

UNIVERSIDADE DE COIMBRA
FACULDADE DE DIREITO
2º CICLO DE ESTUDOS EM DIREITO



MEDIAÇÃO FAMILIAR

Andreia Filipa Espinho Costa

Dissertação apresentada no âmbito do
2.º Ciclo de Estudos em Direito da Faculdade de
Direito da Universidade de Coimbra.

Área de Especialização: Mestrado em Ciências
Jurídico-Forenses

Orientador: Mestre Rafael Vale e Reis

Coimbra

Junho de 2013

UNIVERSIDADE DE COIMBRA
FACULDADE DE DIREITO
2º CICLO DE ESTUDOS EM DIREITO

MEDIAÇÃO FAMILIAR

Andreia Filipa Espinho Costa

Dissertação apresentada no âmbito do
2.º Ciclo de Estudos em Direito da Faculdade de
Direito da Universidade de Coimbra.

Área de Especialização: Mestrado em Ciências
Jurídico-Forenses

Orientador: Mestre Rafael Vale e Reis

Coimbra

Junho de 2013

Introdução

A Mediação Familiar consiste numa modalidade extrajudicial de resolução de conflitos emergentes das relações familiares. Sendo a família considerada como um elemento fundamental da sociedade, a mediação familiar é um instrumento a considerar para a resolução de conflitos desta natureza, dado o seu carácter reservado e a importância dada ao diálogo entre as partes, que assim, auxiliadas por um terceiro imparcial, tentarão chegar a um acordo em que ambas possam sair favorecidas.

Esta será a temática que pretendo abordar ao longo deste trabalho.

Em primeiro lugar, pretendo elaborar uma análise histórica da Mediação Familiar para demonstrar a sua evolução até aos nossos dias, bem como demonstrar os fatores que contribuíram para a implementação desta via de resolução de litígios. Ao longo desta resenha histórica, analisarei em particular o desenvolvimento da Mediação Familiar em Portugal que, apesar da sua chegada tardia, tem demonstrado uma preocupação na sua estruturação e promoção.

Em seguida, é essencial delimitar o âmbito de aplicação da Mediação Familiar bem como conhecer os princípios fundamentais associados a esta via de resolução de litígios, evidenciando as vantagens e desvantagens deste tipo de procedimento.

Será também importante analisar o processo de mediação propriamente dito, individualizando as etapas do mesmo. Importará, igualmente, explicar a posição fundamental do mediador ao longo de todo o procedimento, bem como clarificar quem realmente pode ser parte legítima no procedimento de mediação e o papel desenvolvido por elas no caminho tendente à resolução do litígio de forma negociada e amigável. Cabe ainda fazer uma análise à possibilidade dos menores serem ouvidos neste tipo de procedimento.

Ainda ficará reservado espaço para fazer uma referência ao Sistema de Mediação Familiar Português caracterizando o seu funcionamento e delimitando a sua competência, bem como, efetuar uma análise detalhada dos diplomas normativos existentes no nosso país que fazem referência a este instituto.

Por último, será tempo para abordar a temática do contrato de mediação propriamente dito e fazer uma pequena análise dos acordos resultantes do processo de

Mediação Familiar, quer resultem do sistema público de mediação ou de processos realizados em serviços privados.

I- Evolução Histórica da Mediação Familiar

1- Evolução Histórica da Mediação Familiar

A Mediação Familiar, tal como a entendemos hoje, surgiu nos Estados Unidos da América no início da década de 70, mais concretamente em 1974, quando Coogler escreveu a primeira obra sobre o tema. Coogler, considerado por muitos como “o pai da mediação familiar”, tendo como experiência o seu próprio divórcio, deu os primeiros passos neste campo que aparecia como uma solução viável “a ser utilizada para prevenir os danos produzidos pelo divórcio e as consequências negativas que o mesmo tinha no desenvolvimento das crianças”¹.

Os Estados Unidos da América atravessavam uma fase de grandes transformações sociais, derivadas da guerra do Vietnam, de inquietações raciais, e de questão relacionadas com direitos cívicos. Estes fatores conduziram a um aumento significativo dos conflitos sendo, por isso, urgente procurar respostas alternativas para aquilo que estava estabelecido. O aumento do número de conflitos serviu para demonstrar a incapacidade dos tribunais para apresentar soluções capazes e em tempo útil, e foi então que começaram “as preocupações com o acesso à justiça e a busca de novas soluções, na medida em que aquela não se mostrava capaz de dar respostas satisfatórias e em tempo útil”². Foram estes fatores que levaram ao desenvolvimento desta prática que rapidamente se espalhou um pouco por todo o mundo. Nascia assim a Mediação Familiar.

Relativamente à Europa, podemos dizer que a mediação familiar se encontra já estabelecida em vários países, “quer como serviço público estatal, quer como serviço municipalizado ou privado”³.

Ao nível europeu, têm especial dimensão duas recomendações da União Europeia impulsionadoras destes modelos alternativos de resolução de litígios. Uma

¹ FARINHA, António H. L./ LAVADINHO, Conceição, *Mediação Familiar e Responsabilidades Parentais*, Coimbra, Almedina, 1997, pág. 21.

² MONTEIRO, Joana Bicker M, *Mediação familiar: uma via de resolução de litígios familiares*, 2010, pág. 14.

³ FARINHA, António H. L./ LAVADINHO, Conceição, *Mediação Familiar e Responsabilidades Parentais*, Coimbra, Almedina, 1997, pág. 21.

delas, a Recomendação R (86) 12, ainda da antiga CEE, “reconheceu a sobrecarga existente nos tribunais europeus e as consequências negativas que daí poderiam advir para os direitos individuais das pessoas, privilegiando a criação de soluções alternativas”⁴. A outra, a Recomendação n.º R (98) 1, serviu de base ao efetivo reconhecimento deste meio alternativo de resolução de litígios familiares, ao evidenciar os princípios fundamentais inerentes à Mediação Familiar e à necessidade de divulgação e estruturação deste tipo de procedimento nos vários Estados-Membros.

O primeiro país europeu a utilizar a Mediação Familiar como meio alternativo de resolução de litígios foi a Grã-Bretanha, mais concretamente na cidade de Bristol, em 1976, onde a taxa de divórcio era elevadíssima. Contudo, foi com a publicação do *Family Mediation Law Act*, em 1996, que a Mediação Familiar neste país atinge o seu auge.

Por sua vez, em França, grande impulsionadora da Mediação Familiar na Europa, há vários serviços públicos de Mediação Familiar em funcionamento desde 1990. Foram também promulgados vários diplomas legais ligados ao processo de mediação no âmbito dos conflitos familiares. Também neste país foi criada em 1988, a *Association pour la Promotion de la Mediation Familiale*, cuja coordenação compete a uma comissão formada por vários países europeus. O seu objetivo passa pela formação de mediadores e pelo “reconhecimento desta formação junto das autoridades competentes de cada Estado, definindo critérios comuns de habilitação profissional para os mediadores europeus”⁵. Cabe ainda referir que a França desenvolveu o seu próprio modelo de mediação familiar, sendo por isso considerado um dos países impulsionadores deste meio alternativo na Europa.

Já em Espanha, durante os anos 90, foram sendo criados vários serviços de Mediação Familiar públicos e gratuitos um pouco por todo o país, para além dos centros de carácter privado já existentes. Em Itália, bem como na Bélgica, desde do final da década de oitenta que existem centros de mediação em funcionamento.

Relativamente ao nosso país, a experiência da Mediação Familiar chegou bem mais tarde do que em relação aos outros países da Europa.

⁴ MONTEIRO, Joana Bicker M, *Mediação familiar: uma via de resolução de litígios familiares*, 2010, pág. 16.

⁵ FARINHA, António H. L./ LAVADINHO, Conceição, *Mediação Familiar e Responsabilidades Parentais*, Coimbra, Almedina, 1997, pág. 22.

O primeiro passo dado no sentido promover este meio alternativo de resolução de conflitos, deu-se em 1990, com a criação do Instituto Português de Mediação Familiar, “por iniciativa conjunta de psicólogos, terapeutas familiares, magistrados e juristas”⁶. O Instituto de Mediação Familiar é uma IPSS (Instituição Particular de Solidariedade Social), cujo objetivo principal é a formação em Mediação Familiar. Esta instituição surge numa época em que a cultura de resolução consensual dos conflitos começa a assumir maior predominância, em face da imprescindível procura de uma alternativa para o excesso de processos e para a morosidade do sistema judicial tradicional.

Nos anos de 1994/1995 realiza-se o primeiro curso de mediadores familiares, e em 1997, o Instituto Português de Mediação Familiar, organizou, igualmente, o *1.º Congresso Internacional de Mediação* com o tema: “*Mediação, uma Cultura de Paz*”. Também em 1997, vários passos significativos foram dados na promoção e divulgação da mediação familiar, sendo concretizados com a criação da Associação Nacional para a Mediação Familiar-Portugal e, posteriormente com a criação do primeiro Gabinete de Mediação Familiar.

A Associação Nacional para a Mediação Familiar-Portugal tinha como objetivo primacial, “garantir a promoção e a dinamização da mediação familiar”⁷, e deste modo, a mesma, “propõe-se, designadamente, intervir na divulgação da mediação familiar, na formação inicial permanente e complementar dos mediadores e na definição do quadro normativo do exercício profissional da mediação familiar”⁸.

Por sua vez, o Gabinete de Mediação Familiar, criado a título experimental e limitado territorialmente à comarca de Lisboa, foi o resultado de um protocolo de colaboração realizado entre a Ordem dos Advogados e o Ministério da Justiça. Seria da sua competência, como resulta do Despacho n.º 12 368/97, questões relativas ao poder parental⁹, ou seja, o gabinete “ocupar-se-á de afrontar situações de conflito parental relativas à regulação do exercício parental, à alteração da regulação do exercício do

⁶ FARINHA, António H. L./ LAVADINHO, Conceição, *Mediação Familiar e Responsabilidades Parentais*, Coimbra, Almedina, 1997, pág. 22.

⁷ FARINHA, António H. L./ LAVADINHO, Conceição, *Mediação Familiar e Responsabilidades Parentais*, Coimbra, Almedina, 1997, pág. 22.

⁸ FARINHA, António H. L./ LAVADINHO, Conceição, *Mediação Familiar e Responsabilidades Parentais*, Coimbra, Almedina, 1997, pág. 22.

⁹ Com a Lei n.º 61/2008, de 31 de Outubro, a expressão poder parental foi substituída por responsabilidades parentais.

poder paternal e aos incumprimentos do regime de exercícios do poder paternal para cujo conhecimento seja competente a comarca de Lisboa”¹⁰.

Finalmente, no ano de 2007, depois de várias opiniões no sentido da necessidade de formar mediadores e de regulamentar definitivamente esta área, é criado o Sistema de Mediação Familiar. Com Despacho n.º 18 778/2007, que criou o referido Sistema, “pretendeu-se o alargamento da mediação familiar a novas zonas do País; o alargamento das matérias de conflitos familiares suscetíveis de serem resolvidas através da mediação familiar, e a reconfiguração do serviço público de mediação familiar através do sistema de mediação familiar, que permite a prestação desta via de resolução de conflitos de forma mais flexível”¹¹.

A nível legislativo, a primeira referência à existência de serviços de Mediação Familiar ocorreu com o Decreto-Lei n.º 133/99, de 28 de Agosto, que aditou o artigo 147º-D ao Decreto-lei n.º 314/78, de 28 de Outubro, da Organização Tutelar de Menores. Este artigo prevê que “em qualquer estado da causa e sempre que o entenda conveniente, designadamente em processo de regulação do exercício do poder paternal, oficiosamente, com o consentimento dos interessados, ou a requerimento destes, pode o juiz determinar a intervenção de serviços públicos ou privados de mediação”¹². Contudo, é com a Lei n.º 61/2008, de 31 de Outubro,¹³ que o artigo 1774º do Código Civil passa a prever que “antes do início do processo de divórcio, a conservatória do registo civil ou o tribunal devem informar os cônjuges sobre a existência e os objetivos dos serviços de Mediação Familiar”. Fica, assim, consagrada no Código Civil, a existência da possibilidade de recurso a este meio alternativo de resolução de conflitos familiares.

Em modo de conclusão, e apesar da prática da Mediação Familiar ser utilizada desde há séculos como meio principal de resolução de litígios em países como a China e Japão, no mundo ocidental o seu desenvolvimento começou na década de setenta e, hoje em dia, podemos dizer que é utilizada em quase todos os países como meio alternativo de resolução de conflitos.

¹⁰ GARCÍA PRESAS, Inmaculada, *Dois modelos de implantação da mediação familiar: Portugal e Brasil*, *Scientia Iuridica: Revista de Direito Comparado Português e Brasileiro*, pág. 741.

¹¹ Despacho n.º 18 778/2007.

¹² Decreto-Lei n.º 133/99, de 28 de Agosto, que aditou o artigo 147º-D ao Decreto-lei n.º 314/78, de 28 de Outubro, da Organização Tutelar de Menores.

¹³ A Lei n.º 61/2008, de 31 de Outubro, alterou o regime jurídico do divórcio e separação judicial de pessoas e bens previstos no Código Civil.

Relativamente ao Japão e à China, o recurso à mediação é prática comum e meio principal de resolução de litígios, especialmente nos litígios de natureza familiar. Estas culturas partiam do pressuposto que “não era preciso ir procurar noutra sítio ou fora, o que podia ser encontrado de maneira muito mais fácil, isto é, no seio das estruturas a quem o problema dizia respeito; garantindo assim uma maior adequação da solução encontrada, a essas mesmas estruturas sociais”¹⁴. No fundo, era no seio da própria família, entre os diversos membros, que os conflitos existentes eram solucionados. Nestes países, o recurso aos tribunais propriamente dito é escasso, pois consideram o recurso aos mesmos como “uma vergonha e uma falta de virtude e moral”¹⁵, tanto para as partes envolvidas no conflito, como para a família.

2- Família e Mediação

“A família é uma instituição histórica de fundamental importância para a humanidade”¹⁶, e é muito difícil apontar uma definição de família, pois esta encontra-se em constante mutação ao longo dos tempos.

Devemos entender a família como a base da sociedade, e todas as transformações políticas, económicas, históricas, culturais e sociais contribuíram para o seu desenvolvimento.

O modelo básico de família era constituído pelo pai, mãe e filhos. Aqui o pai desempenhava o papel de líder da família e a mulher ocupava um lugar de submissão em relação ao marido.

Contudo, aquando da Revolução Industrial a mulher conquista outro lugar. A mulher procura agora por de parte a ideia de manutenção do casamento e de maternidade como função própria desta e procura o reconhecimento dos seus direitos e igualdade de oportunidades tanto a nível pessoal como profissional. No fundo, procura a sua independência.

¹⁴ RIBEIRO, Maria Saldanha Pinto, *Divorcio: Guarda Conjunta Dos filhos e Mediação Familiar*, Lisboa, Pé da Serra, 1999, pág. 33.

¹⁵ MONTEIRO, Joana Bicker M, *Mediação familiar: uma via de resolução de litígios familiares*, 2010, pág. 13.

¹⁶ SALES, Lília Maia de Moraes, *Mediação familiar: um estudo histórico-social das relações de conflitos nas famílias contemporâneas*, Fortaleza, Expressão Gráfica e Editora, 2006, pág. 21.

Os homens passaram também a agir de outra forma, participando ativamente na educação dos filhos e até nas tarefas domésticas. Passaram a valorizar mais os sentimentos e os afetos.

Verificou-se que ao longo dos anos as relações familiares evoluíram, sofreram transformações, o que contribuiu para o aparecimento de novas famílias, diferentes do estereótipo de pai, mãe e filhos.

A consolidação do divórcio, o aparecimento de novos modelos de famílias como as monoparentais e recombinadas, o facto de já ser possível a união entre pessoas do mesmo sexo e o aumento das uniões de facto demonstram visivelmente as transformações operadas na instituição Família.

Deste modo, podemos afirmar que a instituição Família “enfrenta novos desafios que necessitam de ser ultrapassados para uma melhor compreensão da mesma”¹⁷.

Não podemos esquecer que resulta do artigo 16º/III da Declaração Universal dos Direitos Humanos a importância e o reconhecimento da Família enquanto núcleo natural e fundamental da sociedade, sendo que incumbe à própria sociedade e ao Estado a sua proteção.

Na nossa Constituição, é igualmente, garantida esta proteção à Família. Nos artigos 26º e 67º da Constituição da República Portuguesa, para além de estar garantido o direito à reserva da intimidade da vida privada e familiar, também é reconhecida a família como elemento fundamental da sociedade, sendo que cabe ao Estado efetivar a sua proteção.

As grandes transformações políticas, económicas, sociais e culturais que ocorreram no nosso país nos últimos quarenta anos, como o aumento do nível de escolaridade, o desenvolvimento dos meios de comunicação, a par da evolução dos modelos de famílias contribuíram para a formação e consciencialização dos cidadãos. Estes têm uma maior noção dos direitos e deveres de que são titulares e estão dispostos a lutar pelos mesmos. Neste sentido, o recurso ao tribunal tornou-se um procedimento comum o que, por sua vez, congestionou o sistema judicial que se mostra cada vez mais sem capacidade de dar resposta a tantos processos.

¹⁷ MONTEIRO, Joana Bicker M, *Mediação familiar: uma via de resolução de litígios familiares*, 2010, pág. 10.

É assim, que os meios alternativos de resolução de litígios ganham espaço para se desenvolver no nosso país.

Relativamente aos conflitos familiares, e em virtude da sua natureza especial, as demoras do sistema judicial podem agravar ainda mais o conflito existente, sendo que por isso o recurso à Mediação Familiar, sempre que tal se mostre possível, será um caminho mais rápido e eficaz.

3- Modelos de Mediação Familiar

Existem vários modelos de mediação familiar, estruturados segundo a forma de intervenção utilizada no processo. Apenas vamos fazer uma breve referência aos modelos que mais se desenvolveram, e que no fundo se complementam reciprocamente.

O primeiro modelo a que nos vamos referir desenvolveu-se na América, mais concretamente na Universidade de Harvard, e denomina-se de Modelo Tradicional ou Modelo de Harvard. Este modelo que inicialmente começou por ser um modelo de negociação, tem como objetivo final o acordo, sendo o mediador um mero facilitador da comunicação. A mediação neste modelo é encarada como uma negociação que tem a vantagem de ser conduzida por um mediador. A presença do mediador proporciona efeitos mais vantajosos no sentido em que as partes estão mais recetivas a opções criativas, o que poderia não acontecer numa simples negociação direta. Este modelo, preconizado por FISHER e URY, ainda hoje é muito utilizado como modelo de resolução alternativa de conflitos.

Outro dos modelos que atualmente continua a ser utilizado é o modelo Transformativo ou também dito por Modelo Bush e Folger, também desenvolvido na América aquando da explosão do movimento *Alternative Dispute Resolution*. Este modelo na procura do acordo valoriza aspetos como a revalorização e reconhecimento. “O modelo transformativo não projeta o seu objetivo no acordo, mas sim na modificação das relações das partes”¹⁸, encorajando estas a melhorar e fortalecer a relação existente, deixando-as conduzir o processo. Procura-se desenvolver a

¹⁸ CRUZ, Rossana Martingo, *Mediação familiar: limites materiais dos acordos e o seu controlo pelas autoridades*, Coimbra, Coimbra Editora, 2011, pág. 114.

“autodeterminação e autonomia, aumentado a capacidade das partes de verem com clareza a situação e de tomarem decisões por si próprias”¹⁹, a “reconhecerem os sentimentos e perspetivas recíprocas e serem mais sensíveis às necessidades da outra parte”²⁰.

Outros dos principais modelos de mediação familiar denomina-se de Modelo Europeu de Mediação, desenvolvido inicialmente na França e posteriormente adotado por outros países europeus. Os franceses, tendo por base o modelo de Mediação Familiar americano, desenvolveram o seu próprio modelo que assentava na ideia de interdisciplinaridade. O objetivo deste modelo, passava por compreender melhor o conflito e o que esteve na sua origem, para que as partes envolvidas chegassem a um acordo satisfatório para ambas, que tivesse em conta as suas necessidades e propósitos. Assim, admitia-se a colaboração de diferentes áreas (psicologia, sociologia, direito, etc) para a melhor compreensão do litígio, o que de um modo geral pode funcionar como forma de evitar possíveis conflitos futuros.

O Modelo Narrativo desenvolvido por Sara Cobb, merece também ser referenciado na mediada em que reúne varias características dos modelos referidos anteriormente. Aqui as partes também têm o papel principal, sendo que o processo se baseia na sua história, pois “ao trabalharem na perspetiva da sua história, os mediados refletem sobre os seus interesses em prol do acordo”²¹.

Por fim, cabe ainda referir que existem ainda outros modelos de mediação familiar baseados nas formas de intervenção. São exemplos os modelos de Coogler, Haynes, Florence Kaslow, Janet R. Johnston e Linda Campbel, H.Irving e Michel Benjamim. Coogler “utiliza um modelo interdisciplinar, intervindo o mediador no sentido de conseguir o acordo que, posteriormente, é analisado e elaborado pelo advogado”²². Haynes valoriza mais a componente terapêutica no seu modelo unidisciplinar. Kaslow avança a ideia da presença das crianças no processo de mediação familiar, focando a sua intervenção na regulação das responsabilidades parentais. Janet

¹⁹ PARKINSON, Lisa, *Lisa Parkinson: mediação familiar / Gabinete para a Resolução Alternativa de Litígios*, Agora Comunicação, 2008, pág. 42.

²⁰ PARKINSON, Lisa, *Lisa Parkinson: mediação familiar / Gabinete para a Resolução Alternativa de Litígios*, Agora Comunicação, 2008, pág. 42.

²¹ CRUZ, Rossana Martingo, *Mediação familiar: limites materiais dos acordos e o seu controlo pelas autoridades*, Coimbra, Coimbra Editora, 2011, pág. 115.

²² FARINHA, António H. L./ LAVADINHO, Conceição, *Mediação Familiar e Responsabilidades Parentais*, Coimbra, Almedina, 1997, pág. 22.

R. Johnston e Linda Campbel, bem como H.Irving e Michel Benjamim vêm também a Mediação Familiar como uma forma de intervenção terapêutica.

Neste sentido, a intervenção mínima, dirigida e terapêutica são consideradas as formas de intervenção básicas. Na intervenção mínima, o mediador como figura neutra deve dirigir o processo de negociação, sendo que as partes estabelecem contacto e dispõe de sítio próprio para o encontro. Já na intervenção dirigida, o mediador tem um papel mais ativo, no sentido que “tenta persuadir as partes a chegarem a um acordo que o próprio mediador considera mais conivente para as particulares circunstâncias da situação em causa”²³. Por fim, a intervenção terapêutica dá relevo a relação existente entre as partes, procurando corrigir as suas disfuncionalidades com ajuda terapêutica.

²³ FARINHA, António H. L./ LAVADINHO, Conceição, *Mediação Familiar e Responsabilidades Parentais*, Coimbra, Almedina, 1997, pág. 23.

II- Noção e princípios Fundamentais da Mediação Familiar

1- Noção de Mediação e distinção em relação a outras figuras

Como resulta da redação do artigo 35º, n.º1 da Lei n.º 78/2001, de 13 de Julho, “a mediação é uma modalidade extrajudicial de resolução de litígios, de carácter privado, informal, confidencial, voluntário e natureza não contenciosa, em que as partes, com a sua participação ativa e direta, são auxiliadas por um mediador a encontrar, por si próprias, uma solução negociada e amigável para o conflito que as opõe”²⁴.

Deste modo, na mediação, “ocorrendo um conflito de interesses, os litigantes usam estruturas de autocomposição²⁵ do respectivo litígio, o mesmo é dizer que o resultado compositivo é produto do poder de autodeterminação da vontade consensual dos litigantes quanto às pretensões a compor, exatamente quando esse resultado é obtido com o auxílio de terceiros auxiliares”²⁶.

Na mediação, as partes envolvidas num conflito socorrem-se de uma pessoa neutra, sem qualquer intenção no resultado, para as apoiar nas negociações. O que distingue a mediação de outras formas de negociação é o facto de o poder de decisão final sobre o acordo estar nas mãos das partes e não no mediador.

É importante deixar claro a diferenciação entre o instituto da mediação e outros institutos afins, tais como a conciliação e a arbitragem.

Assim sendo, em primeiro lugar, é importante distinguir a mediação da conciliação. Este mecanismo não procura resolver o problema em profundidade, o mesmo é tratado de uma forma superficial, não sendo por isso aconselhável para as situações em que há uma relação duradoura. Na conciliação, “apenas se procura um acordo satisfatório perante uma apresentação breve e superficial da discórdia”²⁷. O

²⁴ A Lei n.º 29/2013, de 19 de Abril, que entrou em vigor no dia 20 de Maio de 2013, define, do mesmo modo, o que se deve entender por mediação no artigo 2º alínea a). Deve entender-se por “mediação a forma de resolução alternativa de litígios, realizada por entidades públicas ou privadas, através do qual duas ou mais partes em litígio procuram voluntariamente alcançar um acordo com assistência de um mediador de conflitos.

²⁵ A autocomposição caracteriza-se, essencialmente, pelo controlo que as partes tem no processo de decisão.

²⁶ MARQUES, J. P. Remédio, *Acção declarativa à luz do Código Revisto*, Coimbra Editora, 2009, pág. 42.

²⁷ CRUZ, Rossana Martingo, *Mediação familiar: limites materiais dos acordos e o seu controlo pelas autoridades*, Coimbra, Coimbra Editora, 2011, pág. 29.

acordo, mesmo que não satisfatório, baseia-se em concessões mútuas, em que o conciliador tem como função mostrar as partes a vantagem do mesmo, evitando-se complicações futuras para ambas as partes. Esta técnica é desenvolvida por profissionais independentes e imparciais, sem qualquer poder de decisão, que apenas sugerem soluções que podem resolver a questão, mas ficando a sua eficácia dependente da aprovação das partes. A conciliação pode ser ainda realizada no âmbito judicial, onde o juiz desempenha o papel de conciliador²⁸.

Por outro lado, a mediação também se distingue da arbitragem. Neste mecanismo as partes em conflito decidem submeter o seu litígio a um terceiro neutro e imparcial, que decide o conflito de interesses, e esta decisão obriga os envolvidos. O árbitro escolhido pode decidir o litígio tendo por base o direito constituído ou a equidade e a decisão arbitral tem a mesma força executiva que uma sentença de um tribunal judicial de primeira instância.

2- Noção de Mediação Familiar

A Mediação Familiar tem todas estas características mencionadas em relação à mediação propriamente dita, sendo que o seu âmbito de aplicação se refere a litígios de natureza familiar.

Podemos, assim, definir Mediação Familiar como “um processo no qual os cônjuges, em instância de divórcio, pedem voluntariamente a ajuda de uma terceira pessoa neutra e qualificada, para resolver os seus conflitos, de maneira naturalmente aceitável, o que lhes permitirá estabelecer um acordo durável e equilibrado, que tomará em linha de conta as necessidades de todos os membros da família, especialmente as das crianças”²⁹.

A Mediação Familiar é, então, um processo que visa a negociação dos pontos de desacordo, onde se procura um acordo justo e equilibrado. Procuram-se incentivar as partes a “trabalhar em conjunto, cooperativamente, para um acordo que resolva a

²⁸ Artigos 509º e 652º do Código de Processo Civil e artigo 26º da Lei n.º 78/2011, de 13 de Julho.

²⁹ RIBEIRO, Maria Saldanha Pinto, *Divorcio: Guarda Conjunta Dos filhos e Mediação Familiar*, Lisboa, Pé da Serra, 1999, pág. 34.

questão através de uma solução mutuamente aceitável e que seja estruturada de modo a manter a continuidade das suas relações”³⁰.

No âmbito das relações familiares, mesmo após a sua rutura e principalmente nos casos em que há filhos comuns, é essencial manter um relacionamento, e é neste relacionamento futuro que a mediação também vai surtir efeitos, através do acordo alcançado.

Importa esclarecer que a Mediação Familiar não visa evitar o divórcio através da reconciliação, nem tão pouco é uma espécie de terapia para casais. A sua finalidade não é salvar o relacionamento existente entre as partes, embora tal possa acontecer no decurso do processo, mas sim capacitá-las a entenderem-se para que possam voltar a comunicar e conviver de forma civilizada. Da mesma forma que a Mediação Familiar não é um mecanismo para “desafogar a sobrecarregada atividade jurisdicional ou uma instância menos qualificada”³¹, pois o seu objetivo é por fim a um conflito de natureza familiar sendo para isso dotada de princípios próprios.

O objetivo último da mediação é, efetivamente, o acordo, e não dar aconselhamento jurídico ou terapêutico às partes.

Relativamente às matérias que podem ser alvo de um processo de Mediação Familiar, o artigo 4º do Despacho nº 18778/2007, elenca uma lista não taxativa das mesmas, no sentido em que se refere que “o SMF tem competência para mediar conflitos no âmbito de relações familiares, nomeadamente nas seguintes matérias: regulação, alteração e incumprimento do regime de exercício das responsabilidades parentais; divórcio e separação de pessoas e bens; conversão da separação de pessoas e bens em divórcio; reconciliação dos cônjuges separados; atribuição e alteração de alimentos, provisórios ou definitivos; privação do direito ao uso dos apelidos do outro cônjuge; e autorização do uso dos apelidos do ex-cônjuge ou da casa de morada da família”.

Assim, como exemplo, se um casal tem a intenção de se divorciar e não chega a acordo quanto ao destino da casa de morada de família ou até em relação a outros bens comuns, o mesmo pode recorrer à Mediação Familiar. Do mesmo modo, pode recorrer à

³⁰ VARGAS, Lúcia Fátima Barreira Dias, *Julgados de paz e mediação: uma nova face da justiça*, Coimbra, Almedina, 2006, pág. 55.

³¹ CRUZ, Rossana Martingo, *Mediação familiar: limites materiais dos acordos e o seu controlo pelas autoridades*, Coimbra, Coimbra Editora, 2011, pág. 24.

Mediação Familiar um casal que não chega a acordo quando ao exercício das responsabilidades parentais, podendo acordar detalhadamente a residência e eventuais alterações, bem como estabelecer os dias em que um dos progenitores pode ir buscar a criança à escola e ficar com ela durante o fim-de-semana. Também, pode ser objeto de Mediação Familiar às situações em que um dos ex-cônjuges pretende continuar a utilizar o apelido do outro.

3- Os princípios fundamentais da Mediação Familiar

Como princípios fundamentais da Mediação Familiar, prática que ainda se encontra em fase de aperfeiçoamento, o nº 1 do artigo 2º do Despacho nº 18778/2007, de 24 de Agosto, indica que no desenvolvimento desta atividade devem estar garantidos os princípios da voluntariedade, da celeridade, da proximidade, da flexibilidade, e por fim, o da confidencialidade. No entanto, existem outros dois princípios como o da neutralidade e imparcialidade, que pese embora o facto de não estarem legalmente previstos, devem ser tidos em conta em todos os processos de Mediação Familiar visto serem de extrema importância para o decorrer do mesmo. Atenta a sua importância, devemos considerar a neutralidade e imparcialidade como princípios éticos da Mediação Familiar³².

3.1- O Princípio da Voluntariedade

A voluntariedade é vista como um dos pilares fundamentais da Mediação Familiar e significa que ninguém pode ser obrigado a recorrer a este tipo de procedimento. A decisão de recorrer ao processo de mediação deve ser tomada de forma livre e consciente sem qualquer tipo pressões e devendo esta vontade de participar manter-se durante todo o processo. Resulta ainda deste princípio, o direito de “qualquer interessado poder abandonar o serviço de mediação, em qualquer momento do

³² É necessário ter ainda em conta os artigos 3º a 8º da Lei 29/2013, de 19 de Abril, que estabelece os princípios gerais aplicáveis a todos os processos de mediação realizados em Portugal, independentemente da natureza do litígio.

processo”³³. No fundo, “a voluntariedade pode ser demonstrada em três momentos”³⁴. “Começa com a vontade de recorrer à mediação, depois mantém-se ao longo de todo o processo e, por fim, afere-se ainda no acordo que as partes são livres de subscrever e conformar o seu conteúdo ao mais adequado para a sua situação”³⁵.

Só quem realmente deseja usufruir destes serviços deverá participar, pois tendo em conta as características da mediação “que implica grande cooperação e disponibilidade dos mediados, julgamos que uma imposição do tribunal para que as partes em determinadas circunstâncias, recorram à mediação, poderia por em causa os seus objetivos, produzindo porventura um movimento de rejeição e um baixo índice de acordos”³⁶. De facto, como resulta da Carta de Recomendação do Conselho da Europa, a mediação não deve ter, em princípio, carácter obrigatório. Contudo, “em alguns países, a pré-mediação é obrigatória, mas a obrigatoriedade não passa de tal sessão”³⁷.

Já em Portugal, e como resulta do artigo 6º do Despacho nº 18778/2007 e do artigo 147º-D da O.T.M. o recurso à Mediação Familiar está sempre condicionado pelo pedido das partes ou do seu consentimento para participação neste procedimento estando aqui em evidência o princípio da voluntariedade. Contudo, e apesar de o artigo 1774º do Código Civil prever que “antes do início do processo de divórcio, a conservatória do registo civil ou o tribunal devem informar os cônjuges sobre a existência e os objetivos dos serviços de mediação familiar” pode questionar-se se será este meio de divulgação suficiente para os cônjuges perceberem a utilidade da Mediação Familiar, ou se seria mais adequado, como já acontece noutros países uma pré-sessão de mediação obrigatória, cabendo depois a decisão de participar ou não às partes.

O carácter obrigatório ou não da Mediação Familiar é uma questão controversa. Há autores que defendem que a obrigatoriedade da mediação, mesmo em relação a uma primeira sessão obrigatória, viola o princípio fundamental da voluntariedade. A vontade

³³ MONTEIRO, Joana Bicker M, *Mediação familiar: uma via de resolução de litígios familiares*, 2010, pág. 27.

³⁴ CRUZ, Rossana Martingo, *Mediação familiar: limites materiais dos acordos e o seu controlo pelas autoridades*, Coimbra, Coimbra Editora, 2011, pág. 76.

³⁵ CRUZ, Rossana Martingo, *Mediação familiar: limites materiais dos acordos e o seu controlo pelas autoridades*, Coimbra, Coimbra Editora, 2011, pág. 76.

³⁶ VARGAS, Lúcia Fátima Barreira Dias, *Julgados de paz e mediação: uma nova face da justiça*, Coimbra, Almedina, 2006, pág. 71.

³⁷ MONTEIRO, Joana Bicker M, *Mediação familiar: uma via de resolução de litígios familiares*, 2010, pág. 27.

livre de participar deve dizer respeito a todo o processo, devendo a iniciativa de participar partir das partes e não ser imposta por um terceiro³⁸.

Por outro lado, há autores que defendem que a realização obrigatória desta sessão não viola o princípio da voluntariedade, pois caberá as partes, no final, escolher recorrer ou não à mediação. No fundo, o objetivo desta sessão é dar a conhecer às partes o funcionamento deste procedimento e as vantagens da sua utilização. Estes autores defendem ainda que a realização desta sessão é um meio de divulgação da mediação.

No nosso entender, e relativamente à Mediação Familiar, todo o processo de mediação deverá revestir o carácter de voluntariedade. Apesar de a realização de uma primeira sessão obrigatória ou até a realização de uma sessão de pré-mediação serem excelentes meios para a explicação do procedimento e de divulgação da mesma, sujeitar as partes a algo obrigatório, sem as mesmas terem vontade de tal, pode frustrar todo um futuro processo de mediação, por estas se sentir forçadas a tal criando um estigma em relação a ela.

Em Portugal, todo o processo de mediação é voluntario. Nem o Despacho nº 18778/2007 nem a Lei dos Julgados de Paz fazem qualquer menção referente à obrigatoriedade. O primeiro diploma não refere nada relativamente a esta questão, já o segundo refere que pode ser realizada uma sessão de pré-mediação, desde que as partes não afastem esta possibilidade. Recentemente a Lei 29/2013, de 19 de Abril, prevê a realização de uma sessão de pré-mediação com o objetivo de prestar esclarecimentos, contudo, o capítulo onde está inserido este artigo 16º não se aplica à Mediação Familiar.

3.2- Princípio da Celeridade

Para além de princípio, a celeridade é também umas das vantagens presentes no processo de Mediação Familiar. O objetivo deste princípio é “evitar as morosidades e consequente prolongamento do sofrimento das partes que, na grande maioria das vezes, são sentidas nos processos judiciais”³⁹. O que se procura é uma solução rápida e eficaz

³⁸ Na França, Brasil, Argentina, bem como no Alasca e Califórnia esta mediação obrigatória já foi implementada.

³⁹ MONTEIRO, Joana Bicker M, *Mediação familiar: uma via de resolução de litígios familiares*, 2010, pág. 27.

que ao mesmo tempo permita “o descongestionamento processual nos tribunais e a melhoria das suas estruturas e funcionamento”⁴⁰.

Como regra geral, temos que os processos Mediação Familiar devem ser resolvidos entre trinta a noventa dias no máximo, dependendo sempre das características concretas de cada caso. Contudo, há autores que limitam a duração dos processos a sessões, devendo realizar-se entre sete a dez dias.

Não devemos esquecer, no entanto, que “a mediação não deve ser fomentada com o intuito de livrar a justiça tradicional de um grande número de processos. A mediação é uma alternativa ao sistema tradicional por ser mais adequada ao tratamento de determinados litígios e não porque se vise diminuir a morosidade dos tribunais judiciais”⁴¹.

3.3- Princípio da Proximidade

A Mediação Familiar procura ajudar a melhorar a comunicação e o relacionamento entre os mediados trabalhando sobre as verdadeiras motivações destes. O que se pretende com a proximidade é garantir “uma certa informalidade de modo a que as partes se sintam mais à vontade para expor as suas pretensões e comunicarem, viabilizando a hipótese de chegar a um entendimento”⁴². Trata-se de um processo simples sem grandes procedimentos base, o que se contrapõe às excessivas formalidades dos processos judiciais.

3.4- Princípio da Flexibilidade

Uma das vantagens da Mediação Familiar é o facto de se adaptar às pessoas e às circunstâncias concretas, ou seja, “a mediação deve ser ajustada à medida de cada caso e

⁴⁰ FARINHA, António H. L./ LAVADINHO, Conceição, *Mediação Familiar e Responsabilidades Parentais*, Coimbra, Almedina, 1997, pág. 42.

⁴¹ CRUZ, Rossana Martingo, *Mediação familiar: limites materiais dos acordos e o seu controlo pelas autoridades*, Coimbra, Coimbra Editora, 2011, pág. 76.

⁴² MONTEIRO, Joana Bicker M, *Mediação familiar: uma via de resolução de litígios familiares*, 2010, pág. 28.

respeitar os desejos e o tempo de cada um”⁴³. A mediação leva as partes a evidenciar os verdadeiros problemas que as colocam neste procedimento, o que deve ser feito de modo flexível para assim investigar e encontrar a origem do problema para que deste modo cheguem a um acordo consensual. É necessário que existam cedências mútuas e espírito aberto para as possíveis soluções. Não nos podemos esquecer que uma das vantagens da Mediação Familiar é permitir a adoção de soluções criativas pois “os membros do casal em fase de separação, ao participarem ativamente na elaboração do acordo, podem gerar alternativas viáveis, utilizando os aspetos positivos da situação e atenuando os negativos”⁴⁴.

3.5- Princípio da Confidencialidade

Este princípio da confidencialidade é sem dúvida um dos mais importantes pois na Mediação Familiar “são abordados temas pessoais, sensíveis cujo constrangimento dos mediados só será ultrapassado se sentirem que o mediador é um profissional, devendo manter o sigilo sobre os assuntos discutidos”⁴⁵.

Para se conseguir atingir o objetivo último da mediação, ou seja, o acordo consensual é preciso ter em consideração toda a informação possível que muitas vezes é relativa a questões delicadas, envolvendo sentimento mais íntimos, sendo por isso compreensível que as “partes não se sintam confortáveis para expor os mesmos perante um desconhecido”⁴⁶. “Para combater este desconforto, é necessário que o mediador estabeleça uma relação de confiança com aqueles”⁴⁷, de modo a auxiliá-los a compreender e transformar o litígio garantindo que tudo que for dito é confidencial.

A confidencialidade neste tipo de procedimentos é absoluta. Para além do mediador, também as partes devem manter o sigilo em relação aos assuntos abordados

⁴³ CRUZ, Rossana Martingo, *Mediação familiar: limites materiais dos acordos e o seu controlo pelas autoridades*, Coimbra, Coimbra Editora, 2011, pág. 88.

⁴⁴ FARINHA, António H. L./ LAVADINHO, Conceição, *Mediação Familiar e Responsabilidades Parentais*, Coimbra, Almedina, 1997, pág. 20.

⁴⁵ CRUZ, Rossana Martingo, *Mediação familiar: limites materiais dos acordos e o seu controlo pelas autoridades*, Coimbra, Coimbra Editora, 2011, pág. 82.

⁴⁶ MONTEIRO, Joana Bicker M, *Mediação familiar: uma via de resolução de litígios familiares*, 2010, pág. 29.

⁴⁷ MONTEIRO, Joana Bicker M, *Mediação familiar: uma via de resolução de litígios familiares*, 2010, pág. 29.

nas sessões de mediação. Dito isto, “o mediador não pode, assim, testemunhar, a requerimento de alguma das partes, num futuro processo judicial que aborde o conteúdo da mediação”⁴⁸, nem em circunstância alguma “as partes podem servir-se do conteúdo da mediação para fazer prova em juízo, num possível processo judicial posterior à mediação”⁴⁹. Contudo, poderão existir casos em que o princípio da confidencialidade será afastado, tal acontece se estiver legalmente consagrado ou quando as partes expressamente o permitirem. Para além destas situações, o mediador caso tenha conhecimento de atitudes criminosas ou quando estejam em causa a proteção de uma ou mais pessoas deverá também divulgar a informação de que dispõe afastado o princípio a que está sujeito.

Coloca-se, a propósito deste princípio, a questão de saber se mediador deverá manter esta confidencialidade também em relação as entrevistas privadas que tem com uma das partes ou se deve revelar o seu conteúdo a outra parte envolvida. A posição mais correta é a de que “tudo o que é dito tem de ser partilhado”⁵⁰. Será então necessário uma total clareza em todo processo e confiança no papel desempenhado pelo mediador. Deste modo, as partes conseguirão chegar a um acordo consensual e pacífico tendo em conta as suas motivações e desejos mais íntimos.

3.6- Princípio da Imparcialidade e Neutralidade

Estes dois princípios éticos da Mediação Familiar deve acompanhar e estar presentes durante todo o processo, ou seja, a imparcialidade e neutralidade são duas características essenciais na conduta do mediador.

O mediador deve ser um terceiro neutro, sem poderes de decisão, que facilite o diálogo e conseqüentemente o acordo. Para o conseguir, não pode “privilegiar, nem tomar partido de uma das partes, mesmo que no seu íntimo nutra uma simpatia especial

⁴⁸ MONTEIRO, Joana Bicker M, *Mediação familiar: uma via de resolução de litígios familiares*, 2010, pág. 30.

⁴⁹ MONTEIRO, Joana Bicker M, *Mediação familiar: uma via de resolução de litígios familiares*, 2010, pág. 30.

⁵⁰ RIBEIRO, Maria Saldanha Pinto, *Divorcio: Guarda Conjunta Dos filhos e Mediação Familiar*, Lisboa, Pé da Serra, 1999, pág. 59.

por uma delas”⁵¹. O princípio da neutralidade assenta no desinteresse que o mediador deve ter quanto ao resultado, ou seja, quanto ao acordo alcançado no processo. “A sua única preocupação deve ser a satisfação dos mediados”⁵².

Do mesmo modo o mediador deve ser imparcial, ou seja, no desenrolar do processo o mediador não pode tomar partido de uma das partes ou simpatizar mais com uma das posições assumidas pelas partes. Uma tal atitude destas por parte do mediador frustraria o objetivo último da mediação. O único interesse do mediador no desfecho do processo deve ser a satisfação das partes por terem conseguido, com o seu auxílio, restaurar o diálogo e de se empenharem no cumprimento do acordo.

⁵¹ MONTEIRO, Joana Bicker M, *Mediação familiar: uma via de resolução de litígios familiares*, 2010, pág. 31.

⁵² CRUZ, Rossana Martingo, *Mediação familiar: limites materiais dos acordos e o seu controlo pelas autoridades*, Coimbra, Coimbra Editora, 2011, pág. 86.

III- Vantagens e desvantagens da utilização da mediação familiar

A semelhança de qualquer outro procedimento de resolução de conflitos, a Mediação Familiar apresenta um conjunto de vantagens que propiciam a sua utilização, e do mesmo modo, algumas desvantagens que conduzem a situações em que é desaconselhável a utilização deste procedimento.

Como primeira vantagem deste sistema, podemos apontar o facto de ser um procedimento amigável com o objetivo de alcançar a paz social em que as próprias partes dominam o processo.

Fomenta, igualmente, a comunicação e o tipo de relacionamento existente entre os sujeitos do processo viabilizando o acordo.

Neste tipo de procedimento são tidos em grande conta os sentimentos, no fundo, o que verdadeiramente causa o conflito. Deste modo, são exploradas de forma intensa e exaustiva todas as questões problemáticas que contrapõem os mediados, o que também é apontado como uma vantagem deste sistema.

O facto de ser um procedimento voluntário possibilita um maior poder de decisão de cada parte, estimulando a autodeterminação e a proximidade, não se reconduzindo o processo de mediação familiar a posições rígidas e contrárias.

Uma outra das vantagens apontadas a este mecanismo prende-se com o facto de ser permitido a adoção de soluções criativas à medida das vontades, possibilidades e necessidades específicas das famílias que recorre a este tipo de ajuda, desde que legalmente admissíveis. O simples facto de não haver um terceiro com poder para impor soluções promove o sentido de responsabilidade, o respeito e colaboração entre as partes, evitando o desgaste emocional característico do sistema judicial, e guiando as partes para uma solução viável.

A Mediação Familiar tem ainda como característica positiva o relevo dado ao interesse do menor, fomentando “o vínculo paterno-filial”⁵³ no sentido em que “co-responsabiliza ambos os progenitores pelas suas funções parentais”⁵⁴. O facto de se salvaguardar em primeiro plano o interesse dos filhos menores é outra vantagem deste

⁵³ FARINHA, António H. L./ LAVADINHO, Conceição, *Mediação Familiar e Responsabilidades Parentais*, Coimbra, Almedina, 1997, pág. 20.

⁵⁴ FARINHA, António H. L./ LAVADINHO, Conceição, *Mediação Familiar e Responsabilidades Parentais*, Coimbra, Almedina, 1997, pág. 20.

sistema. É importante sensibilizar os progenitores para a “diferenciação entre a rutura conjugal ou marital e a parental”⁵⁵. Apesar do divórcio, é essencial facilitar a adaptação dos menores a esta nova realidade, não esquecendo que ambos os progenitores continuam a ter responsabilidades afetivas, educativas e económicas em relação aos filhos.

A nível mais prático, apresenta vantagens a nível de custos e de tempo, pois para além de ser um mecanismo que se desenvolve de forma mais rápida, evitando a manutenção do conflito por tempo indeterminado, também apresenta custos reduzidos. Do mesmo modo, é um processo que não cumpre grandes formalidades e em que as partes estão mais à vontade. É um processo dotado de simplicidade, desde a linguagem utilizada à tramitação seguida, sendo que deste modo “os mediados entendem todo o processo e sentem-se parte dele”⁵⁶.

Também se defende que este sistema “é vantajoso para o sistema judicial, no sentido em que, cooperando com este, liberta-o de determinados processos, dando-lhe mais tempo para se debruçar sobre outras áreas que não são passíveis de resolução por outras vias”⁵⁷.

Relativamente a aspetos negativos da Mediação Familiar, esta não deve ser utilizada nos casos em que exista violência doméstica, maus tratos infantis, consumos de aditivos, doenças do foro psicológico ou mental, e nos casos em que entre os pais não existe uma relação de igualdade e de respeito recíproco.

É igualmente desaconselhável nos casos em que, por exemplo, não haja interesse de uma das partes ou de ambas em chegar a acordo e quando não se respeitem as regras e os princípios fundamentais deste procedimento.

Em todas estas situações, uma das partes encontra-se numa posição dita de inferioridade, pode até mesmo estar numa situação de submissão em relação a outra parte, o que pode levar a que esta parte, mais frágil, não exprima a sua real vontade e consequentemente não se cumpra o objetivo essencial de todo o processo de mediação.

⁵⁵ FARINHA, António H. L./ LAVADINHO, Conceição, *Mediação Familiar e Responsabilidades Parentais*, Coimbra, Almedina, 1997, pág. 32.

⁵⁶ CRUZ, Rossana Martingo, *Mediação familiar: limites materiais dos acordos e o seu controlo pelas autoridades*, Coimbra, Coimbra Editora, 2011, pág. 64.

⁵⁷ MONTEIRO, Joana Bicker M, *Mediação familiar: uma via de resolução de litígios familiares*, 2010, pág. 34.

IV- Sujeitos da Mediação Familiar

1- As Partes

A Mediação Familiar é um processo em que se pretende que as partes cheguem por elas, embora auxiliadas pelo mediador, a um acordo consensual. Todo o processo de mediação centra-se nos interesses das partes, não havendo aqui um terceiro autoritário a impor soluções. É importante, por isso, determinar quem são as partes no processo de Mediação Familiar.

Se atendermos ao Despacho n.º 18778/2007, de 22 de Agosto não existe “nenhum artigo dedicado apenas às partes ou sequer indica quem tem legitimidade para intervir no processo de mediação”⁵⁸. Também o artigo 147º-D da O.T.M. não especifica quem são as partes, dizendo apenas que é necessário o consentimento dos interessados.

Para identificarmos quem pode ser parte legítima no processo de mediação será necessário analisar o caso concreto. No entanto, e tendo em conta a competência material do Sistema de Mediação Familiar, não será difícil chegar à conclusão que na maior parte dos casos as partes são os cônjuges que procuram este tipo de processo.

Assim como o mediador, também as partes, ou seja, os mediados, estão sujeitos a deveres e regras de conduta, bem como são titulares de direitos.

Em relação aos direitos e como um dos mais importantes, está a voluntariedade do procedimento e a possibilidade de desistir a qualquer momento do processo de mediação sem que isso traga consequências negativas para os mediados.

Também o princípio da confidencialidade deve estar assegurado sendo outro dos direitos das partes. Estas têm direito a que todo o processo seja confidencial em relação ao exterior, ou seja, nem as partes, nem o mediador, devem revelar o conteúdo das sessões para terceiros. O mediador deve manter segredo profissional e deste modo promover a confiança e motivação das partes em partilhar os reais problemas que as colocam neste litígio. Contudo, a confidencialidade constitui também um dever para as partes, pois não devem utilizar como meio de prova em sede de ação judicial o conteúdo da mediação, ou seja, as sugestões, ideias e pontos de vista de uma das partes não

⁵⁸ MONTEIRO, Joana Bicker M, *Mediação familiar: uma via de resolução de litígios familiares*, 2010, pág. 48.

podem ser usados contra a outra numa posterior ação judicial. Do mesmo modo, se o mediador vier a ser chamado para testemunhar num futuro processo judicial a favor de uma das partes, “deve escusar-se a depor com base no dever de sigilo profissional a que se encontra eticamente adstrito”⁵⁹.

As partes devem ainda ser tratadas com o devido respeito, consideração e igualdade ao longo do processo. O mediador deve manter-se imparcial durante todo o processo mesmo que no seu íntimo simpatize mais com uma das partes. Do mesmo modo, as partes devem respeitar-se mutuamente, demonstrando o mesmo respeito também em relação ao mediador. Pretende-se que as partes demonstrem um espírito de lealdade e boa fé, isto é, que no fundo estejam dispostas a cooperar com o processo de mediação apesar da instabilidade emocional que possam estar a viver no momento. Para tal, “é necessário respeitar os momentos em que cada um dos mediados intervém, evitando-se a sua constante interrupção”⁶⁰, para melhor se compreender os motivos e necessidades de cada um. No processo de mediação, ressalta a necessidade de haver concessões mútuas, o que só vai funcionar verdadeiramente se os mediados estiverem predispostos a cooperar, intervindo e estabelecendo um processo de comunicação. Assim, os mediados “devem aguardar que o mediador lhes dê a palavra, não devem elevar a voz nem interromper o discurso da contra parte nem do mediador”⁶¹, facilitado deste modo todo o processo.

Aos mediados é ainda garantido o direito de ser informado de como todo o processo funciona assim como dos seus direitos e deveres antes mesmo do início do mesmo.

Constitui ainda um direito das partes, a possibilidade de escolher o mediador bem como o direito de serem acompanhadas por um advogado nas sessões de mediação, a fim de que este as possa aconselhar.

Devemos, ainda, considerar como dever das partes o cumprimento dos acordos adotados ao longo do processo, demonstrando desta forma que as suas divergências

⁵⁹ MONTEIRO, Joana Bicker M, *Mediação familiar: uma via de resolução de litígios familiares*, 2010, pág. 52.

⁶⁰ VIEIRA, Marconi Miranda, *Mediação familiar: um eficaz instrumento de resolução de litígios*, 2007, pág. 110.

⁶¹ CRUZ, Rossana Martingo, *Mediação familiar: limites materiais dos acordos e o seu controlo pelas autoridades*, Coimbra, Coimbra Editora, 2011, pág. 110.

foram ultrapassadas e que ambos estão empenhados no cumprimento do que assumiram.

Por último, cabe ainda uma palavra ao carácter gratuito do processo de mediação familiar na mesma medida em que é concedido o apoio judiciário como resulta do artigo 6.º n.º 2 do Despacho n.º 18778/2007⁶². Podemos entender que este artigo tem como objetivo garantir o acesso de todos à mediação familiar independentemente da sua situação económica.

2- O Mediador

“O mediador é, acima de tudo, um facilitador da comunicação entre as partes, um descodificador de mal entendidos que ocorrem nas interações, que de uma forma consciente e responsável assegura o respeito das partes não enfatizando vencedores nem vencidos, em busca do mesmo objetivo”⁶³. Esta posição é, sem dúvida, a que um mediador deve ter por base durante todo o processo de Mediação Familiar. Ele deve manter a posição de terceiro neutral e imparcial com o objetivo de auxiliar as partes a resolver o litígio que as opõe.

Acima de tudo o mediador deve desenvolver uma atitude favorável à cooperação, ter formação específica em mediação para ser capaz de lidar com as questões emocionais e até jurídicas e ser detentor de experiência profissional, pois só assim desempenha o seu papel de co-protagonista da melhor forma possível, garantido o sucesso da mediação.

Dada a sua importância no desenrolar de todo o processo, torna-se necessário uma análise detalhada do seu papel, pois “o seu perfil, a sua postura, o seu modo de agir

⁶² “Pela utilização do SMF há lugar ao pagamento, no ato de assinatura do termo de consentimento, de uma taxa no valor de E 50 por cada parte, salvo nos casos em que seja concedido apoio judiciário ou quando o processo seja remetido para mediação mediante decisão da autoridade judiciária, ao abrigo do disposto no artigo 147.o-D da organização tutelar de menores”.

⁶³ ENCONTRO DE MEDIAÇÃO FAMILIAR NA REGIÃO AUTÓNOMA DA MADEIRA, *1 Encontro de Mediação Familiar na Região Autónoma da Madeira / [org.] Ministério da Justiça - Gabinete para a Resolução Alternativa de Litígios*, Instituto Português de Mediação Familiar, Lisboa, Agora Comunicação, 2007, pág. 17.

e dirigir as sessões, são primordiais para que as partes se sintam confiantes na prossecução do acordo e recuperem a comunicação perdida”⁶⁴.

Deste modo, e em primeiro lugar, o mediador deve ser imparcial na sua relação com as partes e durante todo o processo. O que se pretende com a imparcialidade é que, por exemplo, o mediador não demonstre mais simpatia por uma das partes em detrimento da outra, que não preste mais atenção às ideias de uma do que da outra. Este deve tratar as partes do mesmo modo, de igual forma, “deve controlar seus instintos, não deixando transparecer suas opiniões pré-estabelecidas a respeito deste delicado tema”⁶⁵. O essencial é que o mediador tenha controlo nas suas próprias emoções, e tratando-se de temas tão delicados e sensíveis como o as relações familiares, nem sempre é fácil desligar-se destas, residindo aqui um dos grandes desafios a que estão sujeitos os mediadores.

“As partes necessitam de confiar no mediador para que consigam exprimir abertamente as suas preocupações e os seus medos relativamente ao litígio”⁶⁶, e se esta confiança é posta em causa por se verificar uma situação de parcialidade com uma das partes, todo o processo pode ser posto igualmente em causa. Assim sendo, é fundamental e indispensável a imparcialidade do mediador.

A par da imparcialidade, o mediador deve, também, assumir uma posição de neutralidade face ao resultado do processo de mediação. O grande objetivo do mediador é que as partes em conflito reunidas cheguem a um acordo, cabendo às mesmas o poder de decisão e a este auxiliar, sem que a sua opinião seja considerada. No fundo, “a função do mediador será de recapacitar as partes para que estas possam continuar a tomar as suas decisões por si, sem necessidade de um terceiro que decida por elas”⁶⁷. Se o mediador exprimisse a sua opinião, se ditasse uma decisão, estaria a defraudar todo o método da mediação.

É importante esclarecer a ideia de que o mediador não tem poder para impor uma solução às partes. As pessoas mais indicadas para resolver este tipo de conflitos são

⁶⁴ CRUZ, Rossana Martingo, *Mediação familiar: limites materiais dos acordos e o seu controlo pelas autoridades*, Coimbra, Coimbra Editora, 2011, pág. 94.

⁶⁵ SALES, Lília Maia de Moraes, *Mediação familiar: um estudo histórico-social das relações de conflitos nas famílias contemporâneas*, Fortaleza, Expressão Gráfica e Editora, 2006, pág. 132.

⁶⁶ MONTEIRO, Joana Bicker M, *Mediação familiar: uma via de resolução de litígios familiares*, 2010, pág. 55.

⁶⁷ MONTEIRO, Joana Bicker M, *Mediação familiar: uma via de resolução de litígios familiares*, 2010, pág. 55.

as próprias partes, pois trata-se aqui de expor as suas necessidades, os seus interesses. Ao mediador caber simplesmente a função de conduzir a mediação e deixar as decisões para as partes.

Estas duas grandes características que o mediador deve assumir estão explícitas no artigo 7º, n.º 1 do Despacho 18778/2008. Também no mesmo artigo se prevê que o mediador “em qualquer fase do processo de mediação, logo que verifique que, por razões legais, éticas ou deontológicas, a sua independência, imparcialidade ou isenção possam ser afetadas, pode solicitar a sua substituição”, disposição que dá mais ênfase à necessidade de o mediador ser uma figura neutra e imparcial.

Outro princípio que o mediador deve observar ao longo de todo o processo está relacionado com o dever de respeitar o ponto de vista de cada uma das partes e garantir a igualdade. Pretende-se que as partes sejam tratadas com respeito e consideração, que sejam ouvidas da mesma forma e que as suas pretensões sejam igualmente consideradas. No fundo, trata-se de garantir que as partes tenham as mesmas oportunidades de intervirem no processo de mediação, garantindo que não se encontrarão numa situação de inferioridade em relação à outra parte.

Também o respeito pela vida privada dos mediados deve ser uma das prioridades do mediador. Neste tipo de processo, é necessário, por vezes, expor pormenores mais íntimos da vida privada das partes sendo por isso fundamental assegurar o respeito e segredo por estes factos. Se as partes se sentirem em segurança em relação a este aspeto, estarão mais dispostas a colaborar com o processo de mediação, sendo por isso essencial que o mediador as faça sentir seguras e confiantes em relação a si, garantido que as questões mais íntimas das partes não serão expostas.

Não nos podemos esquecer que o mediador está sujeito ao princípio da confidencialidade, pelo que deve manter o conteúdo das sessões de mediação em absoluto segredo profissional, não podendo o mesmo ser utilizado posteriormente num futuro processo judicial. Contudo, e como já vimos anteriormente, há exceções a este princípio sendo que nos casos em que a lei permita ou as partes concordem, pode o mediador revelar o conteúdo das sessões.

O mediador deve prestar ainda atenção a outras situações ao longo de todo o processo, como por exemplo, os superiores interesse do menor e a possibilidade de existirem episódios de violência entre as partes.

Nos processos de mediação em que haja crianças envolvidas, “o mediador deve ter em especial atenção o conceito de bem-estar e interesse superior da criança, devendo encorajar os pais a concentrarem-se nas necessidades do menor e deve chamar a atenção dos pais para a sua responsabilidade primordial de garantir o bem-estar dos seus filhos e da necessidade que estes têm de ser informados e consultados das decisões”⁶⁸. Caberá, depois, ao mediador avaliar os casos em que a intervenção do menor no processo será benéfica para se chegar a um acordo satisfatório que tenha em conta os interesses do mesmo.

Em relação aos episódios de violência, caso estes se verifiquem ou sejam prováveis que num futuro próximo possam acontecer, o mediador deve desaconselhar o uso da mediação.

Por fim, cabe ainda fazer referência ao *Código Europeu de Conduta para Mediadores* e ao *Código de Ética e Deontológico dos Mediadores de Conflitos*.

Relativamente ao primeiro, que resulta de iniciativa da Comissão Europeia, o seu objetivo principal “é o assegurar de garantias e confiança, não só relativamente aos mediadores a nível individual, como também ao próprio processo de mediação”⁶⁹. Este código destina-se a qualquer caso de mediação de natureza civil e comercial, sendo que visa estabelecer princípios e bases a quais qualquer mediador europeu pode aderir. O código reveste ainda um carácter voluntário e não condiciona a existência de códigos nacionais.

Já o *Código de Ética e Deontológico dos Mediadores de Conflitos*, iniciativa da *Associação de Mediadores de Conflitos*⁷⁰, baseia-se na mesma lógica do anterior, tendo igualmente um carácter não obrigatório, que no fundo visa orientar e proteger a atuação dos mediadores portugueses.

3- O Advogado

Como já foi referenciado anteriormente, as partes têm o direito de ser acompanhadas por um advogado no processo de Mediação Familiar.

⁶⁸ MONTEIRO, Joana Bicker M, *Mediação familiar: uma via de resolução de litígios familiares*, 2010, pág. 59.

⁶⁹http://www.dgpj.mj.pt/sections/gral/mediacao-publica/mediacao-anexos/codigo-europeu-de/downloadFile/file/Codigo_conduta_mediadores.pdf?nocache=1351094126.56

⁷⁰ <http://mediadoresdeconflitos.pt/a-mediacao/>

Apesar do Despacho n.º 18778/2007 não prever a intervenção do advogado no processo de mediação, o mesmo preceito legal também não prevê o contrário. Cabe a cada parte decidir se pretende ser ou não acompanhada por um advogado.

O advogado terá como função assegurar o que for melhor para o seu cliente defendendo os seus interesses. Aqui, ao contrário do mediador, o advogado, no estrito cumprimento dos deveres inerentes à sua função, deve ser parcial opondo-se à outra parte do processo de mediação.

O advogado deverá então aconselhar o seu cliente, explicando-lhe como funciona todo o processo de mediação familiar, salientando que o que se pretende é um acordo que satisfaça ambas as partes e não um vencedor e um vencido.

Caberá, ainda ao advogado, ajudar o seu cliente a expor as suas ideias para a resolução dos problemas em questão, bem como redigir o acordo ou verificar o mesmo a fim de garantir que o mesmo contém o que realmente foi acordado.

Por fim, o advogado deverá ter espírito aberto para atingir os objetivos últimos deste tipo de procedimento e não procurar vencer ou impor a sua solução como acontece no processo judicial, “colaborando com o mediador e favorecendo um ambiente de respeito mútuo”⁷¹.

4- O Menor

É reconhecido “à criança com capacidade de discernimento o direito de exprimir livremente a sua opinião sobre as questões que lhe respeitem, sendo devidamente tomadas em consideração as opiniões da criança, de acordo com a sua idade e maturidade”⁷², o que significa que “a criança tem o direito de exprimir livremente a sua opinião sobre questões que lhe digam respeito e de ver essa opinião tomada em consideração”⁷³.

Tendo esta ideia como base, tem-se discutido se a intervenção do menor nos processos de mediação, quando os mesmos lhe digam respeito, é ou não vantajosa.

⁷¹ MONTEIRO, Joana Bicker M, *Mediação familiar: uma via de resolução de litígios familiares*, 2010, pág. 69.

⁷² Artigo 12º da Convenção Internacional dos Direitos da Criança.

⁷³ http://www.unicef.pt/docs/pdf_publicacoes/convencao_direitos_crianca2004.pdf

O que se procura com a intervenção da criança no processo de mediação é, de algum modo, respeitá-la e ouvi-la em relação a questões que vão ditar o seu futuro visto que “elas são parte integrante e o mais importante do acordo”⁷⁴.

Não se pretende como a sua intervenção a obtenção de uma decisão, não é a criança que vai decidir sobre o seu próprio futuro, pretende-se sim a sua audição para se conhecer a sua opinião. A decisão final caberá sempre aos progenitores.

Contudo, há autores que não são a favor da participação da criança no processo de mediação. Um dos argumentos invocados por estes autores é o facto de “se os pais pensam da mesma maneira que as crianças, já não é para eles necessário ouvi-las”⁷⁵, e que se por sua vez “se as crianças pensam diferentemente dos pais, a audição das crianças põe (mais) um problema e vai retirar (por vezes) poderes aos pais”⁷⁶. Para este grupo de autores, os pais são as pessoas que melhor conhecem as necessidades dos filhos e o que é melhor para eles. Outro dos argumentos fortes apontados para a não intervenção dos menores é o facto da sua intervenção no processo poder levá-los “a ter que tomar partido de um dos pais”⁷⁷, provocando ainda mais o seu envolvimento no processo, agonizando os sentimentos de ansiedade e de culpa que estes possam sentir. Por fim, esta intervenção pode ainda “fazer com que um dos pais abandone a mediação por não gostar de ouvir alguma coisa que os filhos possam verbalizar”⁷⁸.

Já os autores a favor da participação do menor no processo de mediação defendem que o que se pretende não é obter uma decisão, deve ouvir-se o menor com o intuito de obter mais informações úteis para resolver o litígio. O poder de decisão pertence aos pais e é importante, desde logo, explicar claramente à criança isso. Além disto, estas só devem ser ouvidas quando já exista um acordo prévio e ambos os progenitores devem estar de acordo com tal intervenção.

⁷⁴ RIBEIRO, Maria Saldanha Pinto, Divorcio: *Guarda Conjunta Dos filhos e Mediação Familiar*, Lisboa, Pé da Serra, 1999, pág. 87.

⁷⁵ RIBEIRO, Maria Saldanha Pinto, Divorcio: *Guarda Conjunta Dos filhos e Mediação Familiar*, Lisboa, Pé da Serra, 1999, pág. 88.

⁷⁶ RIBEIRO, Maria Saldanha Pinto, Divorcio: *Guarda Conjunta Dos filhos e Mediação Familiar*, Lisboa, Pé da Serra, 1999, pág. 88.

⁷⁷ ENCONTRO DE MEDIAÇÃO FAMILIAR NA REGIÃO AUTÓNOMA DA MADEIRA, *I Encontro de Mediação Familiar na Região Autónoma da Madeira / [org.] Ministério da Justiça - Gabinete para a Resolução Alternativa de Litígios*, Instituto Português de Mediação Familiar, Lisboa, Agora Comunicação, 2007, pág. 67.

⁷⁸ ENCONTRO DE MEDIAÇÃO FAMILIAR NA REGIÃO AUTÓNOMA DA MADEIRA, *I Encontro de Mediação Familiar na Região Autónoma da Madeira / [org.] Ministério da Justiça - Gabinete para a Resolução Alternativa de Litígios*, Instituto Português de Mediação Familiar, Lisboa, Agora Comunicação, 2007, pág. 67.

É função do mediador avaliar os casos em que tal intervenção deve ou não acontecer.

Para concluir, não devemos esquecer, que a mediação familiar procura sempre encontrar a melhor solução tanto em relação aos pais como aos menores, pelo que, sempre que tal se mostre vantajoso o menor deve participar no processo.

5- Co-mediação

Muitas vezes levanta-se a questão de saber que tipo de formação deve ter o mediador e qual a formação base mais adequada para o exercício da Mediação Familiar. A maior parte dos mediadores familiares ou são advogados ou oriundos das ciências humanas. Contudo, os advogados estão mais vocacionadas para os problemas legais e económicos, enquanto os mediadores oriundos das ciências humanas estão mais ligados aos problemas emocionais e sociais.

“Os partidários da abordagem jurídica dizem que os mediadores familiares originários das ciências humanas, quando tratam das questões legais, e/ou financeiras se encontram fora do seu território habitual, e, por outro lado, o que ainda é mais grave, não se encontra legalmente habilitados a fazê-lo”⁷⁹. Por sua vez, os mediadores familiares com formação na área das ciências humanas “têm afirmações homólogas e semelhantes acerca dos advogados”⁸⁰.

Como solução para esta querela aparecemos o instituto da co-mediação, ou seja, “advogado e psicólogo, ambos mediadores familiares, inseridos no mesmo contexto e sob uma só orientação”⁸¹. Pretende-se uma estreita colaboração, um trabalho em equipa entre o advogado e o psicólogo, “na condição de que trabalhem bem em conjunto e valorizem os pontos fortes de cada um”⁸². Assim, enquanto o psicólogo/terapeuta trabalha questões emocionais e sociais, o advogado focaliza-se nas questões legais e financeiras. Trabalhando em equipa, estes co-mediadores “têm uma capacidade maior

⁷⁹ RIBEIRO, Maria Saldanha Pinto, *Divorcio: Guarda Conjunta Dos filhos e Mediação Familiar*, Lisboa, Pé da Serra, 1999, pág. 75.

⁸⁰ RIBEIRO, Maria Saldanha Pinto, *Divorcio: Guarda Conjunta Dos filhos e Mediação Familiar*, Lisboa, Pé da Serra, 1999, pág. 75.

⁸¹ RIBEIRO, Maria Saldanha Pinto, *Divorcio: Guarda Conjunta Dos filhos e Mediação Familiar*, Lisboa, Pé da Serra, 1999, pág. 74.

⁸² PARKINSON, Lisa, *Lisa Parkinson: mediação familiar / Gabinete para a Resolução Alternativa de Litígios*, Agora Comunicação, 2008, pág.53.

de tratar de conflitos difíceis e desgastantes”⁸³, estando em melhores condições para atender às necessidades das partes e alcançar o tão desejado acordo.

A co-mediação apresenta diversas vantagens se todas as condições para a sua prática forem preenchidas. Cabe assim destacar o facto de esta prática promover o equilíbrio devido à diversidade de mediadores. Por exemplo, “se os co-mediadores forem homem e mulher há uma garantia de equilíbrio de género e um modelo para o equilíbrio de poderes”⁸⁴, o que contribuirá para que se chegue a uma acordo mais justo e equilibrado. O mesmo pode acontecer em relação aos casos de mediação com culturas diferentes, em que será importante incluir um mediador que conheça essa cultura.

Também apresenta vantagens para os próprios mediadores, pois será mais fácil a assimilação de informação evitando-se o esquecimento de alguma matérias consideradas importantes. Estes também poderão dividir tarefas e responsabilidades permitindo, deste modo, uma maior entrega à tarefa que lhe foi incumbida. Por fim, a co-mediação possibilita também uma oportunidade de aprendizagem para os mediadores, na medida que um possa ser mais experiente que o outro por exemplo.

Mas para que esta prática tenha sucesso é ainda necessário que os mediadores desenvolvam uma relação de confiança, que acreditem nas capacidades e competências um do outro. Torna-se, também, necessária uma preparação em conjunto do processo de mediação, que não desenvolvam uma atitude de competição e que se apoiem mutuamente evitando demonstrar pontos de vista diferentes diante dos mediados.

O custo mais elevado em relação ao processo em que só intervém um mediador e certas questões de logística, como por exemplo, as deslocações dos mediadores e o tempo despendido são apontados como os grandes inconvenientes desta forma de Mediação Familiar⁸⁵.

⁸³ PARKINSON, Lisa, *Lisa Parkinson: mediação familiar / Gabinete para a Resolução Alternativa de Litígios*, Agora Comunicação, 2008, pág. 53.

⁸⁴ PARKINSON, Lisa, *Lisa Parkinson: mediação familiar / Gabinete para a Resolução Alternativa de Litígios*, Agora Comunicação, 2008, pág. 55.

⁸⁵ Segundo artigo 10º, n.º2 do Despacho n.º18778/2007, de 22 de Agosto, se no processo de mediação intervierem, em co-mediação, dois ou mais mediadores familiares, o montante referido no número anterior é apenas devido ao mediador designado para o processo.

V- Mediação

1- Tipos de Mediação

1.1 -Mediação Pública e Mediação Privada

A Mediação Familiar pode ser do tipo pública ou do tipo privado. No fundo, o procedimento é o mesmo nos dois tipos embora apresentem algumas diferenças.

Como grande primeira diferença entre estes dois tipos de Mediação Familiar podemos apontar o facto de que na mediação privada o profissional da mediação que vai intervir naquele diferendo é escolhido livremente pelas partes, ou seja, parte da iniciativa das partes procurar diretamente um mediador em concreto.

Por sua vez, na Mediação Familiar pública não há esta liberdade de escolha. Aqui o mediador é um profissional integrado numa instituição da Administração da Justiça, pertencente ao Estado, sendo este que o nomeia para mediar o caso. Mesmo nos “casos em que é permitido às partes escolherem um dos mediadores presentes numa lista pré-fornecida pela entidade administrativa”⁸⁶, caberá sempre a última palavra a esta entidade acabando as partes por terem a sua opção de escolha limitada à lista fornecida. Quando não é disponibilizada a lista, as partes não tem sequer opção de escolha sendo nomeado o mediador pelo serviço administrativo.

Da mesma maneira, se num futuro litígio que envolva as mesmas partes, na mediação privada podem optar por escolher o mesmo mediador, na pública tal não acontece e será certamente nomeado um outro mediador.

Outra das diferenças está relacionada com os honorários devidos ao mediador. Na mediação familiar privada, os honorários são acordados entre as partes e o mediador. Aqui os preços podem ser fixados tendo por base o processo de mediação em si ou a realização de cada sessão.

Contrariamente, na mediação pública, os honorários do profissional da mediação estão definidos na lei ou noutro tipo de regulamentação normativa. Aqui o preço é

⁸⁶ MONTEIRO, Joana Bicker M, *Mediação familiar: uma via de resolução de litígios familiares*, 2010, pág. 71.

estabelecido tendo por base o processo de mediação no seu todo, sem ter em conta o número de sessões realizadas.

Por fim, “a mediação privada permite uma maior flexibilidade, no sentido da intervenção de outro tipo de peritos”⁸⁷. Aqui há uma relação mais direta entre o mediador e as partes sendo por isso fácil de equacionar a participação, por exemplo, de um psicólogo. O mesmo pode também acontecer na mediação pública, contudo esta possibilidade será de difícil realização.

Cabe ainda dizer que “o funcionamento do serviço público não impede a constituição de serviços privados de Mediação Familiar”⁸⁸, caso que se verifica no nosso país.

1.2- Mediação Global e Mediação Parcial

A maior parte dos litígios familiares estão, por um lado, envolvidos numa teia complexa de emoções e sentimentos e, por outro lado, de questões mais práticas ligadas à vida quotidiana. Deste modo, e tendo em conta os problemas que as partes querem ver resolvidos, a Mediação Familiar poder ser do tipo global ou parcial.

Assim, a Mediação Familiar será global, quando as partes pretendem tratar todos os assuntos relacionados com o divórcio, numa visão global do mesmo. Por sua vez, a mediação será parcial, quando incida sobre apenas alguns aspetos, como por exemplo, a regulação do exercício das responsabilidades parentais, sua alteração e eventual incumprimento.

No fundo, a mediação global trata de aspetos que vão mais além da regulação do exercício das responsabilidades parentais, como por exemplo, questões relacionadas com a partilha de bens, com a casa de morada de família e possíveis alimentos, bem como qualquer outra questão que as partes achem pertinentes.

⁸⁷ MONTEIRO, Joana Bicker M, *Mediação familiar: uma via de resolução de litígios familiares*, 2010, pág. 73.

⁸⁸ DIAS, Cristina M. Araújo, *Uma análise do novo regime jurídico do divórcio: Lei n.º 61/2008, de 31 de Outubro*, Coimbra, Edições Almedina, 2009, pág. 20.

1.3- Mediação Intrajudicial e Mediação Extrajudicial

A mediação intrajudicial tem lugar na pendência de um processo judicial. Neste sentido, sempre que o juiz entender que o caso em questão pode ser resolvido no âmbito de um processo de mediação, pode determinar, independentemente do estado do processo, a remessa do mesmo para mediação. Assim sendo, o juiz suspende a instância por um prazo não superior a seis meses, sendo aqui necessário que as partes não se oponham a esta remessa.

Por outro lado, podem ser as próprias partes a optar recorrer à Mediação Familiar no âmbito de um processo judicial, suspendendo-se igualmente a instância.

Caso as partes não alcancem um acordo no âmbito da mediação, cabe ao mediador informar o juiz de tal facto, cessando assim a suspensão da instância.

Por sua vez, se as partes chegarem a acordo em virtude da mediação, o mesmo deve ser remetido ao juiz, para caso careça, ser homologado judicialmente.

A mediação extrajudicial diz respeito aos casos que têm lugar fora dos tribunais e sem que este interfira. Pode ocorrer a qualquer altura, dependendo da vontade das partes em recorrer a ela. Pode ainda ser realizada num contexto público, mais concretamente a partir do Sistema de Mediação Familiar, ou num contexto privado, nos vários centros de mediação privados existentes no país.

2- A Mediação Familiar e o Sistema Judicial

“Face ao sistema judicial, a mediação familiar apresenta-se simultaneamente, como forma alternativa e complementar de resolução dos conflitos inerentes à dissociação familiar”⁸⁹.

O sistema judicial funciona tendo por base pretensões jurídicas antagónicas. Apenas uma das partes do conflito sairá vencedora. Toda esta envolvente de

⁸⁹ FARINHA, António H. L./ LAVADINHO, Conceição, *Mediação Familiar e Responsabilidades Parentais*, Coimbra, Almedina, 1997, pág. 41.

conflitualidade agrava ainda mais o relacionamento existente entre as partes, dificultando a possibilidade de diálogo e entendimento. Nas pretensões familiares, toda esta situação de conflitualidade é ainda mais desvantajosa devido à grande carga sentimental que as mesmas acarretam.

Nos processos judiciais, as partes desempenham um papel pouco ativo e participativo, visto que todo o processo é conduzido pelos advogados e a decisão do mesmo cabe a um terceiro. As partes são vistas como meros sujeitos processuais. Esta decisão imposta conduz mais facilmente a situações de incumprimento destas mesmas decisões.

Também as custas judiciais elevadas dos processos, a excessiva morosidade e as exigências de burocracia são apontadas como fatores negativos do sistema judicial, agravando o sentimento de injustiça e incompreensão.

Neste sentido, “o paradigma tradicional de administração de justiça necessita, pois, de ser repensado, uma vez que a solenidade do confronto judicial conduz muitas vezes ao agravar das posições, já por si conflituantes, extremando inexoravelmente o conflito”⁹⁰.

No fundo, como muitos referiram, o sistema judicial está em crise não sendo capaz de dar respostas em tempo útil e eficaz a muitos casos.

Face ao referido, serão ao meios alternativos de resolução de litígios a quebrar “o monopolismo e a rigidez do sistema judicial”⁹¹.

“Neste contexto, a mediação poderá assumir um importante papel enquanto ajuda decisiva para superar os constrangimentos que existem no acesso, em tempo útil e com um custo reduzido, à justiça, pois o tribunal tradicional nem sempre será a via mais adequada, existindo situações de conflito que poderiam ser dirimidas através da utilização de meios alternativos, melhor vocacionados para a defesa dos verdadeiros interesses das partes”⁹².

A Mediação Familiar permite um maior envolvimento das partes no desenrolar do procedimento, assumido o papel de protagonistas, na decisão do conflito. Além

⁹⁰ VARGAS, Lúcia Fátima Barreira Dias, *Julgados de paz e mediação: uma nova face da justiça*, Coimbra, Almedina, 2006, pág. 65.

⁹¹ VARGAS, Lúcia Fátima Barreira Dias, *Julgados de paz e mediação: uma nova face da justiça*, Coimbra, Almedina, 2006, pág. 66.

⁹² VARGAS, Lúcia Fátima Barreira Dias, *Julgados de paz e mediação: uma nova face da justiça*, Coimbra, Almedina, 2006, pág. 65.

disto, a “flexibilidade, informalidade, celeridade, maior capacidade de domínio e de decisão do conflito”⁹³ são as características mais evidenciadas para diferenciar a mediação do sistema judicial.

No entanto, não podemos esquecer que, apesar das diferenças apontadas, ambos os sistemas se complementam no sentido em que, por exemplo, se pode desistir a qualquer momento da Mediação Familiar e optar pela via judicial ou então, estar-se na pendência de um processo judicial e optar-se por solucioná-lo em sede de Mediação Familiar.

Também, é no sistema judicial que a Mediação Familiar firma os acordos alcançados, quando os mesmos carecem de ser homologados judicialmente.

Concluindo, não podemos apontar os meios de resolução alternativos de resolução de litígio⁹⁴, especificamente a Mediação Familiar, como concorrentes do sistema judicial tradicional. Ambos têm o seu espaço e campo de aplicação definido, sendo que há casos concretos, que pelas suas características específicas, não podem ser tratados em mediação, como há casos mais dados a esta. Neste sentido, será mais correto falar em cooperação entres estes sistemas.

3- Etapas do Processo de Mediação Familiar

Como etapas do processo de mediação podemos apontar as seguintes: aceitação do processo de mediação pelos interessados; identificação dos problemas existentes; identificação de opções e alternativas; negociação; elaboração do acordo e sua aceitação; e por fim, homologação judicial do acordo.

Na primeira etapa, ou seja, na aceitação do processo pelos interessados deve também ser feita uma explicitação dos direitos e deveres das partes. É importante referir que a mediação só poderá ter lugar se “as partes estiverem de comum acordo quanto à submissão a um processo desta natureza que só faz sentido se querido

⁹³ FARINHA, António H. L./ LAVADINHO, Conceição, *Mediação Familiar e Responsabilidades Parentais*, Coimbra, Almedina, 1997, pág. 41.

⁹⁴ Em Portugal encontra-se consagrado como meios alternativos de resolução de litígios a Arbitragem, a conciliação e a Mediação.

voluntariamente”⁹⁵. Nesta etapa está, claramente, em evidência o princípio fundamental da voluntariedade pois é necessária a aceitação clara e esclarecida das partes. Também nesta etapa, o mediador deve tentar “esclarecer dúvidas iniciais quanto ao desenrolar do processo de mediação, bem como elucidar acerca dos direitos e deveres a que as partes (e o próprio mediador) estão adstritas e das regras do processo que deverão ser aceites por ambos”⁹⁶. Esta fase corresponde ao primeiro contacto que as partes tem com este tipo de procedimento, por isso, é o momento adequado para o mediador explicar como todo o processo funciona, pois se “partes não se sentirem confiantes e se não estiverem bem esclarecidas de como funciona, não irão submeter-se à mediação, ou, se o fizerem esta provavelmente não será bem-sucedida”⁹⁷.

Em seguida, as partes devem identificar os problemas que existem e que pretende solucionar. Esta fase é o lugar apropriado para as partes falarem sobre o conflito expondo as suas ideias, posições e motivações. O mediador deve igualmente ouvir com atenção cada uma das partes e ajudá-las a definir as questões que precisam de ser debatidas. Assim que o concreto litígio se encontre identificado, “será mais fácil trabalhá-lo de modo a compreender os interesses e necessidades de cada um dos mediados, e facilitar uma posterior negociação”⁹⁸.

Numa terceira etapa, o objetivo é identificar opções e alternativas viáveis para uma negociação. É o momento em que as partes devem propor sugestões para resolver os problemas identificados. É necessário que estas sugestões partam dos dois lados do conflito, pois procura-se solucionar um problema mútuo. É também importante referir que nenhuma sugestão pode ser posta de parte ou criticada, todas são sugestões viáveis que devem ser tidas em conta por mais absurdas que pareçam.

Em seguida temos a fase da negociação, em que a obtenção de um acordo legalmente viável é o objetivo. Procura-se alcançar um acordo “que forneça soluções para todos os problemas levantados na fase inicial”⁹⁹. Nesta etapa todas as sugestões,

⁹⁵ RIOS, Paula Lucas, *Mediação Familiar: estudo preliminar para uma regulamentação legal da Mediação Familiar em Portugal*, verbojuridico, 2005, pág. 14.

⁹⁶ RIOS, Paula Lucas, *Mediação Familiar: estudo preliminar para uma regulamentação legal da Mediação Familiar em Portugal*, verbojuridico, 2005, pág. 14.

⁹⁷ CRUZ, Rossana Martingo, *Mediação familiar: limites materiais dos acordos e o seu controlo pelas autoridades*, Coimbra, Coimbra Editora, 2011, pág. 91.

⁹⁸ MONTEIRO, Joana Bicker M, *Mediação familiar: uma via de resolução de litígios familiares*, 2010, pág. 76.

⁹⁹ RIOS, Paula Lucas, *Mediação Familiar: estudo preliminar para uma regulamentação legal da Mediação Familiar em Portugal*, verbojuridico, 2005, pág. 15.

posições e motivações são negociadas até que as partes cheguem a um consenso quanto a elas, capaz de satisfazer os seus interesses e necessidades.

Após a negociação segue-se a etapa da elaboração do acordo e sua aceitação. O propósito desta etapa “é a aceitação familiar dos acordos de mediação, através da redação do documento que compile tudo”¹⁰⁰ o que os mediados acharem oportuno, abrangendo também acordos que legalmente não sejam considerados relevantes. A obtenção deste acordo significa o consenso das partes, é fruto de “um caminho percorrido pelas partes, na qual elas foram parte ativa e central”¹⁰¹ o que levará a um maior empenho no seu cumprimento.

Por fim, temos a etapa da homologação judicial do acordo. Pretende-se conferir natureza jurídica ao acordo e, por sua vez, a questão considera-se decidida. O acordo passará, então, a valer como título judicial. É importante referir que as partes têm direito a aconselharem-se com um advogado antes de assinarem o acordo e da sua homologação judicial.

4- A importância do Despacho n.º 18778/2007

A entrada em vigor do Despacho n.º 18778/2007 tinha como objetivo regulamentar e desenvolver o instituto da Mediação Familiar.

O referenciado despacho visava regular a atuação do Sistema de Mediação Familiar, prevendo “o alargamento da mediação familiar a novas zonas do País”¹⁰², pois inicialmente o serviço público de Mediação Familiar estava limitado à comarca de Lisboa e a nove outras comarcas. Pretendia-se um sistema que funciona-se em todo o território nacional com capacidade para oferecer aos cidadãos um serviço de mediação útil à resolução de conflitos familiares.

¹⁰⁰FARINHA, António H. L./ LAVADINHO, Conceição, *Mediação Familiar e Responsabilidades Parentais*, Coimbra, Almedina, 1997, pág. 26.

¹⁰¹ MONTEIRO, Joana Bicker M, *Mediação familiar: uma via de resolução de litígios familiares*, 2010, pág. 77.

¹⁰² Preâmbulo do Despacho n.º 18778/2007, de 22 de Agosto.

Por outro lado, pretendia-se igualmente “o alargamento das matérias de conflitos familiares susceptíveis de ser resolvidas através da mediação familiar”¹⁰³. Inicialmente, apenas os conflitos referentes à regulação do poder paternal (atualmente responsabilidades parentais) podiam ser objeto de um processo de mediação. Com o despacho, outros tipos de conflitos passam a poder ser resolvidos através deste sistema, como por exemplo, casos relacionados com a autorização para a utilização da casa de morada de família e casos de divórcio e separação.

Por fim, o despacho visava ainda a “reconfiguração do serviço público de mediação familiar através do sistema de mediação familiar, que permite a prestação desta via de resolução de conflitos de forma mais flexível”¹⁰⁴. O objetivo passava por tornar o sistema mais flexível e organizado, ou seja, mais próximo dos cidadãos.

De uma análise detalhada do despacho, é importante, desde logo, evidenciar a competência material do Sistema de Mediação Familiar regulado no artigo 4º. Assim, “o SMF tem competência para mediar conflitos no âmbito de relações familiares, nomeadamente nas seguintes matérias: regulação, alteração e incumprimento do regime de exercício das responsabilidades parentais; divórcio e separação de pessoas e bens; conversão da separação de pessoas e bens em divórcio; reconciliação dos cônjuges separados; atribuição ou alteração de alimentos provisórios ou definitivos; privação do uso dos apelidos do outro cônjuge ou alteração do uso dos apelidos do ex-cônjuge; autorização do uso da casa de morada de família”¹⁰⁵. Esta lista de matérias, não é contudo taxativa, pois como evidencia o artigo estas são as matérias «que nomeadamente» pode ser alvo de um processo de mediação.

Em Portugal, o Sistema de Mediação Familiar tem o seu funcionamento assegurado pelo Gabinete para Resolução Alternativa de Litígios¹⁰⁶. Como resulta do artigo 3º, n.º2 do Despacho é competência do Gabinete para Resolução Alternativa de Litígios “efetuar o registo e triagem dos pedidos apresentados, designar o mediador

¹⁰³ Preâmbulo do Despacho n.º 18778/2007, de 22 de Agosto.

¹⁰⁴ Preâmbulo do Despacho n.º 18778/2007, de 22 de Agosto.

¹⁰⁵ Artigo 4º do Despacho n.º 18778/2007, de 22 de Agosto.

¹⁰⁶ O Gabinete de Resolução Alternativa de Litígios, abreviadamente designado por GRAL, assegura o desenvolvimento das ações necessárias ao exercício das competências da DGPI no domínio dos meios extrajudiciais de resolução de conflitos, competindo-lhe: apoiar a criação e a operacionalização de meios extrajudiciais de composição de conflitos, designadamente a mediação, a conciliação e a arbitragem; Promover a criação e apoiar o funcionamento de centros de arbitragem, julgados de paz e sistemas de mediação; assegurar os mecanismos adequados de acesso ao direito, designadamente nos domínios da informação e consultas jurídicas e do apoio judiciário - <http://www.dgpj.mj.pt/sections/gral>

responsável e indicar os locais onde se realizam as sessões de mediação”¹⁰⁷. Para além disto, o sistema funciona também segundo uma “listas de mediadores familiares inscritos por circunscrição territorial”¹⁰⁸, o que permite uma maior proximidade da Mediação Familiar ao cidadão.

O processo de Mediação Familiar pode iniciar-se “por iniciativa dos próprios interessados ou por sugestão do juiz no âmbito do processo judicial”¹⁰⁹.

Relativamente a forma extrajudicial, a intervenção do Sistema de Mediação Familiar tem que ser peticionada pelas partes sendo necessário contactar o Gabinete para Resolução Alternativa de Litígios para uma análise do caso e posterior decisão de intervenção ou não do Sistema. A intervenção do Sistema de Mediação Familiar pode ser requerida pessoalmente na sede, por via telefónica, por correspondência ou por correio eletrónico¹¹⁰, bastando que uma das partes em conflito solicite a sua intervenção.

A intervenção do Sistema de Mediação Familiar pode ter lugar ainda “durante a suspensão de um processo judicial, mediante determinação da autoridade judiciária competente, obtido o consentimento das partes”¹¹¹. Aqui as partes encontram-se já num processo judicial, onde ainda não conseguiram chegar a acordo, pelo que o juiz pode sugerir às partes a Mediação Familiar, suspendendo o processo até ao fim do processo de mediação. Neste caso, é sempre necessário o consentimento das partes e caso não concordem com a mediação o processo judicial segue os seus trâmites normais, não havendo qualquer tipo de consequência para as partes.

Cabe ainda referir, que todo o processo de mediação tem um custo, sendo que cada parte deverá pagar no ato de assinatura do termo de consentimento uma taxa no valor de 50 euros¹¹². Contudo, e como indica o artigo 6º, nº2 do Despacho, existem dois casos que se verifica uma exceção ao pagamento desta taxa. O primeiro caso verifica-se quando seja concedido apoio judiciário às partes; o segundo caso verifica-se quando o processo seja remetido para mediação mediante decisão da autoridade judiciária, ao abrigo do disposto no artigo 147º - D da Organização Tutelar de Menores.

¹⁰⁷ http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/Guia_Pratico_Divorcio_Responsabilidades_Parentais.pdf

¹⁰⁸ Artigo 3º, nº1 do Despacho n.º 18778/2007, de 22 de Agosto.

¹⁰⁹ http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/Guia_Pratico_Divorcio_Responsabilidades_Parentais.pdf

¹¹⁰ http://www.portaldocidadao.pt/PORTAL/entidades/MJ/GRAL/pt/SER_mediacao+familiar.htm

¹¹¹ Artigo 6º, nº1 do Despacho n.º 18778/2007, de 22 de Agosto.

¹¹² Artigo 6º, nº2 do Despacho n.º 18778/2007, de 22 de Agosto.

Quanto à duração da mediação, o despacho não estabelece prazos. Segundo a experiência, os processos de mediação costumam durar uma média de trinta a noventa dias. Não nos podemos esquecer que estamos perante um procedimento que se pretende que seja flexível, não devendo assim ser estabelecido um prazo fixo.

O artigo 7º, 8º e 10º do Despacho faz ainda referência ao mediador familiar enumerando as suas funções, os deveres a que está sujeito, os requisitos necessários para o desempenho desta função e os honorários a que o mesmo tem direito.

Cabe aqui uma especial palavra em relação aos requisitos essenciais que um profissional da mediação deve possuir para fazer parte da lista de mediadores familiares. Como resulta do artigo 8º “os candidatos à inscrição nas listas referidas no n.º1 do artigo 2º são submetidos a um procedimento de seleção, devendo satisfazer os seguintes requisitos: ter mais de 25 anos de idade; estar no pleno gozo dos direitos civis e políticos; ser detentor de licenciatura adequada; estar habilitado com um curso de Mediação Familiar reconhecido pelo Ministério da Justiça; ser pessoa idónea; e ter o domínio da língua portuguesa”.

Convém fazer uma breve referência a alguns destes critérios começando pelo critério da idade. O que se pretende é uma certa maturidade e experiência por parte do mediador. Estamos a lidar com questões complexas e sentimentos fortes, pelo que se as partes tiverem perante si uma figura mais adulta, com mais experiência de vida, vão desenvolver mais facilmente uma relação de confiança do que se estiver perante um mediador jovem.

É ainda importante que o mediador tenha domínio da língua portuguesa, pois será através dela que vais comunicar com as partes e interpretar da melhor maneira possível o que ambas pretendem como o processo.

Relativamente a aos honorários, como o artigo 10º indica pode variar consoante se chegue a acordo ou não e é independente do número de sessões efetuadas. Assim, “a remuneração a auferir pelo mediador familiar por cada processo de mediação familiar, independentemente do número de sessões realizadas, é fixada nos seguintes termos: 120€, quando o processo for concluído por acordo das partes alcançado através da mediação; 100€, quando as partes não chegarem a acordo na mediação; 25€, quando, apesar das diligências comprovadamente efetuadas pelo mediador familiar, não se obtenha consentimento, se verifique que não existem condições para a realização da

mediação familiar ou venha a verificar-se algum tipo de impedimento por parte do mediador familiar”.

Por fim, e em modo de conclusão, convém relembrar que para que se inicie um processo de mediação familiar basta que uma das partes entre em contacto com o Sistema de Mediação Familiar. Em seguida e depois de uma análise do caso por parte do Gabinete para Resolução Alternativa de Litígios as partes devem aceitar submeter-se a este procedimento efetuando o pagamento da taxa nos casos em que não estão isentos. São, depois, realizadas as sessões em que “um terceiro imparcial, o mediador, promove a aproximação entre as partes com vista à obtenção de um acordo”¹¹³. Chegando as partes a acordo, o processo chega ao fim com a assinatura do mesmo.

5- A Lei nº 61/2008, de 31 de Outubro

Com a Lei 61/2008, de 31 de Outubro, o “legislador vem consagrar expressamente a mediação familiar”¹¹⁴. Deste modo, a Mediação Familiar ganha espaço no Código Civil Português, sendo que no artigo 1774º se passa a prever que “antes do início do processo de divórcio, a conservatória do registo civil ou o tribunal devem informar os conjugues sobre a existência e os objetivos dos serviços de mediação familiar”. A previsão da Mediação Familiar neste artigo, para além de uma conquista, aparece-nos também como meio de divulgação do sistema de mediação.

Outras importantes alterações introduzidas por esta lei, que não podíamos deixar de referir, dizem respeito à eliminação da culpa como fundamento de divórcio e à alteração do termo “poder parental” por “responsabilidades parentais”.

¹¹³ Preâmbulo do Despacho n.º 18778/2007, de 22 de Agosto.

¹¹⁴ DIAS, Cristina M. Araújo, *Uma análise do novo regime jurídico do divórcio: Lei n.º 61/2008, de 31 de Outubro*, Coimbra, Edições Almedina, 2009, pág. 19.

VI- Os Acordos de Mediação Familiar

1- O Contrato de Mediação

“O contrato de mediação é o acordo inicial que as partes e o mediador subscrevem onde se comprometem a manter um diálogo e posturas adequadas e ainda se obrigam a manter a confidencialidade sobre o processo de mediação”¹¹⁵.

Este contrato de mediação, entre nós considerado como um contrato atípico, tem como objetivo dar maior segurança à mediação, na medida em que deve referenciar os direitos e obrigações das partes, bem como os termos em que o mediador será remunerado. Deve estar ainda bem esclarecida a questão da confidencialidade, o facto de não se poder utilizar as declarações proferidas como meio de prova e ainda o dever de não arrolar o mediador como testemunha num futuro processo judicial.

Neste contrato, o acordo final não é essencial, é essencial sim que exista uma obrigação de meios para todos os intervenientes, tendente ao tal acordo final. No fundo, não se exige uma obrigação de resultados. Assim, o mediador obriga-se a prestar o serviço de mediação e as partes a respeitar os princípios fundamentais da Mediação Familiar e ainda a remunerar o mediador, sempre com a intenção de dirimir o litígio que as opõe.

“Em rigor, a mediação só se iniciará depois de assinado este contrato de mediação”¹¹⁶.

Este contrato é ainda um contrato consensual e pessoal, pois por lado, assenta num acordo de vontades, e por outro, exige a comparência física das partes nas sessões, embora possam fazer-se acompanhar dos advogados.

É, ainda, um contrato oneroso no sentido em que existe uma contraprestação, uma vez que o mediador presta um serviço e é remunerado por isso.

Relativamente à extinção deste contrato, esta pode ocorrer pelo decurso do tempo fixado; por vontade das partes ou de apenas uma de por termo ao processo a

¹¹⁵ CRUZ, Rossana Martingo, *Mediação familiar: limites materiais dos acordos e o seu controlo pelas autoridades*, Coimbra, Coimbra Editora, 2011, pág. 139.

¹¹⁶ CRUZ, Rossana Martingo, *Mediação familiar: limites materiais dos acordos e o seu controlo pelas autoridades*, Coimbra, Coimbra Editora, 2011, pág. 140.

qualquer momento; por qualquer motivo que justifique o fim do processo de mediação, podendo o mediador por termo ao mesmo; e por fim, quando o processo chegue ao fim.

Quanto à forma deste contrato e em virtude da sua atipicidade, não é exigida forma escrita, contudo, nada impede a sua celebração por escrito conferindo deste modo maior certeza e segurança.

Por fim, somos do entendimento que se trata também de um contrato plurilateral. Não há dúvidas de que o mediador é parte no contrato. As dúvidas surgem no facto de os cônjuges poderem ser considerados a outra parte do processo, porque “não obstante de serem dois indivíduos distintos, parecem prosseguir o mesmo interesse”¹¹⁷, ou se são duas partes distintas, não sendo os seus interesses exatamente iguais e tendo obrigações distintas. Partilhamos a ideia de que cada cônjuge é uma parte distinta, e logo estamos perante um contrato plurilateral e não bilateral.

Realizado o contrato de mediação iniciar-se-á o processo de Mediação Familiar propriamente dito.

2- Acordos de Mediação Familiar

Nos acordos finais realizados no âmbito de um processo de Mediação Familiar o mediador já não é parte do mesmo, sendo que apenas os cônjuges devem assinar estes acordos, que no fundo se destinam a reger a sua nova realidade familiar. São acordos que resultam da vontade livre e esclarecida das partes, e mesmo que sujeitos a um posterior controlo judicial, cabe sempre às partes aceitar ou não as sugestões apresentadas.

O objetivo destes acordos é que os mesmos se tornem vinculativos para as partes, pois só assim o esforço dispensado ao longo de todo o processo será recompensado. Do mesmo modo, trata-se de um “acordo vinculativo, não por ter a imperatividade da sentença (não obstante poder ser homologado por um juiz) mas

¹¹⁷ CRUZ, Rossana Martingo, *Mediação familiar: limites materiais dos acordos e o seu controlo pelas autoridades*, Coimbra, Coimbra Editora, 2011, pág. 145.

porque foi obtido pelas partes e será tanto mais respeitado quanto mais estas se empenharem em alcançá-lo”¹¹⁸.

Por outro lado, estes acordos devem transparecer simplicidade nos termos usados e na linguagem, sendo diretos e traduzindo exatamente os que as partes quiseram.

Os acordos alcançados no processo de Mediação Familiar podem vir a ser homologados pelo conservador ou tribunal ou podem simplesmente ser validos entre as partes enquanto contrato.

Como resulta dos artigos 1773º e 1775º do Código Civil, o divórcio com mútuo consentimento pode ser requerido por ambos os cônjuges, de comum acordo, na conservatória do registo civil, ou no tribunal se, neste caso, o casal não tiver conseguido acordo sobre algum dos assuntos referidos no n.º 1 do artigo 1775.º É na elaboração destes acordos que a Mediação Familiar pode ser bastante útil, prevenindo assim as situações de rejeição destes.

Os acordos previstos no artigo 1775º do Código Civil que podem resultar de um processo de mediação, são os relativos ao exercício das responsabilidades parentais, à prestação de alimentos ao cônjuge que deles careça e a questão do destino da casa de morada de família.

Durante a elaboração destes acordos, o mediador deve assegurar que estes não violem nenhuma disposição imperativa que determine a sua não homologação. No caso de um acordo relativo às responsabilidades parentais que não acautele devidamente os interesses do menor, o mesmo não será homologado ou pelo juiz ou pelo conservador do registo civil.

Também nos casos de mediação intrajudicial, em que se suspende a instância e se procede à remessa do processo para mediação, o acordo alcançado será igualmente remetido para o tribunal para que o juiz o analise e homologue, caso careça de homologação.

A homologação deste acordos confere validade jurídica e eficácia executiva aos mesmos, que passam a valer como sentença¹¹⁹.

¹¹⁸ VARGAS, Lúcia Fátima Barreira Dias, *Julgados de paz e mediação: uma nova face da justiça*, Coimbra, Almedina, 2006, pág. 58.

¹¹⁹ Recentemente, a Lei n.º 29/2013, de 19 de abril estabelece no seu artigo 9º o princípio da excoutoriedade. Este princípio estabelece que “tem força executiva, sem necessidade de homologação judicial, o acordo de mediação: que diga respeito a litígio que possa ser objeto de mediação e para o qual

As partes podem ainda acordar sobre aspetos não relevantes juridicamente, sendo que nesta situação os acordos celebrados poderão ser eficazes inter partes. Pode haver questões que sejam de extrema importância para uma família, mas que juridicamente não releve, sendo por isso necessário acautelar estas necessidade específicas. Estes acordos assumem um carácter privado e terão valor entre as partes valendo como contrato. O fundamento destes contratos está no princípio da liberdade contratual e na autonomia das partes como resulta do artigo 405º do Código Civil e dos artigos 26º e 61º da Constituição da República Portuguesa.

De facto, a grande base jurídica para os acordos de Mediação Familiar está na autonomia das partes, contudo esta terá que ser limitada para não por em causa a ordem pública e os bons costumes. Aqui o mediador desempenha uma função crucial devendo evitar, embora sem propor ou assumir uma posição de assessor jurídico, a adoção deste tipo de acordos contrários à ordem pública e aos bons costumes, evitando deste modo, igualmente, a utilização da Mediação Familiar para afastar critérios legais.

Cabe, agora, fazer uma análise dos fatores que podem restringir a autonomia das partes na conformação do conteúdo dos acordos mediados.

Como não poderia deixar de ser em primeiro lugar, como critério limitador, está o interesse público. Apesar da ampla disponibilidade das partes, no âmbito do direito da família, é necessário que os acordos, quer aqueles que resultam do artigo 1775º quer os negócios jurídico inter partes, respeitam critérios mínimos, pois há “princípios básicos que protegem interesses essenciais”¹²⁰ que têm que ser assegurados. Sempre que uma questão de legalidade se levante, ou quando se constatar que o acordo não representa uma vontade livre e esclarecida, e até mesmo nos casos de matérias em que o juiz e o conservador não são competentes se levantem dúvidas, deve ser feita uma análise que demonstre que os valores públicos foram acautelados.

Depois temos também a ordem pública, que sendo um conceito de carácter indeterminado precisa de ser concretizado caso a caso, em virtude das mutações a que está sujeita ao longo do decurso do tempo. O conceito de ordem pública visa proteger

a lei não exija homologação judicial; em que as partes tenham capacidade para a sua celebração; obtido por via de mediação realizada nos termos legalmente previstos; cujo conteúdo não viole a ordem pública; e em que tenha participado mediador de conflitos inscrito na lista de mediadores de conflitos organizada pelo Ministério da Justiça”.

¹²⁰ CRUZ, Rossana Martingo, *Mediação familiar: limites materiais dos acordos e o seu controlo pelas autoridades*, Coimbra, Coimbra Editora, 2011, pág. 183.

bens jurídicos e valores fundamentais de uma comunidade, sendo que qualquer acordo ou negócio de mediação deve estar em conformidade com ela.

Outro limite a ter por base corresponde à boa-fé. Este princípio basilar de todo Direito Civil impõe o dever de atuar com honestidade e lealdade ao longo de todo o processo, não podendo as partes afastá-lo.

É certo que se dá na Mediação Familiar espaço para a criatividade nas soluções, contudo é importante não fugir muito dos critérios legais sob pena de tais acordos falharem enquanto tais. E além disto, é importante assegurar que o acordo seja justo, no sentido de corresponder às expectativas dos mediados.

A equidade e a não contrariedade à lei também funcionam como limite, o que de diferente não seria de esperar. Conforme resulta do artigo 405º do Código Civil, as partes têm a faculdade de fixar livremente o conteúdo dos contratos, celebrar contratos diferentes dos previstos neste código ou incluir nestes as cláusulas que lhes aprouver, desde que respeitam os limites fixados na lei.

Por fim, a moral e os bons costumes são também princípios essenciais a ter em conta, sendo que “ambos refletem as regras de conduta gerais que pautam a sociedade”¹²¹. É aqui também necessário fazer uma análise casuística de cada acordo para apurar a sua conformidade com aqueles.

¹²¹CRUZ, Rossana Martingo, *Mediação familiar: limites materiais dos acordos e o seu controlo pelas autoridades*, Coimbra, Coimbra Editora, 2011, pág. 187.

Conclusão

De acordo com o artigo 1576.º do Código Civil, a família, em toda a sua complexidade, é uma fonte inesgotável e deveras importante de relações jurídicas, desde o casamento, ao parentesco, à afinidade e adoção.

Os conflitos na área familiar são completamente diferentes de qualquer outro conflito que possa surgir na vasta área do direito. São conflitos que afetam na base o mais profundo da essência do ser humano: os seus direitos de personalidade, a identidade de cada um, em si e no relacionamento com os outros. A satisfação com a vida e realização pessoais, passam seguramente, pelo bom relacionamento familiar, para além das relações profissionais e sociais em geral.

Pelo exposto, entendemos que a Mediação Familiar tem cada vez mais um papel crucial e decisivo na nossa sociedade. A família pode separar-se jurídica e fisicamente, mas deverá continuar a existir como “família instituição”, mormente, quando existem filhos.

Com este trabalho, procurou-se, sem qualquer pretensão de exaustividade, evidenciar as ideias essenciais que um processo de Mediação Familiar deve ter por base para o seu adequado funcionamento.

Deste modo, podemos concluir dizendo que face às transformações que o conceito de família sofreu ao longo dos tempos, proporcionadas pelo aumento do número de divórcio, pela entrada da mulher no mundo do trabalho e conseqüente luta destas pela igualdade, pelo surgimento de novos modelos de famílias, pelo aumento das uniões de facto e até pela possibilidade da realização de casamentos entre pessoas do mesmo sexo, o Estado deve adotar medidas de proteção para esta realidade tão importante da sociedade como é a família.

Assim, e para fazer face ao aumento dos conflitos de natureza familiar proporcionados em grande medida pelos aqueles factos mencionados, surge a Mediação Familiar como opção em relação ao tradicional Sistema Judicial.

De facto, a Mediação Familiar apresenta um conjunto de vantagens que beneficiam a sua utilização, designadamente o facto de ser um meio de resolução de litígios mais simples, pessoal, privado, rápido e de custos reduzidos.

Além disto, existem um conjunto de princípios fundamentais inerente à prática da mediação que devem ser assegurados. Assim proporciona-se uma maior segurança, certeza e confiança no procedimento.

Procura-se, assim, um acordo consensual que tenha em conta as necessidades das partes envolvidas, sendo que são as próprias partes as responsáveis por ele, embora para tal sejam auxiliadas por um mediador que deverá apenas facilitar a obtenção do acordo.

Apesar de este mecanismo não ser de todo novo, concluímos, que em Portugal, se encontra ainda em face de desenvolvimentos e que deveriam ser tomadas medidas para promover a sua divulgação e utilização.

Cabe referir que apesar de o nosso Sistema de Mediação Familiar, se encontra de facto em funcionamento, tendo por base o Despacho n.º 18778/2007, é evidente a necessidade de o mesmo ser aperfeiçoado. Necessário será também investir na formação profissional de mediadores e de intervir no sentido de clarificar os casos em que será vantajoso a intervenção do menor no processo de Mediação Familiar, pois a nosso ver este será uma parte essencial no processo de mediação.

Por ultimo, e em relação ao objetivo final de todo este mecanismo de resolução alternativo de litígios, resta dizer que em relação ao acordo alcançado é também necessário clarificar a sua natureza jurídica e força executória, principalmente em relação aos acordos que não carecem de homologação judicial.

Bibliografia

ARAÚJO, Emília, *Porque o tempo conta: elementos para uma abordagem sociológica da mediação familiar* / Emília Araújo, Carmen Rodrigues, Helena Fernandes e Maria Saldanha Ribeiro, *Análise social*, Vol. 46, nº 199 (2011), Lisboa.

BARBOSA, Maria José P. Coutinho, *Como gerir conflitos familiares: um guia para casais em crise*, Queluz de Baixo, Presença, 2002.

BARBOSA, Maria José, *Mediação familiar a "escuta activa": requisito básico da mediação familiar*, *A Pessoa como Centro*. Nº 7 (2001).

BREITMAN, Stella/ PORTO, Alice Costa, *Mediação familiar: uma intervenção em busca da paz*, Porto Alegre, Criação Humana, 2001.

CONFÉRENCE EUROPÉENNE SUR LE DROIT DE LA FAMILLE, 4, STRASBOURG, 1998, *La médiation familiale en Europe*, Strasbourg, Editions du Conseil de l'Europe, 2000.

CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA, 4, Belo Horizonte, 2003 *Afeto, ética, família e o novo código civil brasileiro: Anais do IV Congresso Brasileiro de Direito de Família* / coord. Rodrigo da Cunha Pereira, Belo Horizonte, Del Rey, 2004.

CONSELHO DA EUROPA, *La médiation familiale*, Strasbourg, Conseil de l'Europe, 1999.

CRUZ, Rossana Martingo, *Mediação familiar: limites materiais dos acordos e o seu controlo pelas autoridades*, Coimbra, Coimbra Editora, 2011.

DIAS, Cristina M. Araújo, *Uma análise do novo regime jurídico do divórcio: Lei n.º 61/2008, de 31 de Outubro*, Coimbra, Edições Almedina, 2009.

ENCONTRO DE MEDIAÇÃO FAMILIAR NA REGIÃO AUTÓNOMA DA MADEIRA, *I Encontro de Mediação Familiar na Região Autónoma da Madeira / [org.] Ministério da Justiça - Gabinete para a Resolução Alternativa de Litígios*, Instituto Português de Mediação Familiar, Lisboa, Agora Comunicação, 2007.

ESCRITOS DE DIREITO DAS FAMÍLIAS: UMA PERSPECTIVA LUSO-BRASILEIRA / coord. Maria Berenice Dias, Jorge Duarte Pinheiro; [colab.] Águida Arruda Barbosa, Porto Alegre, Editora Magister, 2008.

FARINHA, António, *Relação entre a mediação familiar e os processos judiciais*, INFANCIA e Juventude, Nº 2 (Abr.-Jun. 1999), Lisboa.

FARINHA, António H. L./ LAVADINHO, Conceição, *Mediação Familiar e Responsabilidades Parentais*, Coimbra, Almedina, 1997.

GARCÍA PRESAS, Inmaculada, *Dois modelos de implantação da mediação familiar: Portugal e Brasil*, *Scientia Iuridica: Revista de Direito Comparado Português e Brasileiro*.

GARCÍA PRESAS, Inmaculada, *La mediación familiar desde el ámbito jurídico*, Lisboa, Juruá, 2010.

MARLOW, Lenard, *Mediación familiar : una práctica en busca de una teoría : una nueva visión del derecho*, Buenos Aires, Granica, 1999.

MARQUES, J. P. Remédio, *Acção declarativa à luz do Código Revisto*, Coimbra Editora, 2009.

MONTEIRO, Joana Bicker M, *Mediação familiar: uma via de resolução de litígios familiares*, 2010.

PARKINSON, Lisa, *Lisa Parkinson: mediação familiar / Gabinete para a Resolução Alternativa de Litígios*, Agora Comunicação, 2008.

Pedroso, João, *A(s) justiça(s) da família e das crianças em Portugal no início do século XXI : uma nova relação entre o judicial e o não judicial* / João Pedroso, Patrícia Branco, Paula Casaleiro, *Lex Familiae: Revista Portuguesa de Direito da Família*, Ano 7, N. 13 (2010), Coimbra.

PORTUGAL, *Responsabilidades parentais: (de acordo com as Leis n.ºs 61/2008, 103/2009 e Decreto-Lei n.º 212/2010)* / Ana Sofia Gomes, Lisboa, Quid Juris, 2012.

RIBEIRO, Maria Saldanha Pinto, *Divorcio: Guarda Conjunta Dos filhos e Mediação Familiar*, Lisboa, Pé da Serra, 1999.

SALES, Lília Maia de Moraes, *Mediação familiar: um estudo histórico-social das relações de conflitos nas famílias contemporâneas*, Fortaleza, Expressão Gráfica e Editora, 2006.

SALLESSE, Bianca Ruiz, *Mediação familiar: a arte da comunicação na transformação dos conflitos familiares nas relações pais e filhos envolvidos em divórcio*, Coimbra, 2007.

SOUSA, José Vasconcelos, *Mediação*, Lisboa, Quimera Editores, 2002.

VARGAS, Lúcia Fátima Barreira Dias, *Julgados de paz e mediação: uma nova face da justiça*, Coimbra, Almedina, 2006.

VIEIRA, Marconi Miranda, *Mediação familiar: um eficaz instrumento de resolução de litígios*, 2007.

XAVIER, Rita Lobo, *Mediação familiar e contencioso familiar: articulação da actividade de mediação com um processo de divórcio*, Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias / org. Manuel da Costa Andrade, Maria João Antunes, Susana Aires de Sousa, Coimbra, Coimbra Editora, 2009.

Sitografia

http://www.dgpj.mj.pt/sections/gral/mediacao-publica/mediacao-anexos/codigo-europeu-de/downloadFile/file/Codigo_conduta_mediadores.pdf?nocache=1351094126.56

<http://mediadoresdeconflitos.pt/a-mediacao/>

http://www.unicef.pt/docs/pdf_publicacoes/convencao_direitos_crianca2004.pdf

http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/Guia_Pratico_Divorcio_Responsabilidades_Parentais.pdf

http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/Guia_Pratico_Divorcio_Responsabilidades_Parentais.pdf

http://www.portaldocidadao.pt/PORTAL/entidades/MJ/GRAL/pt/SER_mediacao+familiar.htm

Índice

Introdução	3
I- Evolução Histórica da Mediação Familiar	5
II- Noção e princípios Fundamentais da Mediação Familiar	14
III- Vantagens e desvantagens da utilização da mediação familiar.....	24
IV- Sujeitos da Mediação Familiar	26
V- Mediação.....	36
VI- Os Acordos de Mediação Familiar	47
Conclusão.....	52
Bibliografia	54
Sitografia.....	57
Índice.....	58