

A executoriedade dos acordos de mediação em matéria civil e comercial

Enforcement of mediation agreements in civil and commercial matters

Dulce Lopes*
Afonso Patrão**

Resumo: O presente artigo explora os caminhos da mediação internacional em Portugal e no Brasil, centrando-se na questão da executoriedade dos acordos de mediação, antecipando a sua solução à luz da Convenção de Singapura, assinada em 7 de agosto de 2019 e em vigor a partir de 12 de setembro de 2020.

Palavras-chave: Mediação internacional; Convenção de Singapura; Executoriedade.

Abstract: The present article explores the paths of international mediation in Portugal and Brazil, focusing on the issue of enforceability mediation agreements, anticipating its solution in the light of the Singapore Convention (2019), signed on August 7, 2019 and effective as of September 12, 2020.

Keywords: international mediation; Singapore Convention; Enforceability.

Recebido em: 10/02/2021

Aprovado em: 24/04/2021

* Doutora em Direito. Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, FDUC. E-mail: dulcel@fd.uc.pt.

** Doutor em Direito. Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, FDUC. E-mail: apatrao@fd.uc.pt.

Introdução

Há várias formas de garantir a atribuição de força executiva aos acordos obtidos na sequência de mediação: a sua homologação judicial, a sua redução a ato notarial, a sua conversão numa decisão arbitral (por mútuo consentimento), ou até a utilização do acordo como base a uma ação de condenação. Mas é também possível que, por opção legislativa, o próprio acordo de mediação revista a natureza de título executivo.

A executoriedade direta dos acordos obtidos em sede de mediação é, porém, uma solução normativa que parece não ter ainda sido genericamente considerada como mecanismo de afirmação deste método extrajudicial de resolução de litígios. De facto, sobretudo no plano dos direitos internos, a executoriedade direta dos acordos de mediação tem tido poucos adeptos, sendo Portugal, em geral, uma das exceções (a par da Hungria na União Europeia, e do Brasil, no que ora nos interessa).¹ Na maioria dos ordenamentos jurídicos, o acordo de mediação apenas tem *per se* efeitos contratuais e não irradiações imediatas do ponto de vista executivo.

A perspectiva de que a possibilidade de execução (nos termos previstos em cada ordenamento jurídico) decorra do próprio acordo de mediação, sem necessidade de uma prévia ação declarativa que confira força executória ao acordo de mediação, nos casos em que não tenha sido cumprido, não tem sido grandemente assumida como uma via de promoção do recurso a este mecanismo de resolução de litígios. Continua predominantemente a ver-se centrar-se a discussão na "obrigatoriedade" do recurso à mediação, uma vez que se assume que é esta imperatividade prevista *a montante* do procedimento de mediação que pode conduzir as partes à utilização mais frequente deste mecanismo.

Todavia, tão relevante é a discussão sobre as condições de começo da mediação, como a discussão sobre as condições de "desfecho" deste procedimento, sendo particularmente interessante a previsão da atribuição de força executiva aos acordos obtidos em sede de mediação. Saber que, *a jusante*, o acordo de mediação fornece um título executivo imediato, que dispensa uma ida a tribunal apenas para viabilizar a sua execução forçosa, parece ser um elemento importante, senão mesmo decisivo, na ponderação do recurso à mediação e na utilidade do acordo que com ela se consegue.

No domínio comercial, a preponderância deste factor é ainda maior, porquanto os valores da certeza e da celeridade são fulcrais, os quais são mais eficazmente alcançados

¹ Sobre as situações de executoriedade direta dos acordos de execução, bem como das demais soluções legislativas, no âmbito da União Europeia, de concessão de força executória àqueles acordos, cfr. Carlos Esplugues Mota (2013, p. 717-728) e Guillermo Palao Moreno (2015, p. 84).

através de um acordo de mediação que ponha fim a um litígio. Desde logo porque, tratando-se de um acordo negociado e a que se chegou por via da autocomposição de interesses, a possibilidade do seu cumprimento voluntário e pontual é prospectivamente maior. E se a esta maior “propensão” para o cumprimento do contrato se aditar uma maior facilidade na execução nos casos em que o antecipado cumprimento, afinal, se não verificou, o principal interesse do credor estará assegurado — sem que o devedor esteja desprotegido, uma vez que sempre poderá contar com os meios de oposição em sede executiva.

Executoriedade dos acordos de mediação no plano dos direitos internos

A escolha dos exemplos de Portugal e do Brasil servem precisamente para ilustrar como é possível e porventura desejável que os acordos de mediação revistam efeitos executivos, de modo a promover este meio de autocomposição de litígios e acentuando as vertentes da autonomia e da responsabilidade das partes (que, afinal, são as que estão subjacentes de forma mais vincada no instituto da mediação).

A executoriedade dos acordos de mediação na lei portuguesa

Em Portugal, o artigo 9º da Lei da Mediação (aprovada pela Lei nº 29/2013, de 19 de Abril), na mira de promover a mediação em matéria civil e comercial, plasma o *princípio de executoriedade* dos acordos obtidos através de um procedimento e mediação que cumpra os requisitos elencados, sem necessidade de homologação judicial.

A dispensa de homologação judicial na atribuição de força executiva é uma opção do legislador nacional, que não era exigida pela Diretiva europeia.² A executoriedade

² De acordo com o artigo 6º da Diretiva nº 2008/52/CE, de 21 de maio, relativa a certos aspetos da mediação em matéria civil e comercial, os Estados-Membros devem assegurar que o conteúdo de um acordo de mediação deva ser passível de ser executado num ambiente transfronteiriço (aquele em que pelo menos uma das partes no litígio tenha domicílio ou residência habitual num Estado-Membro da União, distinto do das outras partes) com o consentimento das partes, desde que não seja contrário à lei do Estado membro onde o pedido é feito ou esta lei não preveja a sua executoriedade. No entanto, esta Diretiva não impõe um modelo para esta executoriedade, admitindo aos Estados-membros, na sua legislação interna de transposição, modelem a sua atribuição — podendo assumir a forma de uma decisão judicial ou de outra decisão emitida por uma autoridade competente ou por um instrumento autêntico; e deixando igualmente aos Estados a possibilidade de considerarem títulos executivos os acordos alcançados em sede de mediação (considerando nº 22 da Diretiva). Por isso mesmo, o largo espectro de soluções que se encontram plasmados legislativamente nos vários países pertencentes à União Europeia. A Diretiva só exige, no seu art. 6º, que as partes possam requerer a um tribunal a declaração de executoriedade do acordo obtido através de mediação, não obrigado a tal efeito *independente* de homologação judicial. Cfr. Dário Moura Vicente (2010, p. 109) e Paula Costa e Silva (2009, p. 82).

dos acordos alcançados tende ao sucesso da mediação, porquanto permite às partes confiar no termo do litígio, tal como se a deliberação tivesse sido determinada por um Juiz. No fundo, só muda o autor do veredicto que põe fim à contenda: deixa de ser decidido por um terceiro para ser sentenciado pelas próprias partes, mas cuja execução é judicialmente exigível.³

Para que esta força executiva se produza, a lei elenca cinco requisitos que, na verdade, são reconduzíveis a apenas dois.

Por um lado, exige-se a licitude do acordo em face da lei aplicável⁴ – alíneas *a)* a *d)*: seja litígio que legalmente possa ser objecto de mediação (isto é, que incida sobre interesses de natureza patrimonial ou que sejam suscetíveis de transação – art. 11º da Lei da Mediação e art. 1248º do Código Civil Português) e não haja norma especial a exigir homologação judicial;⁵ as partes sejam capazes; a mediação haja cumprido a lei (designadamente, o acordo revista forma escrita, nos termos do art. 20º) e o conteúdo não viole a ordem pública.

Por outro lado, é necessário que o mediador esteja inscrito na lista organizada pelo Ministério da Justiça. O seu conteúdo e requisitos de acesso constam da Portaria nº 344/2013, de 27 de Novembro, a qual comete a respectiva organização e divulgação à Direcção-Geral de Política Legislativa e subordina a inscrição à aprovação em curso de formação de mediadores certificado,⁶ ao domínio da língua portuguesa e à plena capacidade de exercício de direitos civis e políticos.⁷ Atente-se, porém, que o requisito de inscrição na lista não é exigido para os sistemas públicos de mediação que existem em Portugal, porquanto estes têm relações próprias de mediadores recrutados por concurso.

³ Neste sentido, sublinhando o aumento de responsabilidade das partes na definição da solução e no seu cumprimento, António Farinha (2001, p. 194) e Rossana Martingo Cruz (2011, p. 18).

⁴ A Lei nº 29/2013 não se pronuncia sobre a lei aplicável ao fundo da causa no âmbito de litígios transfronteiriços. Na verdade, seria ela, em princípio, a determinar se o litígio é passível ou não de mediação e se carece de homologação judicial. A este propósito, a solução que resulta da normal aplicação das regras de direito internacional privado (a da escolha de lei pelas partes ou a aplicação dos critérios supletivos previstos no Regulamento Roma I), parece poder acrescentar-se uma outra solução: a prevista no nº 1 do art. 6º da Diretiva sobre mediação. De acordo com esta disposição, a executoriedade dos acordos de mediação deve ser aferida à luz do “direito do Estado-Membro onde é feito o pedido”, revelando uma concepção processual da atribuição de executoriedade e apontando para a aplicação da lei do Estado de execução, limitando a capacidade das partes na seleção da lei aplicável. Aventando estas duas possibilidades – mas entendendo que entre elas só a prática ajudará a decidir –, cfr. Carlos Esplugues Mota (2012, p. 102 ss.).

⁵ É o caso dos consensos alcançados através da mediação ocorrida no seio das causas submetidas aos Julgados de Paz e o caso dos acordos de mediação promovida no âmbito de processos tutelares cíveis. Cfr., respectivamente, art. 56º da Lei dos Julgados de Paz (Lei nº 78/2001, de 13 de julho, alterada pela Lei nº 54/2013, de 31 de Julho); nº 3 do art. 24º do Regime Geral do Processo Tutelar Cível, aprovado pela Lei nº 141/2015, de 8 de setembro.

⁶ Cfr. o que dizemos na anotação ao art. 8º do nosso trabalho *Lei da Mediação Comentada*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2016.

⁷ Cfr. art. 3º da Portaria nº 344/2013, de 27 de novembro.

Não obstante o princípio de executoriedade ser inerente ao objectivo legislativo de tornar a mediação uma alternativa à via judicial e a sua afirmação constituir um ponto de promoção da mediação, a verdade é que se pode suscitar a questão de saber se esta norma (associada à reforma processual civil de 2013), não veio afinal *restringir* os efeitos executivos do acordo (o que, aliás, é antecipado pela Exposição de Motivos da Proposta de Lei nº 116/XII, que veio a originar a lei da mediação).⁸

Desde logo, porque o legislador ressalva expressamente as situações em que lei avulsa estabeleça a necessidade de homologação judicial do acordo de mediação: será o caso dos consensos alcançados através da mediação ocorrida no seio das causas submetidas aos Julgados de Paz, de mediação determinada para pôr fim a uma causa submetida a juízo (art. 273º CPC) e dos acordos de mediação promovida no âmbito de processos tutelares cíveis.

Mas, principalmente, porque *antes* da tipificação legal do acordo de mediação, a doutrina coincidia na conclusão de que acordos alcançados na sequência de procedimentos de mediação sempre gozariam de força executiva quando aí se constituíssem ou reconhecessem obrigações pecuniárias, obrigações de entrega de coisa ou obrigações de prestação de facto.⁹ Efetivamente, o acordo obtido era tido como uma *transação*¹⁰ – contrato através do qual as partes “terminam um litígio mediante recíprocas concessões” (nº 1 do art. 1248º do Código Civil), que só pode incidir sobre direitos disponíveis (art. 1249º Código Civil). A transação reveste necessariamente forma escrita (art. 1250º Código Civil), tal como agora se estabelece no acordo de mediação (art. 20º da Lei da Mediação). Ora, porque antes de 2013 (alínea c) do art. 46º do anterior Código de Processo Civil), os documentos escritos onde se constituíssem ou reconhecessem obrigações pecuniárias, obrigações de entrega de coisa ou obrigações de prestação de facto consubstanciavam título executivo, este efeito era produzido em acordos tirados na

⁸ Aí se dizia que “a atribuição de força executiva nem sempre é pretendida pelas partes e que, por outro lado, são diversas as matérias em que será sempre necessária, por força de outros dispositivos legais, a homologação judicial do acordo para que este tenha força executiva”.

⁹ Neste sentido, Dário Moura Vicente (2010, p. 109; 2005, p. 401); Mariana França Gouveia (2009, p. 234); J. O. Cardona Ferreira (2011, p. 87); Rossana Martingo Cruz (2011, p. 81); Ana Maria Maia Gonçalves e Thomas Gaultier (2012, p. 278) e Jorge Morais Carvalho (2011, p. 289). A única voz dissonante era a de Cátia Marques Cebola (2010, p. 454). Para a autora, o facto de então se prever a homologação judicial do acordo obtido (no revogado art. 249º-B do anterior Código de Processo Civil) implicava a negação da executoriedade. No mesmo sentido, Cátia Marques Cebola (2013, p. 115) considerava que os acordos de mediação não se incluíam no elenco da alínea c) do art. 46º do anterior Código de Processo Civil, sustentando todavia a necessidade de ampliar a formulação daquela norma de modo a abranger aqueles acordos, de modo a que pudessem ser diretamente executórios.

¹⁰ Em sentido contrário, Cátia Marques Cebola (2010, p. 167) considerava a transação como um outro meio de terminar o processo, que, por implicar concessões mútuas (ou sacrifícios mútuos), se distanciava do acordo de mediação por este visar que as partes sentissem as suas necessidades satisfeitas. Para João Taborda da Gama (2003, p. 628), conciliação e mediação são *modus*, enquanto que a transação é resultado (e um dos resultados possíveis da conciliação e da mediação, que podem conduzir a que uma das partes pura e simplesmente reconheça a legitimidade da pretensão da outra).

sequência de um procedimento de mediação — independentemente do cumprimento dos requisitos de que, agora, a lei faz depender a produção de efeitos executivos por acordos de mediação. A que acresce a circunstância de em alguns sistemas públicos de mediação, a força executiva já era legalmente determinada, independentemente de qualquer homologação judicial.¹¹

Deste modo, a enunciação do princípio da executoriedade dos acordos de mediação na lei portuguesa (artigo 9º da Lei da Mediação) *apenas quando se cumpram certas condições* teve, afinal, algum efeito restritivo quanto à atribuição de força executiva das transações granjeadas através de um procedimento de mediação. Por força da introdução da nova norma, veio limitar-se a executoriedade de *alguns* acordos obtidos através de mediação – aqueles em que o mediador não esteja inscrito na lista a que se refere a alínea e) do nº 1. Até esse momento, como se viu, as regras gerais relativas à *transação* implicavam que o contrato saído de mediação realizada por uma pessoa não inscrita na dita lista fosse dotado de força executiva, desde que reduzido a escrito e se reconhecessem às partes obrigações de entrega de coisa ou de prestação de facto. Desde a Lei da Mediação, a *lei especial* derogou a regra geral, deixando tal transação, conseguida por via de mediação, de constituir título executivo.

Este efeito, num primeiro momento, criou um paradoxo: se as partes alcançassem um acordo por *negociação*, sem intervenção de um mediador (ou com intervenção de um mediador, mas em que não lhe fosse feita qualquer menção formal no acordo), esta transação constituiria título executivo, por força dos arts. 1248º e 1250º do Código Civil e da alínea c) do art. 46º do anterior Código de Processo Civil. O mesmo não sucederia caso houvesse intervenção de um *mediador*, embora não inscrito na lista, pois o artigo 9º da Lei da Mediação negava-lhe força executiva. A solução era insólita: naquela transação (obtida por *mera negociação* e, assim, dotada de força executiva), não houve, em princípio, intervenção de mediador. Por esta razão, é objetivamente superior o risco de ilicitude do consenso alcançado, a motivar incidentes extraordinários no seio da ação executiva.

Este contrassenso foi eliminado com a entrada em vigor do Código de Processo Civil de 2013, que deixou de considerar os documentos particulares como título executivo (art. 703º do Código de Processo Civil). Nessa medida, restabeleceu-se a coerência legislativa, porquanto só as transações obtidas em sede de mediação que respeite os requisitos do art. 9º da Lei da Mediação podem servir de base à execução. Nos demais casos (transações negociadas ou mediações com intervenção de mediador *não inscrito*), o acordo pode ser submetido a homologação, de modo a que aceda à

¹¹ Cfr. alínea n) do artigo 4º do Protocolo de Acordo entre o Ministério da Justiça e os Parceiros Sociais que instituiu o sistema de mediação laboral, de 5 de Maio de 2006: "O acordo alcançado através da mediação tem força executiva, nos termos previstos no Código de Processo de Trabalho e do Código de Processo Civil".

força executiva, nos termos do n.º 1 do artigo 705.º do Código de Processo Civil: “são equiparados às sentenças, sob o ponto de vista da força executiva, os despachos e quaisquer outras decisões ou atos da autoridade judicial que condenem no cumprimento duma obrigação”.

No que concerne ao valor executivo de acordos de mediação ocorridos no estrangeiro, estabelece o legislador expressamente um sistema de reconhecimento automático da força executiva de acordos de mediação estabelecidos noutros Estados-Membros da União Europeia que aí gozem da mesma prerrogativa, prescrevendo-se uma *confiança mútua* nos acordos alcançados (n.º 4 do artigo 9.º da Lei da Mediação). No fundo, estende-se a regra geral de equiparação da força probatória (art. 365.º do Código Civil) também à *força executiva* de tais documentos, solução que era já defendida por Dário Moura Vicente (2010, p. 401), ainda que apenas quanto aos acordos provindos de Estados-Membros da União Europeia.

No entanto, sujeita-se o reconhecimento da força executiva ao cumprimento de dois requisitos: que o acordo diga respeito a litígio que possa ser objecto de mediação nos termos da lei portuguesa e para o qual esta não exija homologação judicial (i); e cujo conteúdo não viole a ordem pública (ii). São estas duas condições essenciais, apreciadas à luz da lei portuguesa, que permitem firmar aquele juízo de confiança mútua e de equivalência. Atente-se, porém, que a aplicação desta regra será residual, já que, na generalidade dos países, só goza de força executiva o acordo de mediação constante de documento autêntico ou de homologação judicial.

Deve ainda notar-se que, não obstante a preferência pela executoriedade direta dos acordos de mediação, a *homologação judicial* não foi afastada. Desde logo, porque a força executiva do acordo dela depende, quando a lei o diga expressamente em lei especial (i) e quando o mediador não esteja inscrito na lista organizada pelo Ministério da Justiça (ii).

Mas mesmo quando o acordo já goze de força executiva, não é vedado a qualquer das partes requerer ao tribunal que homologue o acordo (cfr. art. 14.º). A ratificação judicial pode ser útil em dois casos: *por um lado*, quando se pretenda a respetiva eficácia além fronteiras, já que não é comum a atribuição de força executiva aos acordos de mediação nos demais Estados (VICENTE, 2005, p. 116); *por outro*, quando uma das partes vise atribuir à convenção uma *especial força executiva* pela sua equiparação a sentença judicial, reduzindo os fundamentos admissíveis de oposição à execução para os casos restritos do art. 729.º do Código de Processo Civil).¹²

¹² Neste sentido, Mariana França Gouveia (2009, p. 235; 2014, p. 88); Jorge Morais Carvalho (2011, p. 289); Cátia Marques Cebola (2015, p. 60); e Ana Maria Maia Gonçalves e Thomas Gaultier (2012, p. 278) indicam uma terceira razão – a *psicológica*: ao solicitar a homologação, as partes assumem perante a autoridade pública o seu compromisso, o que pode ter efeitos na forma como o vão cumprir.

Além do mais, no âmbito da mediação intra-judicial — isto é, se no decurso de um processo judicial, se suspender a instância para que as partes procurem solucionar o litígio através de mediação — o acordo de mediação eventualmente alcançado é necessariamente remetido ao Tribunal, seguindo-se os termos definidos na lei para a homologação dos acordos de mediação. Parece tratar-se, neste caso, de uma *homologação obrigatória*, não podendo as partes furtar-se à remessa do acordo de mediação para o Juiz nos termos referidos na lei. Na verdade, o acordo de mediação tem uma função indireta – a cessação do processo judicial em apreço. A solução não é isenta de críticas: Mariana França Gouveia (2014, p. 89) considera que a regra de “homologação facultativa” se justificaria, entre outras razões, pela garantia da confidencialidade da mediação e critica a obrigatoriedade de homologação prevista, por exemplo, nos Julgados de Paz.

É ainda defensável, à luz da lei portuguesa, uma terceira via para o reconhecimento do acordo de mediação como título executivo (para além da executoriedade do acordo de mediação ao abrigo do art. 9º; e da *homologação judicial*). Trata-se dos casos em que o acordo de mediação é exarado em escritura pública perante notário. Neste caso, o acordo de mediação adquire força executiva nos termos gerais da alínea *b*) do nº 1 do art. 703º do Código de Processo Civil: “os documentos exarados ou autenticados, por notário ou por outras entidades ou profissionais com competência para tal, que importem constituição ou reconhecimento de qualquer obrigação”.

O notário procederá, neste caso, ao controlo da legalidade do acordo, recusando-se a exarar o documento público no caso de haver nulidades que o impeçam,¹³ o que encurta, como veremos, a distância entre a solução portuguesa e a solução legal no país vizinho para a homologação dos acordos de mediação. No entanto, porque o controlo levado a cabo pelo notário não tem equiparação legal a uma sentença, a execução enfrentará mais possibilidade de oposição do que se o acordo tivesse sido homologado.

¹³ O padrão de controlo do notário é o que resulta das disposições que, em geral, lhe são aplicáveis. Tal significa que deve recusar-se a exarar o documento público com o conteúdo do acordo sempre que este seja nulo, nos termos do art. 173º do Código de Notariado. Assim, há situações em que o acordo pode ser objecto de homologação judicial (por não violar os parâmetros fixados no nº 3 do art. 14º da Lei da Mediação portuguesa) mas não pode, todavia, ser reduzido a escritura pública (por transgredir normas imperativas da legislação aplicável sem que se violem os princípios gerais de direito e a boa-fé, constitua um abuso do direito ou o seu conteúdo viole a ordem pública). Repare-se, relativamente ao art. 9º, que a redução do acordo a documento autêntico permite compensar a negação de executoriedade sempre que o mediador não esteja incluído na Lista e o procedimento tenha sido conduzido de maneira distinta da prevista na Lei da Mediação.

A executoriedade dos acordos de mediação na lei brasileira

No Brasil, a mediação encontra-se prevista na Resolução 125/10 do Conselho Nacional de Justiça, na Lei de Mediação (Lei 13.140/15) e no Novo Código de Processo Civil (Lei 13.105/15). Ora, no que concerne aos efeitos executivos do acordo obtido em sede de mediação, prevê a lei 13.140/2015, no parágrafo único do artigo 20, que o termo de acordo tem eficácia de título executivo *extrajudicial* ou *judicial* (se homologado judicialmente).

No que se refere aos acordos de mediação *extrajudiciais*, a Lei da mediação não estabelece qualquer qualificação específica no que se refere ao mediador para que o acordo seja considerado como título executivo (ao contrário do que vimos suceder na legislação portuguesa). De acordo com o artigo 9º, poderá ser mediador extrajudicial qualquer pessoa capaz que tenha a confiança das partes e seja capacitada para fazer mediação, independentemente de integrar qualquer tipo de conselho, entidade de classe ou associação, ou nele inscrever-se.

Contudo, assinala-se que o artigo 784, IV do Código de Processo Civil prevê que é título executivo extrajudicial “o instrumento de transação referendado pelo Ministério Público, pela Defensoria Pública, pela Advocacia Pública, pelos advogados dos transatores ou por conciliador ou mediador credenciado por tribunal”. Questiona-se, por isso, se, não obstante a formulação da Lei da Mediação, será necessário que o mediador preencha os requisitos assinalados para os mediadores credenciados por tribunal para que o acordo alcançado possa ser considerado como *título executivo extrajudicial*. A este propósito Pellegrini Grinover (2015, p. 2-3) defende que no Brasil nem sempre as normas dos marcos regulatórios da mediação são compatíveis e complementares, pelo que, encontrando-se uma incompatibilidade entre aquela regra do Código de Processo Civil e a Lei da Mediação, devem prevalecer as desta última, porque se trata de lei posterior e de lei especial, entendimento este que nos parece ter vindo a ser predominantemente seguido. Aliás é o referido artigo do Código de Processo Civil que salvaguarda “XII - todos os demais títulos aos quais, por disposição expressa, a lei atribuir força executiva”.

Talvez possamos encontrar um sentido para esta opção – de admitir como título executivo acordos de mediação resultantes de um procedimento extrajudicial, independentemente da qualificação específica do mediador – no facto de a previsão contratual de mediação dever conter, em princípio, os “*critérios de escolha do mediador ou equipe de mediação*”, o que, já por si assegurará que a escolha dos mediadores pelos mediados deve seguir critérios de capacitação, o que nem sempre se reduz à respetiva qualificação (cf. artigo 22, III, e em complemento, o § 2º).

Em qualquer caso, sabendo que o rol de matérias que podem ser suscitadas em eventuais embargos à execução no caso de títulos extrajudiciais é significativamente extenso e que pode haver conveniência em obter uma homologação judicial do acordo de mediação, tal é expressamente admitido pelo artigo 785 do Código de Processo Civil Brasileiro, segundo o qual “a existência de título executivo extrajudicial não impede a parte de optar pelo processo de conhecimento, a fim de obter título executivo judicial” (cf., ainda o artigo 515, III do Código de Processo Civil). Homologação esta que será obrigatória, porém, para os acordos que envolvam direitos indisponíveis, mas transigíveis, nos termos do artigo 2º, § 2º, da Lei da Mediação.

No que se refere aos títulos executivos oriundos de país terceiro, a sua execução não depende de homologação, posto que tenham sido satisfeitos os requisitos de formação exigidos pela lei do lugar de sua celebração e quando o Brasil for indicado como o lugar de cumprimento da obrigação. (artigo 784º § 2º e 3º). Deste modo, no fundo, o legislador brasileiro admite a *conservação* da força executiva de acordos de mediação concluídos no estrangeiro, sem necessidade de *nova* (ou *primeira*) homologação judicial. Ponto é que, não apenas o acordo de mediação, *nos termos da lei do país em que foi concluído*, revestisse força executiva (o que, como vimos, é bastante incomum) como, por outro lado, que se verifique uma *necessidade de execução no Brasil* — será esta a razão pela qual se impõe, como condição da manutenção da força executiva, que o próprio título executivo indique o Brasil como lugar de cumprimento da obrigação aí reconhecida ou assumida.

Já no caso da *mediação judicial*, esta, atingido o acordo, culmina com um *título executivo judicial*, através homologação do acordo de mediação (artigo 28 da Lei de Mediação). Assinale-se que a mediação judicial no Brasil — ao contrário do que sucede em Portugal¹⁴ — é obrigatória, sempre que o Juiz assim o entenda. Refere o artigo 27 da Lei de Mediação que, “se a petição inicial preencher os requisitos essenciais e não for

¹⁴ Em Portugal, existe a possibilidade de suspensão da instância e remessa do litígio para mediação por decisão do Juiz (salvo se uma das partes se opuser) ou a pedido das partes (artigo 273º do Código de Processo Civil). Ainda assim, apesar de não se tratar de uma mediação obrigatória – pois as partes podem sempre recusar esta via - o consentimento das partes não carece de ser previamente obtido, o que terá um efeito dissuasor da recusa liminar da mediação, já que as partes podem reacear (ainda que irracional e emotivamente) as consequências negativas de uma rejeição perentória junto do tribunal – Mariana França Gouveia (2009, p. 216; 2014, p. 64): “pode também dizer-se que a parte pode não se sentir completamente livre para recusar liminarmente a remessa do processo, na medida em que tal atitude contraria a vontade do juiz, podendo a parte reacear que tal lhe traga dissabores na resolução do seu caso”. Nessa medida, do elenco de incentivos à mediação, este parece ser o mais persuasivo, sem que aparente estar violado o princípio da voluntariedade (cfr. CEBOLA, 2010, p. 457; CARVALHO, 2011, p. 283). Ana Maria Maia Gonçalves e Thomas Gaultier (2012, p. 275) são críticos desta opção, entendendo que a voluntariedade está aqui descaracterizada: na prática as partes estarão relutantes em contrariar o conselho do Juiz. Assim, aconselham prudência e cautela no modo como o Juiz usa esta sua faculdade. Em qualquer caso, existe a possibilidade de recusa, não podendo, por isso, o Juiz impor o desenrolar do procedimento de mediação [em sentido inverso, cfr. Carvalho e Carvalho (2016, p. 28), mas apenas quanto à alínea b) do nº 5 do artigo 5º - A do Decreto-Lei nº 67/2003, de 8 de Abril].

o caso de improcedência liminar do pedido, o juiz designará audiência de mediação". Acrescentando o artigo 250 do Código de Processo Civil que o mandado que o oficial de justiça tiver de cumprir conterá "se for o caso, a intimação do citando para comparecer, acompanhado de advogado ou de defensor público, à audiência de conciliação ou de mediação, com a menção do dia, da hora e do lugar do comparecimento" (IV).

No âmbito desta mediação, apenas poderá atuar como mediador judicial a pessoa capaz, graduada há pelo menos dois anos em curso de ensino superior de instituição reconhecida pelo Ministério da Educação e que tenha obtido capacitação em escola ou instituição de formação de mediadores, reconhecida pela Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados — ENFAM ou pelos tribunais, observados os requisitos mínimos estabelecidos pelo Conselho Nacional de Justiça em conjunto com o Ministério da Justiça (artigo 11 da Lei de Mediação). Esta especial qualificação dos mediadores judiciais — por oposição à ausência de um imperativo legal de qualificação para os mediadores extrajudiciais — compreende-se na medida em que aqueles estão comprometidos com o sistema institucional de administração da justiça. Além de que, caso as partes não escolham de mútuo acordo o conciliador, o mediador ou a câmara privada de conciliação e de mediação (que, neste caso, poderá estar ou não cadastrado no Tribunal), será o juiz a proceder a essa designação, através da distribuição entre os cadastrados no registro do tribunal, observada a respetiva formação (artigo 168 do Código de Processo Civil).

Executoriedade dos acordos de mediação no âmbito internacional

Em matéria civil e comercial, é comum distinguir-se entre mediação interna (aquela em que os pontos de contato relevantes se referem a um ordenamento), mediação transfronteiriça (a que se refere a um litígio em que pelo menos uma das partes tenha domicílio ou residência habitual num Estado membro distinto do das outras partes) e mediação internacional (procedimentos de mediação com outros elementos de extraneidade).

Perante esta pluralidade de modelos de mediação, o legislador estadual pode perfilhar enquadramentos jurídicos *diferenciados* ou adotar uma aproximação *monista*, regulando-as no mesmo instrumento e de forma tendencialmente uniforme. Foi esta última a opção dos legisladores português e brasileiro. Parte-se do princípio de que não existem diferenças estruturais entre mediação internacional, transfronteiriça e interna, ainda que se reconheça que os elementos de extraneidade do litígio possam reclamar uma maior flexibilidade quanto ao recurso a mecanismos em linha ou à língua utilizada em sede de mediação.

Ora, a executoriedade dos acordos de mediação é uma das dimensões mais importantes no âmbito internacional: neste contexto, os acordos obtidos carecem, por natureza, de circulação e eventual execução no estrangeiro. Porém, a ausência de uma solução generalizada nesta matéria (que promova, desde logo, a executoriedade de acordos de mediação dentro e fora do espaço nacional) torna-os pouco atrativos no ambiente comercial internacional (ANDRADE, 2015, p. 175). Assim, desenvolveu-se um movimento de promoção de uma convenção internacional que uniformize as regras de reconhecimento e execução dos acordos de mediação, de forma similar ao que sucede com as sentenças arbitrais (CHANG-FA, 2014, p. 119-138).

De facto, é difundida no plano internacional a prática de que quando não seja possível que um acordo de mediação seja executório, as partes promovam, por mútuo consentimento, a conversão do acordo numa decisão arbitral, de modo a poder beneficiar do amplo campo de reconhecimento e execução que tem vindo a ser reconhecido àquelas decisões por força da ampla adesão à Convenção Sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras, celebrada em Nova Iorque, de 1958. Esta solução, ditada sobretudo pela praticabilidade e certeza do resultado, impede que a mediação possa cumprir a sua função enquanto mecanismo verdadeiramente autónomo (e, em alguns casos, até preferencial) de resolução de litígios relativamente à arbitragem. Afirmar como verdadeira alternativa à arbitragem internacional o recurso à mediação para, *in fine*, se sujeitar o acordo a que se haja chegado a uma forma arbitral, ainda que sumária, nada abona no sentido da valorização do instituto da mediação.

Para obviar a este contrassenso, e permitir que a mediação se possa afirmar pelos seus méritos próprios — que residem, essencialmente, na procura de uma solução consensual ou consensualizada para litígios complexos que envolvem duas ou mais partes — não basta apenas o labor de atores internacionais que têm sido promotores (como a Câmara de Comércio Internacional ou a UNCITRAL que adoptaram regras aplicáveis ao desenvolvimento da mediação internacional, a que as partes podem aderir) ou, mesmo, instigadores do recurso à mediação (como sucede com o Banco Mundial, que tem sido pró-ativo no sentido de países emergentes incluírem a mediação como mecanismo de resolução de litígios nos seus ordenamentos jurídicos).¹⁵ É igualmente importante aproximar as condições de executoriedade dos acordos de mediação face ao hoje genericamente aplicável às decisões arbitrais pois sem esta equivalência de efeitos as partes não poderão verdadeiramente recorrer à mediação em função das mais-valias deste mecanismo de resolução de litígios. Aliás, de acordo com S. I. Strong (2014, p. 31-32), o falhanço da mediação comercial internacional pode ser atribuído

¹⁵ Cfr. <<https://www.worldbank.org/en/news/feature/2017/11/21/three-new-guides-on-commercial-mediation>>. Acesso em: 19 set. 2019.

à ausência de arranjos convencionais (multilaterais ou bilaterais) que promovam a executoriedade dos acordos de mediação, uma vez que é a este nível que tais acordos diferem sobremaneira das decisões arbitrais.

Por isso mesmo, na sequência de um labor já de há alguns anos da UNCITRAL,¹⁶ foi adoptada a Convenção das Nações Unidas sobre Acordos de Transação Internacionais resultantes de Mediação 73/198, através da Resolução adotada pela Assembleia Geral em 20 de Dezembro de 2018 (também designada por Convenção de Singapura), que, para além de reconhecer o valor da mediação e a sua desejável difusão, aponta no sentido de que o seu desenvolvimento pode vir a contribuir para mais harmoniosas relações económicas internacionais.

Para efeitos daquela Convenção, são considerados *acordos de mediação* aqueles de natureza comercial em que pelo menos uma das partes tenha o seu estabelecimento em Estado diferente das demais ou o Estado em que as partes tenham o seu estabelecimento não seja aquele em que se cumpre uma parte substancial decorrentes do acordo de transação (ou, por outra razão, aquele mais estreitamente vinculado ao acordo de transação). Em qualquer caso, a Convenção apenas abrange os acordos que *não* hajam sido incorporados em decisões judiciais ou arbitrais ou como tal seja executáveis (artigo 1º).

Como regra geral, dispõe o artigo 3º, que os acordos de transacção devem ser considerados *executórios* de acordo com as normas processuais internas dos países contratantes em conformidade com as condições previstas na Convenção. De acordo com Timothy Schnabel (2019, p. 1185), a Convenção permite a utilização do acordo de mediação tanto como uma “espada”, nos casos em que se pretende *compelir ao cumprimento* das obrigações incluídas no acordo de mediação (artigo 3º, nº 1), mas também como um “escudo”, por exemplo nos casos em que uma das partes pretenda usar o carácter executório do acordo como defesa fase à pretensão da outra parte de recorrer aos Tribunais numa situação já incluída e resolvida pelo acordo de mediação (artigo 3º, nº 2).

Todavia, precisa o artigo 4º que a atribuição desses efeitos dependerá da apresentação do acordo à autoridade competente de execução, eventualmente traduzido, do acordo de transação assinado pelas partes, com comprovação de que foi resultado de um processo de mediação (designadamente porque se encontra assinado por mediador, se encontra junto a um documento assinado pelo mediador em que este

¹⁶ Para o acesso aos trabalhos preparatórios da Convenção, consulte-se a página <https://uncitral.un.org/en/texts/mediation/conventions/international_settlement_agreements/travaux>. Acesso em 19 set. 2020. Para uma descrição destes, cfr. Timothy Schnabel (2019, p. 4 e ss.).

atesta que realizou a mediação ou é acompanhado de um certificado expedido pela autoridade que administrou a mediação).

Como motivos de recusa da adoção das medidas requeridas (as necessárias para a produção dos efeitos do art. 3º a um acordo de mediação, o que inclui mas não se limita, como vimos, à sua execução coerciva¹⁷), o artigo 5º, nº 1, elenca, de forma exaustiva, a incapacidade das partes; a nulidade ou ineficácia (em face da lei escolhida pelas partes e, na ausência de escolha, a lei considerada competente pelo Estado requerido), a ausência de vinculação ou definitividade do acordo de mediação ou a sua alteração posterior; o cumprimento ou falta de clareza e compreensibilidade das obrigações estipuladas no acordo de mediação; a contrariedade das medidas solicitadas aos termos do acordo de mediação; o incumprimento grave das normas aplicáveis ao mediador ou à mediação, sem o qual a parte não se haveria vinculado ao acordo de transação; e o incumprimento das regras de imparcialidade e independência do mediador. Sem desprimor de a autoridade de execução ainda poder recusar tais medidas sempre que estas sejam contrárias à sua ordem pública¹⁸ ou não preveja internamente a mediabilidade daquele litígio.¹⁹

Uma nota particularmente interessante desta Convenção é, de acordo com Esplugues Mota (2020, p. 63), o seu carácter “desnacionalizado”, na medida em que nem a mediação, nem o acordo dela resultante devem cumprir os requisitos legais de um determinado ordenamento jurídico, sequer no que se refere ao seu carácter executório no país de origem. Esta é razão pela qual, na nossa leitura, nos motivos de recusa figuram os princípios essenciais da mediação que são reconhecidos internacionalmente (imparcialidade e independência do mediador e autonomia das partes). Em qualquer caso, em situações em que seja invocada a nulidade e ineficácia do acordo de mediação, dada a sua natureza iminentemente conflitual, o critério de decisão está identificado na Convenção: a lei escolhida pelas partes e, na sua ausência, a lei considerada competente pelo Estado requerido.

Se é certo que o sucesso desta Convenção dependerá da adesão que venha a ter – o que, por sua vez, estará relacionado com o papel que a mediação desempenhe ao nível estadual e das políticas de cada Estado para a sua promoção –, é inegável que este

¹⁷ Carlos Esplugues Mota (2020, p. 78) refere que a Convenção se destina a regular o reconhecimento e a execução de acordos de mediação ainda que, de forma incompreensível e tecnicamente repreensível, não mencione estes conceitos.

¹⁸ Assinale-se que neste instrumento convencional não se utiliza a terminologia “manifestamente contrárias” à ordem pública internacional, como sucede no âmbito da Convenção de Nova Iorque. É duvidoso, porém, que a diferente formulação possa significar uma menor exigência na sua apreciação, porquanto uma das características deste instituto é, justamente, a sua *excepcionalidade*.

¹⁹ Mas já não a sua executoriedade. Portanto, um acordo de mediação pode não ser directamente executório nesse país, mas a tanto estar este vinculado por força da Convenção de Singapura.

instrumento assenta num paradigma de exutoriedade direta dos acordos de mediação, sem que estes devam ou tenham de passar pelo crivo de uma autoridade pública.

Notas conclusivas

O excuro que antecedeu permite evidenciar três importantes conclusões.

Em primeiro lugar, surge evidente que a atribuição de força executória a acordos de mediação particulares não colhe consenso dos vários sistemas nacionais. Seja porque se pense ser contraditório com a própria natureza da mediação (que assenta numa solução voluntariamente desenhada pelas partes e que, por isso, ambas desejam cumprir) ou seja por haver uma certa desconfiança na validade dos acordos alcançados, a verdade é que apenas uma minoria de sistemas jurídicos confere valor executório ao acordo obtido. Portugal e o Brasil são, no entanto, ordenamentos que não hesitaram em avançar para a solução de dar força executória aos acordos de mediação, valorizando os vetores da autonomia e da responsabilidade das partes.

Em segundo lugar, importa sublinhar que a confiança das partes na mediação, enquanto mecanismo de solução *definitiva* das controvérsias, parece estar associada às garantias de eficácia do acordo obtido, sobretudo no contexto de litígios plurilocalizados. Só isso explica a *praxis* de convalidação do acordo alcançado numa sentença arbitral — beneficiando assim do regime da Convenção de Nova Iorque de 1958 — e, bem assim, a promoção da Convenção de Singapura — visando esse mesmo efeito. Pensamos, por isso, que é hora de se pensar generalizadamente na exutoriedade como forma de promover o instituto da mediação, uma vez que tanto poderá permitir explorar e potenciar algumas das características que se assinalam a este mecanismo de solução de litígios: celeridade, simplicidade e menor onerosidade.

Por fim, frise-se que o possível sucesso da Convenção de Singapura importaria para os Estados dela signatários uma maior confiança quanto aos acordos de mediação obtidos no estrangeiro, mediante atribuição de força executiva em condições generosas. Pensamos que, dadas as opções internas dos sistemas português e brasileiro de mediação, faria sentido que estes Estados se comprometessem com a assinatura e ratificação daquela Convenção, o que, porém, não ocorreu ainda até ao momento.²⁰

²⁰ Para ver o status da Convenção e países vinculados, cfr. <https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XXII-4&chapter=22&clang=_en>.

Referências

- ANDRADE, J. L. de. Reconocimiento y eficacia de los acuerdos de mediación mercantil internacional. In: PINHO, H. D. B.; ANDRADE, J. L. de. (Ed.). *Contemporary Tendencies in Mediation*. Madrid: Editorial Dykinson, 2015, p. 167-188.
- CARVALHO, J. M. A Consagração Legal da Mediação em Portugal. *Julgar*, v. 15, p. 271-290, 2011.
- CARVALHO, J. M.; CARVALHO, J. C. Problemas Jurídicos da Arbitragem e da Mediação de Conflitos de Consumo. *RED - Revista Electrónica de Direito*, v. 1, n. 1, p. 1-32, 2016.
- CEBOLA, C. M. A mediação pré-judicial em Portugal: Análise do Novo Regime Jurídico. *Revista da Ordem dos Advogados*, a. 70, n. 1-4, p. 441-459, 2010.
- CEBOLA, C. M. *La Mediación*. Madrid: Marcial Pons 2013.
- CEBOLA, C. M. Regulamentar a mediação: um olhar sobre a nova Lei de Mediação em Portugal. *IMED — Revista Brasileira de Direito*, v. 11, n. 2, p. 53-65, 2015.
- CHANG-FA LO. Desirability of a New International Legal Framework for Cross-Border Enforcement of Certain Mediated Settlement Agreements. *Contemporary Asia Arbitration Journal*, v. 7, n. 1, p. 119-138, 2014.
- COSTA E SILVA, P. *A nova face da justiça: os meios extrajudiciais de resolução de controvérsias*. Coimbra: Coimbra Editora, 2009.
- CRUZ, R. M. *Mediação Familiar: Limites Materiais dos Acordos e o seu Controlo pelas Autoridades*. Coimbra: Coimbra Editora, 2011.
- ESPLUGUES MOTA, C. Civil and commercial mediation in the EU after the transposition of Directive 2008/52/EC. In: ESPLUGUES MOTA, C.; IGLESIAS BUHIGUES; J. L.; PALAO MORENO, G. (Ed.). *Civil and Commercial Mediation in Europe: Cross-border mediation*. Cambridge: Intersentia, 2013, p. 717-728. v. 2.
- ESPLUGUES MOTA, C. La Convención de Singapur de 2018 sobre mediación y la creación de un título deslocalizado dotado de fuerza ejecutiva: una apuesta novedosa, y un mal relato. *Revista Española de Derecho Internacional*, v. 72, n. 1, 2020.
- ESPLUGUES MOTA, C. Mediación Civil y Comercial en Conflictos Transfronterizos en España: de la Directiva 2008/52/CE a la Ley de Mediación de 2012. In: GURIDI, J. F. E. (Ed.). *Estudios sobre el Significado e Impacto de la Mediación*. Una Respuesta Innovadora en los Diferentes Ámbitos. Camino de Galar: Aranzadi, 2012, p. 63-110.
- FARINHA, A. Relação entre a mediação familiar e os processos judiciais. In: SOTTOMAYOR, M. C.; TOMÉ, M. J. C. V. (Ed.). *Direito da Família e Política Social*. Porto: Publicações Universidade Católica, 2001, p. 193-203.

- FERREIRA, J. O. C. *Julgados de Paz: O que foram, o que são os julgados de paz e o que podem vir a ser*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2011.
- GAMA, J. T. da. *Contrato de Transacção no Direito Administrativo e Fiscal*. CORDEIRO, A. M.; LEITÃO, L. M.; GOMES, J. DA C. (Ed.). *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Inocêncio Galvão Telles*. Coimbra: Almedina, 2003, p. 607-694. v. V.
- GONÇALVES, A. M. M.; GAULTIER, T. Portugal — Chapter 21. In: PALO, G. de; TREVOR, M. B. (Ed.). *EU Mediation Law and Practice*. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 273-289.
- GOUVEIA, M. F. Algumas questões jurídicas a propósito da Mediação. In: VASCONCELOS-SOUSA, J. (Ed.). *Mediation and Consensus Building: the new tools for empowering citizens in the European Union*. Coimbra: Dulce, 2009, p. 213-242.
- GOUVEIA, M. F. *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2014.
- GRINOVER, A. P. *O Novo Código de Processo Civil: questões controvertidas*. São Paulo: Atlas, 2015.
- LOPES, D.; PATRÃO, A. *Lei da Mediação Comentada*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2016.
- PALAO MORENO, G. Enforcement of Foreign Mediation Agreements within the European Union. In: BERGÉ, J.-S.; FRANQ, S. GARDENES SANTIAGO, M. (Ed.). *Boundaries of European Private International Law*. Bruxelas: Bruylant, 2015, p. 79-88.
- SCHNABEL, T. Recognition by another name: Article 3 of the Singapore Convention on Mediation. *Cardozo Journal of Conflict Resolution*, v. 20, 2019.
- SCHNABEL, T. The Singapore Convention on Mediation: A Framework for the Cross-Border Recognition and Enforcement of Mediated Settlements. *Pepperdine Dispute Resolution Law Journal*, v. 19, n. 1, 2019.
- STRONG, S. I. Beyond International Commercial Arbitration? The Promise of International Commercial Mediation. *Washington University Journal Law & Policy*, v. 45, p. 11-39, 2014.
- VICENTE, D. M. A Directiva sobre a Mediação em Matéria Civil e Comercial e a sua Transposição para a Ordem Jurídica Portuguesa. In: MIRANDA, J. et al. (Ed.). *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Paulo de Pitta e Cunha*. Coimbra: Almedina, 2010, p. 99-116. v. 3.
- VICENTE, D. M. Mediação Comercial Internacional. *Direito Internacional Privado*, v. II, p. 389-402, 2005.