

A (IN)COMPATIBILIDADE ENTRE A PROFISSÃO DE ADVOGADO E O EXERCÍCIO DA ATIVIDADE DE MEDIADOR DE CONFLITOS

(In)compatibility between the profession of lawyer and the exercise of conflict mediator activity

Bárbara de Sousa Basto

E-mail: barbara.s.basto@abreuadvogados.com

Advogada | Abreu Advogados; Mediadora Certificada ICFML

Resumo

O presente artigo tem como objetivo perceber se existe ou não em Portugal uma incompatibilidade entre o exercício das atividades da advocacia e da mediação de conflitos, no âmbito da mediação civil e comercial. Tem sido discutido no seio de diversos órgãos da Ordem dos Advogados se existe ou não a incompatibilidade que se vem de referir, tendo sido emanadas decisões diversas e díspares quanto ao assunto. Da análise efetuada à legislação vigente sobre a matéria, não nos parece que exista uma incompatibilidade, embora se reconheça a existência de alguns impedimentos. O último Parecer do Conselho Geral da Ordem dos Advogados sobre o nosso objeto de estudo pugna pela inexistência de uma incompatibilidade, impondo, no entanto, alguns limites e deixando transparecer, na sua fundamentação o ainda existente desconhecimento dos advogados e da sua Ordem relativamente ao que é a mediação de conflitos.

Palavras-chave: Mediação; Advocacia; Incompatibilidade; Impedimentos.

Abstract

Abstract: This article aims to see whether there is a mismatch between the exercise of advocacy activities and the mediation of conflicts in the context of civil and commercial mediation. It has been discussed within several bodies of the Bar association whether or not there is the incompatibility that is mentioned, and various and disparate decisions have been made on the subject. From the analysis of the legislation in force, we do not think there is a mismatch, although there are some impediments. The last opinion of the General Council of the Bar Association on our object of study pugnaed by the lack of an incompatibility, imposing, however, some limits and letting it appear, in its grounds the still existing ignorance of the Lawyers and their Bar Association in relation to what conflict mediation is.

Keywords: Mediation; Advocacy; Incompatibility; impediments.

Introdução

A questão da compatibilidade ou não da profissão de advogado com o exercício da atividade de mediador de conflitos remonta, pelo menos, ao ano de 2004, tendo havido, desde então, por parte da Ordem dos Advogados e dos seus vários órgãos, entendimentos díspares e antagónicos, que culminaram na recente aprovação, pelo Conselho Geral da Ordem dos Advogados, aos 13/07/2018, do Parecer n.º 15/PP/2018-G.¹

Antes, porém, importa analisar o que dispõe quanto a este assunto a legislação e as codificações que regulamentam a mediação de conflitos em Portugal, bem como as regras das incompatibilidades e impedimentos relativos ao exercício da advocacia, para, em seguida, fazermos uma análise crítica dos pareceres que têm vindo a ser emitidos pela Ordem dos Advogados, dando especial relevância ao Parecer supra mencionado, face à sua atualidade e pertinência.

A incompatibilidade entre o exercício da atividade de mediador de conflitos e da advocacia na legislação e regulamentação portuguesas relativas à mediação civil e comercial.

A Lei 29/2013, de 19 de abril (Lei da Mediação)

O diploma legal que se vem de referir estabelece os princípios gerais aplicáveis à mediação realizada em Portugal, bem como os regimes jurídicos da mediação civil e comercial, dos mediadores e da mediação pública.

Nesta Lei, é feita a referência a impedimentos do mediador de conflitos no artigo 26.º, cuja epígrafe é “Deveres do mediador de conflitos”. Da alínea f) resulta que o mediador de conflitos tem o dever de revelar, aos intervenientes no procedimento, qualquer impedimento ou relacionamento que possa pôr em causa a sua **imparcialidade** ou **independência** e não conduzir o procedimento nessas circunstâncias.

¹ Disponível em <https://portal.oa.pt/media/125338/parecer-15-pp-2018-g.pdf>

Assim, os valores que o legislador visou proteger, salvaguardar e atingir, quando estabeleceu impedimentos (ou incompatibilidades), foram a imparcialidade e a independência do mediador, imparcialidade e independência estas erigidas a princípios, plasmados nos artigos 6.º e 7.º da referida Lei, de aplicação universal (como resulta da letra da lei do artigo 3.º, que prevê que “Os princípios consagrados no presente capítulo são aplicáveis a todas as mediações realizadas em Portugal, independentemente da natureza do litígio que seja objeto de mediação”).

Aliás, a imparcialidade e a independência constam desde logo da noção de mediador, plasmada na al. b), do n.º 2, do art.º 2.º, da Lei n.º 29/2013, que define o mediador de conflitos como sendo “um terceiro, **imparcial e independente**, desprovido de poderes de imposição aos mediados, que os auxilia na tentativa de construção de um acordo final sobre o objeto do litígio”.

Relativamente à imparcialidade, como bem observam Lopes, D. e Patrão, A. (2016), 55, podemos afirmar que esta “radica na equidistância face às partes mediadas: o mediador não pode aliar-se a uma das partes ou tomar um partido”, bem como “Não pode defender, representar ou aconselhar nenhuma das partes, deve ocultar as suas opiniões e emoções em relação às partes e não deve prestar a nenhuma delas quaisquer funções de aconselhamento ou assessoria”.

Ao termos presente a noção de imparcialidade do mediador, com estes contornos bem definidos, rapidamente nos apercebemos que a mesma contrasta em absoluto com a profissão de advogado, por natureza parcial, pois este último profissional visa exercitar a defesa dos direitos e dos interesses que lhe sejam confiados, conforme resulta aliás do artigo 81.º do Estatuto da Ordem dos Advogados, aprovado pela Lei n.º 145/2015, de 9 de setembro.

Já a independência do mediador vem definida no artigo 7.º da referida Lei n.º 29/2013, sendo seu dever salvaguardá-la, bem como pautar a sua conduta pela independência livre de qualquer pressão, seja esta resultante dos seus próprios interesses, valores pessoais ou de influências externas.

No campo da independência, encontramos um maior paralelismo com a profissão de advogado. De acordo com o artigo 81.º do EOA, “O *advogado exercita a defesa dos direitos e interesses que lhe sejam confiados sempre com plena autonomia técnica e de forma isenta, independente e responsável*”, devendo manter “*sempre em quaisquer circunstâncias a sua independência, devendo agir livre de qualquer pressão, especialmente a que resulte dos seus próprios interesses ou de influências exteriores, abstendo-se de negligenciar a deontologia profissional no intuito de agradar ao seu cliente, aos colegas, ao tribunal ou a terceiros*”, conforme concretiza o artigo 89.º do Estatuto.

Em ambas as atividades (a advocacia e a mediação de conflitos), a independência visa assegurar que o seu exercício ocorre em liberdade, não só quanto a influências exteriores, mas também e mesmo quanto às íntimas convicções do profissional.

Conforme se referiu supra, a forma que o legislador encontrou para garantir a imparcialidade e a independência do mediador de conflitos foi através do estabelecimento de impedimentos, previstos, para o que agora importa, nos artigos 27.º e 28.º da Lei da Mediação, artigos estes que vêm densificar a previsão geral inserta no artigo 26.º, al. f) da mesma Lei.

Aliás, conforme resulta do n.º 2, do artigo 17.º do diploma que se vem de referir, *“Antes de aceitar a sua escolha ou nomeação, o mediador de conflitos deve proceder à revelação de todas as circunstâncias que possam suscitar dúvidas sobre a sua imparcialidade e independência, nos termos previstos no artigo 27.º”*

Importa, tendo em vista o objeto do nosso trabalho, analisar se se encontra plasmada nesta última mencionada norma, bem como na seguinte (artigo 28.º), alguma incompatibilidade entre o exercício da atividade de mediador de conflitos e da advocacia.

Dispõe o artigo 27.º da Lei n.º 29/2013 que *“O mediador de conflitos deve, antes de aceitar a sua escolha ou nomeação num procedimento de mediação, revelar todas as circunstâncias que possam suscitar dúvidas sobre a sua independência, imparcialidade e isenção.”*, concretizando a al. c), do n.º 4, do mesmo normativo legal, que, *“uma atual ou prévia relação profissional com uma das partes”* é, entre outras, uma circunstância relevante que deverá, pelo menos, ser revelada às partes.

Assim, parece-nos resultar desta norma que, caso o mediador já tivesse prestado serviços de advocacia a uma das partes (leia-se, serviços de advocacia não relacionados com o objeto da causa, porque se estivermos perante causa relacionada com o objeto da mediação, entramos, no nosso entendimento, na regulação prevista no artigo 28.º da mencionada lei, sobre o qual nos debruçaremos em seguida), tal facto seria de revelação obrigatória, mas não constituiria um impedimento absoluto: as partes, em confronto com este facto, decidiriam se tal constituiria ou não uma quebra da confiança que tem necessariamente de existir entre o mediador e as partes. Mas podíamos nem sequer chegar a depender da decisão das partes: na verdade, se o mediador entendesse que o facto de já ter prestado serviços de advocacia a uma das partes comprometia a sua independência, imparcialidade ou isenção, não deveria aceitar a sua designação ou deveria interromper o procedimento de mediação e pedir escusa, de acordo com o n.º 3 do artigo 27.º do diploma citado.

Assim, não resulta do artigo 27.º qualquer impedimento que gere uma incompatibilidade entre a atividade de mediação de conflitos e a advocacia.

Atentemos, porém, no teor do artigo 28.º: “O mediador de conflitos não pode ser testemunha, perito ou mandatário em qualquer causa relacionada, ainda que indiretamente, com o objeto do procedimento de mediação”.

Daqui resulta não uma incompatibilidade entre o exercício de ambas as profissões, mas uma proibição de intervenção, enquanto mandatário (para o que aqui nos importa), em qualquer causa relacionada, ainda que indiretamente, com o processo. Não podemos, no entanto, deixar de tecer 2 considerações acerca desta norma:

A primeira é que o presente normativo parece ele próprio admitir como compatível o exercício das duas profissões, na medida em que prevê como hipótese na sua *factiespecie* que o mediador venha a exercer as funções de mandatário;

A segunda consideração tem que ver com o âmbito de aplicação no tempo, do ponto de vista da ordem cronológica, da norma referida, parecendo-nos ser defensável que ela tanto se aplique caso o mediador tenha sido mandatário num primeiro momento e, num segundo momento, escolhido pelas partes para exercer as funções de mediador, bem como, resultando, neste caso, expressamente da letra da lei, que se aplique caso o mediador de conflitos venha a ser procurado, posteriormente, para exercer o mandato judicial, no âmbito da mesma causa.

Se é verdade que, no exemplo primeiro, não está em causa um impedimento resultante do princípio da confidencialidade do mediador – se o mediador interveio previamente como advogado, não é por exercer posteriormente as funções de mediador que vai pôr em causa o mencionado princípio da confidencialidade a que o mediador está obrigado, campo para o qual nos remete a epígrafe do próprio artigo 28.º (“*Impedimentos resultantes do princípio da confidencialidade*”) –, caso o mediador já tivesse sido advogado de uma das partes em causa relacionada com o objeto do processo, tal circunstância poria seriamente em causa os princípios da imparcialidade e da independência do mediador. Assim, cremos ser defensável, com base neste artigo, a posição de que o mediador está impedido não só de ser mandatário em causa relacionada com o objeto da mediação que venha a ter lugar depois do procedimento de mediação, mas também de ser mediador num procedimento de mediação em que tenha já sido mandatário de uma das partes, em causa relacionada, aqui já não por força do princípio da confidencialidade, mas sim por força dos princípios da imparcialidade e independência, que impõem tal conduta, sob pena de se abalar a necessária confiança das partes no mediador e a dignidade do mesmo.

Para finalizar este subtítulo, um apontamento apenas relativamente ao âmbito de aplicação das normas constantes dos artigos 27.º e 28.º da Lei n.º 29/2013.

Dispõe o artigo 3.º da Lei da Mediação que “Os princípios consagrados no presente capítulo são aplicáveis a todas as mediações realizadas em Portugal”.

Ora, de acordo com uma interpretação meramente literal, e uma vez que os artigos 27.º e 28.º integram o Capítulo IV e já não o Capítulo II, dir-se-ia que estas normas se aplicam apenas e só à mediação civil e comercial realizada em Portugal.

No entanto, e se considerarmos que o regime estatuído nos artigos 27.º e 28.º decorre da concretização dos seus corolários, que são os princípios da imparcialidade, independência e confidencialidade, acreditamos não ser descabido defender que o sistema de impedimentos previsto é também ele de aplicação universal, uma vez que tem como objetivo último assegurar e tornar efetivos os princípios universais da imparcialidade, independência e confidencialidade.

A Lei 78/2001, de 13 de julho (Leis dos Julgados de Paz)

A Lei supra mencionada regula a competência, organização e funcionamento dos julgados de paz e a tramitação dos processos da sua competência.

Também neste diploma legal existe referência expressa à independência dos mediadores, mais precisamente no seu artigo 30.º, n.º 1, onde é referido que “os mediadores que colaboram com os julgados de paz são profissionais independentes”, havendo, no n.º 2 do mesmo artigo, uma remissão em bloco para a Lei da Mediação, no que diz respeito ao desempenho da função de mediador.

No que ao regime de impedimentos e escusa dos mediadores concerne, a Lei dos Julgados de Paz remete, no n.º 3, do seu artigo 21.º, cuja epígrafe é “Impedimentos e suspeições”, para a Lei da Mediação, aprovada pela Lei n.º 29/2013, de 19 de abril, que regulamenta assim também o regime de impedimentos dos mediadores dos Julgados de Paz, pelo que se dão aqui por reproduzidas as considerações tecidas supra acerca do mesmo.

No entanto, este diploma vai mais longe do que a Lei n.º 29/2013 quando, no n.º 3 do seu artigo 30.º prevê que “Os mediadores estão impedidos de exercer a advocacia no julgado de paz onde prestam serviço”.

Daqui resulta não existir qualquer incompatibilidade entre o exercício da advocacia e o exercício das funções de mediador. Existe apenas um impedimento, limitado àquele (ou àqueles) Julgados de Paz em concreto.

Este impedimento visa assim assegurar a independência do mediador no âmbito dos sistemas públicos de mediação. Estamos perante uma compatibilização entre as duas atividades, menos dúbia e mais abrangente do que a adotada na Lei da Mediação, e que contribui, em nosso entender, para o prestígio de ambas as profissões, uma vez que o exercício simultâneo das mesmas causaria uma inevitável e natural desconfiança no público em geral e geraria situações de angariação de clientela pouco desejáveis, sendo a bondade desta norma reconhecida por França Gouveia, M. F. (2012), 59.

Também a Portaria n.º 1112/2005, de 28 de Outubro, que aprova o regulamento que disciplina a organização e o funcionamento dos serviços de mediação disponíveis nos julgados de paz e estabelece as condições de acesso aos mesmos, bem como as regras por que deve pautar-se a atividade dos mediadores de conflitos, refere, no n.º 2, do seu artigo 16.º que “No desempenho da sua função, o mediador de conflitos deve proceder com imparcialidade, neutralidade, independência, confidencialidade e diligência”, enfatizando-se, assim, uma vez mais, os princípios da imparcialidade e da independência.

Já o n.º 5, do artigo 17.º, do mesmo diploma, dispõe que “O mediador de conflitos que, por razões legais, éticas ou deontológicas, deixe de ver assegurada a sua independência, imparcialidade e isenção deve interromper o procedimento de mediação e requerer ao serviço de atendimento a sua substituição”. Ora, tal preceito em nada acrescenta ao regime dos impedimentos previsto no artigo 27.º da Lei n.º 29/2013, mais precisamente no seu n.º 3, para o qual, como já referimos supra, a Lei dos Julgados de Paz remete, sendo novidade apenas a previsão da forma através da qual a escusa se irá verificar: através do pedido de substituição ao serviço de atendimento.

Não se compreende, porém, o teor do n.º 2, do artigo 17.º, da mencionada Portaria, cuja epígrafe é “Impedimentos” e que se transcreve em seguida:

“Sem prejuízo da celebração de acordo expresso entre as partes e o mediador de conflitos, não é permitido ao mediador de conflitos intervir, por qualquer forma, em quaisquer procedimentos subsequentes à mediação, como a arbitragem, o processo judicial ou o acompanhamento psicoterapêutico, quer se tenha aí obtido ou não

um acordo e ainda que tais procedimentos estejam indiretamente relacionados com a mediação realizada.”

O preceito que se vem de referir impede o mediador de intervir, para o que aqui nos interessa, por qualquer forma, em quaisquer procedimentos subsequentes à mediação, como a arbitragem, ou o processo judicial, quer aí se tenha obtido ou não um acordo e ainda que tais procedimentos estejam indiretamente relacionados com a menção realizada.

Na verdade, o normativo que se vem de transcrever equivale à solução legal adotada no artigo 28.º da Lei da Mediação, regime sobre o qual já nos debruçamos, e que impede que o mediador de conflitos seja mandatário em qualquer causa relacionada, ainda que indiretamente, com o objeto do procedimento de mediação.

O que perturba, no artigo 17.º, n.º 2, é a sua parte inicial: *“Sem prejuízo da celebração de acordo expresso entre as partes e o mediador de conflitos”*.

Com esta expressão, parece o legislador aceitar que se afaste o impedimento em causa, cujo corolário é não só a independência, como também a confidencialidade, através de um acordo expresso entre as partes e o mediador.

Ora, não nos parece que, mesmo existindo um acordo nesse sentido, seja de admitir que o mediador de conflitos venha a ser (ou tenha sido) mandatário de qualquer uma das partes em causa relacionada, direta ou indiretamente, com a mediação. No nosso entendimento, tal facto geraria uma situação de desigualdade sem fundamento válido, bem como geraria desconfiança face ao exercício de ambas as profissões, sendo necessário rever a redação do artigo em causa.

Assim, se por um lado, o único impedimento que existe quanto ao exercício da advocacia e ao exercício da mediação de conflitos, à luz da Lei da Mediação, é apenas o previsto no artigo 28.º (o mediador não pode ser mandatário em qualquer causa relacionada, ainda que indiretamente, com o objeto do procedimento de mediação), já no âmbito da Lei dos Julgados de Paz, ao impedimento que se vem de referir (que, aparentemente neste sistema de mediação, pode ser derogado, por acordo expresso entre partes e mediador) acresce o impedimento de o mediador exercer a advocacia no julgado de paz onde presta serviço.

O Código Europeu de Conduta para Mediadores da Comissão Europeia²

É dever do mediador, de acordo com a al. k), do artigo 26.º, da Lei da Mediação, atuar no respeito pelas normas éticas e deontológicas previstas.

Importa, assim, no presente artigo, fazer uma breve análise quanto ao que dispõe o Código Europeu de Conduta para Mediadores da Comissão Europeia ao nível dos impedimentos do mediador.

Assim, no seu ponto 2. (Independência e imparcialidade), no sub ponto 2.1. (Independência e neutralidade) encontramos um regime semelhante ao previsto no artigo 27.º da Lei da Mediação, que nos permitimos transcrever em seguida:

“O mediador deve declarar-se impedido de iniciar ou prosseguir uma mediação caso detete qualquer circunstância que possa, ou que preveja que possa, afetar a sua independência, ou em caso de existir algum conflito de interesses. O dever de declarar o seu impedimento mantém-se ao longo de todo o processo.

Estas circunstâncias incluem:

- *Uma relação pessoal ou profissional com uma das partes;*
- *Um interesse financeiro, direto ou indireto, no resultado da mediação, ou*
- *Um mediador, ou um elemento do seu organismo, ter prestado serviços, que não de mediação, a uma das partes.*

Nestes casos, o mediador apenas deve aceitar a mediação, ou prosseguir-la, se tiver a certeza de estar em condições para a conduzir com total independência e neutralidade, com vista a assegurar a total imparcialidade e se as partes expressamente o consentirem.

Apesar da similitude existente entre ambos os regimes, uma diferença se destaca: o legislador português optou por consagrar no nosso ordenamento jurídico um sistema de revelação obrigatória pelo mediador às partes

² Disponível em http://www.dgpj.mj.pt/sections/gral/mediacao-publica/mediacao-anexos/codigo-europeu-de/downloadFile/file/Codigo_Europeu_de_Conduta_para_Mediadores_13.03.2014.pdf?nocache=1394707997.85

de todas as circunstâncias que possam suscitar dúvidas sobre a sua independência, imparcialidade e isenção. Já de acordo com o Código Europeu de Conduta, caso se verifique alguma dessas circunstâncias, deverá ser o mediador, isoladamente, num exercício de introspeção, auto-conhecimento e auto-avaliação, a aferir se as mesmas o impedem ou não de assegurar a independência e imparcialidade necessárias.

Face ao exposto, do mencionado Código não parece resultar qualquer incompatibilidade entre o exercício da atividade de mediação de conflitos e a advocacia.

O Estatuto da Ordem dos Advogados (EOA)

Resultará, assim, do Estatuto da Ordem dos Advogados, aprovado pela Lei n.º 145/2015, de 9 de setembro, uma incompatibilidade entre as atividades de mediação de conflitos e de advocacia?

Sobre o tema dispõem os artigos 81º a 87º do EOA, que integram o capítulo II, cuja epígrafe é “Incompatibilidades e Impedimentos”.

Conforme explica Mateus, C. (2011), 4, “As incompatibilidades e impedimentos têm em vista evitar situações que possam traduzir-se em falta de independência; de dignidade da profissão; de isenção no exercício da profissão.”

Dispõe o n.º 81, cuja epígrafe é “Princípios gerais”, no seu n.º 1, que “O advogado exercita a defesa dos direitos e interesses que lhe sejam confiados sempre com plena autonomia técnica e de forma isenta, independente e responsável”, preconizando o n.º 2 do mencionado normativo que “O exercício da advocacia é inconciliável com qualquer cargo, função ou atividade que possa afetar a isenção, a independência e a dignidade da profissão”.

Esta é a regra geral que deve nortear a atuação do advogado, quanto ao regime das incompatibilidades e impedimentos.

Não nos parece que, com as limitações constantes da legislação existente e supra referida, atinente ao exercício da mediação, a atividade de mediador de conflitos possa, de alguma forma, afetar a isenção, a independência, ou a dignidade da profissão de advogado. Acresce que, a atividade de mediação de

conflitos não consta do elenco (exemplificativo) constante do n.º 1, do art.º 82º, do EOA.

Assim, cremos não resultar de qualquer norma do EOA uma incompatibilidade entre o exercício das mencionadas atividades, embora tenhamos conhecimento de que entendimentos diversos existem quanto à questão que aqui nos ocupa, o que iremos abordar no Capítulo seguinte.

A incompatibilidade entre o exercício da atividade de mediador de conflitos e da advocacia na Ordem dos Advogados

Analisada que se encontra a legislação a este respeito, cumpre agora analisar como tem a Ordem dos Advogados interpretado todos os preceitos que se vêm de referir e como tem resolvido a questão da compatibilidade ou não do exercício da advocacia com o exercício da atividade de mediador.

Vários são os Pareceres emitidos por diversos órgãos da Ordem dos Advogados que versam acerca da existência ou não de incompatibilidade entre a profissão de advogado e o exercício da atividade de mediador de conflitos, em sentidos diametralmente opostos.

Por um lado, e defendendo a inexistência de uma incompatibilidade, temos, a título de exemplo, o Parecer n.º 31/PP/2011-C, emitido pelo Conselho Regional de Coimbra,³ o Parecer 25/PP/2010-P, emitido pelo Conselho Regional do Porto,⁴ bem como o Parecer n.º 15/PP/2018-G, já referido na Introdução, e sobre o qual nos pronunciaremos mais pormenorizadamente.

O Parecer n.º 31/PP/2011-C conclui, em singelo, que “*Não existe incompatibilidade do exercício das funções de mediadora de conflitos com o exercício de advocacia*”, referindo, no final do corpo do texto que “*a fazer vencimento a posição (...) no sentido de que os advogados não podem*

³ Disponível em <https://portal.oa.pt/advogados/pareceres-da-ordem/conselho-regional-de-coimbra/2012/parecer-n%C2%BA-31pp2011-c/>

⁴ Disponível em <https://www.oa.pt/upl/%7B30c1408d-277d-4beb-922a-fe9c4c026c5e%7D.pdf>

exercer a função de mediadores, seja no âmbito da mediação familiar, laboral ou penal, no âmbito dos Gabinetes Extrajudiciais de Litígios, ou de outras formas de mediação a serem regulamentadas, estamos todos e em particular a Ordem dos Advogados a “abrir mão” de uma função que, inclusive, no limite, deveria ser exclusiva dos Advogados porquanto sendo defendido que o mediador não pode efetuar assessoria jurídica, pode no entanto prestar informação jurídica, sendo que na prática existe uma zona cinzenta entre ambas as atividades, ou seja, onde termina a informação e se inicia a assessoria”.

Se, por um lado, a conclusão inserta no parecer demonstra sensibilidade quanto ao tema, por outro, a sua fundamentação assenta em pressupostos inválidos (na medida em que o mediador se deve abster de prestar qualquer informação jurídica, devendo, quando entender necessário ou útil ao esclarecimento e bem-estar dos mediados, sugerir-lhes a intervenção ou a consulta de técnicos especializados em determinada matéria (nomeadamente de um advogado), conforme resulta da al. e), do artigo 26.º, da Lei da Mediação), demonstrando um desconhecimento generalizado por parte da classe sobre o que é a mediação de conflitos, no geral, e sobre a necessária neutralidade e imparcialidade, em particular, cuja compatibilização com informação jurídica às partes é dúbia, discutível e de evitar.

Já o Parecer 25/PP/2010-P conclui igualmente que a atividade de mediador de conflitos não é incompatível com o exercício da advocacia, estando, no entanto, os mediadores de conflitos impedidos de exercer a advocacia nos locais onde exerçam a atividade de mediação, seja esta exercida junto de tribunais ou junto de instituições privadas, não sendo igualmente permitido o exercício da atividade de mediação de conflitos no mesmo espaço físico em que se exerça a advocacia.

Neste parecer, o entendimento foi de que não haveria *“razão para entender de modo diferente (do previsto para os Julgados de Paz, em que existe impedimento do exercício da advocacia no julgado de paz onde o mediador presta serviço), relativamente a todos os tipos de mediação de conflitos, ainda que estes sejam levados a cabo, não nos tribunais (como a mediação junto dos Julgados de Paz ou a mediação penal), mas em outras instituições, privadas, como associações patronais ou de mediadores: os mediadores estão impedidos de exercer a advocacia, e praticar atos próprios dos advogados, junto das instituições onde exerçam a mediação”*, bem como o de que as atividades em causa não poderiam coexistir no mesmo espaço físico.

Em sentido contrário, refira-se, a título de exemplo, o Parecer n.º 36/PP/2011-G,⁵ bem como o Parecer n.º 26/PP/2009-G,⁶ ambos do Conselho Geral, que entendem haver incompatibilidade entre o exercício da advocacia e da atividade de mediador de conflitos, seja em que sede for, fundamentando este entendimento, de forma singela, no facto de que o exercício conjunto daquelas duas atividades poderiam pôr em causa a isenção, a independência e a dignidade da profissão de advogado, previstas no EOA, bem como no facto de que poderia vir a constituir angariação de clientela, proibida estatutariamente.

Ora, a verdade é que nenhum dos Pareceres que se vem de referir fundamenta de que forma poderia ser afetada a isenção, a independência e a dignidade, nem de que forma tal poderia constituir angariação de clientela (havendo outras atividades compatíveis com o exercício da advocacia mais suscetíveis de levar à angariação de clientela, não sendo tal facto fundamento, de *per si*, da existência ou não de incompatibilidade com o exercício da advocacia).

Não concordamos com a fundamentação que está na base dos Pareceres do Conselho Geral que se vêm de mencionar, não tendo inclusivamente sido este o caminho trilhado no mais recente Parecer do Conselho Geral – Parecer n.º 15/PP/2018-G, aprovado aos 13 de julho de 2018 –, e sobre o qual nos debruçaremos infra.

São as seguintes as conclusões deste último Parecer:

- 1) A atividade de mediador de conflitos não é incompatível com o exercício da profissão de Advogado.**
- 2) Está vedado a quem, numa fase anterior, interveio como mediador de conflitos numa causa, patrocinar como Advogado, numa fase posterior, uma das partes desse conflito, nessa mesma causa ou noutra causa com esta conexa.**
- 3) O Advogado não pode exercer a advocacia junto das instituições onde exerça a atividade de mediação de conflitos.**
- 4) O Advogado não pode exercer a advocacia no local onde exerça a atividade de mediação de conflitos, devendo manter um domicílio profissional distinto para cada uma das atividades.**

⁵ Disponível em <https://portal.oa.pt/advogados/pareceres-da-ordem/conselho-geral/2011/parecer-n%C2%BA-36pp2011-g/>

⁶ Disponível em <https://portal.oa.pt/advogados/pareceres-da-ordem/conselho-geral/2010/parecer-n%C2%BA-26pp2009-g/>

Concordamos com as conclusões constantes do mesmo, pese embora não se deixe de fazer quanto às mesmas uma avaliação crítica, senão vejamos:

O teor do n.º 2 das conclusões que se transcreveram peca, em nosso entender, por defeito. Na verdade, o mencionado n.º 2 estabelece o mesmo regime de impedimento já previsto no artigo 28.º da Lei da Mediação. cremos, porém, que, neste Parecer, se poderia ter ido mais além, do sentido de vedar, a quem, numa fase anterior, interveio como advogado numa causa, intervir, como mediador de conflitos, numa fase posterior, nessa mesma causa ou numa causa conexa (como aliás já defendemos supra e para cuja argumentação então desenvolvida remetemos).

Quanto ao n.º 3 das conclusões do Parecer, o teor do mesmo suscita-nos algumas dúvidas, que passamos a expor:

Numa situação em que o advogado presta assessoria jurídica a uma associação, associação essa que tem a funcionar um gabinete de mediação, ao qual podem recorrer, não só os seus sócios, como o público em geral, pode o advogado exercer a atividade de mediador de conflitos no mencionado gabinete? Está esta associação abrangida no conceito de “instituição”? Ou terá de deixar de prestar serviços de advocacia à associação a partir do momento em que presta os seus serviços de mediador?

E numa situação em que o mediador seja indicado pelas partes, que resolveram, por acordo, recorrer à mediação no âmbito de um processo cível em curso? Fica impedido de desenvolver a advocacia junto desse tribunal?

Não sendo objeto deste artigo tentar responder às questões que se vêm de referir, cumpre apenas realçar que o n.º 3 das conclusões levanta problemas de aplicação prática, não despendidos, na nossa opinião.

No que à fundamentação do Parecer concerne, constatamos que o mesmo sublinha o paralelismo existente entre os princípios exigentes e escrupulosos exigidos e prosseguidos em ambas as atividades, como a independência e a dignidade.

No entanto, o Parecer evidencia o desconhecimento dos advogados em geral em relação à atividade de mediação de conflitos, senão vejamos:

É referido, no Parecer, que “o Advogado é, por excelência, um gestor de litígios, cabendo-lhe, muitas vezes, esse papel de mediador e apaziguador dos ânimos e do estado de alma das partes”. Sucede porém que, do mediador não se pretende que apazigue ânimos e estados de alma. Na realidade, ao mediador cabe, apenas e só, e caso seja necessário, acolher sentimentos e reformular afirmações, por forma a que as partes saiam das suas posições e se

concentrem nos seus interesses, o que diverge em ampla medida do papel de “apaziguador dos ânimos e do estado de alma das partes” que é erroneamente atribuído ao mediador no texto em análise.

Mais, na fundamentação que se vem de referir pode igualmente ler-se que “*É frequente um Advogado patrocinar ambas as partes num divórcio por mútuo consentimento, ou num acordo em que existe, desde logo, uma comunhão de vontades bem delineada e esclarecida*”. Ora, o mediador atua de forma diametralmente diversa, não patrocina as partes, é um terceiro, independente e imparcial, que tem como função ajudar as partes a chegarem, elas próprias, a um acordo sobre o objeto em litígio, sendo que, se se avança para uma mediação, é exatamente porque não existe uma comunhão de vontades bem delineada e esclarecida, mas sim a necessidade de se descobrir os interesses e gerar opções que possibilitem que se chegue a um acordo.

Mais é afirmado no Parecer em análise que “*a figura de mediador de conflitos não é estranha à advocacia e ao advogado. Aliás, decorre do art. 100.º, n.º 1, al. c), do EOA, que o Advogado deve “aconselhar toda a composição que ache justa e equitativa”*”.

Ora, afirmar que compete ao mediador aconselhar toda a composição que ache justa e equitativa demonstra desconhecimento relativamente à mediação de conflitos, o que leva, em nosso entendimento, que a mesma seja encarada por grande parte dos advogados com desconfiança. Ao mediador compete fazer com que as partes cheguem, por si, a uma composição por elas delineada e por elas considerada justa e equitativa, independentemente da opinião pessoal (e intransmissível) que o mediador possa ter acerca do objeto em litígio. Na mediação passamos do paradigma “*não faças aos outros aquilo que não gostas que te façam a ti*” para um novo paradigma, que radica na expressão “*faz ao outro aquilo que o outro gostaria que lhe fizessem*”. Assim, está bem patente neste Parecer do Conselho Geral que a mediação de conflitos ainda não conseguiu fazer o seu caminho junto dos Advogados e da sua Ordem, que a continuam a ver como uma atividade para a qual, aliás, já se encontram devidamente qualificados e que acreditam desenvolver na sua prática, desconhecendo as características e vantagens do processo de mediação.

De qualquer forma, e pese embora as dúvidas/críticas expostas, sempre se dirá ser de aplaudir o Parecer n.º 15/PP/2018-G, face à sua cuidada fundamentação e às suas conclusões que se espera venham a ser seguidas pelos restantes órgãos da Ordem dos Advogados e que defendem a compatibilidade entre a advocacia e a mediação de conflitos, com os impedimentos dele constantes e com os quais se concorda, quase integralmente.

BIBLIOTECA

A (in)compatibilidade entre a profissão de advogado e o exercício da atividade de mediador de conflitos

- GOUVEIA, MARIANA FRANÇA, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, 2.ª Edição, Almedina, Coimbra, 2012
- LOPES, DULCE e PATRÃO, AFONSO, *Lei da Mediação Comentada*, 2.ª Edição, Almedina, Coimbra, 2012
- MATEUS, CARLOS, *Deontologia Forense, Limites ao Exercício da Profissão de Advogado*, *Compilações doutrinárias*, Verbo Jurídico, p. 4, disponível em http://www.verbojuridico.net/doutrina/2011/carlosmateus_limitesexercicioprofissao.pdf