

INTRODUÇÃO :

A mediação familiar emerge como uma forma alternativa de resolução de litígios em que um terceiro imparcial se coloca de forma equidistante de ambas as partes e as ajuda a dirimir os conflitos e animosidades existentes entre os sujeitos participantes deste processo para que busquem um consenso. O mediador esclarece as partes sobre os seus direitos e deveres em relação à mediação e as ajuda a acharem a solução mais adequada para resolverem o conflito que possuem entre si. O mediador não pode impor nenhum tipo de acordo entre as partes e deve sempre respeitar a confidencialidade do que é tratado nas sessões de mediação para que o procedimento seja bem sucedido e as questões de foro íntimo das partes não sejam expostas.

A regulação, alteração ou incumprimento do exercício das responsabilidades parentais podem ser definidas utilizando-se do recurso da mediação familiar que é conceituada por Ana Sofia Gomes como “um meio extrajudicial de resolução de litígios, através do qual, as partes, auxiliadas por um terceiro, potenciam as hipóteses de conciliar as suas posições no sentido de alcançarem uma solução amigável para os seus diferendos.”¹

A utilização da mediação familiar como recurso para regular o exercício das responsabilidades parentais é importante porque consideramos que é essencial a presença de uma pessoa preparada para ajudar as partes a entrarem em consenso sobre a melhor forma de exercer estas responsabilidades na maioria dos casos de divórcio bem como nos casos em que os progenitores não coabitem nem vivam em união de fato e tenham filhos menores.

Quando as próprias partes entram em consenso sobre a forma de exercer as responsabilidades parentais, a probabilidade de que este acordo seja cumprido é maior e é sempre mais saudável para a criança que a definição dos alimentos, dos dias em que esta irá estar com cada um dos progenitores e de como cada um deles irão exercer suas tarefas relativamente às responsabilidades parentais seja feita de forma consensual.

1. Breve histórico da mediação familiar :

O conceito de mediação familiar surgiu nos Estados Unidos nas décadas de 1960/1970 inicialmente como uma forma de responder questões atinentes ao processo de divórcio sendo posteriormente alargada para abranger outras situações de conflitos inerentes às relações familiares. Segundo Paula Lucas Rios a maioria desses serviços eram adstritos aos Tribunais

¹ Ana Sofia GOMES, *Responsabilidades parentais*, 3ª edição, Lisboa, Quid Juris, 2012, p. 125 e 126.

sendo que a mediação “inicialmente orientada para reconciliação dos casais, acabou por incidir maioritariamente sobre a obtenção de acordos em matéria de regulação do exercício do poder paternal e demais questões decorrentes a ruptura conjugal.”² Entretanto a reconciliação do casal, não é nos dias atuais o objetivo da mediação conforme se verá a seguir.

Em Portugal o primeiro instituto de mediação familiar foi criado em 1990 (Instituto Português de mediação familiar). Esse Instituto ainda hoje prepara e forma profissionais que possam desenvolver a atividade de Mediação de Conflitos e Mediação Familiar de forma qualificada ³. Em 1994 ocorreu um curso específico para capacitar os mediadores de conflitos para melhor desempenharem a sua função tendo sido denominado curso de formação de mediadores familiares.

Apesar da criação deste instituto, em 1990 a primeira norma que tratou sobre a mediação familiar em Portugal foi o despacho n.º 12 / 368 de 1997 do Ministro da Justiça que criou o gabinete de mediação familiar para atuar inicialmente em conflitos decorrentes das responsabilidades parentais. Em 2007 foi aprovado o despacho n.º 18778 /2007 que vigora atualmente em Portugal e revogou o despacho 12 / 368 de 1997 bem como outros que lhe sobrevieram.

Esse despacho alargou o âmbito de incidência da mediação familiar e passou a possibilitar a utilização desta para resolução de conflitos atinentes ao divórcio e separação, para os casos de alteração e atribuição de alimentos, autorização para a utilização da casa de morada de família e autorização para utilização do apelido do ex- cônjuge. Esse despacho disponibilizou a mediação familiar à novas áreas no territorial Nacional, visto que a mediação estava anteriormente adstrita à Lisboa e à comarcas limítrofes.⁴

2. A importância da observância dos princípios da confidencialidade e consensualidade nas sessões de mediação familiar

² RIOS, Paula Lucas, «Mediação Familiar: Estudo preliminar para uma regulamentação legal da mediação familiar em Portugal», *Verbo Jurídico*, Volume II- 2005.p.4) . Disponível em : [www: <URL
 <https://www.verbojuridico.net/doutrina/familia/mediacaofamiliar.pdf> >](http://www.verbojuridico.net/doutrina/familia/mediacaofamiliar.pdf)

³ Informação retirada do site do Instituto Português de mediação familiar : <http://www.ipmediacaofamiliar.org/INSTITUTO.html>, consultado em 01/04/2017).

⁴ O art. 5.º do referido despacho determinou a disponibilização imediata da mediação nos seguintes municípios: Almada, Amadora, Barreiro, Braga, Cascais, Coimbra, Leiria, Lisboa, Loures, Mafra, Oeiras, Porto, Seixal, Setúbal e Cintra).

Consideramos que a confidencialidade é um princípio de extrema importância para a boa condução do procedimento de mediação para que as partes se sintam à vontade nas sessões de mediação e realmente expressem os seus anseios e desejos sobre o que será objeto de consenso ou acordo entre as partes.⁵ Nos casos em que o mediador perceber entretanto que a criança filha do casal que se submete à mediação está em risco, a regra da confidencialidade deverá ser quebrada devendo o mediador comunicar à entidade pública responsável para que tome as providências necessárias para proteger a criança ou mesmo outra pessoa que esteja participando das sessões de mediação que esteja também em risco. No termo de consentimento assinado antes do início da mediação a parte que dela participa deve tomar conhecimento dessa possibilidade de comunicação às entidades competentes em caráter excepcional.⁶

A consensualidade também é um dos princípios que deve orientar a mediação familiar. Segundo Rossana Martingo (2011,p.81) esse princípio decorre da voluntariedade que é um princípio expressamente previsto no art. 4º da referida Lei e que consagra a necessidade de consentimento das partes para a mediação bem como a responsabilidade destas pelas decisões tomadas⁷.

Esse princípio é fundamental para condução do processo de mediação tendo a referida autora esclarecido que na mediação se busca o resgate da comunicação entre pessoas que tiveram o relacionamento quebrado e que a consensualidade decorre da voluntariedade e representa «a liberdade que cabe aos mediados de procurarem um acordo que satisfaça ambos, que seja consensual»⁸. Essa autora chama a atenção ainda para o fato de que, embora possa haver de um acordo entre as partes resultantes da mediação, o que o princípio da consensualidade realmente representa é o consenso entre as partes, já que estas podem entrar

⁵ Por expressa disposição do art. 4º da Lei nº 29 / 2013 de 19 de abril. Ao lado desse princípio também devem ser observados os princípios voluntariedade, igualdade, imparcialidade, da independência, da competência e da responsabilidade e da executoriedade. Para maiores esclarecimentos sobre cada um dos princípios ler o capítulo II da lei 29 / 2013 de 19 de abril.

⁶ PARKINSON, Lisa, «Mediação Familiar», *Agora comunicação*, Março de 2008, p. 27

⁷ As partes podem a qualquer momento desistir do processo de mediação se assim desejarem . Isso pode ser feito apenas por uma parte ou por ambas caso queiram revogar o consentimento que deram para participar do processo de mediação(art. 4º da Lei nº 29 / 2013 de 19 de abril).

⁸ Rossana Martingo CRUZ, *Mediação familiar: Limites Materiais dos Acordos e seu controlo pelas autoridades*, 1º edição, Lisboa, Coimbra Editora, 2011, p.81.

em consenso sem necessariamente ter ocorrido um acordo o que não retiraria a utilidade da mediação.⁹

Esse princípio é de fundamental importância porque enquanto em um processo judicial há um litígio em que existem dois sujeitos processuais que estão em posições antagônicas, havendo sempre um vencido e um vencedor, na mediação familiar haverá uma valorização e uma busca do mediador em auxiliar as partes a obter um consenso em relação às questões que serão objeto de mediação familiar. A busca do consenso é privilegiada em detrimento do conflito que um processo judicial suscita e é uma forma alternativa de solução de litígios que traz uma mudança de paradigma em relação à forma como um conflito é dirimido e que precisa ser mais valorizada e bem compreendida pelos profissionais da área jurídica, tendo em consideração a fragilidade do poder judiciário de resolver todos os conflitos de interesses que as relações familiares podem trazer.

É importante esclarecer que a Lei n.º 29/ 2013 de 19 de abril não se aplica de forma integral à mediação familiar tendo em vista que o capítulo III se aplica à mediação civil e comercial sendo as disposições destes capítulos excluídas do âmbito de aplicação da mediação familiar.¹⁰ Rossana Martingo (2015, p. 11) acredita ainda que apesar do art. 18.º desta lei dispor que as partes podem ser acompanhados por advogados, advogados estagiários e solicitadores e esse artigo estar no capítulo III, excluído do âmbito de incidência da mediação familiar, ele deve se aplicar à este tipo de mediação para que este possa zelar pelo interesse do seu cliente e impedir que ele faça acordos que lhe sejam prejudiciais.¹¹ Entretanto a presença do advogado nas sessões de mediação familiar é muitas vezes vista com reservas por alguns mediadores que tem o receio de que aqueles possam atrapalhar a condução do procedimento de mediação. A citada autora pondera que os advogados devem agir de acordo com a natureza da mediação e evitar que seja feitos acordos desfavoráveis aos clientes e não devem jamais agir como advogado em uma demanda judicial utilizando-se de persuasão para defender os interesses dos seus clientes.¹²

⁹ p.82 ROSSANA MARTINGO CRUZ,cit.p. 4.

¹⁰ A exclusão do capítulo III do âmbito de incidência da mediação familiar está previsto no art. 10 desta Lei. Sobre as mediações comerciais e civis, vide a diretiva n.º 52 de 21 de maio de 2008 do parlamento Europeu e do Conselho relativa à certos aspectos da mediação em matéria civil e comercial.

¹¹ CRUZ, Rossana Martingo, «O papel do advogado na mediação familiar – uma observação crítica à realidade portuguesa», *Revista Eletrônica de Direito*, Setembro de 2015, p.11. .

¹² ROSSANA MARTINGO CRUZ,cit.p. 4, p.11

No que concerne à possibilidade de que as partes sejam representadas nas sessões de mediação, Rossa Martingo defende a não aplicabilidade deste artigo à mediação familiar, dado o carácter pessoalíssimo desta e bem argumenta que « os mediados tem que estar presentes nas sessões, partilhar os seus anseios, comunicar os seus interesses e permitir que o mediados resgatem o diálogo e busque o consenso». ¹³

A lei n.º 29 / 2013 de 19 de abril, no seu art. 26.º possibilita que os atos constitutivos da mediação retirem a possibilidade de representação das partes e determinem que essas deverão comparecer pessoalmente, não tendo a lei entretanto posto a regra de “não representação” de forma imperativa para todos os casos. Segundo Dulce Lopes e Afonso Patrão a norma não trouxe nada de novo tendo em vista que « No fundo, estabelece-se que a presença das partes só será compulsória quando tal for estabelecido pelos respectivos actos constitutivos». ¹⁴

A recomendação n.º 98 do Conselho de Ministros da Europa orienta ainda que sejam feitos programas de informação facultados ao público para que estes compreendam melhor as funções e forma de funcionamento da mediação. ¹⁵ Consideramos importante que as partes compreendam qual o real sentido e alcance da mediação pois muitas vezes estas tem a concepção de que o mediador irá tentar fazer com que as partes se reconciliem, e que terão que voltar a ter um relacionamento o que na verdade constitui uma concepção equivocada dos objetivos da mediação .

O que a mediação familiar busca na verdade é um consenso entre as partes relativamente aos casos que podem ser objeto de mediação (que serão adiante citados). Não é função do mediador induzir ou convencer as partes a se reconciliarem. O mediador não possui poderes de imposição e deve atuar de modo neutro e imparcial e deve apoiar as partes e desenvolver a mediação ajudando estas a encontrar um acordo que ponha fim à um conflito que

¹³ ROSSANA MARTINGO CRUZ, cit. p. 4, p.11.

¹⁴ Afonso PATRÃO, Dulce LOPES, *Lei da Mediação Comentada*, 2.ª edição, Coimbra, Almedina, 2016, p. 213.

¹⁵ Essa orientação está no Capítulo VI que dispõe sobre os princípios aplicáveis à este procedimento alternativo de resolução de conflitos

possuem.¹⁶ A reconciliação é um negócio jurídico de natureza solene cujos efeitos só se produzem na medida que forem pretendidos pelos cônjuges.¹⁷

3. A importância da utilização da mediação familiar para a regulação do exercício das responsabilidades parentais :

Como é sabido o termo “responsabilidades parentais” veio substituir a expressão “poder paternal” sendo essa alteração trazida pela Lei n.º 61 /2008 de 31 de outubro. A expressão poder paternal tinha implícita a idéia de domínio do progenitor masculino sobre a criança, tendo a referida lei trazido uma nova concepção da forma de exercer as responsabilidades parentais. Estas cabem aos progenitores de forma conjunta e representam um poder-dever de garantir aos filhos os deveres inerentes à estas responsabilidades.¹⁸

A manutenção das *relações pessoais com os filhos* paralelamente aos deveres inerentes às responsabilidades parentais (de assegurar sustento, educação, representação dos filhos bem como de representação e administração dos bens destes) está prevista na Recomendação R(84) do Comité de Ministros do Conselho da Europa de 28 de fevereiro de 1984 que traz a definição das responsabilidades parentais.

Essa definição estimula a convivência de ambos os progenitores com os filhos mesmo após à ruptura da relação conjugal e traz implícita a importância dessa convivência tendo em vista que a efetiva realização do superior interesse da criança só ocorrerá se houver observância dos seguintes princípios : « 1- Por um lado o desenvolvimento saudável e harmonioso do menor depende necessariamente de ambos os progenitores, não podendo nenhum deles substituir o exercício que é da responsabilidade do outro; 2- As relações entre pais e filhos situam-se em um nível distinto das relações conjugais »¹⁹

¹⁶ O despacho n.º 18778 de 2007 no n.º 1 do art. 7.º dispõe neste sentido.

¹⁷ José Alberto GONZALES, *Código Civil Anotado, Volume V, Direito da Família*, Lisboa, Quid Juris, 2014.p. 224

¹⁸ Entre essas responsabilidades estão o dever dos pais de velar pela segurança dos filhos, prover o sustento deles, dirigir-lhes a educação, administrar seus bens e representá-los (n.º 1 do art. 1878.º do CC). Sobre a alteração do termo “poder paternal” para “responsabilidades parentais” vide Anexo I com indicação de jurisprudência relativa ao tema.

¹⁹ FEVEREIRO, Andréia Filipa Vicente APUD SOUZA, Celina Cristiana Costa - *A eficácia da mediação familiar no contexto das responsabilidades parentais*. Braga.p.65. Disponível em : [www: <URL: https://repositorium.sdum.uminho.pt/handle/1822/41166 >](http://www. <URL: https://repositorium.sdum.uminho.pt/handle/1822/41166 >)

A recomendação de n° 98 do Comitè de Ministros da Europa aos estados membros sobre a mediação familiar reconhece expressamente que o número de litígios familiares, particularmente aqueles que resultam de uma separação ou divórcio tem aumentado e que os conflitos são prejudiciais às famílias principalmente no que concerne à guarda e ao direito de visita e que a mediação é um instrumento essencial para assegurar a proteção dos interesses superiores da criança e seu bem estar ²⁰.

Consideramos que quando os progenitores rompem o vínculo conjugal e são auxiliados por um mediador para a busca de um consenso sobre a melhor forma de educar, exercer a guarda e o direito de visitas com relação aos filhos, a probabilidade de que o acordo seja cumprido e que o superior interesse da criança seja atendido é maior, pois é mais benéfico para a criança que haja um consenso dos pais sobre a forma de exercer as responsabilidades parentais.

É nesse contexto que se torna importante ressaltar a necessidade da utilização da mediação familiar nos casos de regulação, incumprimento e alteração das responsabilidades parentais como um instrumento que pode ser útil e que consideramos mais eficaz para que os progenitores decidam a forma de exercer as responsabilidades parentais de forma consensual.

A possibilidade de que os casos de regulação, alteração e incumprimento das responsabilidades parentais seja feita por mediação familiar é prevista no art. 4° do despacho n° 18778/2007 que prevê as matérias que podem ser objeto desse tipo de mediação. Esse artigo do referido despacho prevê a utilização da mediação familiar para casos de divórcio, separação de pessoas e bens, conversão desta em divórcio, reconciliação dos cônjuges separados, atribuição e alteração de alimentos provisórios e definitivos, privação do direito ao uso dos apelidos do outro cônjuge, autorização do apelido do ex- cônjuge e da morada de família.

Segundo Rita Severino que fez estudos empíricos e coleta de dados sobre a utilização da mediação familiar em Portugal “Embora a mediação familiar possa ser utilizada pela existência de diversos conflitos nas relações familiares, a separação e o divórcio acabam por ser os mais procurados, nomeadamente por questões relacionadas com a regulação das responsabilidades parentais”.²¹ Consideramos ainda que o acordo que é obtido de forma consensual, em que as próprias partes chegam à um consenso sobre a melhor forma de atuar no

²⁰ Artigos 2°, 3° e 4° da recomendação de n° 98 do Comitè de Ministros da Europa

²¹ Rita SEVERINO, *As Rupturas Conjugais e as Responsabilidades Parentais: Mediação Familiar em Portugal*, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2012. p.67.

que respeita ao regime de convivência, guarda, alimentos e forma de educação e orientação dos filhos possui uma probabilidade muito maior de ser cumprido pelas partes do que um processo que foi conduzido na via judicial na presença de um Juiz.²²

Importante destacar que para que a a parte se sinta de fato à vontade para expor as expectativas em relação à definição das responsabilidades parentais em uma sessão de mediação é de fundamental importância a observância do princípio da confidencialidade. Esse princípio determina que o mediador não pode revelar para outras pessoas o conteúdo do que foi exposto nas sessões de mediação sobre questões relativas às partes e às discordâncias entre elas, com exceções das situações em que a garantia da ordem pública o exija.²³

Celina Costa Souza defende a mediação familiar como um instituto que se demonstra apto para regular com eficácia a regulação das responsabilidades parentais de forma mais célere e informal e argumenta que “Na mediação familiar abandonamos a rigidez e as responsabilidades características de um processo judicial, para dar lugar a uma abertura e aproximação entre as partes. Uma vez que a mediação desperta e promove o diálogo entre as partes, reestabelecendo os laços de comunicação que até aí se haviam perdido, existe uma maior capacidade de negociação dos progenitores em prol da sua responsabilização pela formação, educação e bem-estar dos filhos.”²⁴ O mediador ajudará as partes a encontrarem a melhor forma de entrarem em acordo sobre as questões relativas à regulação das responsabilidades parentais, sendo certo que não é função do mediador familiar impor um acordo entre as partes, mas apenas ajudá-las a encontrar um consenso sobre a forma de melhor definirem a repartição das funções de cada um de acordo com disponibilidade e possibilidade de cada um dos progenitores para desempenhar as tarefas inerentes às responsabilidades parentais.

Como a criança é hoje um sujeito de direitos a definição da forma de exercer as responsabilidades parentais deve ser feita pensando no interesse da criança, principalmente no

²² Na realidade as partes não se sentem tão à vontade para dizer o que realmente querem em um processo de regulação ou alteração das responsabilidades parentais feitos perante o Juiz quanto em uma sessão de mediação familiar.

²³ Arts. 5º e 28º da Lei 29/ 2013 de 19 de abril .

²⁴ CELINA CRISTIANA COSTA E SOUZA, *A eficácia da mediação familiar no contexto das responsabilidades parentais*, p.110. Disponível em : www: <URL: <https://repositorium.sdum.uminho.pt/handle/1822/41166> >

que diz respeito ao direito de convivência com ambos os progenitores que entendemos que será melhor atendido quando as partes chegarem a um consenso sobre a forma de exercer as responsabilidades parentais com o auxílio de uma mediador familiar.

O Código Penal Português, no seu art.º 249 n.º 1, alínea c) pune a conduta de quem não cumprir o regime estabelecido para a convivência do menor na regulação das responsabilidades parentais de modo repetido e injustificado.²⁵ Esse artigo tem merecido críticas de doutrinadores portugueses dentre eles Maria Conceição Ferreira da Cunha que questiona se de fato há necessidade (ou carência) de tutela Penal para assegurar que as responsabilidades parentais dos progenitores sejam exercidas de forma correta e assegurem o bem-estar do menor.

Para essa autora, como o direito penal possui um caráter subsidiário, devem ser considerados outros mecanismos judiciais cíveis para garantir que o que foi acordado relativamente ao regime de convivência do menor seja de fato cumprido tais como: ação de alteração de regulação do exercício das responsabilidades parentais, entrega à terceiro, inibição do poder paternal, dentre outros. Consideramos que a utilização da mediação familiar é um instrumento mais apto para garantir exercício adequado das responsabilidades parentais, tendo em vista que essa forma alternativa de resolução de litígios também pode ser utilizada para alteração das responsabilidades parentais nos casos de incumprimento destas. O referido tipo penal acaba por incriminar condutas de descumprimento do que foi acordado para a convivência do menor no exercício das responsabilidades parentais, sendo que esse descumprimento por vezes envolvem conflitos pessoais entre os progenitores. Por isso consideramos importante ter em consideração a possibilidade de que os progenitores sejam encaminhados para uma mediação familiar para melhor exercerem suas funções como pais de forma mais harmônica nos casos incumprimento das responsabilidades parentais ²⁶.

Há entendimento jurisprudencial no sentido de que o referido crime só se configurará se o descumprimento do regime de regulação das responsabilidades parentais se as condutas praticadas forem graves e significarem uma autêntica ruptura na relação familiar entre o menor e seus progenitores (ou a quem o menor esteja confiado) e corresponderem à uma lesão aos direitos e interesses do menor.(Vide Anexo II).

²⁵ Quem atrasa ou dificulta significativamente a entrega ou acolhimento de modo repetido e injustificado também é punido de acordo com esse artigo.

²⁶ Vide art. 4.º do despacho n.º 18778/2007 que fala da competência material para o sistema de mediação familiar mediar conflitos relativos à alteração, regulação e incumprimento das responsabilidades parentais.

Quando os pais estão separados, divorciados ou não vivem mais em união estável via de regra existirá um exercício conjunto das responsabilidades parentais de forma que ambos os progenitores irão decidir em matérias de particular importância para a vida do filho enquanto que as questões da vida corrente caberão ao progenitor com quem a criança reside habitualmente.²⁷ A definição de “questões de particular importância” é um conceito jurídico de conteúdo indeterminado. A doutrina e jurisprudência tem entendido como questões de particular importância dentre outras: “as intervenções cirúrgicas das quais possam resultar riscos acrescidos para a saúde do menor; a prática de atividades desportivas radicais; a saída do menor para o estrangeiro sem ser em viagem de turismo; a matrícula em colégio privado ou a mudança de colégio privado; mudança de residência do menor para local distinto da do progenitor a quem foi confiado.”²⁸ A lei exige um acordo entre os pais sobre estas questões de particular importância pois elas irão influenciar de forma determinante na vida do filho.

Esse exercício conjunto das responsabilidades parentais apenas não ocorrerá em situações específicas de impedimento de um dos progenitores, morte, quando a filiação não se encontrar estabelecida com relação a um dos progenitores²⁹ ou quando determinado pelo Tribunal em situações específicas em que seja necessária a atribuição das responsabilidades parentais à apenas um dos progenitores para garantir a segurança do menor.³⁰

É importante que no acordo que defina as responsabilidades parentais sejam definidas a residência do menor, o regime do direito de visitas, o montante de alimentos devidos aos filhos, bem como com quem o filho ficará nos dias festivos para evitar desentendimentos dos progenitores sobre com quem o menor ficará nessa datas³¹. A lei n.º 8 / 2007 de 3 de março modificou o artigo 1793.º -A do código civil permitindo que os ex- conjugêes acordem sobre o destino dos animais de companhia caso os progenitores o possuam e definam com quem estes irão ficar de acordo com os interesses dos cônjuges e dos filhos, devendo também ser observado o bem – estar do animal. Consideramos que a definição de com quem o animal de companhia

²⁷Vide artigos 1906.º e 1911.º do Código Civil.

²⁸ JURISPRUDÊNCIA A a Z MENORES, NOVA CAUSA- EDIÇÕES JURÍDICAS, 2013, p.125.

²⁹ vide artigos 1903.º, 1904.º e 1910.º do código civil.

³⁰ Estas situações estão previstas nos artigos 1906.º n.º 6 e 7.º do Código Civil.

³¹ SANTOS, Débora Ferreira Macedo - *Do recurso à mediação familiar na regulação do exercício das responsabilidades parentais em caso de divórcio*. p. 49, Braga. Disponível em : [www: < URL: https://repositorium.sdum.uminho.pt/browse?type=author&value=Santos%2C+D%C3%A9bora+Ferreira+Macedo&value_lang=por_>](http://www.<URL:https://repositorium.sdum.uminho.pt/browse?type=author&value=Santos%2C+D%C3%A9bora+Ferreira+Macedo&value_lang=por_>)

irá ficar pode atingir uma dimensão importante para crianças e mesmo adultos que por vezes criam vínculos afetivos fortes com estes animais.

Relativamente ao momento em que pode ter lugar a intervenção da mediação cumpre destacar que esta pode ocorrer a pedido das partes de forma extrajudicial, ou a autoridade judiciária competente pode determinar durante a suspensão do processo a realização da mediação se estas estiverem de acordo.³² Segundo Afonso Patrão de Dulce Lopes: “O recurso ao sistema público de mediação familiar é apresentado e sugerido às partes, por força de lei, em duas situações: *por um lado* , antes de iniciado o processo de divórcio, as partes são necessariamente informadas sobre a existência e os objetivos do sistema público de mediação familiar; por outro, nos processos tutelares cíveis (designadamente em matéria de regulação do exercício das responsabilidades parentais), o processo pode ser remetido para a mediação (pública ou privada), oficiosamente ou a pedido, com o consentimento das partes ”³³

Devido à importância que os acordos relativos às responsabilidades parentais possuem na proteção do superior interesse dos menores e ao papel que o Ministério Público desempenha na proteção deste interesses deve este apreciar estes acordos para avaliar se de fato protegem os interesses dos menores. O Ministério Público terá um prazo de 30 dias para avaliar o acordo e manifestar sobre este . Caso o Ministério Público entenda que o acordo não acautela devidamente o interesse dos menores , deverá dar oportunidade para que os progenitores alterem o acordo ou apresentem um novo acordo (neste último caso naturalmente deve ser dada nova vista ao Ministério Público para que se manifeste sobre o novo acordo) .³⁴

³² Art. 6 ° do despacho 18778 /2007 de 22 agosto.

As próprias partes caso queiram voluntariamente se sujeitar à mediação poderão entrar no site <http://sml.mj.pt/registro/> e realizar um pedido para se submeterem à este procedimento alternativo de resolução alternativa de litígios.

³³ AFONSO PATRÃO E DULCE LOPES, *Lei da Mediação Comentada.cit.*, p. 4, p. 199

³⁴ Se o Ministério Público considerar que o acordo acautela o interesse do menor ou se os cônjuges tiverem alterado o acordo em conformidade com o que foi requerido pelo Ministério Público este irá comunicar à conservatória do registro civil onde corre um eventual processo de divórcio por mútuo consentimento para que esta decreta o divórcio (que só poderá ser decretado pela conservatória caso as partes estejam de acordo com as questões elencadas no n°1 do art. 1775 ° do Código Civil) . Caso as partes não concordem com as alterações feitas pelo Ministério Público e ainda sim queiram se divorciar, o divórcio não será homologado e o processo é remetido para o Tribunal da Comarca a que pertença à conservatória do registro civil sendo que o processo a partir de então seguirá os trâmites do art. ° 1178 A do CC.

Os acordos deverão respeitar não só o interesse dos menores mas também o interesse dos cônjuges³⁵, não podendo ser homologado um acordo em que haja renúncia ao direito à prestação alimentar por exemplo, sendo este um direito do qual não se pode dispor.

Uma inovação importante trazida pela Lei n.º 5/2017, de 2 de março é a possibilidade de que o acordo relativo às responsabilidades parentais seja submetido às conservatórias do registro civil mesmo em casos de divórcio litigioso. Antes da aprovação desta Lei o acordo relativo às responsabilidades parentais nos casos de divórcio que não envolviam mútuo consentimento deveriam necessariamente ser homologados pelo Juiz. Esta lei passou a ter aplicabilidade no dia 1 de abril de 2017, trazendo a possibilidade de que o acordo relativo às responsabilidades parentais mesmo em casos de divórcio em que não haja mútuo consentimento sejam feitos nas conservatórias de registro civil que por sua vez irão remeter o acordo para o Ministério Público. Entretanto as partes poderão também se utilizar do Regime Geral do Processo Tutelar Cível e remeter o acordo para homologação judicial se assim desejarem.³⁶

Um princípio que orienta a intervenção do Tribunal nos acordos relativos às responsabilidades parentais é o da “Intervenção mínima” já que a intervenção do tribunal deverá limitar-se ao indispensável dando preferência às soluções consensuais. O Acórdão da relação de Évora de 02/ 06/ 201199(Anexo III) argumenta neste sentido .(...) 2 - Na regulação do exercício das responsabilidades parentais e, designadamente, no que concerne ao regime de visitas, a intervenção do tribunal deverá limitar-se ao indispensável (princípio da intervenção mínima), dando primazia às soluções consensuais, desde que respeitem o superior interesse dos menores, mas sem que a elas esteja adstrito.(grifos meus).

Entretanto é necessário pensar no que consistiria essa indispensabilidade. Segundo preceitua Rossana Martingo Cruz os acordos terão que conter determinadas matérias que a lei exige mas podem conter também matérias que não exigem o controle jurisdicional e que a princípio estão na livre disposição das partes e conseqüentemente “Existirão temáticas nos acordos sobre os quais a autoridade não se deverá pronunciar, ou assuntos que, embora

³⁵ Conforme preceitua o artigo 1778 ° do CC.

³⁶ Nova redação dada ao art. 1909º do Código Civil português pela Lei 5/2017, de 2 de março.

acordados em mediação, não constem do documento apresentado ao juiz ou ao conservador ”

37

A lei nº61 de 31 de outubro de 2008 (que alterou o regime jurídico do divórcio) trouxe uma disposição importante ao determinar que a conservatória do registro civil ou o Tribunal devem informar as partes sobre a possibilidade destas se submeterem ao procedimento de mediação antes do início do divórcio dando assim uma nova redação ao art. 1774 do Código Civil. A inserção desse artigo no Código Civil foi importante porque possibilita que casais que antes não possuíam o conhecimento da possibilidade de se submeter à mediação familiar tomem conhecimento da forma como esta é conduzida e passem a se utilizar desta forma de resolução alternativa de litígios.

Relativamente à exequibilidade do acordo de mediação existe a necessidade de que alguns desses acordos sejam homologados para que sejam exequíveis. Os acordos que devem ser homologados estão previstos no artigo 1775º do Código Civil ³⁸ sendo que o objetivo da homologação judicial de um acordo obtido em sessão de mediação pré-judicial é o de verificar se o acordo foi feito com relação à um litígio que pode ser objeto de mediação, se as partes que celebraram o acordo são capazes para o terem celebrado, se ele respeita a boa-fé e os princípios gerais do direito, bem como verificar se o acordo não possui alguma cláusula em que haja um abuso de direito entre as partes e se ele não viola a ordem pública.³⁹ Nos casos entretanto em que a Lei não exija homologação, os acordos possuem validade, entretanto as partes caso queiram submeter o acordo à homologação judicial para verificar se os requisitos acima foram atendidos elas poderão fazê-lo. ⁴⁰

Conclusão :

A vantagem da utilização da mediação familiar no âmbito das responsabilidades parentais decorre do fato de que quando os progenitores que não possuem uma vida em comum conseguem se comunicar para gerir o seu tempo de forma a dividir as tarefas inerentes às

³⁷ ROSSANA MARTINGO CRUZ, *Mediação familiar: Limites Materiais dos Acordos e seu controlo pelas autoridades*, CIT.,p. 4, p.174.

³⁸ Podem ser submetidos à mediação os acordos relativos às responsabilidades parentais, à prestação de alimentos ao cônjuge que deles careça e ao destino da casa de morada de família. Uma novidade trazida pela Lei nº 8/2017 de 3 de março é o acordo relativamente aos animais de companhia.

³⁹ Sobre os objetivos da homologação do acordo de mediação, vide art. 14º nº 3 da Lei 29/ 2013 de 19 de abril.

⁴⁰ Vide 14º nº 1º da Lei 29/ 2013 de 19 de abril.

responsabilidades parentais de forma a conseguir prover as necessidades afetivas e materiais da criança, a probabilidade de que esse consenso ou eventual acordo seja cumprido é maior .

Além disso a consenso entre os pais é mais benéfico para a criança para que essa possa se desenvolver em um ambiente saudável e com o mínimo de contendas possível ⁴¹ não direi totalmente isento de contendas para não distanciar muito da realidade fática dos conflitos pós - conjugais) e para permitir que a criança mantenha um vínculo afetivo com ambos os progenitores.

O direito de família trata de relacionamentos que envolvem conflitos e tensões que precisam ser articulados com formas de resolução alternativas de litígios que não se restrinjam apenas ao recurso às normas jurídicas , sendo por isso tão importante o uso da mediação familiar e sua difusão nos meios de comunicação, nos tribunais e nas conservatórias de registo civil como instrumento a ser utilizado para regulação do exercício das responsabilidades parentais.

Anexo I: Acórdão da Relação de Lisboa

Relator: Ana Luísa Geraldes

Data: 28/06/2012

Processo n ° 33/12.4TBBRR.L1 – 8

Sumário: I – A Lei nº 61/2008, de 31 de Outubro, que introduziu a última reforma ao Código Civil em matéria de Direito da Família, ficou comumente conhecida pela “Lei do Divórcio” pelas alterações de vulgo que instituiu no domínio do regime jurídico do divórcio – e que geraram grande polémica a nível Nacional - nomeadamente com o fim do divórcio por violação culposa dos deveres conjugais e com a consagração legal da possibilidade do divórcio ser decretado sem o consentimento do outro cônjuge.

II - Igualmente o exercício do poder paternal, na forma em que se tornou conhecido por toda a sociedade civil e comunidade jurídica – quer em termos legais, quer doutrinários, quer sobretudo a nível jurisprudencial – sofreu profundas alterações, podendo dizer-se que o novo

⁴¹ Não direi totalmente isento de contendas para não distanciar muito da realidade fática dos conflitos pós – conjugais mas consideramos que a mediação familiar ajuda as partes a chegarem em um consenso sobre a forma de exercer as responsabilidades parentais o que é mais benéfico para o relacionamento dos progenitores entre si e consequentemente mais saudável para o relacionamneto dos progenitores com a criança.

modelo veio criar uma ruptura em relação àquele que vigorava e que foi gerador, durante décadas, da jurisprudência que conhecemos nos Tribunais Portugueses em todas as instâncias.

III-Entre as alterações introduzidas no exercício das responsabilidades parentais salienta-se o desaparecimento da noção tradicional do poder paternal, com os progenitores a adquirirem igual poder de decisão relativamente às questões do menor, seu filho, nos termos preceituados nos arts. 1901º e segts do Código Civil. (grifos meus)

IV - Essa igualdade mostra-se vertida no próprio conceito criado pelo legislador e denominado de exercício das responsabilidades parentais, em substituição do clássico e imperante poder paternal. A fixar, por essa via, e sem reservas, a ideia de igualdade, e abolindo as referências explícitas e directas a um poder paternal/maternal nitidamente identificador de um género predominante.

V - De acordo com o novo regime a regra é a do exercício em comum das responsabilidades parentais, com a guarda conjunta, e a excepção o regime da guarda única, com a entrega e confiança do menor a um só dos progenitores.(grifos meus).

VI - A guarda será conjunta ou *compartilhada* (de acordo com a terminologia preferida de alguns Autores) consoante o modo ou a forma como são assumidas as responsabilidades e tomadas as decisões pelos progenitores da criança. Se são conjuntas as decisões, conjunta será a respectiva guarda. Mas em tal circunstância, porque o casal já não vive nem reside um com o outro, a criança passará períodos ora com um, ora com outro, nos termos em que ambos os progenitores, em conjunto e de comum acordo, assim o decidirem.

VII - Já a guarda alternada implica a *alternância* de residência dos pais, por certos períodos. Mas uma alternância efectiva, sem a comunicação entre os progenitores.

VIII - Na guarda alternada cada progenitor decide, *à sua maneira, por sua iniciativa e independentemente do outro,* o que será melhor para o filho durante esse período em que possui a guarda do menor. Tudo se passa de acordo com a vontade de um só dos progenitores durante esse período de tempo em que o menor está à sua guarda. Em que um só dos progenitores concentra a autoridade parental e exerce, em pleno, o poder de decisão.

(Sumário da Relatora)

Anexo II: Acórdão da Relação do Porto

Data : 25/ 03/ 2010

Processo: 1568-08.9PAVNG.P1

Sumário : I. Não basta um mero incumprimento do regime de visitas ou das responsabilidades de guarda do menor, para que se tipifique o crime de subtração de menor, na vertente do subtipo do art. 249º, 1, al. c) do C. Penal (recusa de entregar o menor à pessoa que sobre ele exerce poder paternal ou tutela, ou a quem ele esteja legalmente confiado).

II- A recusa, o atraso, ou estorvo significativo na entrega do menor, só têm relevância jurídico-penal para efeitos do referido crime de subtração de menores, se essas condutas forem graves, isto é, se significarem uma autêntica ruptura na relação familiar ou habitual entre o menor e os seus progenitores, ou com aquele a quem o mesmo se encontra confiado, e corresponderem ainda a uma lesão nos direitos ou interesses do menor e não em relação àqueles a quem o mesmo está confiado.

Anexo III : Acórdão da Relação de Évora

Relator: António Manuel Ribeiro Cardoso

Data : 02/ 06/ 2011

Processo n ° 365/08.6TMSTB.E1

1 - O abono de família constitui um apoio do Estado à família para fazer face às despesas com os filhos. Assim, este contributo apenas é concedido, porque os menores existem e, por conseguinte, deverá reverter a favor dos mesmos e ser deduzido nas respectivas despesas.

2 - Na regulação do exercício das responsabilidades parentais e, designadamente, no que concerne ao regime de visitas, a intervenção do tribunal deverá limitar-se ao indispensável (princípio da intervenção mínima), dando primazia às soluções consensuais, desde que respeitem o superior interesse dos menores, mas sem que a elas esteja adstrito.(grifos meus).

3 - Não sendo a vontade e o acordo das partes uma barreira intransponível para o tribunal, este, ao alterar, adaptar e completar o acordado nunca estará a exorbitar o que quer que seja.

Índice Bibliográfico:

CAMPOS , DIOGO E CAMPOS , MÓNICA, *Lições de Direito da Família*, Coimbra, Almedina, 2016.

Celina Cristiana Costa - *A eficácia da mediação familiar no contexto das responsabilidades parentais*. Braga.p.65. Disponível em : www: <URL: <https://repositorium.sdum.uminho.pt/handle/1822/41166> >

CRUZ, Rossana Martingo, “O papel do advogado na mediação familiar – uma observação crítica à realidade portuguesa ”, *Revista Eletrônica de Direito*, Setembro de 2015» Disponível em: : www: <URL: <http://www.cije.up.pt/revistared> >

CRUZ, Rossana Martingo, *Mediação familiar: Limites Materiais dos Acordos e seu controlo pelas autoridades*, 1º edição, Lisboa, Coimbra Editora, 2011.

CRUZ, ROSSANA MARTINGO – “Alguns desafios na prática da mediação familiar ” in *Revista de Direito da Família e das Sucessões – RDFAS*, Ano 3, julho a setembro de 2016 pp. 166 a 190 . Disponível em: WWW : < URL:

<http://www.adfas.org.br/admin/upload/conteudo/03102016%20rdfas.pdf> >

CUNHA, Maria da Conceição Ferreira(2014) . “*A tutela penal da família e o interesse da criança- Reflexão acerca do crime de subtração de menores e sua distinção face os crimes de sequestro e rapto de menores*” *Direito Penal. Fundamentos Dogmáticos e Político- Criminais. Homenagem ao Prof. Peter Hunerfeld*, Coimbra Editora, pp. 919- 973.

GONZALES, José Alberto, *Código Civil Anotado : Direito da Família*, Lisboa, Quid Juris, 2014. Vol . II.

JURISPRUDÊNCIA A a Z MENORES, NOVA CAUSA- EDIÇÕES JURÍDICAS, 2013.

LOPES, DULCE E PATRÃO, AFONSO, *Lei da Mediação Comentada*, 2º edição, Coimbra, Almedina, 2016).

PARKINSON, Lisa, *Mediação Familiar*, 1º edição, Agora comunicação, 2008.

RIOS, Paula Lucas, “Mediação Familiar: Estudo preliminar para uma regulamentação legal da mediação familiar em Portugal”, *Verbo Jurídico*, Volume II- 2005. p. 4. Disponível em: : www: <URL: <http://www.cije.up.pt/revistared> >.

SEVERINO, Rita, *As Rupturas Conjugais e as Responsabilidades Parentais : Mediação Familiar em Portugal*, Lisboa, Universidade Católica Editora ,2012.

SANTOS, Débora Ferreira Macedo - *Do recurso à mediação familiar na regulação do exercício das responsabilidades parentais em caso de divórcio*. p. 49, Braga. Disponível em : www: < URL: https://repositorium.sdum.uminho.pt/browse?type=author&value=Santos%2C+D%C3%A9bora+Ferreira+Macedo&value_lang=por >

Índice de Jurisprudência :

Acórdão da relação de Lisboa de 28/06/2012, disponível em <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/13acf4ed1395b8c480257a680032cd79?OpenDocument&Highlight=0,REGULA%C3%87%C3%83O,DAS,RESPONSABILIDADES,PARENTAIS%20>, consultado em 05/04/2017.

Acórdão da relação de Évora de 02/ 06/ 2011, disponível em <http://www.dgsi.pt/jtre.nsf/134973db04f39bf2802579bf005f080b/c9968aea3bafb5980257de10056f8f5?OpenDocument> consultado em 06/04/2017.

Acórdão da Relação do Porto de 25/ 03/ 2010 , disponível em <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/1c2e0c92905f749f80257700005c8d96?OpenDocument> 05/06/2017.

Sites consultados :

<http://www.pordata.pt/>

<http://www.dgsi.pt/>

<http://sml.mj.pt/registo/ehttp://smf.mj.pt>

<http://www.cije.up.pt/revistaredf>

