

Paula Lucas Rios
MAGISTRADA

Mediação Familiar

ESTUDO PRELIMINAR PARA UMA REGULAMENTAÇÃO
LEGAL DA MEDIAÇÃO FAMILIAR EM PORTUGAL



verbojuridico®

v.2. – 2005

ÍNDICE

1. Mediação

1.1 Noção e origem

1.2 A mediação familiar em Portugal

1.3 Proposta de trabalho

2. O direito português

2.1 Tendência de desjudicialização das questões de natureza familiar e preferência legal pelas soluções consensuais dos conflitos.

3. Tipos de mediação familiar

4. Princípios/ características da mediação familiar

5. Etapas do processo de mediação familiar

6. Natureza do acordo

7. O mediador

7.1 Código deontológico

7.2 Regime sancionatório

8. Registo dos mediadores (Certificação/Formação)

9. Organização, promoção e acesso à mediação

10. Conclusões

1. Mediação

1.1 Noção e origem

A Mediação em sentido lato é um método alternativo de resolução de conflitos aplicável a áreas distintas, tais como: o Direito da Família, o Direito Penal, o Direito do Ambiente, o Direito Comercial, entre outras¹

A Mediação Familiar, de acordo com a exposição de motivos da Recomendação n.º R (98) 1 do Comité de Ministros aos Estados Membros do Conselho da Europa, é “(...) *un processus dans lequel un tiers qui n’est pas directement intéressé dans les questions faisant l’objet du litige, facilite la discussion entre les parties de manière à les aider à résoudre leurs difficultés et à parvenir à des accords.*”

Este processo, que não tem o seu decurso necessariamente pela via judicial, podendo ser extrajudicial, implica a intervenção de uma terceira pessoa imparcial e neutra (o mediador) em relação ao conflito inter-partes.

Estas procuram obter um acordo reciprocamente satisfatório que ponha termo ao conflito existente, que confira uma certa “ordem ao caos”.

O mediador é uma pessoa que, para além da sua formação de base (Direito ou Psicologia, por ex.) possui uma formação específica em Mediação e auxilia as partes na obtenção de um acordo através da confrontação e negociação dos pontos divergentes - este “processo visa restabelecer a comunicação entre elas (partes), na perspectiva da sua autodeterminação e da sua responsabilização”.²

As partes podem recorrer directamente à Mediação ou serem encaminhadas por advogados, Ministério Público ou tribunal.

O acordo obtido poderá carecer de homologação judicial.

O único gabinete de mediação familiar existente no nosso país, em Lisboa, intervém não só em situações ainda não apresentadas a tribunal, como também

¹ Nos E.U.A., no Estado da Virginia, por ex., o *Standards of Ethics and Professional Responsibility for Certified Mediators*, alude à Mediação Familiar como uma forma alternativa de resolução de litígios em áreas tão diversas como a familiar, comunitária, ambiental, comercial, educacional deixando em aberto a possibilidade de servir outros domínios.

Na Argentina a *Ley 24.573 de 27/10/1995*, regulamentada pelo *Decreto Nacional 91 de 29/01/1998*, instituiu a mediação com carácter obrigatório e prévio para todos os litígios, salvando dessa obrigatoriedade: 1. *Causas penales*. 2. *Acciones de separación personal y divorcio, nulidad de matrimonio, filiación y patria potestad, con excepción de las cuestiones patrimoniales derivadas de éstas. El juez deberá dividir los procesos, derivando la parte patrimonial al mediador*. 3. *Procesos de declaración de incapacidad y rehabilitación*. 4. *Causas en que el Estado Nacional o sus entidades descentralizadas sean parte*. 5. *Amparo, hábeas corpus e interdictos*. 6. *Medidas cautelares hasta que se decidan las mismas, agotándose respecto de ellas las instancias recursivas ordinarias, continuando luego el trámite de la mediación*. 7. *Diligencias preliminares y prueba anticipada*. 8. *Juicios sucesorios y voluntarios*. 9. *Concursos preventivos y quiebras*. 10. *Causas que tramitem ante la Justicia Nacional del Trabajo*.

² Farinha, A. em *Mediação e Justiça de Família e Menores*, IV Congresso dos Magistrados do Ministério Público.

naquelas já apresentadas mas em que houve suspensão do processo judicial. Em qualquer um dos casos os acordos obtidos são objecto de homologação judicial.

A mediação, nomeadamente na modalidade de resolução extrajudicial de conflitos matrimoniais, surgiu pioneiramente nos **E.U.A.**³, na segunda metade dos anos 70, funcionando a maior parte dos serviços adstritos aos tribunais.

Inicialmente orientada para a reconciliação dos casais, acabou por incidir maioritariamente sobre a obtenção de acordos em matéria de regulação do exercício do poder paternal e das demais questões decorrentes da ruptura conjugal.

No entanto, a rápida proliferação da Mediação naquele país, na vertente familiar, ficou a dever-se a um vertiginoso acréscimo de divórcios e à inerente litigiosidade e aumento de custos processuais.

O fenómeno rapidamente se estendeu ao país vizinho, **Canadá**, na década de 80, onde hoje existem serviços de mediação tanto de carácter público como privado.⁴

Na Europa, o país pioneiro nesta matéria foi o **Reino Unido**, criando o primeiro Centro de Mediação Familiar em Bristol em 1976 e alargando, posteriormente, a rede a todo o país. A causa pode facilmente ser encontrada na alta taxa de divórcio que caracteriza aquele país.

A Europa continental também não foi insensível a esta vaga que cativou países como a **França**⁵, **Áustria**, **Alemanha**, **Bélgica**, **Finlândia**, **Itália**, **Polónia**, **Espanha**, **Eslovénia**, **Noruega**, **Suécia** e **Andorra** para a criação de Serviços de Mediação Familiar, a partir da década de 80.

A actividade desenvolvida pode ser de carácter público ou privado, mas em alguns destes Estados, como o Reino Unido, França, Áustria e Alemanha, a mediação está fundamentalmente organizada por organismos independentes do Estado e particulares; o que é, todavia, complementado por um sistema de Apoio Judiciário estadual.

³ Um dos primeiros estudiosos nos E.U.A., em 1974, foi o psicólogo e advogado Coogler, que teve como seguidores Haynes e Erickson.

⁴“Le 1^{er} septembre 1997, une nouvelle loi concernant la médiation familiale est entrée en vigueur au Québec. Cette loi permet aux **couples avec enfants** -- qu'il s'agisse de conjoints légalement mariés ou de conjoints de fait -- de recevoir **gratuitement** les services d'un médiateur professionnel lors de la négociation et du règlement de leur demande de séparation, de divorce, de garde d'enfants, de pension alimentaire ou de révision d'un jugement existant.”

“Attention ! Vous êtes libre de faire appel au médiateur de votre choix. Cependant, si vous voulez bénéficier de la gratuité du service de médiation, vous devez choisir un médiateur dont les honoraires s'accordent au tarif prescrit par la loi qui est de 95 \$ par séance. Si vous choisissez un médiateur qui travaille à un tarif différent, vous devez payer vous-mêmes la totalité des frais de la médiation. “– La médiation familiale gratuite - Gouvernement du Québec, 1997

Nos restantes países acima referidos, e em alguns casos na Alemanha, é sobre o próprio Estado que recai a obrigação de fornecer serviços de mediação; em alguns deles a responsabilidade onera os municípios.

Em todos eles existe um serviço de mediação gratuito.

Em **França**, o Código de Processo Civil, no seu título VI, define mediação e aponta-a como um recurso do qual o juiz pode lançar mão, com assentimento das partes, para obter uma solução para o conflito que as opõe.

Do art. 131-1 ao 131-15, estabelece os pressupostos e princípios que regulam o decurso deste processo, nomeadamente, o acesso, a duração, os mediadores, o formalismo processual, alguns direitos e deveres do mediador e das partes, o acordo e a remuneração do mediador.

Neste país, ainda existe uma outra lei – *Loi n.º 98-1163 du décembre 1998 relative à l'accès au droit et à résolution amiable des conflits* – que institui a possibilidade de recurso à mediação para a resolução de questões do foro penal (*vide Chapitre III*).

Em **Espanha**⁶, os primeiros passos foram dados pela Catalunha e pelo País Basco que criaram um serviço de mediação familiar subsidiado pelo respectivo Governo Autonomia, seguiu-se o município de Madrid que elabora um acordo com o *Colégio* de Advogados, Psicólogos e Assistentes Sociais para levar a cabo a implementação de um serviço de mediação.

Em resposta ao sucesso destes programas surgiram o Anteprojecto de Lei de Mediação Familiar da Catalunha e o Projecto de Lei de Mediação Familiar na Comunidade de Valenciana, aprovados, ao que se sabemos, no decurso do corrente ano.

2.2 A mediação em Portugal

A primeira estrutura criada em **Portugal** data de 1993 e foi o Instituto Português de Mediação Familiar que resultou da iniciativa conjunta de psicólogos, terapeutas familiares, magistrados e juristas.

⁶ Em Espanha, na década de 90, efectuou-se uma experiência de mediação familiar no 14º juízo do Tribunal de Família de Barcelona (Catalunha) e uma outra, em matéria de mediação entre vítimas e menores dos 12 aos 16 anos, fruto da articulação entre a Direcção-Geral de Justiça Juvenil da Catalunha e os magistrados judiciais e do Ministério Público. Ambas se revelaram um sucesso.

No ano lectivo seguinte, 1994/95, foi ministrado um primeiro curso de mediação familiar, organizado e dirigido, em conjunto, pelo Centro de Estudos Judiciários e pelo aludido instituto.

Surge seguidamente, em Janeiro de 1997, a Associação Nacional para a Mediação Familiar – Portugal, constituída por magistrados, advogados, terapeutas familiares e psicólogos, todos eles com formação em mediação familiar. O propósito desta associação centra-se na promoção e dinamização da mediação familiar, propondo-se, designadamente, intervir na sua divulgação, na formação inicial, permanente e complementar dos mediadores e na definição do quadro normativo do exercício profissional da mediação familiar.

Ainda em 1997, mais concretamente a 16 de Maio, foi celebrado um “protocolo de colaboração entre o Ministério da Justiça e a Ordem dos Advogados, que criou o projecto “Mediação Familiar em Conflito Parental ”, com o primacial objectivo de implantar um serviço de mediação familiar em matéria de regulação do exercício do poder paternal, 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 ruptura.”⁷

O Despacho nº 12 368/97 do Ministro da Justiça na concretização do projecto de investigação-acção “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.”⁸

Este Gabinete de Mediação Familiar (GMF) restringiu o seu âmbito de actuação às situações de “conflito parental relativas à regulação do exercício do poder paternal, à alteração da regulação do exercício do poder paternal e aos incumprimentos do regime de exercício do poder paternal para cujo conhecimento seja competente a comarca de Lisboa.”⁹

Tem como atribuições fundamentais: - “o atendimento dos utentes; a orientação, a mediação e o acompanhamento em situações de conflito parental; a divulgação dos objectivos e métodos da mediação familiar; a formação na acção; a investigação e avaliação da acção desenvolvida.”¹⁰

⁷ Despacho nº 12 368/97 do Ministro da Justiça in Diário da República n.º 283/97, II série, de 9/12/97, a pags. 15 039 e 15 040.

⁸ Ponto 1 do Despacho nº 12 368/97 do Ministro da Justiça.

⁹ Ponto 2 do Despacho nº 12 368/97 do Ministro da Justiça

¹⁰ Ponto 3 do Despacho nº 12 368/97 do Ministro da Justiça.

Em relação a cada uma destas atribuições o já aludido despacho define objectivos e estratégias.

Quanto ao **atendimento**, em particular, podemos dizer que prossegue como objectivos como a promoção de uma “atitude conciliadora e facilitadora da negociação do conflito familiar e a desdramatização do processo de ruptura familiar através do apelo à capacidade de redefinição das funções parentais pelos próprios interessados”.

Para tal, lança-se mão de uma estratégia que passa pelo “atendimento de famílias em fase de separação e estabelecimento de contactos com os profissionais das áreas jurídica e psico-social e com os meios de comunicação social”.¹¹

No que concerne à **mediação propriamente dita**, as finalidades traçadas vão no sentido de “oferecer ao casal em fase de separação um contexto adequado à negociação, possibilitando a sua autodeterminação; garantir a continuidade das relações paterno-filiais e fomentar a co-parentalidade; prevenir os incumprimentos de acordos de regulação do exercício do poder paternal; e alterar formas de comunicação disfuncionais e reforçar a capacidade negocial do casal em fase de separação”.¹²

O Gabinete de Mediação Familiar dá “prioridade ao atendimento de situações pré-judiciais”, atendendo também a “situações com processo judicial pendente, mediante suspensão voluntária da instância.”¹³

Na vertente de **orientação e acompanhamento** o que se procura é “identificar estratégias pessoais e sociais de superação da crise familiar; promover o relacionamento paterno-filial e fomentar a co-parentalidade; fortalecer os acordos alcançados e reforçar a capacidade negocial do casal em fase de separação.”

Isto poderá ser alcançado mediante a “organização de grupos de entreaajuda e de colóquios e debates.”¹⁴

O GMF possui igualmente intentos de **divulgação**, uma vez que a mediação familiar se encontra numa fase embrionária no nosso país, é seu objectivo “promover uma cultura de negociação e de normalização consensual dos conflitos familiares” o que só poderá ser transmitido pela via da “promoção de debates, colóquios e elaboração e divulgação de informação.”¹⁵

¹¹ Ponto 4.1 do *Despacho n.º 12 368/97 do Ministro da Justiça*.

¹² Ponto 4.2 do *Despacho n.º 12 368/97 do Ministro da Justiça*.

¹³ Ponto 4.2 do *Despacho n.º 12 368/97 do Ministro da Justiça*.

¹⁴ Ponto 4.3 do *Despacho n.º 12 368/97 do ministro da Justiça*.

¹⁵ Ponto 4.4 do *Despacho n.º 12 368/97 do Ministro da Justiça*.

Na **vertente formativa**, o GFM procura “promover a formação permanente e complementar de técnicos de mediação familiar e proporcionar apoio técnico aos mediadores familiares.”¹⁶

A **formação** estabelecer-se-á através do “intercâmbio de experiências de mediação e participação em acções de formação, bem como da promoção de contactos formativos com instituições e serviços similares, prioritariamente da União Europeia.”¹⁷

O projecto experimental contempla ainda a **investigação** de modo a identificar e compreender a relação entre processos de separação / divórcio e de mediação familiar, perceber os factores de reorganização da vida familiar, analisar a mediação familiar, enquanto alternativa inovadora às formas tradicionais de resolução de conflitos através da “aplicação de questionários, tratamento de dados e realização de estudos e de pesquisas.”¹⁸

De modo a aferir a **qualidade e eficácia do serviço prestado**, o GMF recorre à aplicação de questionários e à realização de entrevistas.

1.2 Proposta de trabalho

Este trabalho, dada a limitação de tempo e de páginas, não pretende ser mais que um estudo preliminar, um levantamento de conteúdos tidos como fundamentais numa futura regulamentação legal da mediação familiar em Portugal.

A favor duma regulamentação fundada não exclusivamente na vertente teórica, teremos já o valioso contributo conferido pela prática, há já cerca de três anos, do GMF, que julgo constituir uma experiência inovadora voltada para a ajuda aos outros, para o alerta da comunidade, em geral, e dos profissionais ligados a esta área, em particular, e contribuir para a acumulação dos conhecimentos/problemáticas efectivamente reais que constituirão, certamente, um precioso apoio à necessária regulamentação legal desta matéria no nosso país.

¹⁶ Ponto 4.5 do *Despacho n.º 12 368/97 do Ministro da Justiça*.

¹⁷ Ponto 4.5 do *Despacho n.º 12 368/97 do Ministro da Justiça*.

¹⁸ Ponto 4.6 do *Despacho n.º 12 368/97 do Ministro da Justiça*.

2. O Direito Português

2.1 Tendência de desjudicialização das questões de natureza familiar e preferência legal pelas soluções consensuais dos conflitos.

O Estado possui, hoje, uma intervenção subsidiária e supletiva na resolução dos conflitos familiares, nomeadamente relacionados com o divórcio e separação.

Esta atitude, fruto do movimento generalizado de democratização social, reflecte, precisamente, a tendência actual para reconhecer aos interessados a capacidade e responsabilidade de resolução dos problemas intrinsecamente pessoais que afectam as suas vivências.

O nosso ordenamento jurídico não é alheio a esta evolução pelo que importa congregar as diferentes normas que reflectem o que ficou dito:

- ao nível constitucional, estão plasmados como princípios orientadores do direito da família a *reserva da intimidade da vida privada e familiar* (art. 26º da C.R.P.) e o *direito prioritário dos pais de educação e de manutenção dos filhos sem interferências injustificadas de terceiros ou do Estado* (art. 26º da C.R.P.)
- a nível de direito privado, em caso de ruptura da relação matrimonial, divórcio ou separação, o legislador prefere sempre a via do mútuo consentimento. No decorrer do processo de divórcio ou separação, e no caso da tentativa de conciliação falhar, o juiz procura obter o acordo dos cônjuges para o mútuo consentimento (art. 1774º, nº 2 do C.Civil e 1407º, nº 2 do C.P.Civil) Estes acordos, que constituem *conditio sine qua non* do decretamento do divórcio ou separação, por mútuo consentimento, apenas poderão ser postos em causa se não acautelarem o interesse dos cônjuges ou o dos filhos, o que demonstra, claramente, o papel preponderante da vontade e autonomia das partes (art. 1776º, nº 2, 1778º e 1778º -A do C.Civil).

Com o DL nº 163/95, de 13 de Julho, facilitou-se a obtenção do divórcio por mútuo consentimento que agora passa a ser possível sem recurso ao tribunal (o que reforça a vontade de desjudicialização destas questões), mas apenas com uma ida à Conservatória de Registo Civil, isto para os casais sem filhos menores ou, tendo-os, com o exercício do poder paternal já judicialmente regulado (art. 1773º e 1778º - A do C.Civil).

- ainda no caso do casal manter o propósito de pôr termo ao matrimónio pela via litigiosa, o juiz deverá procurar obter o acordo dos cônjuges quanto a pontos de

regulamentação necessária como a atribuição da casa de morada de família, os alimentos e exercício do poder paternal (art. 1407º, nº 2 do C.P.Civil)

- a regulamentação do exercício do poder paternal também obedece ao mesmo princípio da consensualidade, uma vez que deverá ser feita por acordo extrajudicial entre os pais, a ser homologado judicialmente a requerimento dos mesmos. O tribunal só interferirá se a homologação não for requerida ou se o acordo não defender, prioritariamente, os interesses do menor (arts. 1905º e 1906º do C.Civil); no entanto o juiz deverá procurar obter o acordo dos pais no início e no fim do processo (art. 177, nº 1 e art. 158º, nº 1, a) da O.T.M.)

Posto isto, parece legítimo afirmar que a “desjudicialização das questões familiares tem apenas como limites a justiça e a equidade ”¹⁹

3. Tipos de Mediação Familiar

A mediação poderá ser de tipo global ou parcial, consoante aborde para além da problemática da regulação do exercício do poder paternal (guarda, regime de visitas e alimentos), as questões da partilha dos bens, casa de morada de família e alimentos ou apenas se cinja à regulação do exercício do poder paternal ou incumprimento/alteração da regulação do exercício do poder paternal, respectivamente.

4. Princípios base da Mediação Familiar

- **Voluntariedade**

As partes devem ser livres de recorrer à mediação familiar assim como de desistir, a qualquer momento.

De acordo com a já mencionada Recomendação do Conselho da Europa, a mediação não deverá, em princípio, ser obrigatória

O mediador deve poder interromper o processo por razões éticas ou deontológicas.

“O mediador deverá dar uma atenção particular à questão de saber se houve violências entre as partes, ou se elas são susceptíveis de serem exercidas no futuro, e

¹⁹António H. L. Farinha e Conceição Lavadinho., em *Mediação Familiar e Responsabilidades Parentais*, pag. 35, Almedina.

aos efeitos que elas poderão ter na situação das partes na negociação e examinar se, nessas, circunstâncias, o processo de mediação é apropriado.”²⁰

Também o alcoolismo, toxicodependência e perturbações do foro psicológico são susceptíveis de afectar a vontade, pelo que se torna essencial erigir o requisito de uma *voluntas* livre e consciente para encetar um processo da natureza deste de mediação familiar.

- **Terceiro dotado de imparcialidade / neutralidade**²¹

“O mediador é imparcial nas suas relações com as partes ”

“O mediador é neutro quanto ao resultado do processo de mediação ”

“O mediador respeita os pontos de vista das partes e preserva a sua igualdade na negociação ”

“O mediador não tem o poder de impor uma solução às partes”²²

- **Consensualidade**

A finalidade de todo o processo é a obtenção de um acordo satisfatório para as partes e o desenrolar do mesmo é feito com base na consensualidade, pois só assim se alcançam soluções que servem os interesses de ambas as partes.

Os resultados revelam-se, assim, mais satisfatórios.

- **Carácter iminente pessoal**

É às partes que compete participar, pessoalmente, nas reuniões de mediação sem prejuízo da assistência jurídica das partes pelos respectivos mandatários judiciais, ao longo do processo de mediação.

A este propósito, tanto o Anteprojecto de Lei de Mediação Familiar da Catalunha como o de Valência contêm uma disposição com a epígrafe de *Carácter*

²⁰ Princípios sobre a Mediação Familiar, Cap.III, ponto ix, da *Recomendação n° R (98) I do Comité de Ministros aos Estados Membros do Conselho da Europa sobre a Mediação Familiar*.

²¹ 1. A mediator shall be impartial and advise all parties of any circumstances bearing on possible bias, prejudice, or impartiality. Impartiality means freedom from favoritism or bias in word, action and appearance. Impartiality implies a commitment to aid all parties in moving toward an agreement.

2. A mediator shall avoid conduct, which gives the appearance of partiality towards one of the parties. A mediator should guard against partiality or prejudice based on the parties personal characteristics, background, or performance at the mediation.

3. If at any time the mediator is unable to conduct the process in an impartial manner, the mediator is obligated to withdraw – *in Standards of Ethics and Professional Responsibility for Certified Mediators adopted by the Judicial Council of Virginia, U.S.A., October 1997*.

²² Princípios sobre Mediação Familiar, pontos i, ii, iii e iv do Cap.III da *Recomendação n° R (98) I do Comité de Ministros aos Estados Membros do Conselho da Europa sobre a Mediação Familiar*.

personalíssimo e o seguinte conteúdo: Las partes deben asistir personalmente a las reuniones de mediación sin que puedan valerse de representantes o intermediários.

- **Flexibilidade**

A mediação deve ser ajustada a cada casal de modo a respeitar os desejos e o “timing” de cada um, por isso mesmo a mediação pode sempre culminar em soluções inovadoras/heterogêneas mas proveitosas porque adaptadas a cada família.

- **Informação jurídica e assessoria técnica**²³

“O mediador pode dar informações jurídicas, mas não deverá dispensar assessoria jurídica. Ele deverá, nos casos apropriados, informar as partes da possibilidade que elas têm de consultar um advogado ou qualquer outro profissional competente.”²⁴

Neste sentido poder-se-iam elaborar protocolos de cooperação de natureza institucional entre serviços de mediação familiar, de apoio psicológico, de apoio jurídico e de segurança social.

- **Confidencialidade**²⁵

“As condições em que se desenrola a mediação familiar deverão garantir o respeito pela vida privada.”

“As discussões que tiverem lugar durante a mediação são confidenciais e não podem ser posteriormente utilizadas, salvo com o acordo das partes ou nos casos permitidos pelo direito nacional.”²⁶

²³ “1. The mediator shall encourage the participants to obtain independent expert information and/or advice if needed to reach an informed agreement or to protect the rights of a participant.

2. A mediator shall give information only in those areas where qualified by training or experience.

3. When providing information, the mediator shall do so in a manner that will neither affect the parties’ perception of the mediator’s impartiality, nor the parties’ self-determination.”- *in Standards of Ethics and Professional Responsibility for Certified Mediators adopted by the Judicial Council of Virginia, U.S.A., October 1997.*

²⁴ Princípios sobre Mediação Familiar, ponto x do Cap.III da *Recomendação nº R (98) I do Comité de Ministros aos Estados Membros do Conselho da Europa sobre a Mediação Familiar.*

²⁵ “1. The mediator has the obligation, prior to the commencement of the mediation, to inform the parties of the following and to determine that the parties have a reasonable understanding thereof: (a) all memoranda, work products and other materials contained in the case files of a mediator or mediation program are confidential;

(b) any communication made in or in connection with the mediation which relates to the controversy being mediated, whether made to a mediator or a party, or to any other person if made at a mediation session is confidential; (...)

3. If the mediator has established specific exceptions to the general rule of confidentiality (such as the disclosure of threats of future harm), they must be disclosed to the parties at the start of the mediation. -- *in Standards of Ethics and Professional Responsibility for Certified Mediators adopted by the Judicial Council of Virginia, U.S.A., October 1997.*

As próprias partes, sabendo que o mediador assume uma função neutral e imparcial com esta nota de confidencialidade, deverão cumprir com este dever mantendo as sessões em segredo e renunciando à hipótese de indicar o mediador como testemunha em algum processo que contenda com o objecto da mediação.

O mesmo deverá aplicar-se ao mediador quanto à possibilidade deste actuar na qualidade de perito.

Não deverá estar sujeita ao dever de confidencialidade toda a informação que não seja de carácter pessoal ou que possa representar uma ameaça para a vida ou integridade física e psíquica de outrem.

“O mediador deverá dar uma atenção particular à questão de saber se houve violências entre as partes, ou se elas são susceptíveis de serem exercidas no futuro, e aos efeitos que elas poderão ter na situação das partes na negociação e examinar se, nessas circunstâncias, o processo de mediação é apropriado”²⁷

Algumas legislações contemplam ainda a possibilidade deste dever ser levantado mediante a prestação de consentimento por ambas as partes²⁸

Extrajudicialidade

Um processo de mediação familiar poderá decorrer antes, durante ou depois de um processo judicial, isto porque a mediação deverá ser autónoma face ao poder judicial, apenas se socorrendo dele para a “consolidação jurídica dos resultados obtidos por via da homologação judicial dos acordos celebrados pelos interessados.”²⁹

De acordo com a já aludida Recomendação do Comité de Ministros aos Estados Membros do Conselho da Europa sobre Mediação Familiar, os Estados devem estabelecer mecanismos tendo em vista:

- permitir a interrupção da instância judicial pendente de modo a dar início à mediação, permitindo, todavia, a tomada de decisões urgentes por parte da entidade judiciária sobre a protecção das partes ou dos seus filhos ou do seu património.

²⁶ Princípios sobre Mediação Familiar, pontos v e vi do Cap.III da *Recomendação nº R (98) 1 do Comité de Ministros aos Estados Membros do Conselho da Europa sobre a Mediação Familiar*.

²⁷ Princípios sobre Mediação Familiar, pontos ix do Cap.III da *Recomendação nº R (98) 1 do Comité de Ministros aos Estados Membros do Conselho da Europa sobre a Mediação Familiar*.

²⁸ “Consistent with the rules set out here, the parties must agree, in writing, to waive confidentiality with respect to those issues.”– *in Standards of Ethics and Professional Responsibility for Certified Mediators adopted by the Judicial Council of Virginia, U.S.A., October 1997*.

²⁹ António H. L. Farinha e Conceição Lavadinho, em *Mediação Familiar e Responsabilidades Parentais*, pag. 42.

- informar a autoridade judiciária ou uma outra competente se as partes seguiram ou não a mediação e se as partes chegaram ou não a um acordo.

No Gabinete de Mediação Familiar de Lisboa, a intervenção pode dar-se antes de um processo judicial, ou no decurso dele, desde que se suspenda a instância.³⁰

5. Etapas do Processo de Mediação Familiar

5.1 Aceitação do processo de mediação pelos membros do casal

A mediação só poderá ter início se as partes estiverem de comum acordo quanto à submissão a um processo desta natureza que só faz sentido se querido voluntariamente por ambos.

5.2. Explicitação de direitos e deveres

Numa primeira sessão, o mediador deve cuidar de esclarecer dúvidas iniciais quanto ao desenrolar do processo de mediação, bem como de elucidar acerca dos direitos e deveres a que as partes (e o próprio mediador) estão adstritas e das regras do processo que deverão ser aceites por ambos.

5.3. Identificação dos problemas existentes

Nesta fase do processo devem as partes acordar quanto às questões que pretendem ver solucionadas, ou seja devem identificar os problemas que enfrentam, definir as suas posições, a nível legal e real, e fazê-las corresponder a interesses e a necessidades. Uns serão mais legítimos que outros mas para obter um acordo satisfatório para ambas as partes há que negociá-los.

5.4 Identificação de opções e alternativas

Esta etapa do processo visa a obtenção de soluções alternativas e viáveis, mas equivalentes entre si de modo a permitir a constituição de uma base negociativa suficientemente sólida.

³⁰ A Recomendação n.º R (98) 1 do Comité de Ministros aos Estados Membros do Conselho da Europa sobre a Mediação Familiar, no seu Cap. V, ponto b, sugere aos Estados o estabelecimento de mecanismos tendo em vista “permitir a interrupção do processo judicial pendente, a fim de instaurar a mediação” e assegurar que, nesse caso, a autoridade judiciária ou uma outra autoridade competente conserve o poder de tomar decisões urgentes relativas à protecção das partes ou dos seus filhos ou do seu património”.

5.5. Negociação

A obtenção do acordo é o objectivo desta fase. O ideal será um acordo que forneça soluções para todos os problemas levantados na fase inicial. No entanto a resolução de alguns deles já significa um ganho mutuamente partilhado.

5.6. Elaboração do acordo e sua aceitação

Nesta etapa será redigido um documento que compile todos os pontos/assuntos que os mediados pretendem ver resolvidos, incluindo acordos que legalmente são considerados irrelevantes.

5.7. Homologação judicial do acordo

Através da homologação judicial confere-se eficácia legal aos acordos conseguidos e a questão considera-se decidida.³¹

Em França, o Código de Processo Civil, no seu art.131-12, estabelece que o juiz homologa, a requerimento das partes, o acordo que estas lhe submetam.

6. Natureza do acordo³²

O juiz deve poder não homologar o acordo quando neste se suscite alguma questão de legalidade em relação a uma ou mais cláusulas, quando denote que aquele não traduz a vontade das partes ou mesmo quando alguma das soluções propostas se afigure inconveniente para a prossecução dos interesses que constituem objecto da acção.

Contudo, no mesmo acordo podem coexistir matérias para as quais a autoridade judicial carece de competência material para apreciar.

³¹ Deve salvaguardar-se, todavia, às partes, antes da homologação judicial do acordo, o direito ao aconselhamento jurídico adequado.

³²“Os Estados devem facilitar a aprovação de acordos de mediação por parte da autoridade judiciária ou por uma outra autoridade competente, quando as partes o solicitem, e criar mecanismos de execução destes acordos, de acordo com a legislação nacional. “– Princípios sobre Mediação Familiar, Cap.IV da *Recomendação nº R (98)I do Comité de Ministros aos Estados Membros do Conselho da Europa sobre a Mediação Familiar.*

7. O mediador

7.1 Código Deontológico

De acordo com a Recomendação do Comité de Ministros, os Estados devem criar os mecanismos adequados de forma a garantir a adopção de normas de “boa prática”, que devem ser elaboradas e seguidas pelos mediadores.

Estas servirão como Código Deontológico que garantirá a integridade, isenção e competência daqueles profissionais para que a sua conduta, uma vez pautada por elevados padrões éticos, crie nos cidadãos a confiança no processo de mediação.

Alguns países europeus que adoptaram a Mediação Familiar já possuem códigos/regras deontológicas(as) que regulamentam a actividade. Comuns a todos eles ressaltam as normas sobre a indispensável **confidencialidade** – *Le médiateur ne révélera (à qui que ce soit n'étant pas partie à la médiation) aucun renseignement obtenu durant la médiation, sauf: - les renseignements fournis avec le consentement des parties au contrat de médiation;- les renseignements faisant état d'un danger grave menaçant l'intégrité des personnes* (in **Règles du Groupe Romand pour la Médiation Familiale-Suisse**);

- sobre a **imparcialidade, neutralidade, segredo profissional** – *Il a un devoir général de réserve et plus particulièrement de neutralité et de impartialité à l'égard des parties en présence.* (in **Code de Deontologie de l'Association pour la Médiation Familiale – Bruxelles**); - *Le mediateur est tenu, à l'égard des tiers, au secret professionnelles dans les conditions analogues à celles définies par l'article 378 du Code pénal. Ce secret couvre l'identité et tous les éléments de la vie privée des personnes, portés à la connaissance du médiateur, ainsi que les informations et les documents confidentiels qu'il reçoit.* (in **Règles Professionnelles et Déontologiques de la Médiation édictées par le Centre national de la médiation (C.N.M.) – France**);
- sobre a **independência e incompatibilidades** do mediador – *Le médiateur est une personne indépendante des parties. Entre autres, le médiateur reprendra pas en charge les cas impliquant les membres de sa famille, se amis proches, ses collègues, superviseurs ou ses étudiants (...)* (in **Règles du Groupe Romand pour la Médiation Familiale - Suisse**); - *Le médiateur ne peut exercer d'activités incompatibles avec la indépendance de sa fonction* (in **Règles Professionnelles et**

Déontologiques de la Médiation édictées par le Centre national de la médiation (C.N.M.) – France)

Para além das regras enunciadas, outras merecem igualmente referência obrigatória nos diversos códigos deontológicos, são elas:

- a definição da função do mediador e o seu modo de exercício, habilitações do mediador, domínios e modos de intervenção, remuneração (honorários), obrigações das partes, direitos dos mediadores e relações entre os mediadores e estes e as diversas instâncias (locais, regionais, nacionais e comunitárias).

7.3 Regime sancionatório

As sanções deverão ter lugar quando o mediador, por acção ou omissão, incorre numa infracção por não cumprir deveres que lhe são legalmente impostos.

A título de exemplo, poderão constituir infracção factos como a violação dos deveres de confiança (com as devidas ressalvas já mencionadas), imparcialidade/neutralidade e dos demais deveres fixados, bem como a ausência das comunicações definidas com vista ao bom funcionamento do sistema.

O tipo de sanção deverá ser fixado consoante o tipo de infracção que, por seu turno, se classifica em função da sua gravidade (aferida conforme o grau de incumprimento da conduta do mediador e do prejuízo causado aos mediados).

As sanções poderão oscilar entre a admoestação, para as infracções menos gravosas, e a suspensão, que será tanto mais longa quanto a gravidade da infracção cometida.

8. Acreditação e registo dos mediadores (Certificação/ Formação)

Sem prejuízo da maneira como a mediação for organizada e instituída, os Estados deverão cuidar para que haja mecanismos apropriados que assegurem a existência de procedimentos para a selecção, formação e qualificação dos mediadores.³³

A certificação só será possível através da formação. Neste aspecto, o *Code de Deontologie de l'Association pour la Mediation Familiale de Bruxelles* estabelece o seguinte: *Le Mediateur Familial doit avoir: -les compétences nécessaires pour traiter*

³³ Princípios sobre a Mediação Familiar, Cap.II, ponto c, da *Recomendação nº R (98) 1 do Comité de Ministros aos Estados Membros do Conselho da Europa sobre a Mediação Familiar*.

les questions soulevées au cours de la médiation, -les connaissances et l'habilité techniques définies par la Commission d'accréditation de l'Association pour la Médiation Familiale.

A formação do mediador deverá ser, no entanto, contínua, citando mais uma vez o referido Código Deontológico: *Le Mediateur Familial veille à poursuivre sa formation de manière continue.*

Também as *Règles de Déontologie du Groupe Romand pour la Médiation Familiale (Suisse)* afluam o tema: *Le mediateur est une personne qualifiée, ayant reçu une formation recouvrant, à des niveaux variés, tous les domaines inhérents à la médiation; Le médiateur s'engage à poursuivre sa formation afin de s'assurer que ses connaissances de médiation sont toujours à jours.*

Em termos de formação complementar, o mediador familiar deve possuir uma boa formação em técnicas de comunicação, de gestão de conflitos, de negociação e solução de problemas, aspectos psicológicos e jurídicos.

9. Organização/ Promoção e Acesso à Mediação

A mediação não deverá, em princípio, ser obrigatória.

Os Estados são livres de organizar e de instituir a mediação da maneira que considerem apropriada, quer por intermédio do sector público, quer por intermédio do sector privado.

Os Estados deverão promover o desenvolvimento da mediação familiar, nomeadamente por meio de programas de informação facultados ao público, para permitir uma melhor compreensão desta forma de resolução amigável dos litígios familiares.

Os Estados deverão, igualmente esforçar-se para tomar as medidas necessárias para facultar às partes o acesso à mediação familiar, incluindo a mediação internacional, a fim de contribuir para o desenvolvimento deste modo de resolução amigável dos litígios familiares.³⁴

O acesso à mediação será mais facilitado se esta for gratuita, pelo menos, para aquelas pessoas que já beneficiariam do sistema de apoio judiciário. Uma limitação deve, todavia, ser ponderada, é ela a impossibilidade de aceder a esta forma de

³⁴ Princípios sobre a Mediação Familiar, Cap.VI, pontos a, b e c, da *Recomendação nº R (98) 1 do Comité de Ministros aos Estados Membros do Conselho da Europa sobre a Mediação Familiar.*

resolução alternativa de conflitos duas vezes com o mesmo objecto, salvaguardando sempre a possibilidade de análise casuística das pretensões.

10. CONCLUSÕES

O conflito familiar revela-se deveras complexo, gerador de uma dinâmica oposicional que vai além dos meros conflitos jurídicos, inquestionavelmente importantes e determinantes, e se imiscui num conturbado mundo de sentimentos diversos que vão desde a frustração e cólera, até à vulnerabilidade e culpabilidade, passando pelo ódio, vingança e insegurança.

Reconduzir o problema a uma perspectiva estritamente jurídica deixará de lado um conjunto de problemas que poderão repercutir-se durante largos anos, sobretudo em termos de inviabilização de acordos já eventualmente obtidos.

As decisões judiciais “morrerão” pela sua ineficácia, consequência da falta de cooperação das partes, que, por vezes, e por mais incrível que possa parecer, sentem-se estranhos à decisão!

- Pelo que fica dito a “mediação familiar apresenta-se, simultaneamente, como forma alternativa e complementar de resolução dos conflitos inerentes à dissociação familiar”³⁵ ou, Portanto a mediação “constitui um processo estruturado, dotado de informalidade e de flexibilidade, caracterizado na sua essência pela adesão voluntária dos interessados, pela sua participação activa e directa na identificação dos interesses comuns e próprios e na definição consensual de soluções mutuamente satisfatórias. Na realização deste objectivo, os mediados detêm a assistência imparcial, neutra e confidencial de um técnico qualificado.”³⁶
- A regulamentação da mediação familiar em Portugal é necessária, antes de mais, para garantir a autonomia e complementaridade desta face ao sistema judicial e mesmo em relação às profissões base (advogado, psicólogo, assistente social).

³⁵ António H. L. Farinha e Conceição Lavadinho., em *Mediação Familiar e Responsabilidades Parentais*, pag. 41, Almedina.

³⁶ Relatório apresentado na IV Conferência Europeia de Direito da Família sobre “Mediação Familiar na Europa”, em Estrasburgo, França, 1998.

- Um serviço de qualidade passará, sem dúvida, por uma boa formação, selecção, recrutamento, acreditação e registo de mediadores que só estará ao nosso alcance se forem definidas normas nesta matéria.
- Para o exercício desta actividade, que lida com um amplo leque de problemas do foro privado, deverão ser uniformemente adoptadas regras deontológicas, de observância obrigatória. Também este campo a carecer regulamentação adequada.
- Por fim, e para facilitar o acesso a esta “nova” forma de resolução, não litigiosa, de conflitos familiares é da maior importância concluir pela necessidade de lutar pela sua divulgação!

Bibliografia

- António H. L. Farinha e Conceição Lavadinho, *Mediação Familiar e Responsabilidades Parentais*, Editora Almedina, Coimbra, 1997.
- António H. L. Farinha, *Relação entre a mediação familiar e os processos judiciais*, (Revista Infância e Juventude 99.2 – Abril/ Junho).
- F. M. Pereira Coelho, *Curso de Direito da Família*, Coimbra, 1986.
- Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa*, Anotada, 3ª edição, Coimbra Editora.
- Abílio Neto, *Código Civil Anotado*, 11ª edição refundida e actualizada, Ediforum, Lisboa, 1997.
- Despacho n.º 12 368/ 97 do Ministro da Justiça in D.R. II série, de 9/12/97.
- Recomendação n.º R (98) 1 do Comité de Ministros aos Estados Membros do Conselho da Europa sobre Mediação Familiar, adoptada pelo Comité de Ministros, em 21 de Janeiro de 1998, durante a 616ª reunião dos Delegados dos Ministros.
- Ley de Mediacion y Conciliacion, Ley 24. 573, Boletin Oficial – 27/10/1995, Buenos Aires, Argentina.
- Decreto Nacional 91, Decreto Reglamentario de la Ley de Mediacion y Conciliacion, Boletin Oficial – 29/01/1998.
- Anteproyecto de Ley de Mediacion Familiar de Cataluña
- Anteproyecto de Ley de Mediacion Familiar de Valencia
- Ethics in the Practice of Mediation, *Ethical Standards for Mediators and Mediation the State of Virginia, U.S.A.* (Adopted by the Judicial Council of Virginia, October 1997).
- Relatório apresentado na IV Conferência Europeia de Direito da Família Sobre “A Mediação Familiar na Europa”, no Conselho da Europa, em Estrasburgo, França.
- Règles Professionnelles et Déontologiques de la Médiation – Centre National de la Médiation (C.N.M.).
- Code de Deontologie des Mediateurs de la région lyonnaise, 21/03/1992, France.
- Code de Deontologie de la Association pour la Mediation Familiale, 1/10/1990, Bruxelles, Belgic.
- Mediation Familiale en Matière de Divorce et de Separation - Code de Deontologie de l'Association pour la Médiation Familiale (A.M.P.F.), Paris, France.
- Estatutos da Associação Nacional para a Mediação Familiar-Portugal.
- IV Congresso dos Magistrados do Ministério Público.