Associação dos Advogados de Macau
澳 門 律 師 公 會

**PARECER DA**
**ASSOCIAÇÃO DOS ADVOGADOS DE MACAU**
**SOBRE A**
**PROPOSTA DE LEI DO**
**REGIME JURÍDICO DA**
**MEDIAÇÃO CIVIL E COMERCIAL**

## I - INTRODUÇÃO

Foi solicitado à Associação dos Advogados de Macau (doravante "AAM") que, no âmbito das suas atribuições legais, se pronunciasse sobre a Proposta de Lei relativa ao "Regime da Mediação Civil e Comercial" (doravante «Proposta de lei»).

O parecer que agora apresentamos, levado a debate entre os advogados, contou também com a colaboração de alguns académicos, sendo o texto agora apresentado o resultado desse estudo e debate, também no seio da Direcção da AAM, tendo sido aprovado por esta em reunião 23 de Maio de 2018.

Na busca da defesa dos seus direitos e interesses juridicamente relevantes, o recurso aos órgãos judiciais é uma necessidade básica e um direito fundamental do cidadão. Por isso, nos termos do disposto no artigo 36.º da Lei Básica da Região Administrativa Especial de Macau "*Aos residentes de Macau é assegurado o acesso ao Direito, aos tribunais, à assistência por advogado na defesa dos seus legítimos direitos e interesses, bem como à obtenção de reparações por via judicial. (...)*".

Av. da Amizade, nº 918. Edificio World Trade Center, 11º, MACAU 澳門友誼大馬路918號,世界貿易中心大廈11樓 Caixa Postal 郵箱：1293 MACAU 澳門
Tel 電話：28728121, 28728122 Fax 傳真：28728127 E-mail 電子郵箱：aam@macau.ctm.net Website 網頁：http://www.aam.org.mo

O desenvolvimento humano e social e o consequente aumento da necessidade de protecção dos bens jurídicos, desencadeou o aumento do número de processos entrados nos órgãos judiciais. Estes, incapazes de se ajustar em termos logísticos e em tempo útil a este aumento, começaram a debater-se com os efeitos que problemas do lento tratamento dos processos trazia para a justiça, decorrentes do prolongamento do período de pendência dos mesmos, em contraponto com a necessidade de celeridade da respectiva resolução, na maior parte das situações.

Surgiu, assim, uma "nova conjuntura judicial" que impõe a necessidade de se adoptarem mecanismos extra-judiciais de resolução de litígios, porventura já utilizados noutros sistemas jurídicos, como meios complementares às acções judiciais, para a tutela dos direitos e interesses jurídicos legalmente protegidos.

Os "Meios Alternativos de Resolução de Litígios" são hoje aceites como uma "ampliação do sistema jurídico formal", proporcionando uma plataforma para a satisfação das necessidades dos cidadãos na protecção dos seus direitos, através de meios expeditos de invocação, disputa e debate dos mesmos, para a resolução dos litígios que afectam tais direitos.

No entanto, estes Meios Alternativos de Resolução de litígios, devem ter correspondência em procedimentos justos, equitativos, e devidamente acordados entre as partes, no sentido de atingirem um resultado aceitável por ambas, e que permita a satisfação devida dos mais elementares direitos daqueles que a eles recorrem, necessária para que tais meios vinguem como formas permanentes e eficazes de resolução de dissensos.

A Mediação é um destes Meios Alternativos de Resolução de Litígios. Deve partir da iniciativa dos sujeitos de um litígio, que escolhem de forma livre, voluntária (e informada), a intervenção de uma terceira parte neutra, que tentará resolver de forma não contenciosa o litígio pendente entre ambos, de modo a chegar a um compromisso.

Actualmente, a mediação é um importante mecanismo utilizado para a resolução de litígios em várias regiões de todo o mundo. A República Popular da China e Hong Kong já têm legislação em vigor sobre a matéria, e Taiwan também tem vindo a promover o recurso à mediação. Por outro lado, também Portugal já tem em vigor um regime jurídico próprio sobre este proedimento.

Sendo já uma forma importante para a resolução de disputas a nível global, é fundamental que a Região Administrativa Especial de Macau também legisle (finalmente) o seu próprio regime jurídico da mediação.

Assim, e concordando, na generalidade, com a proposta de lei que nos foi enviada, apresentamos a análise que segue.

## II - Análise

### II.1 - Em geral

O objectivo da lei proposta é definir o Regime da Mediação Civil e Comercial na Região Administrativa Especial de Macau.

Quem estudou ou praticou a Mediação reconhece as vantagens evidentes da mesma para a resolução de múltiplos conflitos, pois a composição dos interesses em conflito, sendo ordenados e analisados por um Mediador neutro, facilita um acordo, mantendo as partes o controlo do conflito ao longo do processo.

É nossa opinião que essa vontade e apetência apenas existe quando os mediadores são tecnicamente qualificados, e possuem o perfil adequado, para além de uma experiência de vida relevante.

Esplanaremos infra as nossas sugestões aos diversos normativos da proposta de lei.

## II.2 - Na especialidade

### Artigo 2.º

Estatui que "As disposições da presente lei são aplicáveis às mediações realizadas na RAEM". No entanto, nos últimos anos, as actividades cíveis e comerciais entre Macau, o Interior da China, Hong Kong, Taiwan e a sociedade internacional têm vindo a aumentar, seguindo o desenvolvimento de Grande Baía Guangdong-Hong Kong-Macau. A mediação transfronteiriça já é uma tendência futura, pelo que se deve proceder à regulação correspondente e responder rápida e eficazmente às necessidades da sociedade.

Nesse sentido, sugere-se que a modificação do artigo 2.º seja a seguinte:

***"Artigo 2.º***

***Âmbito de aplicação***

*1. As disposições da presente lei são aplicáveis às mediações realizadas na RAEM.*

*2. Poderão as partes acordar em realizar a mediação fora do território da RAEM, sujeitando-a à presente lei."*

### Artigo 5.º

Já que o mediador não dispõe de nenhum poder de imposição sobre as partes, deve-se impor a necessidade de que as partes iniciem a mediação devidamente informadas e conscientes do que representa o procedimento, os seus efeitos, o que visa alcançar e a forma como se irá desenvolver. Assim, sugere-se que a **alínea 1)** deste artigo tenha a seguinte redacção:

"**1):** *«Mediação», o procedimento estruturado, independentemente da sua designação através do qual duas ou mais partes em litígio procuram, voluntária e amigavelmente, alcançar um acordo,* ***de forma esclarecida e informada****, quanto à resolução do litígio, com a ajuda de um ou mais mediadores."*

**Artigo 6.º**

Parece-nos que a redacção dada à **alínea 2)** deste artigo, ao utilizar a palavra "*sujeitos*", limita o âmbito do princípio da confidencialidade apenas às partes do processo. Ao invés, a lei deve deixar claro que tal princípio se estende a todos aqueles que intervenham no processo de mediação. Tal é conseguido através da utilização de um termo mais adequado no âmbito técnico-jurídico.

Assim, propomos a seguinte redacção para esta alínea:

"**2):** *"«Princípio da confidencialidade», nos termos do qual o procedimento, os seus* ***intervenientes*** *e o respectivo conteúdo devem ser mantidos* ***sob sigilo****, sem prejuízo do disposto no artigo seguinte;"*

De igual forma, uma vez que a **alínea 4)** deste artigo 6.º respeita ao "*Princípio da Imparcialidade e de Independência*" propomos uma alteração da redacção da mesma, que permita uma concordância entre a definição do princípio a que diz respeito (imparcialidade e independência) e o seu *nomen juris*.

Por outro lado, pensamos que o mediador deve ter um formação específica sobre os princípios da mediação e aqueles que devem guiar a sua conduto a tal título, sendo esta formação de um nível de exigência tal que lhe deva permitir a sua independência técnica.

Por isso, sugerimos que esta alínea tenha a seguinte redacção:

"**4):** *" Princípio da imparcialidade e da independência", nos termos do qual o mediador, no exercício das suas funções, deve actuar de forma* ***imparcial,*** ~~*isenta e livre,*~~ *não beneficiando ou prejudicando qualquer das partes,* ***e independente, não estando sujeito a subordinação técnica*** *e estando imune a influências ou pressões de qualquer natureza;*"

**Artigo 7.º**

Somos de opinião que a mediação não pode servir como porto de refúgio somente quando ocorram as situações elencadas na alteração proposta, devendo ser previstas outras situações, pontuais, mas em que os princípios jurídicos fundamentais se sobrepõem a imposição da obrigação de confidencialidade. Pelo que sugerimos que a **alínea 2)** deste artigo tenha a seguinte redacção:

"**2)**: "*A confidencialidade da mediação só pode ser afastada nos seguintes casos: 2) Sempre que a quebra de confidencialidade seja necessária por razões de ordem pública,* ***quando esteja em causa o superior interesse de um menor, a salvaguarda da integridade física e/ou psicológica de uma das partes e a necessidade de cumprimento da lei;***"

Por outro lado, este artigo estabelece, nas suas alíneas 2) e 3), casos em que a quebra da confidencialidade é imposta por motivos que não estarão previsto no acordo formulado entre as partes nesse sentido. Contudo não determina quem decide sobre essa mesma quebra de confidencialidade, nestas circunstâncias.

Veja-se o n.º 4 do artigo 442.º do Código de Processo Civil que prescreve: "*Pedida escusa com fundamento na alínea c) do número anterior* (segredo profissional ou de funcionário), *é aplicável, com as adaptações impostas pela nautreza dos interesses em causa, o disposto na lei processual penal acerca da verificação da*

*legitimidade de escusa e da dispensa do dever de segredo invocado*", ou seja os artigos 122.º e 123.º do Código Processo Penal.

Assim sendo, sugerimos o **aditamento de um n.º 2** a este artigo, com o seguinte conteúdo:

"*2. Nos casos das alíneas 2) e 3) do número anterior, é aplicável, com as adaptações impostas pela natureza dos interesses em causa, o disposto nos artigos 122.º e 123.º do Código de Processo Penal*".

**Artigo 11.º**

Pretendendo-se a aplicação deste regime jurídico à mediações de carácter civil ou comercial, sem mais, parece-nos despiciendo e limitativo indicar a natureza da relação obrigacional da qual emergem os litígios dentro do binómio "contratual – extracontratual". Mais adequado ao âmbito deste diploma, que versa sobre a mediação civil e comercial, seria indicar as áreas do Direito em que os litígios se devem incluir. Desta forma, incluem-se na mediação todos os litígios de carácter civil ou comercial, independentemente do tipo de relação obrigacional da qual emergem, e ainda que haja dúvidas sobre a sua inclusão em qualquer um deles.

Pelo exposto, sugerimos que o **número 1** deste artigo tenha a seguinte redacção:

"*1. A convenção de mediação pode ter por objecto um litígio actual ou litígios eventuais, emergentes de uma determinada relação jurídica, de natureza* ***civil ou comercial.***"

Parece-nos também que é necessário efectuar a regulação no que se refere ao conteúdo do protocolo de mediação para proteger os sujeitos, pelo menos quando este conste de um acordo autónomo (porventura já não quando inserida numa cláusula

contratual de mediação), razão pela qual, se sugere **aditar um número 3** a este artigo, com a seguinte redacção:

*"3. Quando a convenção de mediação constar de um acordo autónomo entre as partes, a mesma é assinado por estas e pelo mediador e dele devem constar:*

*1) A identificação das partes;*

*2) A identificação e domicílio profissional do mediador e, se for o caso, da entidade gestora do sistema de mediação;*

*3) A declaração de consentimento das partes;*

*4) A declaração das partes e do mediador do respeito pelo princípio da confidencialidade;*

*5) A descrição sumária do litígio ou do seu objecto;*

*6) As regras do procedimento da mediação acordadas entre as partes e o mediador;*

*7) A calendarização do procedimento de mediação e definição do prazo máximo de duração da mediação;*

*8) A definição dos honorários do mediador, excepto nas mediações realizadas nos sistemas públicos de mediação;*

*9) A data."*

**Artigo 12.º**

Para evitar dúvidas sobre o tipo de pessoas que se podem sujeitar à mediação, pensamos ser adequado que haja um esclarecimento na redacção do número 1 do artigo 12.º.

Para tal, sugerimos que o mesmo tenha o seguinte conteúdo:

"*1. Têm capacidade para celebrar a convenção de mediação as pessoas* ***singulares ou colectivas*** *com capacidade de exercício de direitos*"

**Artigo 20.º**

Temos muitas reservas quanto ao conteúdo deste artigo. Parece-nos que um mediador não pode obter as qualificações como tal apenas por "desempenhar ou ter desempenhado as funções de mediador". De igual forma, não nos parecem bastantes as qualificações técnicas ou teóricas adquiridas através de uma mera licenciatura, seja esta em que área for.

O mediador deve, desde logo, ser uma pessoa com um **formação específica** em mediação e nos princípios que a devem reger, não sómente a nível procedimental, mas também a nível de conduta (deontológica) a tal título.

Caso não seja imposta uma formação específica a este nível, e uma fiscalização e responsabilização adequadas, abrem-se as portas a que qualquer pessoa com menos escrúpulos, se possa aproveitar da situação sob mediação para obter vantagens, para si ou para terceiros, que lhe não sejam legítimas, e resultar numa incongruência e descredibilização do título de mediador.

Consideramos, pois, que esta deve ser uma exigência de suma importância do regime jurídico em análise, logo desde o seu início, para que a mediação em Macau se possa distinguir e ganhar sustentabilidade futura.

Assim, propõe-se a **eliminação da alínea 1) do número 2**, substituindo-os pela seguinte redacção:

"**2.** *Entende-se que possui as qualificações necessárias, o mediador que tenha formação específica em mediação, na qual se incluam as bases do procedimento, bem como a deontologia própria do mediador, a regular em diploma complementar, e que preencha um dos seguintes requisitos*:

*1) (anterior alínea 2));*

2) *(anterior alínea 3));*

3) *(anterior alínea 4)).*"

**Artigo 24.º**

De acordo com o que acima referimos quanto à necessidade de formação específica do mediador, pensamos que deve ser imposto, no âmbito dos deveres do mesmo, que no enquadramento da sua aceitação de agir como tal num procedimento desta natureza, pesem razões de carácter legal, ético ou deontológico.

Assim, propomos **o aditamento de uma alínea (6))** no corpo deste artigo, com o seguinte conteúdo:

"*6) Aceitar apenas procedimentos para os quais considere que não existem razões legais, éticas ou deontológicas que comprometam a sua independência e imparcialidade.*".

Além deste aditamento, e depois de tomados como referência os conteúdos da formação em mediação de regiões vizinhas, propõe-se ainda **aditar a seguinte alínea (7))**:

"*7) Agir com uma atitude correcta, educada e devida, designadamente para com os intervenientes, a autoridade competente no âmbito do sistema público de mediação e os demais mediadores.*"

**Artigo 27.º**

Parece-nos que a questão dos honorários do mediador deve constar da acta da sessão de pré-mediação, que deverá ser assinada pelo mediador e as partes, obviando a posteriores dificuldades na obtenção do pagamento dos mesmos.

Por outro lado, também pensamos que deve ser estabelecido o princípio geral (que poderá ser afastado por vontade das partes) de que tais honorários devem ser pagos em partes iguais por cada uma das partes, **aditando-se** um **número 2** para tal efeito.

Assim, propomos a seguinte **redacção para este artigo**:

"*1. Sem prejuízo do disposto em lei especial ou nos regulamentos das instituições de mediação, os honorários do mediador são acordados entre este e as partes* ***e fixados na sessão de pré-mediação devendo constar da sua acta.***

*2. Salvo convenção das partes em contrário, os honorários do mediador devem ser pagos pelas partes em partes iguais.*"

**Aditamento de um novo artigo ao Capítulo III da proposta de lei**

Tendo em conta a importância do principio da confidencialidade no processo de mediação, mormente perante a possibilidade de pendência de acções arbitrais ou judiciais sobre o mesmo *thema decidendum*, propõe-se ainda **aditar o seguinte artigo** neste capítulo III:

*"Impedimentos resultantes do princípio da confidencialidade*

*Sem prejuízo do disposto no n.º 2 do artigo 6.º e nos artigos 7.º e 8.º, o mediador não pode ser testemunha, perito ou mandatário em qualquer assunto ou procedimento relacionado, de forma directa ou indirecta, com qualquer objecto relativo ao procedimento de mediação em que interveio.*

**Artigo 29.º**

Para este artigo sugerimos uma mera melhoria da redacção, na qual nos parece haver um lapso de escrita. Assim, propõe-se que a redacção do seu **número 1** seja a seguinte:

*"1. O procedimento de mediação inicia-**se** com uma sessão de pré-mediação, na qual o mediador esclarece as partes sobre a natureza, finalidade, os princípios fundamentais e as fases do procedimento de mediação, bemo como sobre as regras a observar no decurso do mesmo.*

**Artigo 30.º**

Este artigo 30.º versa sobre a suspensão da caducidade e prescrição, que ocorre com o recurso à mediação. Ora, o recurso à mediação opera com a convenção de mediação. Daí que se proponha a **alteração da redacção do seu número 1** bem como da **alínea 4) do número 4**, que seriam as seguintes:

*"1. O recurso à mediação suspende os prazos de caducidade e de prescrição a partir da data da assinatura da acta da sessão de pré-mediação **ou, no caso de já existir acção proposta ou pendente em tribunal judicial ou arbitral, da data da convencão de mediação.***

*2. ...*

*3. ...*

*4. Para os efeitos do disposto no presente artigo, o mediador deve, sempre que solicitado pelas partes ou pelo tribunal, emitir declaração da qual constem os seguintes elementos:*

*1) ...*

*2) ...*

*3) Data da assinatura **da convenção de mediação**;*

*4) ...*"

**Artigo 31.º**

De forma a harmonizar o presente artigo com o princípio da celeridade que deve reger este procedimento, e permitir ao mediador esclarecer às partes, durante a pré-mediação, que o prazo máximo que irão fixar deve ter em vista a celeridade e o menor número de sessões, sugere-se que o **número 1** deste artigo tenha a seguinte redacção:

"**1.** *O procedimento de mediação* ***deve ser o mais célere e concentrar-se no menor número de sessões possível tendo*** ~~*e tem*~~ *o prazo máximo que for acordado pelas partes*"

Por outro lado, quanto ao **número 3**, pensamos que o prazo máximo estabelecido pelas partes para o processo de mediação deve incluir as prorrogações decididas por acordo de ambas (cuja vontade deve prevalecer no âmbito de todo este procedimento), nos termos do n.º 2 deste artigo 31.º. Assim, a sua redacção deveria ser a seguinte:

"*3. O termo do prazo do procedimento de mediação,* ***incluindo prorrogações,*** ~~*sem que tenha havido prorrogação do mesmo,*~~ *determina o fim do procedimento de mediação, nos termos da alínea 3) do n.º 1 do artigo 40.º, e a retoma dos prazos de caducidade e de prescrição, nos termos do artigo anterior.*"

**Artigo 35.º**

Pensamos que, **por lapso**, neste artigo **se remete para o artigo 33.º**, quando as funções do mediador constam do **artigo 32.º**. Será então de rectificar este artigo da seguinte forma:

*"No respeito das funções previstas no artigo 32.º e das técnicas e metodologias previstas no artigo anterior, as sessões de mediação poderão prosseguir, nomeadamente, todos ou algunso dos seguintes objetivos:..."*

**Artigo 38.º**

Pensamos que é importante que se estabeleça nesta proposta de lei que as partes devem comparecer pessoalmente nas sessões de mediação. Segundo a experiência de sistemas jurídicos onde a mediação tam uma maior utilização, tal é mais favorável para o alcance de um acordo entre as partes da causa, atingindo-se o efeito último do regime de mediação.

Porém, tomando também como referência a experiência concreta tida nesses mesmos sistemas jurídicos, durante a sessão de mediação, para além das partes, dos seus advogados ou advogados estagiários, as partes ainda poderão constituir outros representantes, ou fazer-se acompanhar de consultores técnicos na área em cujo âmbito recai a mediação.

Assim sendo, sugere-se a **alteração da redacção deste artigo** para a seguinte:

*"1. As partes devem comparecer pessoalmente ou fazer-se representar nas sessões de mediação, podendo fazer-se acompanhar por advogados, advogados estagiários ou outros técnicos.*

*2. ...*

*3. Quando uma das partes pretender fazer-se acompanhar pelas pessoas referidas no número anterior, não pode opor-se a igual pretensão apresentada pela outra parte.*

*4. As pessoas acima mencionadas devem observar o princípio da confidencialidade."*

**Artigo 42.º**

De forma a tornar claro que o **número 2** se refere ao prazo e não à substância de validade (valor) do acordo provisório, achamos que deve ser alterada a redacção deste número para a seguinte:

"*2. O acordo provisório tem* ***o prazo de*** *validade definida pelas partes...*"

**Artigo 44.º**

Temos sérias e legítimas dúvidas sobre o **número 3** deste artigo, face ao princípio do juiz natural e ao princípio da distribuição de processos consagrado no n.º 1 do artigo 32.º da Lei de Bases de Organização Judiciária, aprovada pela Lei n.º 9/1999.

Assim, propomos a **eliminação deste número**, porquanto não vislumbramos nenhuma urgência especial que o legitime.

**Artigo 49.º**

Pensamos que existe um lapso nas remissões para os artigo 48.º e 49.º, e que tal remissão deverá ser para os artigos 47.º e 48.º.

**Artigo 50.º**

Quanto a este artigo, gostaríamos de apontar de que somos de opinião de que o período de *vacatio legis* deve ser razoavelmente lato (porventura 6 meses) para possibilitar a criação das estruturas de mediação necessárias.

É o que, por ora, se nos oferece comentar.

Aprovado pela Direcção da
Associação dos Advogados de Macau
em 23 de Maio de 2018

O Presidente,

Jorge Neto Valente