



Cátia Helena Gonçalves Queiroz

MEDIAÇÃO FAMILIAR

Obrigatoriedade ou Voluntariedade?

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra
no âmbito do 2º Ciclo de Estudos em Direito, na área de especialização em
Ciências Jurídico-Forenses

Orientadora: Doutora Maria Olinda Garcia

Coimbra
2014

Agradeço à minha orientadora Doutora Maria Olinda Garcia, cuja orientação foi fundamental na possibilidade de realizar e concretizar este trabalho.

Ao meu namorado, um agradecimento muito especial, pela compreensão, motivação, encorajamento e pela ajuda e simplificação de tarefas que pareciam mais complicadas.

Aos meus pais e irmão, por todo o apoio, paciência e ajuda desde o primeiro momento de toda a minha vida acadêmica.

Nota: a dissertação foi elaborada em conformidade com o novo acordo ortográfico.

Índice

	<i>Página</i>
1 Introdução	6
2 Evolução histórica da mediação familiar	10
2.1. Mediação familiar em Portugal	12
3 Modelos e Tipos de mediação familiar	15
3.1. Modelo Linear de Harvard/Tradicional	15
3.2. Modelo Transformativo	16
3.3. Modelo Circular Narrativo	17
3.4. Modelo Ecosistémico	18
3.5. Outros Modelos	19
3.6. Tipos de Mediação Familiar	20
4. Princípios e características da mediação familiar	22
4.1. O domínio das partes – <i>Empowerment</i>	22
4.2. O princípio da consensualidade	24
4.3. O princípio da celeridade	25
4.4. O Princípio da proximidade	25
4.5. O princípio da flexibilidade	26
4.6. O princípio da confidencialidade	26
4.7. O princípio da neutralidade e da imparcialidade	27
4.8. O princípio da voluntariedade	28
4.8.1. A questão da voluntariedade versus obrigatoriedade	29
5. Etapas do Processo de mediação familiar	37
6. O papel do mediador	40
7. Vantagens, fragilidades e objetivos da mediação familiar	45
7.1. A mediação familiar como tendência de desjudicialização	47
8. Conclusão	49
9. Bibliografia	51
9.1. Jurisprudência	55
9.2 Sites consultados	56

Abreviaturas:

APMF – Association pour la promotion de la mediation familiale

BGH – Supremo Tribunal Alemão

Cfr – Conferir

GMF – Gabinete de Mediação Familiar

GRAL – Gabinete para a Resolução Alternativa de Litígios

LJP – Lei dos Julgados de Paz

N.º - Número

OTM – Organização Tutelar de Menores

SMF – Sistema de Mediação Familiar

ZPO – Zivilprozessordnung – Código de Processo Civil alemão

1. Introdução

O conceito da família, tal como a evolução sociocultural das sociedades, tem sofrido diversas transformações, devido a fatores sociais, económicos e culturais, com necessidades que se vão desenvolvendo ao longo dos tempos. Estas transformações têm apresentado novos tipos de conflitos no seio da vida familiar, assumindo-se como fundamentais para o entendimento das mudanças que têm surgido.

É notório que as famílias ainda não compreendem hoje da forma mais correta as mudanças que se têm sucedido, através de um processo muito acelerado que tem conduzido a uma grande instabilidade nos relacionamentos.

De forma a solucionar os problemas da sociedade atual, surgem respostas alternativas de resolução de conflitos que se vão assumindo como fundamentais para a evolução da mesma, das quais é exemplo a mediação familiar.

O termo “mediação” deriva do latim “*medius, medium*” que significa no meio. É possível verificar que existem várias definições¹ entre os autores que se debruçam sobre esta área, e que o traduzem como técnica, método, processo, procedimento, ferramenta, meio ou prática.

Para Parkinson² mediação define-se como um “processo de colaboração para a resolução de conflitos, no qual duas ou mais partes em litígio são ajudadas por uma ou mais terceiras partes imparciais (mediadores) com o fim de comunicarem entre elas e de chegarem à sua própria solução, mutuamente aceite, acerca da forma como resolver os problemas em disputa”.

Por sua vez, Vezzulla³ considera que a mediação corresponde a um processo baseado no respeito entre os participantes que estabelece um procedimento privado e voluntário coordenado por um terceiro, devidamente habilitado, que orienta o trabalho, para que se verifique uma comunicação que possa ser revestida de cooperação e respeito entre os

¹ Vide Lei n.º 29/2013, de 29 de abril - «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.

² Cfr. Parkinson, Lisa (2008), Gabinete para a Resolução Alternativa de Litígios, Ministério da Justiça, Agora Comunicação (pp. 16)

³ Cfr. Vezzulla, Juan Carlos, Adolescentes, família, escola e lei. A mediação dos conflitos, 1ª Edição. Lisboa, Agora Publicações, 2006

participantes, e que tenha como objetivo aprofundar a análise e a compreensão do relacionamento, identidades, necessidades, motivações e emoções dos intervenientes, que torne possível uma gestão satisfatória dos problemas em que estes estão envolvidos. Este autor considera ainda que as pessoas podem exercer os seus direitos, uma vez que reúnem condições de entender, elaborar e resolver os seus próprios conflitos.

De acordo com Alarte⁴, pode entender-se mediação como uma “ferramenta, um modelo de intervenção, uma maneira de compreender e de fazer o que era coerente e similar nos seus fundamentos mais básicos, independentemente do âmbito de aplicação”.

John Haynes⁵ defende que a mediação é um processo ou um procedimento no qual um terceiro, isto é, o mediador, ajuda os participantes na resolução de conflitos, tendo como resultado a realização de um acordo que se pretende consistente, bem como a apresentação de uma solução aceite e estruturada por ambas as partes, que possibilite a continuidade das relações entre as pessoas envolvidas no conflito. Para Haynes, o processo de mediação diz respeito à condução das negociações de outras pessoas, no qual o mediador é a pessoa que coordena as negociações e organiza a discussão dos vários pontos do conflito que se pretende resolver.

Por sua vez, de acordo com o *Código déthique et deontologie des mediateurs* a mediação é um processo de acompanhamento não autoritário de ajuda na tomada de decisão, que tem por objetivo a responsabilização e a autonomia das pessoas numa situação litigiosa, ou não, no quadro ou fora do quadro de uma intervenção judicial⁶.

A mediação, como mecanismo extrajudicial oficialmente reconhecido, integra em Portugal o âmbito do direito da família desde 1999, quando foi introduzida a possibilidade de intervenção de serviços públicos ou privados de mediação nos processos tutelares cíveis, nomeadamente, nos processos de regulação do exercício do poder paternal (tal como era definido a esta data). Contudo, já em 1990 tinha sido criado o Instituto Português de Mediação Familiar, que foi a primeira entidade em Portugal a formar Mediadores Familiares.

⁴ Cfr. Alarte, F. H. (2007). Mediación Y mediación social. In R. L. Martin (Ed.), Las multiples caras de la mediación: Y llegó para quedarse (pp. 16-37). Universitat de València: Martin Impressores, S.L.

⁵ Cfr. Haynes, John M., *Divorce Mediation: A Pratical guide for Therapists and Conselors*, Springer Publishing Company, New York, 1981.

⁶ Cfr. Code d'éthique et de déontologie des médiateurs professionnels, fevereiro 2013, <http://www.unam-csm.com>.

Em Portugal, a mediação pode ser desenvolvida de forma independente, quer seja dentro dos tribunais (como é o caso dos Julgados de Paz), ou realizada no processo judicial. Neste contexto, é o próprio juiz que encaminhará as partes para a mediação, suspendendo em paralelo o processo até que seja concluída a mediação. Sendo obtido o acordo, o mesmo é apresentado ao juiz para homologação, caso contrário, não existindo consenso entre as partes será retomado o processo judicial.

A mediação surge, assim, como um mecanismo de desjudicialização, ou seja, é um processo complementar e alternativo à via judicial na resolução de conflitos⁷, que tem vindo a alargar o seu âmbito de atuação, nomeadamente com a possibilidade de intervir para a resolução de litígios familiares como são exemplos o divórcio e a separação ou a atribuição e alteração de alimentos.

Com o surgimento da instabilidade no seio da vida familiar é fundamental que os danos produzidos, por exemplo, pelo divórcio e, sobretudo, as consequências negativas que resultam para o desenvolvimento das crianças, sejam acautelados. Deverá ser valorizado o superior interesse da criança e a importância de estas serem (ou não) escutadas e envolvidas no diálogo que resulta da mediação e que diz respeito à separação dos seus pais. Torna-se, assim, cada vez mais importante que os pais procurem criar estratégias de comunicação entre ambos para que possam assumir individualmente as suas responsabilidades afetivas, educativas e monetárias relativamente aos seus filhos, sendo neste cenário que o mediador encontra o terreno fértil para a sua intervenção. O mediador tem um papel fundamental de controlo numa fase difícil para a vida das famílias, ajudando os pais a tomar decisões responsáveis face ao novo contexto relacional.

“A mediação familiar é um processo ao qual o casal em instância de divórcio recorre, a fim de ele próprio resolver o seu conflito de uma forma mutuamente aceitável, permitindo-lhe alcançar um acordo familiar justo e equilibrado que complete os interesses de todos, sobretudo os das crianças” (Meyer Elkin)⁸

⁷ Este não é o único meio de resolução alternativa de conflitos. Neste âmbito enquadra-se também a negociação, a conciliação e a arbitragem.

⁸ Cfr. Elkin Meyer, definição utilizada por Levèsque, Morrone e Fillion – Cours de Médiatióń, Montreal, 1986

Face aos conflitos e problemas no seio da família importa enquadrar as necessidades cada vez mais prementes da sociedade, que ao longo do tempo tem evoluído para respostas mais concretas e pragmáticas. Contudo, podemos considerar que a mediação familiar é ainda hoje desconhecida por muitos, para os quais a falta de informação e/ou conhecimento desta poderá dificultar a resolução dos seus problemas, bem como a relação entre as partes intervenientes. Embora este processo seja um meio alternativo, importa perceber até que ponto será ou não vantajoso a sua atuação massiva, ou se, por outro lado, existem barreiras que não deverão ser combatidas por este. Certamente que serão encontradas vantagens e fragilidades, mas deverá ter-se em consideração as responsabilidades e os afetos, na relação dos pais com os seus filhos.

Atualmente são cada vez mais as questões levantadas em torno da voluntariedade e da obrigatoriedade da mediação face à necessidade de se encontrar o melhor caminho para a resolução de conflitos delicados e que envolvem questões sensíveis. Por sua vez, é certo que as partes têm o domínio do conteúdo em discussão (*empowerment*), o que lhes dá toda a legitimidade para tomarem as suas decisões no âmbito da opção pela mediação e consequente resolução dos litígios. Contudo, importa dar a conhecer a realidade da mediação e as suas vantagens para que, na devida consciência, as partes possam escolher a melhor opção resultante das alternativas possíveis.

Este trabalho pretende abordar de uma forma genérica a mediação, de forma a fazer a ligação com a mediação familiar. Neste sentido, é feita uma breve alusão à evolução histórica da mediação familiar e uma contextualização da mesma em Portugal, seguida de uma apresentação dos modelos, tipos, etapas e princípios, nos quais é atribuído especial destaque para a questão em torno da voluntariedade e da obrigatoriedade. É também abordado o papel do mediador enquanto peça-chave da mediação, bem como as principais vantagens e limitações da mesma.

2. Evolução histórica da mediação familiar

A mediação familiar surgiu inicialmente, por volta de 1974, nos Estados Unidos da América com o objetivo de encontrar soluções para as sequelas decorrentes do processo de divórcio e sobretudo as consequências negativas que o mesmo tinha no desenvolvimento das crianças. Contudo, na verdade, verifica-se que a mediação familiar já terá existido muito antes na China, nomeadamente inspirada nos ideais de paz e compreensão do Confúcio. Por sua vez, muitas outras culturas, tais como a japonesa e algumas tribos africanas⁹, teriam a sua versão de mediação. No seio destas sociedades patriarcas a mediação não é mais que do que um instrumento do poder, ao serviço do *status quo* e dos mais fortes, isto é, ao serviço do grupo e à custa do indivíduo.

Podemos afirmar que a mediação sempre existiu como recurso próprio das sociedades assentes em filosofias de harmonia nas relações humanas, ainda que tenha assumido, ao longo dos tempos, diferentes formas e tenha obtido maior ou menor reconhecimento formal. Deste modo, esta forma de resolução de conflitos assenta, essencialmente, na capacidade de um terceiro elemento, alheio à desavença e ao qual é reconhecida sabedoria, respeito, tolerância e habilidade para colocar os desavindos a falar, proporcionando um caminho para uma solução, sem que o problema se exteriorize para além do próprio grupo.

J. S. Coogler, psicólogo e advogado, em Atlanta, é considerado o “Pai” desta prática pois foi um dos primeiros estudiosos do tema da mediação familiar, tendo fundado na década de 70 do século XX o “Family Mediation Center” e a “Family Mediation Association e desenvolvido vários estudos que visavam incrementar e apoiar este método de resolução de litígios. Coogler teve como seus principais seguidores Haynes e Erickson.

Maria Ribeiro concorda que Coogler seja o pai desta prática, contudo, associa a primeira referência à mediação familiar a *Griffin, Santos e Pember*, três conselheiros conjugais que conceberam a necessidade de um contexto neutro e de um local em que as famílias em crise pudessem mediar as suas diferenças.

⁹ Os povos africanos adotaram a mediação como forma de resolver os conflitos surgidos nos seios dos seus grupos (familiares ou outros) tomando essa mediação o seu lugar durante as assembleias comunitárias, designadas por “Moot”, presididas por um notável e organizadas pelas partes em conflito. Cfr. Ribeiro, Maria Saldanha Pinto, Divórcio - Guarda Conjunta e Mediação Familiar; Edições Pedra Serra, Sociedade Editorial, Lda.

Em 1980, a mediação familiar estendeu-se ao Canadá, onde existem atualmente vários centros de mediação familiar de caráter público e privado. Na Europa a primeira expressão da mediação familiar surge na Grã-Bretanha, designadamente em Bristol, em 1976, e alargando posteriormente a rede a todo o país, podendo facilmente ser encontrada a causa na elevada taxa de divórcio daquele país. A Europa Continental não ficou insensível a esta vaga que cativou países como a França, Espanha, Alemanha, Itália, Bélgica, Noruega, Suécia e Andorra, entre muitos outros. Na França existem hoje vários serviços de mediação familiar públicos. Em Espanha, para além de vários centros de mediação privados, foi criado um serviço municipal de mediação familiar público e gratuito, em San Fernando de Henares, Madrid, tendo surgido posteriormente, e em resposta ao sucesso destes programas, o anteprojeto de lei de mediação familiar na Catalunha e o projeto de lei de mediação familiar na Comunidade de Valenciana. Em Itália, foi criado em 1988, com o apoio do Município de Milão, o primeiro organismo de mediação familiar que propícia deste então um serviço público gratuito de mediação familiar. Desde 1988 existe, com sede em França, a APMF (*Association pour la promotion de la mediation familiale*) a qual é coordenada por uma comissão integrada por vários países europeus e cujo objetivo é a formação de mediadores, bem como a promoção do reconhecimento desta formação junto das autoridades competentes de cada Estado, definindo critérios comuns de habilitação profissional para os mediadores europeus.¹⁰

A União Europeia foi também impulsionadora da mediação, nas suas várias recomendações, sendo a recomendação R(98) 1 aquela que mais diretamente interveio no sentido de promover a mediação familiar, ou reforçá-la, como meio adequado de resolução de litígios familiares nos Estados Membros.¹¹

Em Abril de 2002 foi publicado o Livro Verde sobre resolução alternativa de litígios em matéria civil e comercial, cujo objetivo visa melhorar o acesso à justiça num ambiente de liberdade e segurança para o cidadão.

¹⁰ Farinha, António e Lavadinho, Conceição - Mediação Familiar e Responsabilidades Parentais, Edições Almedina, 1997.

¹¹ O Código Europeu de Conduta para Mediadores também regulou a atividade do mediador, apesar de ser um código de adesão voluntária, especifica os deveres e direitos que cabem aos mediadores no desempenho da sua atividade – Cruz, Rossana Martingo, Mediação Familiar – Limites Materiais dos Acordos e o seu Controlo pelas Autoridades, Coimbra Editora, 2011.

2.1 Mediação familiar em Portugal

Em Portugal, no ano de 1993, foi criado o Instituto Português de Mediação familiar, por iniciativa conjunta de magistrados, juristas, psicólogos, terapeutas familiares. Em 1994/95, decorreu a primeira formação de mediadores familiares, organizada pelo Centro de Estudos Judiciários em colaboração com o Instituto Português de Mediação Familiar.

É possível verificar que a Constituição da República Portuguesa já consagra uma base para a mediação quando estabelece que a lei poderá institucionalizar instrumentos e formas de composição não jurisdicional de conflitos, de acordo com o artigo 202.º, n.º 4.

Em 1997, constituiu-se a Associação Nacional para a Mediação familiar, que se propôs promover e dinamizar a Mediação Familiar. Ainda em 1997, foi celebrado um protocolo de colaboração entre o Ministério da Justiça e a Ordem dos Advogados, que criou o projeto “Mediação Familiar em Conflito Parental”, com o objetivo principal de implantar um serviço de mediação familiar em matéria de regulação do exercício do poder paternal¹², com carácter experimental, limitado territorialmente à comarca de Lisboa, fundado em equipas técnicas interdisciplinares, em articulação com os tribunais e acessível aos casais em situação de rutura.

O Despacho nº 12368/97 do Ministro da Justiça, na concretização do projeto de investigação-ação “Mediação Familiar em Conflito Parental”, determinou a criação, “na dependência do Ministério da Justiça, de um gabinete destinado a assegurar a prestação de um serviço público de mediação familiar, em situações de divórcio e separação”.

O Gabinete de Mediação Familiar (GMF) entrou em funcionamento em setembro de 1999, tendo uma competência territorial limitada ao concelho de Lisboa (em 2001 é alargada aos concelhos metropolitanos da capital). Este Gabinete tinha como funções assegurar um serviço público de mediação familiar em situações de divórcio e separação, acautelar a continuidade do relacionamento entre pais e filhos. Os princípios da extrajudicialidade,

¹² Apesar de durante muitos anos a doutrina apelar nesse sentido, foi através da Lei Nº 61/2008 (conhecida pela nova lei do Divórcio) o poder paternal passou a designar-se por responsabilidades parentais, que é efetivamente o que os pais têm face aos seus filhos, não um poder, mas um sentido de responsabilidade.

voluntariedade, gratuidade, rapidez, criatividade de soluções no âmbito do quadro legal, flexibilidade e confidencialidade fizeram parte integrante do GMF.

O Sistema de Mediação Familiar (SMF) foi criado através do Despacho n.º 18778/2007, de 22 de agosto e foi inaugurado em julho de 2007. Funcionando hoje em todos os distritos, está vocacionado para a resolução de conflitos em matéria familiar e veio suceder ao Gabinete de Mediação Familiar que cessou a sua atividade, ficando sob a tutela do Gabinete para a Resolução Alternativa de Litígios (GRAL). Este novo Sistema foi criado com o principal objetivo de proporcionar às pessoas meios mais adequados e eficazes de encontrarem resolução para as suas divergências e ruturas familiares, descongestionando os tribunais e proporcionar às partes meios mais próximos, rápidos e económicos.

Verifica-se que inicialmente a mediação familiar só se encontrava disponível para os casos de conflitos emergentes da regulação do exercício das responsabilidades parentais e geograficamente à comarca de Lisboa e a nove comarcas limítrofes. Apenas a partir de julho de 2007, com a criação do SMF, é que este serviço passou a estar disponível em mais cinco cidades do país, e, posteriormente, em dezembro de 2008, com cobertura para o restante território continental e as ilhas (momento em que se dá a última fase do alargamento territorial do SMF). O funcionamento deste serviço é assegurado pelo GRAL a quem compete o registo e a triagem dos pedidos, a designação do mediador responsável por cada caso, e a indicação dos locais onde se realizam as sessões de mediação, assim como coordenar e supervisionar o SMF (Despacho n.º 18778/2007, de 22 de agosto). Segundo o artigo 4.º deste Despacho, o SMF tem competência para mediar conflitos em áreas como a regulação, alteração e incumprimento do regime do 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 devidos a menores, provisórios ou definitivos; privação do direito ao uso dos apelidos do outro cônjuge; autorização do uso dos apelidos do ex-cônjuge ou da casa de morada da família.

Em 2008, com a Lei n.º 61/2008, a mediação recebe um novo estímulo. Neste contexto, o artigo 1774.º do Código Civil, passou a consagrar que antes do início do processo de

divórcio, a Conservatória do Registo Civil ou o Tribunal devem informar os cônjuges sobre a mediação familiar e os seus objetivos. Deste modo, passou a ser uma realidade tangível e do conhecimento de um maior número de pessoas, que assim conhecem também as suas principais vantagens.¹³

A 21 de maio de 2008 foi publicada a Diretiva 2008/52/EC do Parlamento Europeu e do Conselho da União Europeia sobre a mediação, que impõe aos Estados a sua transcrição para o ordenamento jurídico interno. Neste sentido, foi publicada em Portugal a Lei n.º 29/2013 de 19 de abril que estabelece os princípios gerais aplicáveis à mediação realizada no nosso país, bem como os regimes jurídicos da mediação civil e comercial, dos mediadores e da mediação pública.

De referir ainda que as próprias cláusulas do Memorando de entendimento assinado por Portugal com o Fundo Monetário Internacional e a União Europeia (“Troika”) propõem também o uso de Meios Alternativos de Resolução de Litígios fora dos tribunais visando o equilíbrio financeiro.

¹³ Em sentido contrário, Rita Lobo Xavier considera a obrigação de prestar informação sobre a existência dos serviços de mediação familiar insuficiente, pois representa muito pouco em termos evolutivos no sentido da sua institucionalização. Na sua opinião teria sido mais proveitoso que tivesse adotado por uma solução semelhante à do artigo 147.ºD da Organização Tutelar de Menores. Xavier, Rita Lobo, Recentes alterações ao regime jurídico do divórcio e das responsabilidades parentais: Lei n.º 61/2008, de 31 de outubro, Coimbra, Coimbra Editora, 2009, p. 27

3. Modelos e Tipos de mediação familiar

Podemos considerar que existem diversas formas de prosseguir o objetivo da mediação familiar e que, desde que esta surgiu, se têm desenvolvido diferentes modelos. A prática da mediação agrupa-se hoje em quatro modelos distintos, mas não completamente estanques.

3.1 Modelo Linear de Harvard/ Tradicional

O modelo Linear de Harvard, também designado de Tradicional, baseia-se nas teorias de negociação iniciadas por Fisher e Ury, e encara a função do mediador como um facilitador da comunicação. Portanto, serve de ligação entre os atores principais de um conflito e tem como objetivo a obtenção de um acordo que seja mutuamente satisfatório para ambas as partes. Neste modelo, a função do mediador será estabelecer a ordem em algo que inicialmente foi considerado desordenado ou caótico, sendo o acordo definido como a meta final da mediação.

No modelo linear de Harvard a mediação é, assim, uma negociação assistida, na qual o mediador é um terceiro que auxilia as partes na obtenção de consenso. Segundo este modelo deve procurar-se um acordo que satisfaça os intervenientes, todavia deverá desenrolar-se através de avanços e recuos da negociação. Deste modo, conduzirá ao acordo enquanto objetivo final, não visando dar aconselhamento jurídico, nem terapêutico. Inicialmente, este modelo não era um modelo de mediação, mas por outro lado de negociação. Nas etapas que prossegue tenta alinear o problema da pessoa e os interesses das posições apresentadas. De seguida deve tentar procurar alternativas e opções criativas que vão ao encontro dos interesses das partes. Embora, na sua génese, este modelo seja uma negociação e, assim, podia ser levado a cabo pelas partes sem um terceiro, tal não surtiria os mesmos efeitos. Na presença de um terceiro as partes revelam-se menos emocionais e mais recetivas a opções criativas.

Este modelo tem sido alvo de bastantes críticas que o consideram muito diretivo e racional, descurando mais o lado emocional e o seu conteúdo relacional.¹⁴ Contudo, todos os

¹⁴ De acordo com Parkinson, Lisa, 2008, obra citada, “Muitos advogados mediadores preferem mediações orientadas para o acordo a outros modelos porque as soluções são medidas em termos de resultados concretos e porque os advogados têm tendência a sentirem-se mais à vontade num papel ativo ou mesmo de orientação”.

modelos acabam por ter a sua aplicabilidade, estando dependentes dos temas e das questões emocionais que sejam despertadas no mediador, que terá de fazer uso dos modelos e das técnicas, que sejam as mais adequadas a cada situação específica.

3.2 Modelo Transformativo

O modelo transformativo¹⁵ assume-se como outro modelo de mediação familiar que desenvolve um caminho diferente na obtenção do acordo e cujo fim é ligeiramente diferente. Este modelo centra-se no aspeto relacional. O trabalho do mediador incide sobre o reconhecimento, enquanto sinónimo de legitimação, o qual os mediados têm de fazer enquanto intervenientes de determinado desacordo. Para além do reconhecimento trabalha na revalorização das partes, como sinónimo de fortalecimento ou *empowerment*¹⁶, potenciando o protagonismo destas para que, para além de responsáveis, sejam também parte da solução do problema.

O modelo transformativo não idealiza o seu objetivo no acordo, mas por outro lado assenta na modificação das relações das partes. Nesta sequência este método é usualmente associado a profissionais na área da psicologia.

Através da revalorização pessoal (*empowerment*), este modelo visa atribuir confiança e importância aos mediados, alterar a relação destes e a visão que têm do conflito. Paralelamente, este modelo prossegue também o reconhecimento, seja ele da situação conflitual, do protagonismo do outro ou mesmo até do reconhecimento da razão da outra parte. Todavia, se por um lado a revalorização é passível de ser sempre alcançada, uma vez que cabe ao mediador impulsioná-la, por outro lado o reconhecimento depende da vontade das partes nesse sentido.

A junção dos dois fenómenos transformadores (reconhecimento e revalorização) proporciona às partes envolvidas a possibilidade de aproveitarem o conflito enquanto uma oportunidade de crescimento moral.

Para as pessoas, a valorização é sentida quando são ajudadas a clarificar os seus verdadeiros interesses, quando têm consciência da variedade e alternativas que podem

¹⁵ Também denominado Modelo Bush e Folger. Camp, Eduard Vinyamata, *Aprender Mediación*, Barcelona, Paidós, 2003.

¹⁶ As partes possuem o domínio ou controlo da situação. As partes estão assim habilitadas para tomar as suas próprias decisões, reduzindo a dependência de terceiros.

satisfazer as suas necessidades e do poder que têm na negociação das mesmas, tomam percepção que têm a liberdade de prosseguir ou não com a mediação. Por outro lado, sentem o reconhecimento quando são sensibilizadas para constatar a situação do outro, têm capacidade de demonstração do desejo de compreender o outro, têm habilidade de ver o problema do outro de uma forma diferente e mais favorável.

Pretende-se que as partes obtenham consciência da sua própria capacidade de transformação dos conflitos. Neste caso, não se procura prioritariamente o acordo, procura-se também melhorar os próprios mediados, tornando-os pessoas melhores e mais completas, descobrindo uma nova imagem do outro e de si mesmos. O mediador tem de ter o cuidado de enaltecer a confiança, mas não pode assumir um papel de terapeuta ou psicólogo, pois essa não é a sua competência.

3.3 Modelo Circular Narrativo

O modelo circular narrativo favorece a narrativa da mediação, isto é, destaca a forma como se contam e se lidam com as histórias. Este modelo, também designado por modelo de Sara Cobb¹⁷, agrupa algumas das características dos modelos referidos anteriormente.

Tem como base de partida a premissa de que para mudar o significado será necessário mudar a história. Deste modo, elabora-se uma narração para que seja possível abordar o problema de uma perspetiva diferente, permitindo aos mediados refletir sobre os seus próprios interesses na obtenção do acordo. É certo que, quer a forma como se relatam os acontecimentos, quer a forma como se trabalha essa narrativa, são importantes neste contexto. Pelo facto das partes estarem de tal forma envolvidas nos seus conflitos e tensões pessoais acabam por não terem a capacidade de analisar o litígio como este se desenvolve na realidade. Este modelo parte do pressuposto que o conflito se gera no plano da comunicação, não só “o que” se diz, mas “o como” se diz. Torna-se fundamental para o trabalho do mediador dispensar o tempo necessário na observação, análise e contextualização do conflito, decorrente das versões das histórias que os mediados contam, pois fará com que estes se aproximem e tentem convergir as suas perspetivas do que realmente aconteceu, o que demonstra a importância da narrativa neste modelo.

¹⁷ Em homenagem à sua propulsora, que o desenvolveu a partir da pragmática da comunicação e da teoria dos sistemas. Camp, Eduard Vinyamata, 2003, obra citada.

3.4 Modelo Ecosistémico

O modelo ecossistémico de mediação centra-se na família como um todo. Neste contexto, para além das partes que recorrem à mediação familiar, as crianças e restantes elementos da família, devem ser envolvidos, direta ou indiretamente, no processo. Este modelo foi desenvolvido por Berubé e Parkinson e tem a sua génese nas teorias do conflito e da negociação, dos sistemas e vinculação.

De acordo com Parkinson o modelo ecossistémico de mediação baseia-se em determinados princípios¹⁸. Um destes princípios são os membros da família, principalmente os pais, que podem necessitar de ajuda para negociar mudanças em todas as áreas das suas vidas, incluindo obter acordos acerca de questões de particular importância (tendo como exemplo situações relacionadas com os seus filhos e a situação económica). Por outro lado, surge a importância da existência de um foco interdisciplinar: a mediação desenvolve-se em conjunturas culturais, sociais e jurídicos. Para a devida compreensão dos mesmos, os mediadores necessitam de deter conhecimentos interdisciplinares, uma vez que a perspectiva interdisciplinar facilita acordos sobre assuntos que nem advogados nem terapeutas poderiam tratar sozinhos. Por sua vez, as crianças são pessoas, não propriedade dos pais, com direitos próprios, nos quais se incluem o direito de manter relações familiares que lhes permitam obter o devido apoio e formação. A família é também considerada como outro princípio, seja ela saída de uma separação ou divórcio, continua a sempre a ser uma família. Por último, as crianças e os jovens necessitam de compreender as alterações que vão surgindo nas suas vidas. A inclusão e a abordagem das crianças e dos jovens na mediação, quer seja direta ou indiretamente, são proíficas e necessárias, obrigando os mediadores a obterem formação adicional para esse efeito.

A mesma autora refere ainda que o modelo ecossistémico de mediação pressupõe um contexto de decisão participada, em especial pelos pais, e tem como objetivo a celebração de acordos relacionados com questões que têm naturais implicações e consequências psicológicas, sociais, económicas e jurídicas.

Este modelo atribui também, a outro nível, destaque para as conexões entre os processos privados da família e os sistemas públicos, como os jurídicos, económicos, de apoio com cariz social e familiar.

¹⁸ Parkinson, Lisa, 2008, obra citada.

3.5 Outros Modelos

Existem ainda outras teorias em torno dos modelos de mediação familiar baseados nas formas de intervenção. Um destes modelos é o modelo de Coogler que defende um modelo de mediação familiar interdisciplinar, e que combina o mediador e o advogado. Neste caso, o mediador procura o acordo e o advogado analisa-o e elabora-o. Por sua vez, de acordo com Haynes deve existir um modelo unidisciplinar, e que seja preferencialmente aliado à terapia familiar, pelo que defende uma intervenção terapêutica. H. Irving e Michel Benjamin também seguem o sentido de transformar a mediação num espaço terapêutico.

Surgem algumas críticas à mediação familiar terapêutica, sendo que a mais frequente assenta no facto de esta preconizar a modificação dos padrões de interação entre as partes com o objetivo de melhorar a dinâmica familiar. Também Parkinson diverge integralmente desta visão referindo que a mediação familiar detém uma natureza interdisciplinar, razão pela qual nunca poderá possuir objetivos terapêuticos, ainda que dela possam surgir efeitos de cariz terapêutico que tenham um impacto na família. Deste modo, importa estabelecer uma efetiva diferença entre terapeuta e mediador familiar.¹⁹ O terapeuta familiar está orientado para o tratamento; trabalha frequentemente com “famílias intactas”; inclui os filhos desde o início; trabalha normalmente sem contrato escrito; sem ligação a processos legais; observa como a família comunica; está centrado em processos familiares; considera problemas subjacentes; transmite mensagens em vez de informação; desenvolve hipóteses para explicar o funcionamento familiar; em caso de assessoria técnica a família não estabelece contacto com os consultores; dá instruções sem explicar as razões; trabalha estrategicamente a forma de incluir os membros da família nas sessões e termina sem acordo escrito.

Por outro lado, o mediador familiar não está orientado para o tratamento; trabalha com a rutura de casal (separação/divórcio); os filhos só excepcionalmente participam desde o início; implica a assinatura de um contrato de mediação; está ligado a processos e procedimentos legais; facilita a comunicação para assegurar a participação; está centrado em temas interpessoais; dirige a atenção para problemas manifestos; disponibiliza informação de igual modo às partes; no caso de colocar alguma hipótese fá-lo com a finalidade de ajudar os participantes a negociar com mais eficácia; em caso de co-

¹⁹ Cfr. Parkinson, Lisa, 2008, obra citada.

mediação os mediadores trabalham juntos e a comunicação é aberta; discute e acorda tarefas com os participantes; ajuda principalmente os pais a acordar como falar e consultar os filhos; redige o acordo definido e aceite pelas partes.

Outro modelo existente é defendido por Florence Kaslow, que enfatiza a sua atenção nas crianças, resultando no seu interesse pela regulação das responsabilidades parentais e defendendo a presença das crianças no próprio processo de mediação.²⁰

Estes modelos de mediação diferenciados abordados anteriormente correspondem às seguintes formas básicas de intervenção: mínima, dirigida e terapêutica²¹, quer na forma de abordagem, quer na qualificação dos técnicos intervenientes.

A intervenção mínima estabelece e mantém o contacto entre as partes, dispondo de um espaço próprio para as partes se encontrarem. Verifica-se uma presença neutra que suporta o projeto de conversação, o mediador. Esta intervenção desperta o duplo fluxo de informação.

A intervenção dirigida possibilita obter e conceder informação sobre as partes e os seus conflitos, verifica e avalia, com estas, as alternativas existentes. Esta forma de intervenção trabalha na perspetiva de também persuadir as partes a chegarem a um acordo mais favorável face às especiais circunstâncias da situação em causa.

A intervenção terapêutica observa e avalia a relação existente entre as partes. Realiza uma intervenção que promova a correção das disfuncionalidades e visa uma decisão conjunta, elaborada a partir das mudanças obtidas com a ajuda de técnicas terapêuticas.

3.6 Tipos de mediação familiar

Paralelamente aos modelos de mediação familiar existem ainda os tipos de mediação familiar. Na opinião de António Farinha²², serão apenas dois os tipos de mediação familiar: a mediação familiar global e a mediação familiar parcial.

²⁰ Cruz, Rossana Martingo, 2011, obra citada.

²¹ Farinha, António e Lavadinho, Conceição, 1997, obra citada.

²² Farinha, António e Lavadinho, Conceição, 1997, obra citada.

A mediação global aborda não só os aspetos relacionados com as responsabilidades parentais como também a partilha de bens, alimentos para os filhos, atribuição de casa de morada de família e situações de divórcio ou separação judicial.

Por outro lado, a mediação familiar parcial faz referência apenas a algumas questões da mediação (por exemplo, quando um casal separado começa por tentar acordar apenas um aspeto do seu divórcio, nomeadamente alteração ao exercício das responsabilidades parentais). Para Maria Saldanha Pinto Ribeiro²³, se a mediação familiar fosse apenas parcial, os profissionais das ciências humanas seriam mais aptos para a desenvolver do que os juristas. Porém, o divórcio é uma situação que acarreta problemas diversos e exige soluções globais, pelo que se considera necessário e fundamental uma estreita colaboração entre os juristas e os psicólogos.

Por sua vez, existe também a mediação familiar em sentido amplo e em sentido estrito. A mediação familiar em sentido amplo aborda todos os tipos de conflitos que resultam do seio familiar, nomeadamente irmãos que recorrem à mediação para a obtenção de um acordo em casos de partilhas de herança. Por outro lado, a mediação em sentido restrito, que é a mais usual, refere-se apenas às questões relacionadas com o divórcio.

²³ Ribeiro, Maria Saldanha Pinto, obra citada.

4. Princípios e características da mediação familiar

A mediação familiar assenta em pilares básicos²⁴ que fazem com que esta se assuma nos dias de hoje como um mecanismo de resolução alternativa de litígios em ascensão. Podemos considerar os princípios como o eixo em torno do qual gira a mediação e assim se expressa ao longo do processo, bem como nos contratos que as partes subscrevem.²⁵

Os princípios²⁶ fundamentais da mediação familiar e os seus limites “são determinados para definir a sua identidade única, para preservar a sua integridade e para salvaguardar aqueles que a utilizam”.²⁷ Os princípios da mediação são inalteráveis independentemente do processo, isto porque cada processo é único.

4.1 O domínio das partes – *Empowerment*

Um dos princípios básicos da mediação é o controlo desta pelas partes, o denominado *empowerment*. Nos processos judiciais que se desenrolam nos tribunais, os poderes decisórios estão concentrados na mão de advogados. Nestes casos, a linguagem é muito técnica e o procedimento é formal e denso. O afastamento das partes do seu caso é muito grande e é desejado. Por outro lado, na mediação a posição é completamente contrária, uma vez que parte do princípio que as partes são as pessoas que estão melhor posicionadas para a resolução do seu conflito. Verifica-se, assim, uma ideia de responsabilidade pessoal que se traduz na atribuição às partes do domínio do problema e do processo. Se por um lado, em tribunal tudo lhes é afastado, com a mediação tudo lhes é entregue, ficando totalmente dependente delas o momento do seu início, o decurso e o fim da mesma.

Portanto, podemos considerar que as pessoas têm o domínio do processo, uma vez que podem sair quando quiserem, nada as obrigando, obviamente, a obter um acordo. Contudo, as pessoas detêm, essencialmente, o domínio do conteúdo, pelo que não será possível obter qualquer solução do conflito que não resulte delas. A impossibilidade de o mediador fazer

²⁴ Estes já eram associados à mediação, mas a Recomendação R (98) 1 do Comité de Ministros do Conselho da Europa veio positivar questões fundamentais inerentes à mediação familiar. É atualmente um instrumento de ouro que concentra as normas básicas e essenciais ao âmago da mediação.

²⁵ Vide Cruz, Rossana Martingo, 2011, obra citada.

²⁶ Podemos verificar no n.º 1, do artigo 2.º do Despacho n.º18778/2007, de 22 de agosto, que “o SMF desenvolve a sua atividade com garantia de voluntariedade, celeridade, proximidade, flexibilidade e confidencialidade”.

²⁷Cfr. Parkinson, Lisa, 2008, obra citada, p. 22.

sugestões sobre o conteúdo do conflito surge justamente da aplicação inexorável do princípio do domínio das partes²⁸. O mediador não pode intervir no que concerne ao mérito, limitando-se a conduzir as partes no caminho do diálogo e da mútua compreensão, com o objetivo de reunirem as condições para obterem, por si mesmas, o acordo. Num primeiro impacto, este facto pode parecer estranho, porém é essencial na dinâmica da mediação.

Deste modo, a característica do *empowerment* é fundamental na mediação. Se as pessoas não estiverem no centro da discussão e da iniciativa, não estaremos perante uma verdadeira mediação. Nesta sequência, mesmo que seja alcançado o sucesso pretendido, este poderá ser meramente aparente. Assim, o acordo que decorra da mediação tem de surgir das partes e estas têm de aderir-lhe de uma forma plena e convicta.

O segundo pilar da mediação está relacionado com aquele que é o seu fim. Contrariamente ao que é defendido pelos meios clássicos de resolução de conflitos, que são elaborados para a resolução da disputa apresentada pelas partes, a mediação atribui preferência à pacificação social, ou seja, tem como objetivo resolver o problema, restabelecendo a paz social entre os litigantes. Este fim sobrepõe-se integralmente à questão do direito. Neste caso, não é importante saber quem tem razão, mas por outro lado procurar dissipar os problemas subjacentes ao aparecimento do conflito.

Estamos, assim, perante um método de resolução de litígios baseado nos interesses e não nos direitos. Importa perceber o que são os interesses, diferenciando-os das posições. Deste modo, uma posição ou, numa linguagem jurídica, uma pretensão tem uma história e uma motivação, é o resultado de uma reflexão (mais ou menos consciente) sobre determinado interesse, estando os interesses estão subjacentes às posições.²⁹

Como metáfora do litígio, é comum utilizar-se a imagem do iceberg, considerando que as posições estão na ponta visível deste e que os interesses estão na sua base, ou seja, submersos. Perante a existência de um conflito, as pessoas extremam as suas posições, fazendo com que fiquem submersos os seus verdadeiros interesses e necessidades. Daí que sejam colocadas as questões: Porquê aquela pretensão? E para satisfazer que necessidades?

²⁸ Carvalho, Jorge Morais defende que a possibilidade de o mediador fazer propostas de obtenção do acordo não põe em causa o princípio do domínio das partes, o designado *empowerment*, essencial à mediação. Vide A Consagração Legal da Mediação em Portugal, JULGAR n° 15, 2011, Coimbra Editora.

²⁹ Vide Gouveia, Mariana França - Curso de Resolução Alternativa de Litígios, Almedina, Coimbra, 2011.

Podemos considerar que a mediação não se limita apenas ao objeto do processo, definido pelos seus objetivos, mas vai mais fundo, àquele que é o seu verdadeiro conflito. Os interesses podem ser satisfeitos através de diversas posições distintas, pelo que a mediação deve focar-se nestes e não numa posição específica. Portanto, a mediação pretende chegar ao fundo, isto é, à base, pois apenas a composição dos interesses possibilitará a duração do acordo e a manutenção do entendimento entre os litigantes. Deste modo, o resultado da mediação é de vitória para ambas as partes, designado de *win-win* (ganha-ganha), nunca alcançando um vencedor e um vencido.³⁰

4.2 O princípio da consensualidade

A consensualidade é outra característica base da mediação. Considerando a mediação como uma forma de resolução alternativa de litígios, esta visa essencialmente o fim da disputa. Mas este não pode ser encarado como um fim qualquer, uma vez que prossegue um acordo que pretende satisfazer as pretensões dos mediados. Assim, a mediação distingue-se de outros métodos como a conciliação³¹, por ter um objetivo mais ambicioso do que o simples acordo de vontades. O que efetivamente se pretende atingir é um resgate da comunicação entre aquelas pessoas cuja relação quebrou.

Portanto, e decorrente da voluntariedade, a consensualidade mostra a liberdade que cabe aos mediados de tentarem obter o acordo que satisfaça ambas as partes, isto é, que seja consensual.

O acordo e o consenso não são verdadeiros sinónimos neste contexto, pelo que é fundamental fazer-se uma breve distinção entre estes. Este princípio de mediação familiar representa a busca do consenso e não a obtenção do acordo, uma vez que pode não ser possível alcançar-se o acordo e a mediação terá sido útil na mesma, pois conseguiu-se obter um consenso entre as partes.

³⁰ Outro exemplo normalmente utilizado para ilustrar esta distinção é o do limão e dos cozinheiros. Dois cozinheiros disputavam um limão, dizendo cada um deles que era seu proprietário. Esta era a sua posição: quero o limão, é meu. Se perguntarmos, porém, qual o seu interesse – para que querem o limão – poderemos ter a solução do diferendo. Se um quer o sumo e outro a casca, é fácil conciliar os interesses, quando as posições eram, à partida, incompatíveis. Também conhecido como exemplo da laranja: Vide Wilde, Zulema e Gaibrois, Luís - O que é a mediação, 2003, p. 58.

³¹ A conciliação traduz-se em diligências promovidas e conduzidas pelo juiz/árbitro para tentar resolver o litígio por acordo das partes. Na opinião de Mariana França Gouveia, a conciliação não faz parte dos meios alternativos da resolução de litígios.

4.3 O princípio da celeridade

A celeridade é um princípio característico da mediação e expressa a rapidez com que o sistema se empenha em todos os processos, visando a obtenção de um acordo entre as partes. Este princípio apresenta-se, assim, como uma grande vantagem da mediação familiar, pois pretende evitar a morosidade da justiça.

A duração da mediação, o maior ou menor tempo, dependerá diretamente da predisposição das partes para esta, do seu grau de comunicação, bem como da compatibilidade das suas pretensões. Neste sentido, e de acordo com a concertação destes fatores, a mediação familiar será mais ou menos célere, contudo, mesmo nos casos mais difíceis, o período máximo não ultrapassa, por norma, os 90 dias.³²

Neste princípio, verifica-se a existência de maiores possibilidades de sucesso, mesmo em casos designados como mais complicados, uma vez que resulta num processo simples e informal onde as partes são impulsionadas a revelar os seus interesses e não as suas posições e quando não se sentem julgadas e avaliadas pelas suas pretensões.

4.4 O princípio da proximidade

O princípio da proximidade estabelece-se pela forma personalizada e humanizada como as partes são ouvidas e tratadas pelo mediador, em grupo ou individualmente, visando essencialmente alcançar uma solução que seja consensual e que permita salvaguardar a educação e o bem-estar dos filhos. É possível verificar a proximidade entre o mediador e os mediados que se encontram no mesmo patamar, em oposição ao do sistema judicial, no qual o juiz está numa posição de altivez.

O desempenho do mediador na mediação familiar não tem como objetivo julgar, mas, por outro lado, e através da prestação dos seus serviços, o mediador visa essencialmente um auxílio das partes, através da promoção do diálogo e sem impor qualquer tipo de tom no seu discurso e trabalho prestado. O caráter próximo da mediação realiza-se neste contexto, demonstrando uma clara flexibilidade e informalidade que não se verifica na realização de um processo judicial.

³² Vide Gomes, Ana Sofia, Responsabilidades Parentais, Quid Juris, 3ª Edição, 2012.

4.5 O princípio da flexibilidade

O princípio da flexibilidade indica que a mediação deve ser adaptada à medida de cada processo, respeitando os desejos e o tempo de cada um dos mediados, em paralelo com a fundamental e indispensável postura de cedência mútua, compreensão e entendimento por parte dos mediados face à salvaguarda da questão primordial do superior interesse dos seus filhos. Este princípio demonstra também que a mediação familiar é um processo mais simples e de adaptação mais fácil que o mediador realiza em cada processo.

A flexibilidade faz com que cada processo de mediação seja ao mesmo tempo diferente e igual. A diferença está relacionada com o facto de estar sempre dependente das diversas características das partes, todavia será igual, uma vez que as suas linhas de atuação estão previamente definidas.

Deverá ser seguido sempre um padrão mínimo existente, com passos e etapas que já demonstraram a sua eficácia e que, assim, acabam por aumentar as possibilidades de se obter um acordo entre as partes. Contudo, cada processo será diferente, único e irrepetível devido à organização do tempo, ao lugar, aos temas a tratar, às necessidades das partes e ao tipo de conflito em resolução.

Também é essencial inculcar nos mediados um espírito de flexibilidade em relação aos acordos que se alcançam. Por vezes, em determinadas situações, são aconselháveis acordos muito detalhados, porém estes podem ser suscetíveis de incumprimentos. Deste modo, e independentemente do grau de minúcia que os acordos possam conter, os mediados devem ter uma postura flexível em relação às possíveis alterações e ajustes que o quotidiano possa vir a suscitar ou exigir à medida que o tempo vai passando.

É um facto que o sistema judicial tradicional não é flexível, pois prevê diversas modalidades processuais e suporta um determinado formalismo, contrariamente ao verificado num processo de mediação.

4.6 O princípio da confidencialidade

O procedimento de mediação tem natureza confidencial³³, ou seja, todo o processo é sigiloso, ficando o mediador de conflitos impedido de intervir como testemunha, perito ou

³³ Vide Artigo 5.º da Lei n.º 29/2013 de 19 de abril.

mandatário, em quaisquer procedimentos posteriores à mediação e comprometendo-se a não fazer uso da informação em proveito próprio ou de outrem, nem divulgar informação a nenhuma outra pessoa ou órgão sem obter o consentimento por escrito de todos os participantes. Pode, assim, ser garantida a franqueza e a sinceridade de ambas as partes ao longo de todo o processo. O dever de confidencialidade só pode ser quebrado quando estiver perante razões de ordem pública, nomeadamente para assegurar a proteção do superior interesse da criança, quando esteja em causa a proteção da integridade física ou psíquica de qualquer pessoa, ou quando tal seja necessário para efeitos de aplicação ou execução do acordo obtido por via da mediação, na estrita medida do que, em concreto, se revelar necessário para a proteção dos referidos interesses. É também importante o facto do próprio juiz ter apenas conhecimento do resultado final da mediação (os termos constantes no acordo ou a falta dele). Acresce ainda que em ação judicial as partes não podem invocar o conteúdo das sessões de mediação, pois tal facto violaria este princípio exceto nas situações elencadas anteriormente.

Perante a mediação familiar onde são abordados temas pessoais e sensíveis, este princípio assume-se como essencial, pois nestes casos o constrangimento das partes só será ultrapassado se sentirem que o mediador é um profissional, que deverá manter o sigilo sobre todos os assuntos discutidos.

4.7 O princípio da neutralidade e da imparcialidade

Os princípios da imparcialidade e da neutralidade dizem respeito às características do mediador. Embora estes princípios sejam intrinsecamente conexos, não se confundem. A neutralidade refere-se ao resultado do conflito, enquanto que a imparcialidade está relacionada com o processo, com o curso da mediação.

De acordo com o princípio da imparcialidade³⁴, o mediador deve ser equidistante com os mediados, ou seja, o mediador deve tratar os mediados de forma igual e conceder as mesmas oportunidades de participação nas sessões a cada um deles. O mediador deve ter a capacidade para manter um distanciamento suficiente para que as suas experiências não lhe perturbem ou transformem a devida avaliação profissional, pelo que esta característica se

³⁴ Vide Artigo 6.º da Lei n.º 29/2013 de 19 de abril.

assume, assim, como fundamental para o mediador. A imparcialidade é transversal, pois não cabe ao mediador uma decisão ou opinião sobre o conflito, não devendo elaborar qualquer tipo de sugestão ou recomendação. Independentemente do mediador poder funcionar como um fiel da balança, tentando criar um equilíbrio entre as forças, este não pode tomar partido ou opções por um dos lados ou partes em confronto.³⁵

Por sua vez, o princípio da neutralidade reflete-se no afastamento ou desinteresse que o mediador deve ter no acordo final. Deste modo, o mediador deve atuar de forma neutra e respeitar as diferentes perspectivas dos mediados, não podendo transparecer as suas próprias ideias, mas tendo como sua única preocupação a satisfação dos mediados na capacidade em ultrapassar o litígio. O mediador não tem qualquer interesse material ou pessoal no resultado do processo de mediação, assumindo-se, assim, como uma terceira parte.

Em suma, contrapondo neutralidade e imparcialidade conclui-se que o mediador é neutro no que concerne ao resultado, à obtenção do acordo. Por outro lado, o mediador será imparcial em relação às partes no que diz respeito à sua conduta ao longo de todo o processo. A distinção realizada é mais fácil de aplicar na teoria do que na prática. É certo que na prática será mais difícil de dissociar estas duas condutas, contudo, desde que o mediador consiga pautar seu comportamento pela independência total face às partes e ao desfecho do confronto e sem qualquer tipo de pressão, a proteção destes dois princípios estará salvaguardada³⁶.

Conclui-se ainda que “a neutralidade (tal como a imparcialidade) além de princípio vetor da mediação atua também como dever específico do mediador”.³⁷

4.8 O princípio da voluntariedade

O princípio da voluntariedade³⁸ é condição *sine qua non* da mediação. Traduz-se na impossibilidade de obrigar a participação em processos desta natureza, uma vez que iria retirar a verdadeira essência de construção dedicada pelas partes. Este princípio expressa a

³⁵ Vide Cruz, Rossana Martingo, 2011, obra citada.

³⁶ Vide Artigo 7.º da Lei n.º 29/2013, de 19 de abril.

³⁷ Cfr. Cruz, Rossana Martingo, 2011, obra citada, p. 87.

³⁸ Vide Artigo 4.º da Lei n.º 29/2013 de 19 de abril.

liberdade que cada pessoa tem em querer recorrer ao procedimento de resolução alternativa de litígios.

As partes são livres de sair do processo de mediação quando desejarem, sem serem penalizadas. Deste modo, a voluntariedade não tem de estar presente apenas no momento em que as partes se dirigem à mediação, mas estará presente ao longo de todo o processo. Deverá verificar-se uma vontade mínima de participação de todos os envolvidos e as partes não podem ser forçadas ou pressionadas para a obtenção de um acordo. A mediação deverá estar assente na boa-fé entre as partes em resolver o litígio e obter um acordo aceitável.

A voluntariedade pode ser demonstrada em três momentos, iniciando-se com a vontade de recorrer à mediação, à qual se segue a manutenção desta ao longo de todo o processo e, em última instância, a aferição no acordo que as partes serão livres de firmar e adequar o seu conteúdo ao mais apropriado para a resolução do conflito.

Também se pode considerar a voluntariedade como extensível ao mediador que, por questões éticas, poderá colocar em qualquer altura um ponto final na sua intervenção.

4.8.1 A questão da voluntariedade versus obrigatoriedade

A mediação pode ser integrada no sistema de Justiça de diversas maneiras. Por um lado pode estabelecer-se a obrigatoriedade da mediação e por outro podem ser criados sistemas de mediação facultativos, como é a regra em Portugal. Por sua vez, a mediação pode, também, estar inserida nos tribunais, tal como nos Julgados de Paz³⁹, ou ser extrajudicial, como acontece nos sistemas públicos de mediação. A mediação pode ainda ser pré-judicial, antecedendo, portanto, a propositura da ação ou ser contemporânea do processo judicial, implicando a sua suspensão.

Alguns países consagram a mediação obrigatória, mais concretamente, uma sessão de mediação a que as partes têm de comparecer. O Estado designa um mediador para explicar às partes, no decorrer desta sessão obrigatória, como funciona a mediação e quais as vantagens decorrentes da mesma. Decorrida esta sessão, as partes são livres de

³⁹ A mediação facilitadora foi definitivamente introduzida em Portugal em 2001 com os Julgados de Paz. No procedimento destes tribunais, a mediação constitui uma fase do processo, entre a das alegações (de facto iniciais) e a do julgamento – artigos 49.º a 56.º Lei dos Julgados de Paz (LJP). Esta fase é sempre facultativa. Não só qualquer uma das partes pode afastar a mediação, no requerimento inicial ou na contestação (artigo 49.º n.º2 LJP), como a desistência é admissível em qualquer momento (artigo 55.º LJP).

participarem ou não na mediação. Deste modo, a obrigatoriedade da mediação apenas estará relacionada com esta sessão de esclarecimentos.

A obrigatoriedade na mediação não é de todo pacífica. Aliás, a instituição da mediação obrigatória tem sido objeto de uma alargada discussão por razões distintas, que têm levantado vários problemas, com natureza diferente, mas de idêntica e enorme importância. Em primeiro lugar, deverá perceber-se se a presença de uma sessão obrigatória na mediação fere o carácter voluntário deste procedimento. Importa ainda perceber se faz sentido ou se é produtora a existência de mediação obrigatória. Devemos também pretender saber se se adequa às exigências constitucionais de acesso à justiça.

No Brasil verifica-se a existência de uma obrigação prévia de submeter os conflitos de família à mediação. Após a realização da sessão inicial, na qual o mediador esclarece o modo de funcionamento da mediação a ambas as partes, pertencerá a estas a tomada de decisão no que concerne à continuidade do procedimento⁴⁰.

Na Argentina também foi implementado o sistema de mediação obrigatória, contudo não correu da melhor forma, pois foi encarada pelas partes como uma mera formalidade, que pretendiam ultrapassar com a maior celeridade possível⁴¹.

No Alasca é considerada obrigatória uma primeira sessão de mediação nos processos familiares⁴².

Na Califórnia o processo de mediação é uma prática comum em todos os processos de divórcio e, no caso concreto da guarda dos filhos, os pais estão obrigados a participar em sessões de mediação.

A sessão obrigatória verificada em alguns exemplos mencionados anteriormente não é bem aceite por alguns autores. Aliás, estes consideram mesmo que a sessão obrigatória colide com o carácter voluntário da mediação, uma vez que esta voluntariedade deve ser

⁴⁰ Vide Presas, Inmaculada García, Dois modelos de implantação da mediação familiar – Portugal e Brasil, in *Scientia Iuridica*, Universidade do Minho, Tomo LVII, n.º 316, 2008.

⁴¹ Campos, Joana, O princípio da confidencialidade na mediação, in *Scientia Iuridica*, Tomo LVIII, n.º 318, 2009.

⁴² Silva, Mário Rodrigues da, Um olhar jurídico sobre a mediação disponível em http://forumfamiliae.blogspot.com/2006_03_01_archive.html.

transversal⁴³. É entendido que esta sessão obrigatória é apenas uma sessão e que as partes têm a capacidade para decidirem por si próprias se pretendem ou não submeter o seu conflito à mediação. Porém, é considerado que a voluntariedade deve ser inerente a todo o processo. Portanto, deverá partir das partes a procura de explicações sobre a mediação, devendo esta ser puramente voluntária. A obrigatoriedade de participação das partes numa sessão na qual não pretendem participar não será bem recebida, o que acaba por colocar em causa a verdadeira essência da voluntariedade da mediação.

Por outro lado, existe uma posição divergente. Para alguns autores esta sessão prévia obrigatória de mediação não fere a essência da mediação, mas acaba por promovê-la.⁴⁴ Estes autores consideram que esta sessão tem como objetivo, meramente, disponibilizar informação sobre o processo de mediação, fazendo o devido enquadramento e demonstrando as suas vantagens. Contudo, isto não implica que as partes tenham que optar pela via da mediação, sendo livres de a não aceitar. As partes têm, assim, a possibilidade de não utilizar a mediação pela sua livre escolha e não pelo facto de desconhcerem a sua existência e utilidade. Com a realização desta sessão inicial, as partes têm a capacidade de realizarem uma escolha devidamente fundamentada no que se refere ao conflito entre ambas, bem como no que diz respeito às opções que estão disponíveis para a sua resolução. Neste contexto, a voluntariedade da mediação não é colocada em causa, pois esta sessão prévia é apenas uma sessão de esclarecimentos que pretende informar, e que concede a ambas as partes os elementos necessários para poderem, de forma completamente livre, decidir. Por sua vez, o facto de se disponibilizar informação e de ser dada a conhecer a essência da mediação, pode considerar-se como um meio de divulgação de uma importante e benéfica ferramenta de resolução alternativa de litígios. Deste modo, e partilhando este entendimento, a mediação obrigatória pode ser um importante passo na formação de uma cultura de mediação nos países onde ainda não se verifica, como é o caso de Portugal. A possibilidade de ser realizada uma sessão inicial obrigatória em Portugal poderia ser

⁴³ Droulers, Diana C. defende que é violado o princípio da mediação enquanto processo voluntário. Vide A mediação na América Latina, in Mediação, 1.ª Edição, Lisboa, Quimera Editores, 2002.

⁴⁴ Vide “La obrigatoriedade no priva a la mediación de su carácter voluntario (...)” Ortemberg, Osvaldo D., Mediación Familiar, aspectos jurídicos y prácticos, Buenos Aires, Biblos, 1996.

testada, numa fase inicial, nos julgados de paz, que de certa forma acabam por já ter conhecimento desta figura, embora esta não tenha aí carácter obrigatório.⁴⁵

A recomendação n.º R (98) 1 sobre a mediação familiar tem disposto nos seus princípios que, à partida, a mediação não deverá ser obrigatória. Porém, no seu princípio VI, alínea b), consagra que os estados são livres de definir os métodos para facultar informações sobre a mediação, sendo dado como exemplo a atribuição às partes da obrigação de terem encontros com um mediador para que possam verificar e escolher a possibilidade de se manterem na mediação ou optarem por outra alternativa. Portanto, a recomendação é pouco esclarecedora e insuficientemente assertiva nesta área.

A divulgação da mediação assume-se como um passo fundamental para o desenvolvimento desta. Embora possa parecer excessivo fazer com que as partes tenham que passar pela mediação propriamente dita antes de recorrerem aos tribunais, porém parece mais aceitável que seja apenas imposta uma sessão de pré-mediação para que toda a forma de funcionamento da mediação seja devidamente esclarecida.

Para António Farinha “os procedimentos já adotados noutros países de exigir a presença de casais com filhos numa sessão de informação pessoal, obrigatória e gratuita são um passo muito importante para alteração dos quadros culturais de abordagem tradicional dos conflitos familiares”.⁴⁶

Verifica-se a existência de outras formas de promoção da mediação, tal como o que está hoje consagrado no Código Civil, desde a lei n.º 61/2008, no artigo 1774º que estabelece que antes de o processo de divórcio se iniciar, a conservatória do registo civil ou o tribunal devem informar os cônjuges sobre a mediação familiar e os seus objetivos, ou até o que atualmente a lei dos julgados de paz estabelece. Estas considerações na lei conduzem a que possam ser entendidas como congéneres ou incentivadoras da mediação obrigatória.

O agravamento das custas às partes que podendo recorrer a mecanismos de resolução alternativa de litígios não o façam consiste noutro meio de promoção da mediação. Parece

⁴⁵ Vide Artigo 50.º n.º 1 da Lei 78/2001, de 13 de julho que estatui que “a pré-mediação tem como objetivo explicar às partes em que consiste a mediação e verificar a predisposição destas para um possível acordo na fase de mediação”.

⁴⁶ Farinha, António, Relação entre a mediação familiar e os processos judiciais, in Direito da família e política social, Porto, Publicações Universidade Católica, 2001.

que também poderá estar a ser colocada em causa o princípio da voluntariedade inerente à mediação, pelo facto de estar a ser uma forma de forçar as partes que tenham menos recursos venham a aderir à mediação, não por vontade própria, mas por necessidade económica, o que viria a revelar-se como um contra senso em relação à verdadeira essência da mediação anteriormente defendida. Poderia existir a possibilidade de discutir a conformidade constitucional de uma medida deste género, pelo facto do Artigo 20.º da Constituição da República consagrar que “a todos é assegurado o acesso ao direito e aos tribunais”.

A mediação deverá valer apenas pelo seu fundamento, resultante nas vantagens que oferece aos cidadãos, não obstante de se tornar mais económica para o estado.

Para alguns autores, a penalização da parte nas custas do processo que, quando podendo, não opte por recorrer a mecanismos de mediação, poderá ser considerado como um incentivo à mediação, tal como as sessões de pré-mediação obrigatórias anteriormente abordadas. Contudo, esta abordagem parece demasiado excessiva face ao que se pretende no contexto da mediação.

Paula Costa e Silva⁴⁷ analisou em profundidade este problema da obrigatoriedade da mediação. Uma das questões levantadas é a compatibilização de sistemas de mediação obrigatória com o direito de acesso à justiça, estipulado no Artigo 20.º da nossa Constituição e no artigo 6.º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos.

Esta autora faz referência aos casos relativos à história jurídica na Alemanha e no Reino Unido, bem como ao sistema norte-americano e ao direito austríaco.

Na Alemanha, a lei de introdução à ZPO⁴⁸, possibilitou aos diversos estados a adoção de sistemas de mediação obrigatória, anteriores ao processo judicial. Esta possibilidade foi utilizada por alguns Estados, impondo às pessoas a mediação prévia ao acesso aos tribunais. Nos Estados alemães que adotaram esta regra, a mediação é considerada como uma fase processual. A resolução deste vício processual deveria, porém, ser possível através da suspensão da instância e conseqüente reencaminhamento das partes para a mediação⁴⁹. Podem ser considerados diversos argumentos como defesa desta corrente,

⁴⁷ Vide Silva, Paula Costa e, A Nova Face da Justiça – Os meios Extrajudiciais de Resolução de Controvérsias, Lisboa, Coimbra Editora, 2009.

⁴⁸ Zivilprozessordnung – Código de Processo Civil alemão.

⁴⁹ Cfr. Gouveia, Mariana França, 2011, obra citada.

contudo foi criada alguma polémica em torno do seu enquadramento em relação à mediação obrigatória. Aliás, esta polémica acabaria por ver proferida uma decisão de indeferimento por parte do Supremo Tribunal Alemão (BGH)⁵⁰ em relação a um pedido de suspensão da instância, dando-se início à mediação. Neste caso, importa ainda referir o facto do Supremo Tribunal Alemão não ter ido mais além na análise efetuada, nomeadamente no que concerne à eventual inconstitucionalidade da imposição legal de mediação, bem como a eventual violação do direito fundamental do acesso à justiça, resultante da lei impossibilitar os cidadãos de avançarem com a ação em tribunal sem antes ser utilizada a mediação.

A questão da obrigatoriedade também foi abordada nos Estados Unidos da América, pois neste país alguns tribunais decidiram que o direito de acesso à justiça não é prejudicado com a obrigatoriedade da mediação, devendo ser assegurado que não são criados obstáculos que não sejam razoáveis no acesso aos tribunais⁵¹.

Em Inglaterra, é considerado como referência o famoso Caso Halsey, proferido pelo *Supreme Court of Judicature* em 2004. O sistema de mediação obrigatória não está contemplado no ordenamento jurídico inglês, pelo que esta decisão não surgiu na sequência do processo de mediação, mas devido à parte ganhadora do caso ter sido condenada nas custas do processo com a justificação em não ter aceitado o convite da outra parte para avançar com a mediação. Esta questão teve como suporte uma decisão do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos sobre o Artigo 6.º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos pronunciada no âmbito de uma convenção de arbitragem. O tribunal inglês entendeu que a imposição da mediação violaria esse artigo 6º, pelo facto de estar perante uma limitação inaceitável ao direito de acesso à justiça. No que diz respeito à condenação em custas, o tribunal afirma que “*O princípio fundamental é que a não aplicação da regra geral [quem perde paga as custas] não é justificável a não ser que a parte perdedora (é seu o ónus da prova) demonstre que a parte vencedora recusou sem motivo razoável o recurso aos meios de resolução alternativa de litígios.*”⁵² Neste caso, a

⁵⁰ O BGH decide que não é possível a sanção do vício processual, na medida em que a lei é clara na exigência de que tenha havido mediação antes da propositura da ação. A intenção do legislador é a de que as partes recorram à mediação antes de o processo dar entrada em tribunal, pelo que permitir a sanção da irregularidade frustraria os objetivos da lei – Cfr. Silva, Paula Costa e, 2009, obra citada, p. 57.

⁵¹ São exemplo destes obstáculos os custos ou demora excessivos, bem como a obrigação de o mediador revelar em seguida o conteúdo da sessão em tribunal.

⁵² Sime, Stuart, *Civil Procedure*, 2006, p. 469.

decisão não atribui grande credibilidade e promoção à resolução alternativa de litígios, apresentando-se como uma posição demasiado conservadora, e contrária à alemã.

Em Itália, foi já transposta no ano de 2010⁵³ a Diretiva 2008/52/CE. Desta transposição decorreu a obrigatoriedade de recurso à mediação em matérias concretas e devidamente listadas, tais como questões relacionadas com direitos de propriedade, acordos financeiros, questões de família e sucessões, entre outras. Contudo, o cidadão tem a possibilidade de recorrer à mediação ou a outros meios extrajudiciais de resolução de conflitos que venham a ser criados.

No que diz respeito a Portugal, Paula Costa e Silva defendeu, mediante certas condições, que a referência ao acesso à justiça nos textos internacionais e constitucionais não significa acesso irrestrito e imediato aos tribunais judiciais. “ (...) *se a limitação imposta puder considerar-se justificável atendendo às finalidades que lhe presidem e não implicar uma desvantagem proporcional para as partes, estará salvaguardada a sua conformidade com aqueles textos.* ”⁵⁴

Para que seja possível confirmar-se a obediência aos padrões constitucionais da mediação pré-judicial obrigatória, de acordo com esta autora, deverá efetuar-se uma análise que permita verificar a existência de uma justificação razoável para que esta seja imposta. Neste contexto, a obrigatoriedade da mediação poderá ter duas justificações. Em primeiro lugar, uma afetação mais racional dos recursos da Justiça, não tendo que ser distinguido nenhum tipo de litígio. Em segundo lugar, considera-se uma nova abordagem ao conflito e à forma da sua resolução.

De acordo com Mariana França Gouveia, da elaboração de uma análise mais atenta do direito de acesso à Justiça poderá concluir-se que o que é pretendido é proibir o Estado de impedir o exercício dos direitos pelos cidadãos. Contudo, não é de facto isto que é colocado em causa com a implementação da obrigatoriedade da mediação, pois o principal objetivo da mediação é aproximar a Justiça ao cidadão, e não dificultar o exercício dos seus direitos. Deste modo, a autora não julga como aceitável a inconstitucionalidade da eventual implementação de sistemas obrigatórios de mediação.⁵⁵

⁵³ Decreto-Lei n.º 28/2010 de 4 de março.

⁵⁴ Cfr. Silva, Paula Costa e, 2009, obra citada, p. 71.

⁵⁵ Vide Gouveia, Mariana França, 2011, obra citada. E no mesmo sentido Carvalho, Jorge Morais, 2011, obra citada.

Considerando que a mediação obrigatória não é proibida constitucionalmente, importa avaliar-se a exequibilidade da sua criação. As questões que têm sido levantadas surgem, essencialmente, pelo facto de a mediação ter como pilar base o domínio das partes, através do seu envolvimento e responsabilidade. Deste modo, caso as partes estejam obrigadas a enveredar pela mediação, estar-se-á a inviabilizar este domínio, o que pode significar, de acordo com alguns autores, a falha no sucesso da mediação. As partes terão a tendência em ver a mediação como mais uma fase processual, que fará com o conflito se prolongue.⁵⁶ O sucesso da mediação terá como contributo fundamental a colaboração das partes.

Estamos ainda perante poucas experiências, dados e o seu tratamento em países de tradição adjacente da portuguesa. Por sua vez, em relação aos estudos conhecidos, efetuados nos Estados Unidos da América, concluiu-se que a taxa de sucesso na mediação voluntária e na mediação obrigatória não é diferente, rondando em ambas as situações os 70%. Porém, noutros estudos realizados, a conclusão é contrária a esta: a taxa de acordo na mediação obrigatória é inferior (46%) à da mediação voluntária (62%).⁵⁷

A evolução e desenvolvimento da mediação não têm refletido o esperado, sendo um facto que os dez anos de implantação não foram suficientes para a obtenção do sucesso pretendido. Portanto, e considerando este panorama, considera-se que a instituição da obrigatoriedade da sessão inicial da mediação poderá ajudar a inverter esta situação. Caminha-se, pois, num sentido que poderá levar à instituição da mediação obrigatória, sendo útil refletir sobre as vantagens que a mediação poderá trazer aos cidadãos na sua utilização para a resolução dos problemas familiares.

⁵⁶ Vide Pereira, José Alves, *Mediação Voluntária, sugerida ou obrigatória?*, 2006; Silva, Paula Costa e, 2009, obra citada.

⁵⁷ Vide Gouveia, Mariana França, 2011, obra citada.

5. Etapas do Processo de mediação familiar

A mediação é um processo composto por várias etapas ou fases cujo objetivo final visa a obtenção de um acordo que consiga resolver o conflito entre as partes, bem como a possibilidade destas restabelecerem a comunicação perdida. Importa referir que o número de etapas não é estanque, o que quer dizer que não é obrigatório que sejam todas consideradas de igual forma, pois poderão variar de autor para autor e de acordo com a orientação teórico-metodológica.

Na opinião de Adolfo Braga Neto a mediação tem sete etapas e inicia-se com a pré-mediação.⁵⁸ Para este autor, a pré-mediação é o primeiro contacto que as partes têm com este procedimento, ou seja, traduz-se na realização de uma primeira reunião de esclarecimento prévio sobre os direitos e deveres que estas têm no âmbito da mediação. Deste modo, é nesta fase que o mediador clarifica qual o significado da mediação, colocando-se à disposição para responder a dúvidas que as partes tenham e apresentando a minuta do contrato de mediação que possa vir a ser estabelecido. Podemos considerar esta fase como fundamental para o processo de mediação, pelo facto de fomentar a confiança mútua. Se as partes não se sentirem com confiança e não estiverem devidamente esclarecidas acerca do funcionamento do processo, dificilmente se submeterão à mediação.⁵⁹

A segunda fase para este autor é a investigação, na qual o mediador irá ouvir de forma ativa e observar o comportamento e a linguagem corporal dos mediados, tentando definir o conflito existente, bem como entender as diversas posições e interesses. Neste sentido, o mediador apenas prosseguirá para uma terceira fase no momento que tiver o devido conhecimento da realidade do litígio em discussão e análise. A terceira etapa consiste na criação de opções, na qual o mediador estuda e analisa as diversas possibilidades que podem ser consideradas. Consequentemente, serão escolhidas as opções de acordo com o que for considerado como mais conveniente para as partes (quarta etapa), seguindo-se a avaliação destas. Posteriormente, inicia-se a preparação do acordo final, na qual são elaborados os termos escolhidos pelas partes em resposta aos seus interesses. A última etapa corresponde à fase do acordo propriamente dito, que compreende a versão final dos compromissos assumidos durante todo este processo.

⁵⁸ Vide Neto, Adolfo Braga, in Estudos sobre Mediação e Arbitragem, Rio de Janeiro, ABC Editora, 2003.

⁵⁹ Vide Artigos 49.º e 50.º, n.º 1 da Lei n.º 78/2001, de 13 de julho – Lei dos Julgados de Paz.

Outros autores delineiam o mesmo caminho, embora de forma um pouco diferente. Na opinião de J. Ignacio Bolaños e Paula Lucas Rios⁶⁰, o processo de mediação considera, de uma forma simples, seis etapas. Inicia-se com a aceitação do processo de mediação pelos interessados, ou seja, o seu início necessitará de uma inequívoca aceitação dos membros do casal em fase de separação. Em segundo lugar, referem como fundamental a identificação dos problemas existentes, isto é, reconhece as posições legais e as posições reais para que seja possível trabalhá-las no sentido de perceber quais são os interesses e as necessidades a que estas dão resposta. A etapa seguinte processa-se através da identificação de opções e alternativas, devidamente valorizadas para uma negociação. Posteriormente, estes autores defendem como quarta etapa a obtenção de acordos que sejam legalmente praticáveis. Por último, apontam como objetivo a elaboração do acordo e sua aceitação (quinta etapa), que resulta na redação de um documento agregador de toda a informação considerada mais pertinente pelas partes, sendo concluído com a homologação judicial do acordo⁶¹.

Marta Blanco Carrasco⁶² defende apenas três etapas para o procedimento da mediação. Esta autora considera como primeira fase a pré-mediação, segundo a qual é função do mediador realizar o designado “monólogo útil” e dar informação sobre o processo. Caso seja aceite pelas partes dar seguimento à via da mediação, estas assinam o contrato de mediação que abrange o compromisso de confidencialidade. Nesta sequência, é atingida a mediação propriamente dita (segunda etapa), na qual o mediador conduz as partes a partilharem interesses e a obterem um consenso. Quando é alcançada uma proposta, a mesma é redigida. A última fase é a *post* mediação que diz respeito ao acompanhamento que o mediador faz das partes e dos acordos atingidos.

De acordo com o artigo 34.º da Lei n.º 29/2013 de 19 de abril “O início do procedimento de mediação nos sistemas públicos de mediação pode ser solicitado pelas partes, pelo tribunal, pelo Ministério Público ou por Conservatória do Registo Civil, sem prejuízo do

⁶⁰ Vide Bolanos, J. Ignacio, *Mediación Familiar de Procesos y Contenciosos de Separación y Divorcio en un contexto judicial*, in *Mediación: Una alternativa Extrajurídica*, Madrid, 1995. Vide também Rios, Paula Lucas, *Mediação Familiar – Estudo Preliminar para uma Regulamentação Legal da Mediação Familiar em Portugal*, Verbo Jurídico, 2005.

⁶¹ De acordo como Artigo 9.º da Lei n.º 29/2013 de 19 de abril o acordo de mediação tem força executiva, sem necessidade de homologação, nos casos descritos nas alíneas a) a e) do mesmo.

⁶² Vide Carrasco, Marta Blanco, *Mediación y Sistemas alternativos de resolución de conflictos – una visión jurídica*, Madrid, Editorial Reus, 2009.

encaminhamento de pedidos de mediação para as entidades gestoras dos sistemas públicos de mediação por outras entidades públicas ou privadas.”

Portanto, as partes que tenham um litígio no âmbito das relações familiares podem, voluntariamente e através de decisão conjunta, submeter o litígio a mediação, bem como através do juiz, a requerimento destas ou officiosamente depois de obtido o consentimento delas, determinar a intervenção da mediação⁶³.

Em suma, as fases identificadas pelos diversos autores começam com uma etapa preliminar, a pré-mediação. É nesta etapa que o mediador se dá a conhecer e explica qual o verdadeiro significado da mediação. Após a enumeração das diversas regras e da aceitação destas por ambas as partes, é solicitada, por parte do mediador, a assinatura de um contrato que concretize a mediação. A confidencialidade, a imparcialidade, bem como os aspetos processuais como a possibilidade ou não de *caucus*⁶⁴, custos do processo⁶⁵ e remuneração do mediador⁶⁶ são definidos neste contrato. Posteriormente são agendadas a data e hora das sessões de mediação, que terão uma dupla finalidade: solucionar de modo efetivo a disputa (objetivo direto da mediação) e pacificar a relação entre as partes (objetivo indireto da mediação). Após audição das partes e resumo de argumentos, serão procuradas ideias no sentido de solucionar os temas listados até que se alcance o acordo final, que será posteriormente revisto e redigido pelas partes, para sua assinatura.

⁶³ Designadamente nos processos de regulação do exercício das responsabilidades parentais, como determina o artigo 147.ºD do Decreto-Lei n.º 314/78, de 27 de outubro, que aprova a Organização Tutelar de Menores (OTM). Sempre que da mediação resultar um acordo o juiz tem obrigatoriamente de verificar se ele satisfaz o interesse do menor e, em caso afirmativo, homologa-o. Para que os restantes acordos obtidos através de mediação possam valer em tribunal, é necessário que sejam homologados pelo juiz ou apresentados na conservatória, consoante os casos.

⁶⁴ Sessão em que o mediador reúne separadamente com cada uma das partes até que seja possível a reunião conjunta.

⁶⁵ A utilização do SMF tem um custo de 50 € para cada uma das partes, independentemente do número de sessões de mediação. Pode não haver lugar ao pagamento dessa taxa quando o Juiz decida pela intervenção da mediação nos termos do artigo 147.ºD da Lei de OTM ou quando seja concedido apoio judiciário a uma ou a ambas as partes.

⁶⁶ Definida pelo Artigo 10.º do Despacho n.º 18778/2007 de 22 de agosto.

6. O papel do mediador

“O mediador é um importuno que vem sacudir o homem, é um incómodo, alguém que não destrói, mas faz refletir, faz pensar por si mesmo. Ainda que calado, é um agitador que procura mudança relacional entre as pessoas, que estão congeladas numa posição infecunda.” (Six, 2001: 220)⁶⁷

O mediador é considerado como uma das peças-chave da mediação, determinante para o seu sucesso ou insucesso. As características do mediador, nomeadamente o seu perfil, a sua postura, a sua forma de estar, agir e dirigir as sessões de mediação são essenciais para que os mediados sintam confiança e retomem a comunicação para que seja possível atingir o acordo. Paralelamente, a credibilidade da mediação dependerá do trabalho que é desenvolvido pelo mediador, pelo que só será possível obter a confiança das partes através de um mediador que tenha as devidas capacidades.

O perfil do mediador é, assim, entendido como o conjunto das características pessoais que lhe possibilitam a obtenção de um desempenho das funções abrangidas pela sua atividade profissional. Portanto, para que o seu trabalho seja adequado à realidade e às necessidades que se apresentam no seu quotidiano, o mediador deve ser também empático, flexível, criativo, ter sentido de humor e formação apropriada. O mediador deve conseguir compreender as partes envolvidas, através de uma proximidade que lhe permita entender os seus sentimentos e as suas motivações, bem como toda a sua estrutura interna de referência, procurando ter uma visão envolvente o mais alargada possível e de acordo com a realidade.

Considera-se que o mediador⁶⁸ é um profissional treinado em mediação, conhecedor da sua filosofia e das suas técnicas, aplicando-as no exercício da sua atividade.⁶⁹

A existência de um mediador, designado como um terceiro imparcial, possibilita o desenvolvimento de uma nova dinâmica na discussão entre as partes, podendo considerar o mediador como um verdadeiro agente de mudança. Pode mesmo considerar-se que este

⁶⁷ Cfr. Quintanilha, Anabela, 2012, Sistemas de Mediação Familiar, Instituto Superior Bissaya Barreto.

⁶⁸ Artigo 2.º, alínea b), da Lei n.º 29/2013, de 19 de abril – “ «Mediador de conflitos» um terceiro, imparcial e independente, desprovido de poderes de imposição aos mediados, que os auxilia na tentativa da construção de um acordo final sobre o objeto do litígio.”

⁶⁹ Gouveia, Mariana França, 2011, obra citada.

desempenho do mediador traz uma energia suplementar que torna possível a obtenção de um acordo entre as partes envolvidas no litígio.⁷⁰

O mediador deve desempenhar um papel facilitador do diálogo entre as partes, mantendo sempre nestas a responsabilidade da resolução do conflito. Independentemente de ser o mediador a controlar e a dirigir o procedimento da mediação, são as partes que têm a responsabilidade do domínio do conteúdo do conflito.

O mediador conduz a negociação que as partes fazem entre si, não negociando entre elas. Por sua vez, o mediador também não aconselha as partes, individualmente ou em grupo, promovendo por outro lado o diálogo que vá ao encontro da resolução dos problemas.

A função do mediador no trabalho desenvolvido na mediação não é possível ser comparada com padrões estandardizados e rígidos, uma vez que estamos perante conflitos que são completamente diferentes e variados, tal como as pessoas envolvidas nos processos e a sua forma de comunicação.

O mediador é um profissional preparado para a utilização das técnicas da mediação. Para o exercício da profissão nos serviços públicos da mediação, o Ministério da Justiça exige a frequência e aproveitamento de um curso credenciado pelo Gabinete de Resolução Alternativa de Litígios, organismo desse ministério.⁷¹

Em Portugal, verifica-se nos dias de hoje uma oferta suficiente de cursos de formação de mediadores (em regime de Pós-Graduações em instituições de ensino superior ou outras entidades de formação). Por norma, é requerida a titularidade de um curso superior, podendo ser qualquer um.⁷² Contudo, é um facto que existe uma preponderância de licenciados em Direito e em Psicologia, embora também sejam encontrados mediadores com licenciatura nas áreas de Sociologia, Filosofia e Geografia.

A diversidade de formações acarreta problemas para a mediação, que deverá ser devidamente enfrentado na formação e fiscalização. Neste sentido, terá que ser tido em

⁷⁰ Artigo 7.º, n.º 1, do Despacho nº 18778/2007 – “O mediador familiar é um profissional especializado, que atua desprovido de poderes de imposição, de modo neutro e imparcial, esclarecendo as partes dos seus direitos e deveres face à mediação e, uma vez obtido o respetivo consentimento, desenvolve a mediação no sentido de apoiar as partes na obtenção de um acordo justo e equitativo que ponha termo ao conflito que as opõe.”

⁷¹ Vide Artigo 24.º da Lei n.º 29/2013, de 19 de abril e Portaria 237/2010, de 29 de abril.

⁷² Vide Artigo 31.º da Lei n.º 78/2011, de 13 de julho. Vide Artigo 8.º do Despacho nº 18778/2007: “Podem candidatar-se a um procedimento de seleção com vista a integração nas listas de mediadores familiares do SMF as pessoas que satisfaçam os seguintes requisitos: tenham mais de 25 anos, estejam no pleno gozo dos seus direitos civis e políticos; tenham licenciatura adequada; estejam habilitados com um curso de mediação familiar reconhecido pelo Ministério da Justiça; sejam pessoas idóneas; tenham o domínio da língua portuguesa.”

consideração o padrão de abordagem da mediação relacionado com a profissão de base que cada mediador detenha. Podemos assim elencar alguns exemplos, tais como os advogados, que consideram difícil a obtenção de uma solução para os conflitos através de uma construção que surja unicamente por parte da capacidade que os mediados detenham para o fazer; os juízes desejam obediência, considerando que quando dizem algo é o que está certo e os psicólogos, com tendência natural para a terapia, acabam por procurar a génese do conflito.

Nos dias de hoje ainda serão poucos os mediadores que exercem a profissão em exclusividade. O mercado da mediação ainda é pequeno e ainda existe muito o fator de desconhecimento da ferramenta da mediação. Deste modo, acaba por não haver trabalho suficiente para que a maioria dos mediadores tenham a possibilidade de prescindir do seu trabalho de origem e dedicar-se em exclusivo à mediação.

Relativamente aos advogados que são mediadores, é de difícil posicionamento o facto de ser de manhã advogado e à tarde mediador, o que poderá dar origem a problemas. A Lei dos Julgados de Paz identifica que os mediadores estão impedidos de exercer a advocacia nos Julgados de Paz onde prestam serviço.⁷³

As regras de deontologia da profissão do mediador deverão também ser devidamente conhecidas pelo mediador, para que este desempenhe devidamente o seu trabalho. As regras positivadas estão em vários diplomas e instrumentos normativos. Para além dos Julgados de Paz⁷⁴ e da Lei da mediação⁷⁵, importa ainda referir o Código Europeu de Conduta para Mediadores⁷⁶, documento produzido com o apoio dos serviços da Comissão Europeia. Este código europeu visa essencialmente assegurar a confiança em relação aos mediadores e à mediação e pretende ser um conjunto de princípios a que os mediadores podem aderir de forma voluntária. Contudo, este Código é apenas um denominador comum à mediação europeia, ou seja, não se imiscui com a legislação nacional. Deste modo, este Código refere apenas os princípios básicos, não obstante cada país poder regular a mediação, indo mais além.

⁷³ Vide Artigo 30.º, n.º 3 da Lei n.º 78/2001, de 13 de julho.

⁷⁴ Vide Lei n.º 78/2001, de 13 de julho.

⁷⁵ Vide Lei n.º 29/2013, de 19 de abril, em especial Artigo 26.º.

⁷⁶ Vide tradução portuguesa disponível em www.gral.mj.pt.

O primeiro dever deontológico do mediador é ser independente.⁷⁷ O mediador deve ser independente e imparcial⁷⁸, não podendo ter qualquer interesse pessoal no conflito ou qualquer relação entre as partes. O sucesso e a equidade só serão possíveis de atingir se o mediador for indiferente em relação às partes e ao conflito em discussão. Embora o mediador não decida, a sua intervenção pode ser decisiva, pelo facto de encaminhar as partes para a obtenção de um acordo.

O Código Europeu de Conduta para Mediadores faz referência aos seguintes índices de falta de independência: uma relação pessoal ou profissional com uma das partes; um interesse financeiro, direto ou indireto, no resultado da mediação; a prestação de serviços que não de mediação a uma das partes pelo mediador ou um elemento da sua organização. Embora estes não sejam impedimentos rígidos, nestas situações, o mediador deve ponderar se reúne condições para conduzir a mediação com total independência e neutralidade.⁷⁹

Em relação aos direitos, o mediador tem direito a renunciar a mediar determinado conflito, sempre que tal se justifique (por exemplo, quando conhece alguma das partes), bem como de terminar a mediação, quando entender que esta não será viável ou quando estiver a ser manipulada pelas partes. Os mediados devem conceder as informações verdadeiras e completas ao mediador, uma vez que só deste modo ele poderá realizar o seu trabalho, com a devida liberdade e independência.⁸⁰ O mediador tem ainda o direito de ser remunerado pelos seus serviços.⁸¹

O Código Europeu propõe também que se estabeleça um dever de revelação de circunstâncias que possa colocar em causa a independência ou imparcialidade do mediador - o *disclosure*.⁸² Este dever deve manter-se durante todo o processo, pois quando for feita esta revelação o mediador só deve continuar o processo se as partes concordarem.

O mediador deve ser ainda neutro, devendo assim abstrair-se das suas convicções pessoais no momento em que realiza o seu trabalho. Contudo, a neutralidade acaba por ser mais difícil de controlar do que a imparcialidade ou a independência. Aliás, poderá até entender-

⁷⁷ Por reconhecer a importância desta característica a Lei dos Julgados de Paz - Lei n.º 78/2001, de 13 de julho, refere-a por diversas vezes nos seus Artigos 21.º e 30.º. A regra consta ainda do princípio 2.1 do Código Europeu de Conduta para Mediadores, com mais algum desenvolvimento.

⁷⁸ Vide Artigo 6.º e 7.º da Lei n.º 29/2013, de 19 de abril.

⁷⁹ Vide Artigo 27.º da Lei n.º 29/2013, de 19 de abril.

⁸⁰ Vide Parkinson, Lisa, 2008, obra citada e Cruz, Rossana Martingo, 2011, obra citada. Vide também Artigo 25.º da Lei n.º 29/2013, de 19 de abril.

⁸¹ Vide Artigo 10.º do Despacho 18778/2007.

⁸² Típico da arbitragem, importado para a mediação.

se que tal é impossível, uma vez que o afastamento dos nossos preconceitos e pensamentos nunca se faz até ao nível do subconsciente.

Em suma, o mediador não é um juiz, porque não impõe um veredito final, nem tem o poder outorgado pela sociedade para decidir por outrem. Por outro lado, o mediador também não é um negociador que toma parte na negociação com interesse direto nos resultados. Para o mediador, o essencial é que ambas as partes possam encontrar os seus verdadeiros interesses e consigam manter um mínimo de relacionamento para falarem sobre eles. O mediador é considerado como um terceiro neutro, que conduz o processo sem contudo tomar uma decisão. Na mediação tudo deve ser feito pelas próprias partes.

*“O mediador tem o seu lugar na sociedade porque, tal como o advogado, o mediado sabe que encontrará nele, (...), mas com a grande diferença de que o mediador, fará isso não apenas com ele, mas também com todos os envolvidos no conflito.”*⁸³

⁸³ Vide Vezzula, Juan Carlos, *Mediação: Teoria e Prática – Guia para Utilizadores e Profissionais*, Agora Comunicações, 2004.

7. Vantagens, fragilidades e objetivos da mediação familiar

A mediação familiar tem como objetivo prestar um serviço adequado às necessidades afetivas e jurídicas de um casal em fase de separação, protegendo primordialmente o interesse de seus filhos menores, pretendendo assim contribuir para a reorganização da família. A mediação familiar pretende também ajudar no fomento da autodeterminação da família, apoiando o casal em fase de separação a encontrar uma solução que possibilite dar uma resposta adequada às necessidades dos seus filhos, e também às suas. Por outro lado, visa facilitar a comunicação do casal em fase de separação, diminuindo os litígios que eventualmente possam surgir.

A mediação familiar apresenta diversas vantagens quer a nível do desenvolvimento do processo, quer a nível individual de cada uma das partes. Podemos considerá-la como sendo voluntária, pois as partes só aderem ao processo de mediação se o pretenderem, podendo sempre parar a qualquer momento ou desistir; rápida, reduzindo o tempo, uma vez que favorece um processo judicial mais célere, evitando a morosidade do litígio; económica, já que ao abreviar o processo judicial, vai acabar por diminuir as suas custas (taxa única de cinquenta euros); consensual, possibilitando uma solução de consenso do litígio, atendendo aos interesses e anseios de ambas as partes, dando origem a soluções mais proveitosas; evita a manutenção do conflito, pelo facto de reduzir a conflitualidade e facilitar a comunicação; fomenta o vínculo paterno-filial, corresponsabilizando ambos os progenitores pelas suas funções parentais; gera alternativas criativas, para os membros do casal em fase de separação, ao participarem ativamente na elaboração do acordo, podem originar opções viáveis, utilizando os aspetos positivos da situação e mitigando os negativos.⁸⁴ A aproximação da justiça ao cidadão é também considerada como uma vantagem, uma vez que a mediação é um processo menos burocrático, mais informal e que facilita a existência de uma relação de proximidade. De acordo com alguns autores, são também consideradas vantagens da mediação a confidencialidade e a segurança, pois transmitem aos mediados confiança, na medida em que o processo de mediação é sigiloso,

⁸⁴ Vide Farinha, António e Lavadinho, Conceição, 1997, obra citada.

sendo proibida a divulgação do teor das sessões, e é um serviço público, promovido pelo Ministério da Justiça.⁸⁵

A manutenção das relações no direito da família também é referenciada como outra vantagem, pelo facto de se pretender, através da mediação, a obtenção de um acordo que seja vantajoso para ambas as partes, o que só poderá ser alcançado através da reparação da relação interpessoal e/ou através da manutenção da relação existente entre os mediados. A participação ativa e responsável ao longo de todo o processo faz com que as partes sejam responsabilizadas pelo acordo que será realizado, logo as soluções serão mais satisfatórias para ambas, uma vez que estas participaram na tomada de decisão.

Também é considerada vantagem da mediação o facto de ela apostar muito mais na cooperação do que na competição. Deste modo, a mediação facilita a igualdade face ao poder, o respeito da necessidade de ambas as partes, e, essencialmente, permitindo a manutenção da dignidade e estima entre ambas.

A implementação de uma sessão inicial obrigatória, pré-mediação, é também entendida como uma vantagem, pois promove a essência do processo de mediação, informando as partes do seu procedimento e das alternativas possíveis para a resolução do litígio.

Podem também apontar-se algumas fragilidades da mediação familiar. A informalidade do processo de mediação pode ser encarada como um obstáculo com consequências nos mediados que, em alguns casos, se encontram no processo sem interesse algum, acabando por conceder falsas informações ao mediador, e outros não aceitam nem respeitam as regras básicas da mediação. No que concerne ao mediador familiar, existe também a possibilidade deste não conseguir ter uma postura completamente neutra e/ou imparcial, o que prejudicará o processo de mediação. Muitas vezes, é mais difícil ao mediador familiar distanciar-se, enquanto pessoa humana, daquela que é a sua opinião e daqueles que são os seus pensamentos acerca da vida real.

Por fim, e segundo a opinião de alguns autores, a participação das crianças e jovens nas sessões de mediação familiar pode também ser encarada como um obstáculo, devido à sensibilidade dos assuntos em discussão.

⁸⁵ Vide Parkinson, Lisa, 2008, obra citada; Cruz, Rossana Martingo, 2011, obra citada.

A mediação surge como uma alternativa efetiva ao sistema judicial. Neste sentido, a mediação estimula a comunicação, aumenta a capacidade de negociação e diminui os sentimentos de revolta e ansiedade. A mediação familiar confere aos intervenientes no processo a possibilidade de serem criadas alternativas que sejam viáveis e que consigam mitigar os aspetos negativos do litígio em confronto, aceitando a diversidade existente.

7.1 A mediação familiar como tendência de desjudicialização

Quando comparamos a mediação e processos litigiosos existe a tendência em apresentar a mediação como a “boa” solução e a via judicial como sendo a “pior solução”. Contudo, acaba por não ser justo para ambos os sistemas a realização de uma apreciação tão simplista. Importa referir que a mediação nem sempre é apropriada e nem sempre é possível face aos conflitos em questão. Por sua vez, mesmo que seja possível avançar-se com a mediação, não é certo que na mesma se venha a concretizar um acordo. A mediação tem algumas limitações e os resultados finais variam consoante cada caso. Em muitos casos deve optar-se pela utilização da via judicial em vez da mediação. Atualmente, muitos tribunais atuam segundo processos orientados para conseguir um acordo. Porém, as partes em conflito, que se arriscam a ser envolvidas em processos judiciais demorados e adversos, têm o direito de saber quais as diferenças que existem entre processos litigiosos e a mediação, para que possam fazer uma opção fundamentada, com conhecimento de causa e estando cientes de que os processos litigiosos envolvem custos emocionais e financeiros.

Podemos verificar diversas diferenças entre os processos litigiosos e a mediação familiar, perante as quais são notórias as principais vantagens da mediação familiar para a resolução de conflitos.⁸⁶

Deste modo, na via judicial as partes são tratadas como adversários, enquanto que na mediação as partes são estimuladas a procurar interesses mútuos.

Por outro lado, nos processos litigiosos as questões são definidas pelos advogados recorrendo a termos legais e na via extrajudicial as partes explicam as questões pelas suas próprias palavras.

⁸⁶ Vide Parkinson, Lisa, 2008, obra citada.

Os advogados atuam como defensor do seu cliente nos processos litigiosos, e os participantes falam e escutam-se um ao outro através da mediação.

Na via judicial, as posições radicalizam-se afastando ainda mais os casais ou as famílias, ao contrário do que se verifica na mediação familiar que possibilita que as diferenças sejam reduzidas, estabelecendo-se pontes.

Por sua vez, na via judicial os processos estão sujeitos a regras legais formais, enquanto na via extrajudicial os processos são informais, confidenciais e flexíveis.

Os processos litigiosos duram normalmente muito tempo e sofrem atrasos, enquanto os acordos através da mediação podem ser atingidos rapidamente.

Nos processos litigiosos as partes confiam nos seus advogados, enquanto na mediação os seus participantes explicam as suas necessidades.

Na via judicial a atenção está centrada em danos e ofensas do passado, ao contrário do que se verifica na via extrajudicial onde a atenção está centrada na procura de soluções futuras.

Os estados de conflito e de tensão são prolongados com os processos litigiosos, enquanto o conflito é resolvido e a tensão diminui pela mediação familiar.

Na via judicial existe dificuldade em considerar diferentes alternativas, mas através da mediação serão colocadas como possíveis todas as opções disponíveis.

Com os processos litigiosos os custos são elevados para os litigantes e para o Estado, enquanto que na mediação os custos legais podem ser reduzidos ou evitados.

Na via judicial as decisões são impostas pela autoridade judicial, contrariamente à tomada de decisão participada verificada na mediação familiar.

Com a via judicial as decisões impostas têm menos probabilidades de subsistirem, ao contrário das decisões consensuais, que resultam da mediação, que têm maiores probabilidades de perdurarem.

A mediação pode, assim, entender-se como uma técnica que tem a capacidade de colmatar as falhas do processo judicial, no qual existe cada vez menos espaço para ouvir e/ou dialogar em torno do crescente número de divórcios, bem como em relação à solidão, à falta de informação e à falta de comunicação no seio familiar.

8. Conclusão

A família tem conseguido uma constante centralização na vida da sociedade. A dinâmica da própria família visa dar à sociedade as ferramentas adequadas para remover obstáculos e as dificuldades institucionais que muitas vezes acabam por se opor ao progresso, ao desenvolvimento e à realização plena e concreta da vida familiar. Deste modo, considera-se que a sociedade de hoje não pode fugir à sua responsabilidade, deixando para as gerações vindouras uma resposta que deverá hoje ser solucionada. A família exige e estimula o dever e a obrigação que a sociedade tem para consigo. Pelo facto de a família ter sofrido ao longo dos tempos as diversas mudanças da sociedade, esta tem vindo a adaptar-se e a estruturar-se em função daquelas que são as novas realidades, bem como dos novos problemas que vão surgindo. Sem dúvida alguma que a sociedade procurou organizar e adaptar as suas funções, respondendo às novas realidades, tanto estruturais, como funcionais da família. A mediação familiar enquanto meio alternativo de resolução de litígios é em si mesma uma resposta à evolução da sociedade e a problemas concretos que têm surgido. A família é, para todos os cidadãos sem exceção, uma peça fundamental da sua vida e sem a qual a realização pessoal e humana perde o verdadeiro significado. Logo, não podemos tratar questões tão sensíveis que derivam de litígios familiares, de uma forma agressiva e sem olhar aos sentimentos, mas por outro lado tentando evitar o desmembramento e a quebra de laços familiares tão importantes.

Podemos afirmar que, com o passar dos anos, a família dentro do conceito jurídico, foi um dos organismos que mais sofreu alterações, justamente em virtude da mutabilidade natural do homem.

A mediação familiar por vezes surge devido a fatores negativos, quer seja pela ausência de respostas eficazes em tempo útil, quer por serem trabalhados judicialmente aspetos apenas legais e formais, em matérias com uma enorme carga subjetiva e emocional, e aplicando leis abstratas a sujeitos e famílias com dinâmicas muito diferenciadas. O que se pretende atingir quando se procuram ultrapassar estas dificuldades é o que conduz à humanização da resolução de conflitos e à capacidade de se encontrarem respostas renovadas e diversificadas para os problemas existentes.

É um facto que a mediação nem sempre é adequada e nem sempre é possível, pois estará dependente dos conflitos em questão e da vontade entre as partes e, mesmo sendo possível, poderá não ser exequível concluí-la ou concretizar um acordo.

A mediação familiar é incentivadora de interesses mútuos, explicativos e de linguagem simples, de ouvir e dar a palavra, permitindo dirimir diferenças e estabelecer ligações. Os processos são mais informais, confidenciais, flexíveis, mais céleres, com menor tensão e menores custos. Com a mediação familiar é possível obter uma decisão mais participada e mais consensual, para a qual todas as opções são possíveis na procura de soluções futuras.

Conclui-se que a mediação familiar tem um conjunto de vantagens que permitem encará-la como um forte instrumento de resolução de conflitos. Portanto, ao afirmarmos que a mediação familiar é voluntária, célere, económica, promove o consenso, evita a manutenção do conflito, facilita a comunicação, fomenta o vínculo paterno-filial, gera alternativas criativas, aproxima a justiça ao cidadão, é pouco burocrática, informal, promove a confidencialidade e a segurança, é sigilosa, fomenta a manutenção das relações no direito da família, aposta na cooperação, facilita a igualdade face ao poder, permite que sejam mantidas a dignidade e a estima entre ambas as partes envolvidas no processo, estamos a certificar que o sucesso desta ferramenta será possível através de uma devida estruturação.

Concomitantemente, conclui-se que é essencial a implementação de uma sessão inicial obrigatória, denominada por pré-mediação, à semelhança do que já acontece noutros países. Esta sessão prévia obrigatória irá promover a verdadeira essência do processo de mediação através da divulgação e da explicação clara de quais os seus objetivos e de qual a sua utilidade para a resolução dos problemas. Importa referir que esta sessão não implica que as partes sejam obrigadas a escolher a via da mediação sendo, portanto, completamente livres de a não aceitar. Por outro lado, a obrigatoriedade da sessão inicial terminará com o facto, que por vezes se verifica, das pessoas não optarem pela mediação por desconhecimento ou por não entenderem devidamente a sua utilidade.

Entende-se assim que a mediação familiar é uma nova forma de pensar e resolver os problemas, com a ajuda de um terceiro elemento que promove a gestão pacífica dos conflitos.

A mediação familiar, considerada como um meio alternativo de resolução de litígios, pretende ser um facilitador de uma relação que se quer centrada no superior interesse da família no seu todo. Em paralelo, a mediação deverá contribuir para ser desenvolvida enquanto serviço de apoio às famílias, motivadas para o bem-estar dos seus membros, nas quais as crianças e os jovens tenham a possibilidade de crescer em harmonia.

Como podemos constatar, a evolução e a mudança que determinam de modo significativo o mundo em que hoje vivemos não excluem a família. Apesar de a família ser considerada como uma das instituições mais persistentes no tempo, a mudança social tem-se refletido amplamente, arrastando-a com o decorrer dos anos (desde os processos da industrialização e urbanização) para novas realidades, às quais tem procurado adaptar-se. Contudo, e dada a visibilidade que a família assume na sociedade, também esta procura ajustar as instituições às exigências e necessidades da família. Deverão assim ser criados os mecanismos necessários para uma mais alargada implementação, incentivo e promoção da mediação familiar enquanto meio alternativo de resolução de conflitos.

9. Bibliografia

- Alarte, F. H., Mediación Y mediación social. In R. L. Martin (Ed.), Las multiples caras de la mediación: Y llegó para quedarse. Universitat de València: Martin Impressores, S.L., 2007.
- Bolanos, J. Ignacio, Mediación Familiar de Procesos y Contenciosos de Separación y Divorcio en un contexto judicial, in Mediación: Una alternativa Extrajurídica, Madrid, 1995.
- Camp, Eduard Vinyamata, Aprender Mediación, Barcelona, Paidós, 2003.
- Campos, Joana, O princípio da confidencialidade na mediação, in Scientia Iuridica, Tomo LVIII, n.º 318, 2009.
- Carrasco, Marta Blanco, Mediación y Sistemas alternativos de resolución de conflictos – una visión jurídica, Madrid, Editorial Reus, 2009.
- Carvalho, Jorge Morais A Consagração Legal da Mediação em Portugal in JULGAR nº 15, Coimbra Editora, 2011.
- Code d'éthique et de déontologie des médiateurs professionnels, fevereiro 2013.
- Colaço, Amadeu, Novo regime do divórcio, 2ª Edição, Almedina, 2009.
- Correia, Maria José da Silva Feijó, Mediação Familiar: Um contributo para a promoção da relação entre pais em desacordo, Universidade dos Açores, 2010.
- Cruz, Rossana Martingo, Mediação Familiar – Limites Materiais dos Acordos e o seu Controlo pelas Autoridades, Coimbra Editora, Maio 2011.

- Dias, Maria Olívia, Artigo “A Família numa sociedade em mudança, problemas e influências recíprocas”, 2000.
- Droulers, Diana C. A mediação na América Latina, in *Mediação*, 1.ª Edição, Lisboa, Quimera Editores, 2002.
- Farinha, António e Lavadinho, Conceição, *Mediação Familiar e Responsabilidades Parentais*, Edições Almedina, 1997.
- Farinha, António, *Relação entre a mediação familiar e os processos judiciais*, in *Direito da família e política social*, Porto, Publicações Universidade Católica, 2001.
- Ferreira, Clara Sofia Morgado, *Mediação Familiar - A Perspetiva dos Mediadores Familiares*, Instituto Politécnico de Viseu, 2013.
- Fialho, António José *Guia Prático do Divórcio e das Responsabilidades Parentais*, Centro de Estudos Judiciários, 2012.
- Gomes, Ana Sofia, *Responsabilidades Parentais*, Quid Juris, 3ª Edição, 2012.
- Gouveia, Mariana França, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, Almedina, Coimbra, 2011.
- Haynes, John M., *Divorce Mediation: A Practical guide for Therapists and Counselors*, Springer Publishing Company, New York, 1981.
- Neto, Adolfo Braga, in *Estudos sobre Mediação e Arbitragem*, Rio de Janeiro, ABC Editora, 2003.
- Ortemberg, Osvaldo D., *Mediación Familiar, aspectos jurídicos y prácticos*, Buenos Aires, Biblos, 1996.

- Parkinson, Lisa, Gabinete para a Resolução Alternativa de Litígios, Ministério da Justiça, Agora Comunicação, 2008.
- Pereira, José Alves *Mediação Voluntária, sugerida ou obrigatória?*, 2006.
- Presas, Inmaculada García, Dois modelos de implantação da mediação familiar – Portugal e Brasil, in *Scientia Iuridica*, Universidade do Minho, Tomo LVII, n.º 316, 2008.
- Quintanilha, Anabela, *Sistemas de Mediação Familiar*, Instituto Superior Bissaya Barreto, 2012.
- Ribeiro, Maria Saldanha Pinto, *Divórcio - Guarda Conjunta e Mediação Familiar*, Edições Pedra Serra, Sociedade Editorial, Lda.
- Rios, Paula Lucas, *Mediação Familiar – Estudo Preliminar para uma regulamentação Legal da Mediação Familiar em Portugal*, Verbo Jurídico, 2005.
- Silva, Mário Rodrigues da, Um olhar jurídico sobre a mediação disponível em http://forumfamiliae.blogspot.com/2006_03_01_archive.html.
- Sime, Stuart, *Civil Procedure*, 2006.
- Six, Jean-François, *Les médiateurs*, Paris : Le Cavalier Bleu, 2003.
- Vezzula, Juan Carlos, *Mediação: Teoria e Prática – Guia para Utilizadores e Profissionais*, Agora Comunicações, 2004.
- Vezzulla, Juan Carlos. *Adolescentes, família, escola e lei. A mediação dos conflitos*, 1ª Edição. Lisboa, Agora Publicações, 2006.
- Wilde, Zulema e Gaibrois, Luís, *O que é a mediação*, 2003.

9.1 Jurisprudência

- Decreto-Lei n.º 28/2010 de 4 de março.
- Decreto-Lei n.º 314/78, de 27 de outubro, que aprova a Organização Tutelar de Menores.
- Despacho n.º 18778/2007, de 22 de agosto – regula a atividade do sistema de mediação familiar.
- Diretiva 2008/52/EC, de 21 de maio do Parlamento Europeu e do Conselho da União Europeia.
- Lei n.º 29/2013, de 19 de abril.
- Lei n.º 78/2001, de 13 de julho, com as alterações da Lei n.º 54/2013, de 31 de julho.
- Lei Nº 61/2008, de 31 de outubro.
- Portaria 237/2010, de 29 de abril.
- Recomendação n.º R (98) 1 do Comité de Ministros do Conselho da Europa aos Estados Membros sobre a Mediação Familiar.

9.2 Sites consultados:

<http://forumfamiliae.blogspot.com>

<http://www.unam-csm.com>

www.dgpj.mj.pt

www.gral.mj.pt

www.ipmediacaofamiliar.org

www.ipmediacaofamiliar.org/MEDIACAO.html

www.mediation-ucm.es

www.verbojuridico.net

www.worldmediationforum.org