento.

5.1 Sanções potencialmente aplicáveis em caso de incumprimento da cláusula de mediação:

¹⁷⁰Cfr. Artigo 604º n.º 2 do Código de Processo Civil.

Concluindo pela vinculatividade e eficácia da CCM e tendo demonstrado a forma como, em meu entender, deve ser articulada a eficácia desta cláusula com o princípio da Voluntariedade da Mediação, é agora o momento de equacionar as consequências jurídicas que devem ser desencadeadas pelo incumprimento do referido contrato.

A) Consequências Processuais: a suspensão da instância

Já tive oportunidade de referir no ponto 2.3.2 deste texto que o legislador português consagrou no artigo 12º n.º 4 da Lei da Mediação, o dever de o juiz suspender a instância quando, a pedido do réu, se verifique que as partes se encontram vinculadas a participar na Mediação por força da celebração da CCM. Remeto para aí a descrição genérica deste regime e alguns dos problemas que levanta. De referir apenas que a suspensão da instância parece ser a consequência jurídica mais consensual entre a doutrina portuguesa para sancionar o incumprimento da CCM. Resta, por isso, saber se há espaço para a aplicação de sanções de outra índole.

B) Consequências do ponto de vista da responsabilidade civil obrigacional: a indemnização pelo incumprimento

Do ponto de vista legal, nada obsta a que, em caso de incumprimento da cláusula compromissória de mediação civil, possa daí decorrer a obrigação de indemnizar. Constituindo a CCM um contrato vinculativo, são-lhe naturalmente aplicáveis as regras da responsabilidade civil obrigacional previstas no Código Civil, o que permite à parte lesada pelo incumprimento desta cláusula reclamar uma indemnização pelos danos que entende ter sofrido em virtude da recusa da contraparte em iniciar o procedimento de Mediação. Apesar de o legislador português ter estabelecido que, existindo uma vinculação prévia à mediação, e que tendo sido proposta ação judicial ou arbitral sem prévia participação nesse processo, a instância deva ser suspensa a requerimento do réu,

isto, por si só, não afasta a hipótese de ressarcimento de eventuais danos através da Mediação.

O problema sobre a viabilidade coloca-se, sobretudo, como refere grande parte da doutrina portuguesa, a propósito da prova dos danos ¹⁷¹. Entende a doutrina que, visando a CCM a celebração de um acordo, a parte lesada tem de demonstrar que seria possível no âmbito da Mediação atingi-lo, o que se verifica particularmente difícil ou mesmo impossível¹⁷²¹⁷³.

Concordo que, em regra, é difícil fazer prova deste pressuposto da responsabilidade civil, se concebermos o dano decorrente do incumprimento da CCM, como a ausência do acordo que teria sido alcançado na Mediação. Nestes casos, e mesmo na eventualidade de se conseguir fazer essa prova, a não ser que as partes tenham convencionado uma cláusula penal, será sempre muito complicado determinar o *quantum* indemnizatório¹⁷⁴.

Parece-me, no entanto, que os danos reclamados pela parte lesada na sequência da celebração da CCM, se aproximam mais de um “dano por perda da chance” ¹⁷⁵ – pela frustração da oportunidade de se poder

¹⁷¹Conforme referido no ponto 4. 5.

¹⁷²GOUVEIA, Mariana França, ob. Cit., p. 21.

¹⁷³É também a posição dominante na doutrina francesa. Vide, por exemplo, MATHE, CHARLINE, Ob. Cit: *Les sanctions contractuelles ne répondent pas aux spécificités de la conciliation* ou JORRONSON, Charles, La sanction du non-respect d'une clause constituant une préliminaire obligatoire de conciliation ou médiation in revue de l'arbitrage n.º 4, 2001, p. 755: *La sanction sur le terrain contractuel, de l'inexécution des clauses de conciliation et de médiation apparaît en définitive comme forte décevante, sinon en théorie, du moins en pratique*; JOLY-HURARD, Julie, ob. Cit., 2003, p.19: *La preuve de l'existence d'une faute sera relativement difficile à rapporter*.

¹⁷⁴Vide JARROSSON, Charles, « La sanction du non-respect d'une clause constituant un préliminaire obligatoire de conciliation ou de médiation : Cour Cassation (2e Ch. Civile), 6 juillet 2000; Cour Cassation (1re Ch. Civile), 23 janvier; Cour Cassation (1re Ch. Civile), 6 mars 2001 », in *Revue de l'Arbitrage*, N° 4, 2001, Ob. Cit., p. 755 : *Cette hypothèse est rare en pratique, faute de de demandes articulées en ce sens par les cocontractantes; cette absence est vraisemblablement due au fait que le créancier peine à justifier le quantum de son préjudice*.

¹⁷⁵Colocam esta hipótese ANCEL, Pascal/ COTTIN Marianne, em L'Efficacité Procédural des Clauses de Conciliation ou de Médiation, Recueil Dalloz, 2003, p. 1386 : *Même s'il n'est pas certain que la médiation aurait abouti à un accord, à tout le moins la partie qui voulait mettre en oeuvre la procédure peut-elle se plaindre de la perte d'une chance d'avoir évité le procès - lequel, on le sait, a un coût qu'il est possible de chiffrer*.

alcançar um acordo do que propriamente de um dano emergente, pelo facto de esse acordo não ter sido alcançado. Assim, a parte lesada já não tem de provar que, em conjunto com a contraparte, alcançaria o acordo no âmbito do processo de Mediação, mas apenas que existia uma forte probabilidade de este ser alcançado e de se poder evitar o processo judicial se a Mediação tivesse ocorrido. O juiz, confrontado com um pedido de indemnização com fundamento na perda da oportunidade em se obter o acordo na Mediação e evitar o julgamento deverá fazer uma análise casuística da real probabilidade do acordo poder ter sido alcançado nesse meio e, conseqüentemente, do julgamento ser evitado com todos os custos que lhe são inerentes. Essa análise terá de incidir, entre muitos outros aspetos, no número de sessões de mediação realizadas, nas propostas que foram apresentadas e no litígio que está em causa.

Configurar este dano como “dano por perda de chance” não resolve de todo os obstáculos que existem ao ressarcimento de danos pelo incumprimento da CCM. Continua a ser extremamente oneroso para a parte lesada demonstrar a existência desta “probabilidade de acordo”, sendo bastante improvável que os tribunais concedam a indemnização. Apenas afasta a ideia de que é totalmente impossível para um lesado receber uma indemnização pelo incumprimento de uma cláusula de mediação.

Quanto à questão do apuramento do *quantum* indemnizatório, os entraves já não se verificam¹⁷⁶, na medida em que a indemnização corresponderá aos custos que a parte lesada teve de comportar com a contingência de ter tido de recorrer aos tribunais judiciais.

De todo o modo, e tendo em conta as dificuldades relatadas, penso que o direito à indemnização deverá, no caso de incumprimento da CCM,

¹⁷⁶*Ibidem*

claramente constituir uma via subsidiária à suspensão da instância nos termos do artigo 12º n.º 4 da Lei da Mediação, constituindo apenas uma alternativa quando este primeiro mecanismo seja extemporâneo ou não possa ser aplicado por qualquer outra razão.

C) Responsabilização pelo pagamento das custas de parte

Outra hipótese que se pode equacionar para sancionar o incumprimento da cláusula compromissória de mediação e que tem sido bastante recorrida em vários ordenamentos jurídicos¹⁷⁷ é a de responsabilizar a parte faltosa pelo pagamento de custas de parte quando esta, não obstante vinculada à participação num processo de Mediação, opte pelo recurso aos meios jurisdicionais.

Em Portugal, o artigo 533.º n.º 4¹⁷⁸, embora não se refira expressamente, ou apenas, ao caso da Mediação, já consagra, na teoria, essa possibilidade.

Efetivamente, determina a norma que quando o Autor possa recorrer a outros meios de resolução alternativa de litígios e opte por propor a sua ação nos tribunais judiciais, este deva comportar, independentemente de ter vencido ou perdido a ação, as custas do processo. A não ser, claro, que o réu impeça a realização da Mediação, situação em que não se pode responsabilizar o autor nos termos desta norma.

Ora, sem prejuízo de ainda não ter sido criada a portaria que, nos termos do n.º 5 do artigo 533.º definirá quais os meios de resolução alternativos que estão abrangidos pelo n.º 4 do mesmo artigo, o que, de resto, faz com a que a norma ainda não tenha entrado em vigor, não

¹⁷⁷Vide por exemplo o caso inglês em SALANKE, Mansur, ob. Cit.

¹⁷⁸Artigo 533º n.º 4 do CPC: *O autor que, podendo recorrer a estruturas de resolução alternativa de litígios, opte pelo recurso ao processo judicial, suporta as suas custas de parte independentemente do resultado da ação, salvo quando a parte contrária tenha inviabilizado a utilização desse meio de resolução alternativa do litígio.*

subsistem dúvidas que a Mediação se integra no leque destes meios alternativos de resolução de litígios.

Devo referir que esta opção legislativa é de aplaudir. Penalizando o infrator, constitui uma forma simples e eficaz de atribuir eficácia à cláusula compromissória de mediação e de mitigar, pelo menos em parte, as dificuldades de ressarcimento dos danos reportadas no ponto anterior. De lamentar apenas o facto de a norma ainda não ter entrado totalmente em vigor, esperando-se que isso aconteça em breve.

Fechando este ponto, creio que o incumprimento da cláusula compromissória de mediação deve ser sancionado sobretudo pelas vias da suspensão da instância e da responsabilização da parte faltosa pelas custas de parte. Sem prejuízo, quando, por qualquer razão, não seja possível à parte lesada fazer uso dos referidos mecanismos, nada obsta a que não possa reclamar danos a título obrigacional pela perda de oportunidade em participar na Mediação. Esta opção deve, contudo, revestir uma natureza subsidiária atendendo às dificuldades probatórias que lhe estão subjacentes.

5.2 Conclusão

- I. A vinculatividade da cláusula compromissória de mediação decorre da própria lei, na medida em que o legislador tipificou legalmente esse contrato estabelecendo, simultaneamente, uma consequência jurídica concreta para o seu incumprimento: a suspensão da instância judicial ou arbitral.
- II. Por isso, não é defensável o entendimento de que a CCM não produz, na prática, qualquer efeito jurídico ou que apenas constitui uma mera formalidade prévia ao início de um processo judicial ou arbitral.

- III. A celebração e eficácia de uma cláusula compromissória de mediação não viola o Princípio da Voluntariedade.
- IV. Não obstante, a eficácia desta cláusula tem de ser necessariamente conciliada com este princípio fundamental da Mediação.
- V. Nestes termos, é **ilícita** a conduta da parte que vinculada contratualmente à participação num processo de Mediação se recuse a iniciá-lo, “escudando-se” na ideia de voluntariedade subjacente a este meio de resolução alternativa de litígios.
- VI. Contudo, já se deverá considerar **lícita**, e conseqüentemente não sancionável, a conduta da parte que, após o início do processo de mediação, venha, ao abrigo do artigo 4º da Lei da Mediação (Princípio da Voluntariedade), desistir deste meio autocompositivo de resolução de litígios, sob prejuízo de se esgotar por completo o núcleo essencial deste Princípio.
- VII. A CCM considera-se cumprida quando as partes participem numa primeira sessão de Mediação e não consigam, no final da mesma, chegar a acordo.
- VIII. É este o critério mínimo de participação na Mediação que o caráter duplamente prestacional da CCM impõe. Após esta primeira sessão, as partes são livres de desistir do procedimento, se assim o entenderem.
- IX. O Processo de Mediação prevê mecanismos que visam acautelar ou pelo menos mitigar as situações em que as partes-participantes agem com reserva mental. Isto porque, por um lado, estas, não obstante contratualmente vinculadas, podem desistir da Mediação após a realização da primeira sessão e, por outro, porque o Mediador pode, a título oficioso, extinguir o Processo de Mediação com fundamento na existência dessa reserva mental (artigo 19º da Lei da Mediação).

- X.** Não se deve considerar *a priori* inútil ou um mero cumprimento de uma formalidade a participação das partes num processo de Mediação quando estas embora se encontrando contratualmente vinculadas pela celebração de uma CCM a participar neste processo, já não o desejem fazer.
- XI.** De facto, e ainda que o potencial sucesso da Mediação possa ser afetado por esta circunstância, dever-se-á ter em conta o seguinte: 1) o caso italiano ilustra que a obrigatoriedade de participação na Mediação pode, contrariamente ao que se pensa, traduzir-se num elevado número de mediações bem-sucedidas e de acordos alcançados; 2) o papel do mediador pode ser decisivo para a mudança da perspetiva que as partes têm sobre a Mediação e sua viabilidade; 3) a Mediação é um meio adequado a substituir, possivelmente com melhores resultados, a tentativa de conciliação prevista no artigo 604 n.º 2 do CPC.
- XII.** Só é possível determinar o sucesso ou utilidade da Mediação, como de resto de qualquer outro processo no final do mesmo, e por isso é precipitado condená-los ao fracasso ou insucesso antes de estes se quer se terem iniciado.
- XIII.** O dano, reclamado por uma parte lesada em sede de responsabilidade civil obrigacional pelo incumprimento da cláusula compromissória de Mediação, deve ser configurado como um **dano por perda da chance** – correspondente à frustração da oportunidade de se poder alcançar um acordo em sede de Mediação – e não como um **dano emergente**, pelo facto desse acordo não ter sido alcançado nesse processo.
- XIV.** O facto de se configurar este dano como um dano por perda da chance não afasta as dificuldades probatórias deste pressuposto da responsabilidade civil para a parte lesada, mas

apenas as atenua: continua a ser bastante provável que os tribunais não concedam a indemnização.

XV. Atendendo às dificuldades probatórias que se verificam num pedido de indemnização com fundamento na violação de uma cláusula compromissória de mediação, conclui-se que o incumprimento deste contrato deve ser sobretudo sancionado através das vias da suspensão da instância e da responsabilização da parte faltosa pelas custas do processo.

XVI. Quando, por qualquer razão, não seja possível à parte lesada fazer uso dos referidos mecanismos, nada obsta a que uma parte não possa reclamar danos a título obrigacional pela perda de oportunidade em participar na Mediação.

Bibliografia

- ALMEIDA, Carlos Ferreira de, **Contratos IV**, Reimpressão da 1ª Edição, Almedina, 2014
- ALMEIDA, Carlos Ferreira de, **Convenção de Arbitragem – Conteúdos e Efeitos**, *I Congresso de Arbitragem da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa – Intervenções*, Coimbra: Almedina, 2008
- ANCEL, Pascal/ COTTIN Marianne, **L’Efficacité Procédural des Clauses de Conciliation ou de Médiation**, *Recueil Dalloz*, 2003
- ARGUMEDO, Álvaro López de, **Multi-Step Dispute Resolution Clauses**, 2011, disponível em: <http://www.mondaq.com/article.asp?articleid=117062>
- BARROCAS, Manuel Pereira, **Manual de Arbitragem**, 1ª Edição, Almedina, 2010
- BARROS, Eduardo Vasconcelos/GUIMARÃES, Paulo Mesquita, **Mediação Como Forma Alternativa de Resolução de Conflitos**, disponível em: <http://www.arcos.org.br/artigos/mediacao-como-formaalternativa-de-resolucao-de-conflitos/>
- BERMAN, Lee Jay, **Voluntariness in Mediation: An Historical Perspective!** *Published in the Southern California Mediation Association News*, February 2003, disponível em: <http://www.mediationtools.com/articles/voluntariness.html>
- CARVALHO, Jorge Morais, **A Consagração Legal da Mediação em Portugal**, *Revista JULGAR*, Nº 15, 2011, disponível em: <http://julgar.pt/author/jorge-morais-carvalho/>

- CARVALHO, Jorge Morais, **Os Princípios da Autonomia Privada e da Liberdade Contratual**, *in Para Jorge Leite*, Escritos Jurídicos, Vol. II, Coimbra Editora, 2014
- CEBOLA, Cátia Marques/ GONÇALVES, Mário Carvalho, **Da Possibilidade de Aplicação de Medidas Cautelares à Executoriedade do Acordo de Mediação em Portugal: análise em contexto familiar**, *Revista Internacional de Arbitragem e Mediação*, Nº 9, Almedina e Associação portuguesa de Arbitragem, 2016
- CEBOLA, Cátia Marques, **La Mediación – un Nuevo Instrumento de la Administración de la Justicia Para la Solución de Conflictos**, Salamanca, Universidad de Salamanca Facultad de Derecho, Tesis Doctoral, Departamento de derecho administrativo, financiero y procesal, disponível em: http://gredos.usal.es/jspui/bitstream/10366/110503/1/DDAFP_Marques_Cebola_C_LaMediacion.pdf
- CEBOLA, Cátia Marques, **Regulamentar a Mediação: um olhar sobre a Nova Lei de Mediação em Portugal**, *Revista Brasileira de Direito* 11 (2), 53-65, jul.-dez. 2015
- CEDR - Center for Alternative Dispute Resolution, disponível em: https://www.cedr.com/about_us/
- COSTA, Mário Júlio de Almeida, **Direito das Obrigações**, 12ª edição Revista e Atualizada, 3ª reimpressão, Almedina, 2014
- D'URSO, Leonardo/ CANESSA, Romina, **The Italian Mediation Law on Civil and Commercial Disputes, A Detailed description of the mediation procedure under the Italian Legislative Decree no. 28/2010 and Ministerial Decree no.180/2010 along with the translations of the laws in English**, ADR Center, March 2017, disponível em:

<https://gpcseries.files.wordpress.com/2017/06/the-italian-mediation-law1.pdf>

- FILE, Jason, **United-States: multi-step dispute resolution clauses**, *Mediation Committee Newsletter*, julho, 2007, disponível em: http://www.wilmerhale.com/uploadedFiles/WilmerHale_Shared_Content/Files/Editorial/Publication/File_Jason_IBAMediation_July07.pdf
- FREITAS, José Lebre de, Anotação ao artigo 1249º do **Código Civil Anotado**, coordenação de Ana Prata, Vol. I, Almedina, 2016
- GAULTIER, Thomas, **The long awaited Portuguese Mediation Law- Fundamental Principles In YAR - young arbitration review**, edição 10, julho, 2013
- GONÇALVES, Marco Carvalho, **Providências Cautelares**, 3ª edição, Almedina, 2017
- GOUVEIA, Mariana França, **Curso de Resolução Alternativa de Litígios**, Reimpressão de 3.ª Edição de 2014, Coimbra, Almedina 2018
- GOUVEIA, Mariana França, **Mediação e Processo Civil**, in *Cadernos de Direito Privado*, Número Especial, 2010, disponível em: www.fd.unl.pt/docentes_docs/ma/MFG_MA_11326.doc
- HEDEEN, Timothy, **Coercion and Self- determination in Court-Connected Mediation: All Mediations Are Voluntary, But Some Are Still More Voluntary than Others**, *Justice System Journal*, N° 3, Vol. 26, 2005
- HORSTER, Henrich Heweld, **A Parte Geral do Código Civil Português - Teoria Geral do Direito Civil**, Reimpressão da edição de 1992, Almedina, 2017

- HUPSEL, Francisco, **Autonomia Privada na dimensão civil - Constitucional**, O Negócio Jurídico, A pessoa Concreta E suas escolhas existenciais, 1ª edição, JusPodivm, 2016
- JARROSSON, Charles, **La sanction du non-respect d'une clause constituant un préliminaire obligatoire de conciliation ou de médiation**: Cour Cassation (2^e Ch. Civile), 6 juillet 2000; Cour Cassation (1^{re} Ch. Civile), 23 janvier; Cour Cassation (1^{re} Ch. Civile), 6 mars 2001, *in Revue de l'Arbitrage*, N^o 4, 2001
- JOLLES, Alexander, **Consequences of Multi-tier Arbitration Clauses: Issues of Enforcement**, Vol. 72, 2006, disponível em: <http://www.mondaq.com/x/117062/Arbitration+Dispute+Resolution/MultiStep+Dispute+Resolution+Clauses>
- JOLY-HURARD, Julie, **Conciliation et Médiation Judiciaires**, Presses universitaire d'Aix Marseille, 2003, disponível em: <https://books.openedition.org/puam/686>
- JÚDICE, José Miguel/ NAPÓLES, Pedro Metello de, **Cláusulas que impõem mecanismos de prévia conciliação - da sua executoriedade e das consequências da sua violação**, in Clausulas de conciliação prévia à arbitragem, Livro Acuerdo Arbitral, Peru, 2010, disponível em: https://www.josemigueljudice-arbitration.com/xms/files/03_ARTIGOS_CONFERENCIAS_JMJ/01_Artigos_JMJ/Clausulas_de_conciliacao_previa_a_arbitargem_Livro_Acuerdo_Arbitral_Peru_2010.pdf
- LAGARDE, Xavier, **L'efficacité des clauses de conciliation ou de médiation**, *in Revue de l'Arbitrage*, N^o 3, 2000
- LEMES, Selma Ferreira, **Cláusula Escalonada ou Combinada: Mediação, Conciliação e Arbitragem**, artigo publicado no livro Arbitragem Internacional, 2010, disponível em: <http://selmalemes.adv.br/artigos/Cl%C3%A1usula%20Escalonada>

[%20ou%20Combinada%20%20Media%C3%A7%C3%A3o,%20Concilia%C3%A7%C3%A3o%20e%20Arbitragem. pdf](#)

- LOPES, Dulce/PATRÃO, Afonso, **Lei da Mediação Comentada**, 2ª edição, Coimbra, Almedina, 2016
- MACHADO, José Carlos Soares, **Cláusulas Arbitrais Escalonadas. Reflexões sobre a sua redação e interpretação**, in AAVV, Estudos de Direito da Arbitragem em Homenagem a Mário Raposo, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2015
- MACKIE, Karl, **The Future for ADR Clauses After Cable & Wireless v. IBM**, *Arbitration International*, Nº 3, Vol. 19, 2003, disponível em: http://www.cedr.com/library/articles/Fut_for_ADR_clauses.pdf
- MAGALHÃES, Luísa Maria Alves Machado, **Mediação: alguns aspetos no contexto da Lei n.º 29/2013 de 19 de abril. A mediabilidade dos litígios e a transação**, Faculdade de Direito do Porto, Universidade Lusófona do Porto, 2013, dissertação de mestrado em Direito na Especialidade de Ciências Jurídico-Forenses, disponível em: <http://recil.grupolusofona.pt/handle/10437/5469>
- MATHE, Charline, **L'Efficacité de la Clause de Conciliation**, 2015, disponível em: <https://charlinemathe.wordpress.com/2015/06/10/lefficacite-de-la-clause-de-conciliation>
- MOJASEVIC, Aleksandar S., **Judicial Mediation in Italy and Serbia: Comparative Legal and Economic Analysis**, 2015, disponível em: <http://scindeks-clanci.ceon.rs/data/pdf/0350-8501/2015/0350-85011569093M.pdf>

- MÚRIAS, Pedro/ PEREIRA, Maria de Lurdes, **Obrigações de meios, obrigações de resultado e custos da prestação**, Centenário do nascimento do Professor Doutor Paulo Cunha, Coimbra: Almedina, 2012
- PRATA, Ana, **Dicionário Jurídico**, Reimpressão da 5.^a Edição de janeiro/2008, Vol. I, Almedina, 2016
- REGO, Margarida Lima, **A suspensão dos prazos de caducidade e prescrição por efeito do recurso à mediação de litígios em matéria civil e comercial**, *Revista da Ordem dos Advogados*, 2017
- SALANKE, Mansur, **Voluntariness Of Mediation and Cost Sanctions For Parties Refusal To Consider Mediation: An Oxymoron?**, disponível em: http://www.academia.edu/5169933/VOLUNTARINESS_OF_MEDIATION_AND_COST_SANCTIONS_FOR_PARTIES_REFUSAL_TO_CONSIDER_MEDIATION_AN_OXYMORON
- SOARES, João Luz, **Autonomia privada e liberdade contratual: a função social do contrato a propósito dos 50 anos do Código Civil Português**, in *Revista Vida Judiciária*, Nº 196, jul-agosto, 2016
- VARELA, João de Matos Antunes, **Das Obrigações em Geral**, reimpressão da 10.^a Edição de 2000, Vol. I, Coimbra: Almedina, 2017
- VASCONCELOS, Pedro Pais de, **Teoria Geral do Direito Civil**, reimpressão da 8.^a edição, Almedina, 2017
- VEEDER, V.V., **Royaume-Uni, Cable & Wireless Plc vs IBM United Kingdom**, in *Revue de l'Arbitrage*, Nº 2, 2003

- VENTURA, Raúl, **Convenção de Arbitragem e Cláusulas Contratuais Gerais**, in *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 46, Vol. I, 1986, disponível em: <https://www.oa.pt/upl/%7Bdde8d58e-0d22-4792-9e26-31d304df32be%7D.pdf>
- VICENTE, Dário Moura, **A Diretiva sobre a Mediação em Matéria Civil e Comercial e a sua Transposição para a Ordem Jurídica Portuguesa**, in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Paulo de Pitta e Cunha*, Vol. III, Almedina, 2010

Índice

1.	Introdução: Exposição do Problema.....	10
2.	A cláusula compromissória de mediação.....	13
2.1	Natureza jurídica.....	13
2.2	Requisitos.....	16
2.2.1	Formais.....	16
2.2.1.1	A Redação das cláusulas de mediação.....	17
2.2.2	Substantivos.....	20
2.3	Conteúdo.....	25
2.3.1	Conteúdo Obrigacional.....	26
2.3.1.1	Conteúdo obrigacional da CCM nas chamadas “multi-step resolution clauses”.....	31
2.3.2	Conteúdo Processual: a suspensão da instância.....	34
3.	O Princípio da Voluntariedade.....	39
3.1	Vertentes.....	39
3.2	O Princípio da Voluntariedade no Processo de Mediação.....	39
3.3	O Princípio da Voluntariedade enquanto liberdade para contratar: a Autonomia Privada.....	45
4.	Diferentes perspetivas sobre a eficácia das cláusulas compromissórias de mediação – análise da questão em alguns ordenamentos jurídicos..	48
4.1	EUA.....	48
4.2	Inglaterra.....	52
4.3	Itália.....	56
4.4	Portugal.....	60
5.	Posição adotada: a eficácia obrigacional das cláusulas compromissórias da mediação.....	65

5.1 Sanções aplicáveis em caso de incumprimento da cláusula de mediação:.....	65
5.2	
Conclusão.....	73
6. Bibliografia.....	82