

Guia de Boas Práticas

nos termos da

Convenção da Haia

de 25 de outubro de 1980

sobre os aspetos civis

do rapto internacional

de crianças

Mediação

Guia de Boas Práticas
*nos termos da Convenção da
Haia de 25 de outubro de 1980
sobre os aspetos civis do
rapto internacional de crianças*

Mediação



Publicado por:
A Conferência da Haia de Direito Internacional Privado
Secretariado Permanente
6, Scheveningseweg
2517 KT The Hague
Países Baixos

Telefone: +31 70 363 3303
Fax: +31 70 360 4867
Endereço de correio eletrónico: secretariat@hcch.net
Sítio Web: www.hcch.net

© A Conferência da Haia de Direito Internacional Privado 2012

Todos os direitos reservados. Nenhuma parte desta publicação pode ser reproduzida, armazenada em sistema de recuperação ou transmitida, sob qualquer forma ou por qualquer meio, incluindo fotocópia ou gravação, sem autorização escrita do titular dos direitos de autor.

A apresentação gráfica e a tradução (com exceção do inglês, francês e espanhol) bem como a distribuição do «Guia de Boas Práticas nos termos da Convenção da Haia de 25 de outubro de 1980 sobre os aspetos civis do rapto internacional de crianças – Mediação» em todas as línguas oficiais da União Europeia, assim como em língua árabe, foram possibilitadas graças à generosidade da Comissão Europeia/Direção-Geral da Justiça.

As versões oficiais da presente publicação estão disponíveis no sítio Web da Conferência da Haia de Direito Internacional Privado (www.hcch.net), nas línguas inglesa, francesa e espanhola. As traduções da presente publicação para outras línguas não foram revistas pelo Secretariado Permanente da Conferência da Haia de Direito Internacional Privado.

ISBN 978-92-79-32407-9

Impresso na Bélgica

Conteúdo

Glossário 7

Objetivos e âmbito 12

Introdução 14

- A Histórico dos trabalhos da Conferência da Haia em matéria de mediação familiar internacional e mecanismos análogos de resolução de litígios por mútuo acordo 14
- B Trabalho de outros organismos 18
- C Estrutura do Guia 20
- D O contexto – Alguns casos típicos 20

O Guia 21

- 1 A importância geral da promoção de acordos no contexto de litígios familiares transfronteiriços relativos à custódia e ao contacto 21
- 2 O recurso à mediação no quadro da Convenção da Haia de 1980 sobre o Rapto de Crianças – Uma visão geral dos desafios específicos 26
- 3 Formação especializada em mediação no contexto do rapto internacional de crianças / Salvaguarda da qualidade da mediação 36
- 4 Acesso à mediação 40
- 5 Âmbito da mediação no contexto do rapto internacional de crianças 53
- 6 Princípios, modelos e métodos de mediação 55
- 7 Participação da criança 65
- 8 Participação eventual de terceiros 69
- 9 Organização dos contactos entre o progenitor cujo direito de custódia foi violado e a criança durante o processo de mediação 69
- 10 Mediação e acusações de violência doméstica 71
- 11 Os termos do acordo de mediação – Realismo 76
- 12 Atribuição de eficácia jurídica e executoriedade ao acordo de mediação 77
- 13 Questões de competência e lei aplicável 81
- 14 O recurso à mediação para prevenir o rapto de crianças 85
- 15 Outros mecanismos de resolução de litígios por mútuo acordo 85
- 16 O recurso à mediação e a mecanismos análogos de resolução por mútuo acordo em casos não abrangidos pela Convenção da Haia 87

Anexos 91

Índice

Glossário 7

Objetivos e âmbito 12

Introdução 14

- A Histórico dos trabalhos da Conferência da Haia em matéria de mediação familiar internacional e mecanismos análogos de resolução de litígios por mútuo acordo** 14
- B Trabalho de outros organismos** 18
- C Estrutura do Guia** 20
- D O contexto – Alguns casos típicos** 20

O Guia 21

- 1 A importância geral da promoção de acordos no contexto de litígios familiares transfronteiriços relativos à custódia e ao contacto** 21
 - 1.1 Vantagens das soluções de mútuo acordo 21
 - 1.2 Limites, riscos e salvaguardas 23
 - 1.3 Importância geral da ligação com os processos judiciais relevantes 25
- 2 O recurso à mediação no quadro da Convenção da Haia de 1980 sobre o Rapto de Crianças – Uma visão geral dos desafios específicos** 26
 - 2.1 Prazos / Procedimentos céleres 27
 - 2.2 Cooperação estreita com as autoridades administrativas e judiciais 30
 - 2.3 Envolvimento de mais do que um sistema jurídico; executoriedade do acordo em ambos (todos) os ordenamentos jurídicos envolvidos 30
 - 2.4 Diferentes origens culturais e religiosas 31
 - 2.5 Dificuldades linguísticas 32
 - 2.6 Distância geográfica 33
 - 2.7 Vistos e imigração 33
 - 2.8 Processo-crime contra o raptor 34
- 3 Formação especializada em mediação no contexto do rapto internacional de crianças / Salvaguarda da qualidade da mediação** 36
 - 3.1 Formação de mediadores – regras e normas existentes 36
 - 3.2 Formação específica para a mediação no contexto do rapto internacional de crianças 38
 - 3.3 Criação de listas de mediadores 39
 - 3.4 Salvaguarda da qualidade da mediação 39
- 4 Acesso à mediação** 40
 - 4.1 Oferta de mediação – fase do processo de regresso ao abrigo da Convenção da Haia; mediação por iniciativa do tribunal ou por iniciativa das partes 41
 - 4.1.1 O papel da autoridade central 42
 - 4.1.2 O papel do juiz e dos tribunais 44
 - 4.1.3 O papel dos advogados e de outros profissionais 46
 - 4.2 Avaliação da adequação da mediação 47
 - 4.3 Custo da mediação 48
 - 4.4 Local da mediação 50
 - 4.5 O contrato de mediação - o consentimento informado para a mediação 52

5	Âmbito da mediação no contexto do rapto internacional de crianças	53
5.1	Prioridade das questões urgentes	53
5.2	Importância da competência e da lei aplicável no que concerne às responsabilidades parentais e a outros assuntos abordados no acordo de mediação	54
6	Princípios, modelos e métodos de mediação	55
6.1	Princípios da mediação - normas internacionais	55
6.1.1	Natureza voluntária da mediação	55
6.1.2	Consentimento informado	56
6.1.3	Avaliação da adequação da mediação	57
6.1.4	Neutralidade, independência, imparcialidade e justiça	57
6.1.5	Confidencialidade	57
6.1.6	Consideração dos interesses e do bem-estar da criança	60
6.1.7	Tomada de decisões informadas e acesso adequado a aconselhamento jurídico	61
6.1.8	Competência intercultural	61
6.1.9	Qualificação dos mediadores ou entidades mediadoras – normas mínimas para a formação	62
6.2	Modelos e métodos de mediação	62
6.2.1	Mediação direta ou indireta	62
6.2.2	Mediação singular ou comediação	62
6.2.3	Conceito de mediação bicultural e bilingue	63
7	Participação da criança	65
7.1	Participação da criança em processos de regresso e em processos de direito da família	65
7.2	A audição da criança na mediação	67
8	Participação eventual de terceiros	69
9	Organização dos contactos entre o progenitor cujo direito de custódia foi violado e a criança durante o processo de mediação	69
9.1	Salvaguardas / Prevenção de novo rapto	70
9.2	Cooperação estreita entre as Autoridades Centrais e as autoridades administrativas e judiciais	70
10	Mediação e acusações de violência doméstica	71
10.1	Tratamento da violência doméstica no âmbito do processo de regresso da Convenção da Haia	72
10.2	Salvaguardas na mediação / Proteção da parte vulnerável	74
10.3	Informações sobre medidas de proteção	75
11	Os termos do acordo de mediação – Realismo	76
12	Atribuição de eficácia jurídica e executoriedade ao acordo de mediação	77
13	Questões de competência e lei aplicável	81
14	O recurso à mediação para prevenir o rapto de crianças	85
15	Outros mecanismos de resolução de litígios por mútuo acordo	85
16	O recurso à mediação e a mecanismos análogos de resolução por mútuo acordo em casos não abrangidos pela Convenção da Haia	87

Glossário

Os termos que se seguem são apresentados por conteúdo temático e não por ordem alfabética.

Mediação

Para os efeitos do presente Guia, é importante distinguir a «mediação» dos demais mecanismos análogos de resolução de litígios por mútuo acordo.

As definições de «mediação» existentes nos textos e publicações jurídicas variam significativamente e refletem, frequentemente, determinados requisitos mínimos relativos ao processo de mediação e ao mediador previstos nos ordenamentos jurídicos em causa. Se reunirmos os elementos comuns àquelas definições, podemos definir a mediação como um processo voluntário e estruturado através do qual o «mediador»¹ facilita a comunicação entre as partes em conflito, permitindo que as mesmas assumam a responsabilidade pela busca de uma solução para o seu litígio². É neste sentido amplo que o presente Guia se refere à «mediação», sem prejuízo do modelo ou método aplicado. Outros princípios comumente exigidos mas que, embora não sejam aplicados uniformemente, são por vezes incluídos na definição de mediação - como a confidencialidade, a neutralidade ou a imparcialidade- serão tratados no capítulo 6 do Guia.

Mediador

Muitas das definições do termo «mediador» existentes nos instrumentos nacionais ou regionais refletem os requisitos (legais) obrigatórios para o exercício das funções de «mediador» e a forma como a mediação deve ser conduzida. Atentando novamente nos elementos comuns, «mediador» é entendido, no presente Guia, como um terceiro imparcial que conduz a mediação. O termo é usado, salvo indicação em contrário, sem prejuízo da experiência profissional do mediador e dos requisitos específicos que uma pessoa pode ter que preencher para se qualificar como «mediador» num determinado sistema jurídico.

O termo «mediador» é utilizado no presente Guia indiferentemente para designar a mediação ou a mediação conduzida apenas por um mediador, isto é, salvo indicação em contrário, o termo «mediador» usado neste Guia também abrange a mediação conduzida por mais do que um mediador.

1 A mediação também pode ser conduzida por mais do que um mediador. Ver também a definição de «mediador» abaixo, bem como a secção 6.2.2 relativa à mediação.

2 Para uma comparação geral concisa das definições de mediação utilizadas em diferentes países, ver K.J. Hopt e F. Steffek, *Mediation – Rechtstatsachen, Rechtsvergleich, Regelungen*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2008, páginas 12 e seguintes.

Conciliação

Os termos mediação e conciliação são por vezes utilizados como sinónimos³, o que pode criar uma certa confusão. Atualmente, a conciliação é geralmente caracterizada como um processo mais orientado do que a mediação. Assim, a conciliação será entendida, para os efeitos do presente Guia, como um mecanismo de resolução de litígios no qual um terceiro imparcial assume um papel ativo e de orientação a fim de ajudar as partes a encontrar uma solução de mútuo acordo para o seu litígio. A mediação pode ser pró-ativa, mas não pode ser orientada. É importante sublinhar que, na mediação, o mediador não está em posição de decidir pelas partes, podendo apenas ajudá-las a encontrar a sua própria solução. Pelo contrário, o conciliador pode orientar as partes para uma solução concreta⁴. Esta diferença pode ser ilustrada através do seguinte exemplo: um juiz com formação em mediação pode conduzir um processo de mediação, desde que não seja o juiz competente num processo judicial relativo ao litígio em questão, devendo igualmente abster-se de influenciar o resultado do processo de resolução de conflitos das partes. Por definição, um juiz nunca pode «mediar» num processo pelo qual seja responsável, isto é, em que as partes saibam que será ele quem proferirá a decisão se o processo de resolução amigável do litígio falhar⁵. O processo através do qual um juiz, num processo que lhe foi atribuído, auxilia as partes a encontrar uma solução de mútuo acordo e a alcançar um acordo judicial estaria, assim, abrangido pela definição de conciliação tal como entendida no presente Guia⁶.

Aconselhamento

A mediação distingue-se do aconselhamento, um processo que pode ser utilizado para ajudar casais ou famílias a lidar com problemas de relacionamentos. Contrariamente à mediação, o aconselhamento não visa geralmente a solução de um litígio específico.

Arbitragem

A mediação e a conciliação diferem da arbitragem na medida em que aquelas visam uma solução de mútuo acordo entre as partes enquanto, na arbitragem, o litígio é resolvido mediante decisão de um terceiro imparcial (o árbitro). Embora as partes devam dar o seu consentimento para a arbitragem e respeitar a respetiva decisão, o objetivo do processo de arbitragem não é alcançar uma solução de mútuo acordo⁷.

-
- 3 Ver, por exemplo, o artigo 1.º, n.º 3, da Lei Modelo da Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional (CNUDCI) sobre a Conciliação Comercial Internacional, adotada pela CNUDCI em 2002, disponível em: http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/ml-conc/03-90953_Ebook.pdf (última consulta em 16 de junho de 2012), segundo o qual o termo «conciliação» designa um processo, independentemente da denominação de conciliação, mediação ou nome equivalente, em que as partes solicitam a um terceiro (o «conciliador») que as ajude nos seus esforços para chegarem a uma solução amigável de um litígio emergente de uma relação contratual ou de natureza jurídica diversa.
 - 4 Relativamente às diferenças entre a mediação e a conciliação, ver também *A fair say – A Guide to Managing Differences in Mediation and Conciliation* (agosto de 1999), publicado pelo Conselho Consultivo Nacional para a Resolução Alternativa de Litígios da Austrália (*Australian National Alternative Dispute Resolution Advisory Council, NADRAC*), página 1, disponível em: <http://www.nadrac.gov.au/publications/PublicationsByDate/Pages/AFairSay.aspx> (última consulta em 16 de junho de 2012).
 - 5 Este princípio é amplamente respeitado; para uma comparação geral das definições de mediação utilizadas em diferentes países, ver K.J. Hopt e F. Steffek (*op. cit.* nota 2), página 12; ver também o artigo 3.º da Diretiva 2008/52/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 21 de maio de 2008, relativa a certos aspetos da mediação em matéria civil e comercial, JO L 136 de 24.5.2008 (doravante designada «Diretiva europeia relativa à mediação»), disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32008L0052:PT:HTML> (última consulta em 16 de junho de 2012).
 - 6 No entanto, as definições de conciliação diferem. Ver, por exemplo, o artigo 1.º, n.º 3, da Lei Modelo da Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional sobre a Conciliação Comercial Internacional (nota 3 acima).
 - 7 Para mais informações sobre a distinção entre a mediação e a arbitragem, ver, *inter alia*, N. Alexander, *International and Comparative Mediation*, Austin – Boston – Chicago – Nova Iorque – Países Baixos, Wolters Kluwer, 2008, páginas 26 e 27.

Avaliação neutra precoce

Na «avaliação neutra precoce», as partes recebem uma avaliação não vinculativa da sua situação jurídica realizada por um especialista, sendo-lhes dada, subsequentemente, a possibilidade de negociar uma solução de mútuo acordo⁸.

Direito colaborativo

No modelo de «direito colaborativo», as partes são representadas por «advogados colaborativos», que utilizam técnicas de resolução de problemas com base nos interesses das partes para resolver o litígio sem recurso ao tribunal⁹. No caso de não ser alcançado um acordo e o assunto ter que ser resolvido em tribunal, os advogados colaborativos não podem continuar a representar as partes.

Direito cooperativo

O modelo de «direito cooperativo» segue os princípios do modelo de «direito colaborativo», com a exceção da possibilidade de os advogados continuarem a representar as partes no caso de o litígio ser submetido a tribunal¹⁰.

Mediação direta ou indireta

Para os efeitos do presente Guia, «mediação direta» designa o processo em que ambas as partes participam direta e simultaneamente nas sessões de mediação com o mediador, quer presencialmente quer através de reuniões à distância com recurso a sistemas de vídeo, teleconferência ou comunicação através da internet¹¹.

Em contrapartida, o termo «mediação indireta» designa o processo em que as partes não se encontram durante a mediação, reunindo-se antes com o mediador separadamente. As reuniões em separado com o mediador podem ter lugar em dois Estados diferentes ou no mesmo Estado, em momentos diferentes ou simultaneamente mas em salas diferentes¹².

É claro que também é possível que o processo de mediação inclua as duas formas: mediação direta e indireta. Uma mediação direta pode, por exemplo, ser acompanhada ou precedida por reuniões privadas, em que o mediador se reúne com cada uma das partes separadamente.

Mediação judicial/ anexa aos tribunais

Neste Guia, os termos «mediação anexa ao tribunal» ou «mediação judicial» são utilizados para designar serviços de mediação que são conduzidos pelos tribunais ou através destes. Nestes sistemas, a mediação é conduzida por mediadores ao serviço do tribunal ou por juizes com formação como mediadores que, no entanto, apenas podem «mediar» se não forem o juiz do processo. O local da mediação é frequentemente um espaço no edifício do tribunal.

8 Para mais informações, ver, *inter alia*, N. ver Steegh, «Family Court Reform and ADR: Shifting Values and Expectations Transform the Divorce Process», *42 Fam. LQ* (2008-2009), 659, página 663.

9 *Ibid.*, página 667.

10 *Ibid.*, página 668.

11 Ver «Note on the development of mediation, conciliation and similar means to facilitate agreed solutions in transfrontier family disputes concerning children especially in the context of the Hague Convention of 1980», Documento Preliminar n.º 5, de outubro de 2006, redigido por S. Vigers, ex-jurista do Secretariado Permanente para a Quinta Reunião da Comissão Especial de revisão do funcionamento da *Convenção da Haia de 25 de outubro de 1980 sobre os Aspectos Cíveis do Rapto Internacional de Crianças* (Haia, 30 de outubro a 9 de novembro de 2006) (doravante designado «Notas relativas ao desenvolvimento da mediação, da conciliação e de mecanismos análogos», disponível no sítio Web da Conferência da Haia em: www.hcch.net, em «Child Abduction Section», 4.1, página 14.

12 Ver *Ibid.*, 4.1, página 15.

Mediação extrajudicial

Neste Guia, o termo «mediação extrajudicial» designa a mediação conduzida por um organismo que não tem ligação direta com o tribunal. Pode envolver organismos geridos ou aprovados pelo Estado e serviços de mediação prestados por indivíduos, bem como organizações privadas de mediação¹³.

Acordo de mediação

Neste Guia, o termo «acordo de mediação» designa o resultado da mediação, isto é, a solução de mútuo acordo alcançada pelas partes através da mediação. Importa referir que, em alguns ordenamentos jurídicos, é mais utilizado o termo «memorando de entendimento» para designar o resultado da mediação, por forma a evitar qualquer presunção quanto à natureza jurídica do resultado da mediação (ver o capítulo 12 abaixo para mais informações).

Para evitar confusão, é importante referir que o Guia também utiliza o termo «contrato de mediação», que designa um contrato celebrado entre o mediador e as partes em litígio antes da mediação e que pode regular, entre outros assuntos, as características do processo de mediação e os respetivos custos¹⁴.

Responsabilidade parental

Tal como definida na Convenção da Haia de 1996 relativa à Proteção das Crianças, o termo «responsabilidade parental» designa «a autoridade parental ou qualquer outra relação análoga de autoridade que determine os direitos, poderes e responsabilidades dos pais, tutores ou outros representantes legais relativamente à pessoa ou bens da criança»¹⁵. Por outras palavras, a «responsabilidade parental» consiste no conjunto de poderes e deveres atribuídos por lei aos progenitores, tutores ou outros representantes legais em relação a uma criança e destinados a assegurar o seu sustento e desenvolvimento. O conceito de «responsabilidade parental» abrange o «direito de custódia» bem como o «direito de contacto», sendo bastante mais abrangente do que estes dois conceitos. Para designar todos os direitos e obrigações parentais, muitos ordenamentos jurídicos, bem como instrumentos regionais e internacionais, utilizam atualmente o termo «responsabilidade parental», isto para reduzir a importância acordada aos direitos dos pais em termos terminológicos nesta área do direito e reconhecer a igual importância dos deveres parentais e dos direitos e bem-estar da criança.

No que diz respeito ao «direito de visita», o Guia privilegia o termo «direito de contacto», que reflete uma abordagem centrada na criança de acordo com o conceito moderno de «responsabilidade parental»¹⁶. Utilizado em sentido amplo, o termo «contacto» abrange as várias formas através das quais o progenitor que não tem o direito de custódia (e, por vezes, outros membros da família ou amigos da criança) mantém uma relação pessoal com a criança, quer através de visitas ou acesso periódico, comunicação à distância ou através de outros meios¹⁷. O Guia utiliza o termo «direito de custódia» em conformidade com a terminologia da Convenção da Haia de 1980 sobre os Aspectos Civis do Rapto Internacional de Crianças.

13 Para mais informações sobre a mediação anexa aos tribunais e a mediação extrajudicial, ver também «Feasibility Study on Cross-Border Mediation in Family Matters», Documento Preliminar n.º 20, de março de 2007, redigido pelo Secretariado Permanente para o Conselho dos Assuntos Gerais e Política da Conferência de abril de 2007 (disponível em: www.hcch.net, em «Work in Progress», «General Affairs», secção 2.4, página 6.

14 Ver secção 3.5 abaixo.

15 Artigo 1.º, n.º 2, da Convenção de 1996.

16 A terminologia usada está de acordo com aquela usada nos *General Principles and Guide to Good Practice on Transfrontier Contact Concerning Children* (Jordan Publishing, 2008), doravante designado «Guia de Boas Práticas sobre o Contacto Transfronteiriço» (também disponível no sítio Web da Conferência da Haia em: www.hcch.net em «Child Abduction Section», «Guides to Good Practice»); ver na página xxvi.

17 A terminologia usada está de acordo com aquela usada no Guia de Boas Práticas sobre o Contacto Transfronteiriço (*ibid*).

Progenitor cujo direito de custódia foi violado e raptor

O progenitor que alega que o seu direito de custódia foi violado em virtude de uma deslocação ou retenção ilícita é designado, no presente Guia, de «progenitor cujo direito de custódia foi violado». De acordo com o disposto no artigo 3.º da Convenção da Haia de 1980 sobre os Aspectos Cíveis do Rapto Internacional de Crianças, a deslocação ou retenção de uma criança é considerada ilícita quando tenha sido efetivada em violação de um direito de custódia atribuído a uma pessoa ou a uma instituição ou a qualquer outro organismo, individual ou conjuntamente, pela lei do Estado onde a criança tenha a sua residência habitual imediatamente antes da sua transferência ou da sua retenção. Num reduzido número de casos abrangidos pela Convenção de 1980, o titular do direito de custódia violado é uma pessoa que não o progenitor (um avô ou avó, padrasto ou madrasta ou qualquer outra pessoa, familiar ou não) ou uma instituição ou outro organismo cujo direito de custódia é violado em virtude da deslocação ou retenção ilícita da criança. Para evitar longas descrições neste Guia, o termo «progenitor cujo direito de custódia foi violado» designa, salvo indicação expressa em contrário, também outra pessoa ou organismo¹⁸ cujo direito de custódia seja alegadamente violado por uma deslocação ou retenção ilícita.

O progenitor que, alegadamente, deslocou a criança da sua residência habitual para outro Estado ou reteve ilicitamente a criança noutro Estado será designado no presente Guia de «raptor». Paralelamente ao que sucede com a utilização do termo «progenitor cujo direito de custódia foi violado», salvo indicação expressa em contrário, a referência, no presente Guia, ao termo «raptor» inclui qualquer pessoa, instituição ou outro organismo¹⁹ que alegadamente tenha deslocado ou retido ilicitamente uma criança.

Violência doméstica e abuso infantil

O termo «violência doméstica» pode, dependendo da definição utilizada, abranger muitas formas de abuso no contexto familiar. O abuso pode ser físico ou psicológico; pode ser dirigido à criança («abuso infantil») e/ou ao companheiro (por vezes referido como «violência conjugal») e/ ou a outros membros da família.

Salvo indicação em contrário, o presente Guia utiliza o termo «violência doméstica» no sentido amplo acima descrito. Relativamente à violência doméstica contra uma criança, o Guia distingue entre violência indireta e direta. A primeira consiste em violência contra um progenitor ou outro membro do agregado familiar que afeta a criança e a segunda em violência doméstica contra a criança. Apenas esta última será designada de «abuso infantil» no presente Guia²⁰.

18 Evidentemente, no caso de estar em causa uma instituição ou outro organismo, a questão da mediação pode não se colocar ou ser significativamente diferente da mediação entre pessoas singulares.

19 Evidentemente, no caso de estar em causa uma instituição ou outro organismo, a questão da mediação pode não se colocar ou ser significativamente diferente da mediação entre pessoas singulares.

20 Ver o capítulo 10 relativo à violência doméstica.

Objetivos e âmbito

O presente Guia promove boas práticas no contexto da mediação e de outros mecanismos de resolução por mútuo acordo de litígios familiares internacionais relativos a crianças abrangidos pela *Convenção da Haia de 25 de outubro de 1980 sobre os Aspectos Cíveis do Rapto Internacional de Crianças* (adiante designada «Convenção da Haia de 1980 sobre o Rapto de Crianças» ou «Convenção de 1980»). Como outras Convenções da Haia modernas em matéria de direito da família, a Convenção da Haia de 1980 sobre o Rapto de Crianças, incentiva a resolução amigável dos litígios familiares. O artigo 7.º da Convenção de 1980 estabelece que as Autoridades Centrais «deverão tomar, quer diretamente, quer através de um intermediário, todas as medidas apropriadas para (...) assegurar a reposição voluntária da criança ou facilitar uma solução amigável». As Convenções da Haia mais recentes em matéria de direito da família mencionam expressamente a utilização da mediação, da conciliação e de outros métodos análogos²¹.

De entre os diferentes meios de resolução amigável de litígios, o presente Guia trata prioritariamente da «mediação», dado ser um dos métodos de resolução alternativa de litígios mais largamente promovidos no âmbito do direito da família. No entanto, o presente Guia também aborda boas práticas relativas a outros processos de resolução de litígios por mútuo acordo, como a conciliação. É dedicado um capítulo autónomo²² a estes outros métodos, no qual serão analisadas as suas características específicas. Algumas das boas práticas relativas à mediação promovidas no presente Guia são, com as devidas adaptações, aplicáveis a alguns daqueles processos.

Embora tenha como objeto central as especificidades da resolução amigável de litígios no contexto do rapto de crianças e de litígios relativos ao direito de visita/contacto ao abrigo da Convenção da Haia de 1980 sobre o Rapto de Crianças, o presente Guia descreve princípios e boas práticas que poderão ser úteis quando aplicados à mediação e aos outros mecanismos análogos em litígios familiares transfronteiriços em geral. Como tal, o Guia foi concebido para auxiliar não só os Estados Contratantes da Convenção de 1980 como também os Estados Contratantes de outras Convenções da Haia que promovem o uso de mediação, conciliação ou outros mecanismos análogos de resolução por mútuo acordo de litígios familiares internacionais. Estas Convenções incluem a *Convenção da Haia de 19 de outubro de 1996 relativa à Competência, à Lei Aplicável, ao Reconhecimento, à Execução e à Cooperação em Matéria de Responsabilidade Parental e Medidas de Proteção das Crianças* (adiante designada «Convenção da Haia de 1996 relativa à Proteção das Crianças» ou «Convenção de 1996»), a *Convenção da Haia de 13 de janeiro de 2000 sobre a Proteção Internacional de Adultos* e a *Convenção da Haia de 23 de novembro de 2007 sobre a Cobrança Internacional de Alimentos em benefício dos Filhos e de outros Membros da Família*. Para além disso, o presente Guia foi concebido para auxiliar os Estados não contratantes das referidas Convenções da Haia que estejam a estudar a melhor forma de desenvolver estruturas eficazes de promoção da mediação transfronteiriça em litígios familiares internacionais. O Guia destina-se aos governos e Autoridades Centrais designadas nos termos da Convenção de 1980 e de outras Convenções da Haia aplicáveis, bem como a juizes, advogados, mediadores, partes dos litígios familiares transfronteiriços e outras pessoas interessadas.

21 Ver o artigo 31.º, alínea b), da *Convenção da Haia de 19 de outubro de 1996 relativa à Competência, à Lei Aplicável, ao Reconhecimento, à Execução e à Cooperação em Matéria de Responsabilidade Parental e Medidas de Proteção das Crianças*; o artigo 31.º da *Convenção da Haia de 13 de janeiro de 2000 sobre a Proteção Internacional de Adultos* e os artigos 6.º, n.º 2, alínea d) e 34.º, n.º 2, alínea i), da *Convenção da Haia de 23 de novembro de 2007 sobre a Cobrança Internacional de Alimentos em benefício dos Filhos e de outros Membros da Família*.

22 Capítulo 15.

Este é o quinto Guia de Boas Práticas desenvolvido para facilitar o funcionamento prático da Convenção da Haia de 1980 sobre o Rapto de Crianças. Os quatro guias já publicados são: *Part I – Central Authority Practice* (Parte I – Práticas das Autoridades Centrais); *Part II – Implementing Measures* (Parte II – Medidas de Implementação); *Part III – Preventive Measures* (Parte III – Medidas Preventivas) e *Part IV – Enforcement* (Parte IV – Execução)²³.

Além destes, o *General Principles and Guide to Good Practice on Transfrontier Contact Concerning Children* (Princípios Gerais e Guia de Boas Práticas sobre o Contacto Transfronteiriço relativo a Crianças)²⁴ diz respeito tanto à Convenção da Haia de 1980 sobre o Rapto de Crianças, como à Convenção da Haia de 1996 relativa à Proteção das Crianças.

Nada no presente Guia pode ser interpretado como sendo vinculativo para os Estados Contratantes da Convenção da Haia de 1980 sobre o Rapto de Crianças, ou de qualquer outra Convenção da Haia em matéria de direito da família. Os princípios gerais estabelecidos no presente Guia revestem a natureza de mero aconselhamento.

Todos os Estados Contratantes e, em especial, as Autoridades Centrais designadas nos termos da Convenção da Haia de 1980 sobre o Rapto de Crianças, são encorajados a rever as suas práticas e a melhorá-las, sempre que necessário e viável. Tanto para as Autoridades Centrais já estabelecidas como para aquelas ainda em desenvolvimento, a implementação da Convenção de 1980 deve ser vista como um processo contínuo, progressivo ou gradual, com vista à melhoria constante.

....

O Secretariado Permanente gostaria de agradecer aos vários especialistas, incluindo especialistas de organizações não governamentais, cuja sabedoria e experiência contribuíram para o Guia²⁵. Um agradecimento especial é devido a Juliane Hirsch, ex-jurista sénior do Secretariado Permanente, que realizou a maior parte do trabalho deste Guia, e a Sarah Vigers, ex-jurista do Secretariado Permanente que, em 2006, preparou um estudo comparativo sobre o desenvolvimento da mediação, da conciliação e de mecanismos análogos no contexto da Convenção da Haia de 1980 sobre o Rapto de Crianças, que contribuiu para a redação do presente Guia.

23 *Guide to Good Practice under the Hague Convention of 25 October 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction, Part I – Central Authority Practice* (Jordan Publishing, 2003), doravante designado «Guia de Boas Práticas sobre as Práticas das Autoridades Centrais»; *Guide to Good Practice under the Hague Convention of 25 October 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction, Part II – Implementing Measures* (Jordan Publishing, 2003); *Guide to Good Practice under the Hague Convention of 25 October 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction, Part III – Preventive Measures* (Jordan Publishing, 2005), doravante designado «Guia de Boas Práticas sobre Medidas Preventivas»; *Guide to Good Practice under the Hague Convention of 25 October 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction, Part IV – Enforcement* (Jordan Publishing, 2010), doravante designado «Guia de Boas Práticas sobre Execução». Os Guias de Boas Práticas estão também disponíveis no sítio Web da Conferência da Haia em: www.hcch.net, na «Child Abduction Section», «Guides to Good Practice».

24 *Op. cit.* nota 16.

25 As pessoas que se seguem participaram no Grupo de Especialistas que ajudou na preparação deste Guia: Gladys Alvarez (**Argentina**), Meritissimo Juiz Peter F. Boshier (**Nova Zelândia**), Cilgia Caratsch (**Suíça**), Eberhard Carl (**Alemanha**), Denise Carter (**Reino Unido**), Sandra Fenn (**Reino Unido**), Lorraine Fillion (**Canadá**), Danièle Ganancia (**França**), Barbara Gayse (**Bélgica**), Ankeara Kaly (**França**), Robine G. de Lange-Tegelaar (**Países Baixos**), Juiz Wilney Magno de Azevedo Silva (**Brasil**), Lisa Parkinson (**Reino Unido**), Christoph C. Paul (**Alemanha**), Toni Pirani (**Austrália**), Els Prins (**Países Baixos**), Kathleen S. Ruckman (**Estados Unidos da América**), Craig T. Schneider (**África do Sul**), Andrea Schulz (**Alemanha**), Peretz Segal (**Israel**), Sarah Vigers (**Reino Unido**), Lisa Vogel (**Estados Unidos da América**) e Jennifer H. Zawid (**Estados Unidos da América**).

Introdução

A Histórico dos trabalhos da Conferência da Haia em matéria de mediação familiar internacional e mecanismos análogos de resolução de litígios por mútuo acordo

- 1 O trabalho realizado pela Conferência da Haia nas últimas décadas reflete a importância crescente da mediação e dos outros métodos de resolução de litígios por mútuo acordo no âmbito do direito internacional da família. A maioria das Convenções da Haia mais recentes em matéria de família incentivam expressamente o recurso à mediação e a mecanismos análogos para encontrar soluções adequadas para litígios familiares transfronteiriços. Para além disso, vários Guias de Boas Práticas destinados a facilitar a implementação e funcionamento eficazes da Convenção da Haia de 1980 sobre o Rapto Internacional de Crianças e da Convenção da Haia de 1996 relativa à Proteção das Crianças chamam a atenção para a importância da promoção de soluções de mútuo acordo²⁶.
- 2 Simultaneamente, a mediação em litígios familiares transfronteiriços em geral tem vindo a ser objeto de discussão há largos anos como um dos tópicos para o futuro trabalho da Conferência da Haia. Em abril de 2006, os Estados-Membros incumbiram o Secretariado Permanente da Conferência da Haia de «preparar um estudo de viabilidade no domínio da mediação familiar transfronteiriça, incluindo o possível desenvolvimento de um instrumento sobre o assunto»²⁷.
- 3 O «Feasibility Study on Cross-Border Mediation in Family Matters» (Estudo de Viabilidade em Matéria de Mediação Familiar Transfronteiriça)²⁸, que analisou as possíveis direções do trabalho futuro da Convenção da Haia no campo da mediação familiar transfronteiriça, foi apresentado ao Conselho dos Assuntos Gerais e Política da Conferência (doravante designado «Conselho») em 2007. O Conselho decidiu convidar os Membros da Conferência da Haia:
«a apresentarem, até ao final de 2007, comentários acerca do estudo de viabilidade em matéria de mediação familiar transfronteiriça, com vista a aprofundar o debate sobre o assunto na reunião do Conselho na primavera de 2008»²⁹.
- 4 Em abril de 2008, o Conselho:
«convidou o Secretariado Permanente a continuar a acompanhar a evolução da situação em matéria de mediação familiar transfronteiriça e a manter os Membros informados sobre a mesma»³⁰.
- 5 Além disso, foi solicitado ao Secretariado Permanente que iniciasse os trabalhos relativos
«a um Guia de Boas Práticas sobre a utilização da mediação no contexto da Convenção da Haia de 25 de outubro de 1980 sobre os Aspectos Cíveis do Rapto Internacional de Crianças, a ser submetido para análise na reunião seguinte da Comissão Especial de revisão do funcionamento prático da referida Convenção em 2011»³¹.
- 6 Nas suas Conclusões e Recomendações:
«o Conselho de 2009 reafirmou a sua decisão tomada na reunião de abril de 2008 relativamente à mediação familiar transfronteiriça. Foi aprovada a proposta do Secretariado Permanente para

26 Ver, por exemplo, o Guia de Boas Práticas sobre o Contacto Transfronteiriço (*op. cit.* nota 16), capítulo 2, páginas 6 e seguintes; o Guia de Boas Práticas sobre as Práticas das Autoridades Centrais (*op. cit.* nota 23), secção 4.12, Reposição Voluntária, páginas 49 e seguintes e o Guia de Boas Práticas sobre Medidas Preventivas (*op. cit.* nota 23), secção 2.1.1, Acordos voluntários e mediação, páginas 15 e 16.

27 Conclusões da Comissão Especial dos Assuntos Gerais e Política da Conferência de 3 a 5 de abril de 2006 (disponível em: www.hcch.net, em «Work in Progress», «General Affairs»), Recomendação n.º 3.

28 *Op. cit.* nota 13.

29 Recomendações e Conclusões adotadas pelo Conselho dos Assuntos Gerais e Política da Conferência (2-4 de abril de 2007) (disponível em: www.hcch.net, em «Work in Progress», «General Affairs»), Recomendação n.º 3.

30 Conclusões e Recomendações adotadas pelo Conselho dos Assuntos Gerais e Política da Conferência (1-3 de abril de 2008) (disponível em www.hcch.net, em «Work in Progress», «General Affairs»), página 1, n.º 3 (Mediação familiar transfronteiriça).

31 *Ibid.*

apresentar aos Membros o Guia de Boas Práticas sobre a Mediação no contexto da *Convenção da Haia de 25 de outubro de 1980 sobre os Aspectos Cíveis do Rapto Internacional de Crianças* para consulta, no início de 2010 e, posteriormente, à Comissão Especial de revisão do funcionamento prático da *Convenção da Haia de 1980 sobre o Rapto de Crianças e da Convenção da Haia de 19 de outubro de 1996 relativa à Competência, à Lei Aplicável, ao Reconhecimento, à Execução e à Cooperação em Matéria de Responsabilidade Parental e Medidas de Proteção das Crianças*, para aprovação, na sua próxima reunião, em 2011»³².

- 7 É importante sublinhar que o debate sobre o recurso à mediação e a mecanismos análogos no contexto da *Convenção da Haia de 1980 sobre o Rapto de Crianças* teve início há vários anos. O tópico havia sido analisado numa série de reuniões da Comissão Especial de revisão do funcionamento prático da *Convenção de 1980*. Em outubro de 2006, o Secretariado Permanente publicou um estudo comparativo³³ dos sistemas de mediação no contexto da *Convenção de 1980* para discussão na Comissão Especial de revisão do funcionamento prático da *Convenção da Haia de 1980 sobre o Rapto de Crianças e da implementação da Convenção da Haia de 1996 relativa à Proteção das Crianças* (outubro-novembro de 2006).
- 8 A Comissão Especial, na reunião de 2006, reiterou as Recomendações n.º 1.10 e 1.11 da sua reunião de 2001: «1.10 Os Estados Contratantes devem incentivar a reposição voluntária sempre que esta seja possível. Propõe-se que as Autoridades Centrais tentem assegurar a reposição voluntária, à luz da intenção expressa no artigo 7.º, n.º 2, alínea c), da *Convenção de 1980*, sempre que for possível e adequado, dando instruções nesse sentido aos profissionais do direito envolvidos, quer sejam magistrados do Ministério Público ou profissionais independentes ou ainda remetendo o caso para uma organização especializada na prestação de serviços de mediação adequados. É também reconhecido o papel desempenhado pelo tribunal nesta matéria.
- 1.11 As medidas aplicadas para assegurar a reposição voluntária da criança ou para alcançar uma resolução amigável dos problemas em causa não devem resultar num atraso injustificado do processo»³⁴.
- 9 No que toca à mediação propriamente dita, a Comissão Especial de 2006 concluiu que: «1.3.2 A Comissão Especial acolhe favoravelmente as iniciativas e projetos de mediação que estão a ser desenvolvidos nos Estados Contratantes no contexto da *Convenção da Haia de 1980*, muitos dos quais se encontram descritos no Documento Preliminar n.º 5 (Notas relativas ao desenvolvimento da mediação, da conciliação e de mecanismos análogos).
- 1.3.3 A Comissão Especial convida o Secretariado Permanente a continuar a manter os Estados informados da evolução da situação em matéria de mediação de litígios transfronteiriços relativos a contacto e rapto. A Comissão Especial nota que o Secretariado Permanente irá prosseguir o seu trabalho sobre um estudo de viabilidade mais geral sobre mediação familiar transfronteiriça, incluindo o possível desenvolvimento de um instrumento sobre o assunto, sob o mandato da Comissão Especial dos Assuntos Gerais e Política, de abril de 2006»³⁵.
- 10 Os trabalhos relativos ao Guia de Boas Práticas sobre a Mediação nos termos da *Convenção da Haia de 1980 sobre os Aspectos Cíveis do Rapto Internacional de Crianças* começaram em 2009. Foi convidado um grupo de especialistas independentes³⁶ de diferentes Estados Contratantes para ajudar na preparação do Guia. Foi distribuído um projeto de Guia³⁷ aos Estados Contratantes da *Convenção da Haia de 1980* e aos Membros da Conferência da Haia antes da Parte I da Sexta Reunião

32 Conclusões e Recomendações adotadas pelo Conselho dos Assuntos Gerais e Política da Conferência (31 de março a 2 de abril de 2009) (disponível em www.hcch.net, em «Work in Progress», «General Affairs»), páginas 1-2, (Mediação familiar transfronteiriça).

33 S. Vigers, Notas relativas ao desenvolvimento da mediação, da conciliação e de mecanismos análogos (*op. cit.* nota 11).

34 Ver as Conclusões e Recomendações da Quarta Reunião da Comissão Especial de revisão do funcionamento prático da *Convenção da Haia de 25 de outubro de 1980 sobre os Aspectos Cíveis do Rapto Internacional de Crianças* (22 a 28 de março de 2001), abril de 2001, reiteradas nas Conclusões e Recomendações da Quinta Reunião da Comissão Especial de revisão do funcionamento prático da *Convenção da Haia de 25 de outubro de 1980 sobre os Aspectos Cíveis do Rapto Internacional de Crianças* e da implementação prática da *Convenção da Haia de 19 de outubro de 1996 relativa à Competência, à Lei Aplicável, ao Reconhecimento, à Execução e à Cooperação em Matéria de Responsabilidade Parental e Medidas de Proteção das Crianças* (30 de outubro a 9 de novembro de 2006), novembro de 2006, na Recomendação n.º 1.3.1; ambos os textos disponíveis em: www.hcch.net, em «Child Abduction Section».

35 Ver as Conclusões e Recomendações adotadas pela Quinta Reunião da Comissão Especial (*ibid.*).

36 A lista dos membros do grupo de especialistas independentes que ajudou na preparação do Guia consta da nota 25 acima.

37 «Draft Guide to Good Practice under the *Hague Convention of 25 October 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction* – Part V – Mediation», Documento Preliminar n.º 5, de maio de 2011, redigido pelo Secretariado Permanente para a Comissão Especial de junho de 2011 sobre o funcionamento prático da *Convenção da Haia de 1980 sobre o Rapto de Crianças e da Convenção da Haia de 1996 relativa à Proteção das Crianças* (www.hcch.net, em «Child Abduction Section»).

da Comissão Especial sobre o funcionamento prático da Convenção da Haia de 1980 sobre o Rapto de Crianças e da Convenção da Haia de 1996 relativa à Proteção das Crianças. A Comissão Especial acolheu com agrado o projeto de Guia de Boas Prática sobre a Mediação nos termos da Convenção de 1980 e solicitou que o Secretariado Permanente fizesse alterações ao Guia à luz dos debates realizados na Comissão Especial, tendo também em conta os pareceres dos especialistas, e distribuiu uma versão revista aos Membros e aos Estados Contratantes para consulta final³⁸. A versão revista do Guia de Boas Práticas foi distribuída aos Membros da Conferência da Haia e aos Estados Contratantes da Convenção de 1980 em maio de 2012 para os últimos comentários, que foram implementados subsequentemente.

- 11 Na sequência de uma Recomendação da Sexta Reunião da Comissão Especial sobre o funcionamento prático das Convenções de 1980 e 1996, na qual havia sido discutido em detalhe o problema da execução transfronteiriça dos acordos de mediação, o Conselho de 2012 mandatou a Conferência da Haia para:
 - «criar um Grupo de Especialistas com vista ao aprofundamento da investigação sobre reconhecimento e execução transfronteiriços de acordos alcançados no âmbito de litígios internacionais relativos a crianças, incluindo os acordos alcançados através da mediação, tendo em consideração a implementação e aplicação da Convenção de 1996, indicando que tal trabalho deveria incluir a identificação da natureza e extensão dos problemas jurídicos e práticos, incluindo questões de competência, bem como a avaliação dos benefícios de um novo instrumento, vinculativo ou não, nesta matéria»³⁹.
- 12 Para além disso, deve ser chamada a atenção para a atividade da Conferência da Haia na promoção da mediação e o desenvolvimento de estruturas de mediação em litígios familiares transfronteiriços no contexto do Processo de Malta.
- 13 O Processo de Malta, que consiste num diálogo entre juizes e altos funcionários governamentais de alguns «Estados Contratantes das Convenções da Haia» e «Estados não contratantes», cujas leis são baseadas na Lei Sharia ou foram influenciadas por esta, visa encontrar soluções para os conflitos transfronteiriços relativos a custódia, ao contacto e ao rapto de crianças, que são particularmente difíceis devido à inaplicabilidade de instrumentos jurídicos internacionais relevantes. Foram realizadas três conferências em Malta, (2004, 2006 e 2009) para alcançar progressos nestas matérias.
- 14 Na sequência de uma recomendação da Terceira Conferência de Malta⁴⁰, o Conselho de 2009 ordenou, no contexto do Processo de Malta, a criação de:
 - «um Grupo de Trabalho para promover o desenvolvimento de estruturas de mediação para ajudar à resolução de litígios transfronteiriços relativos à custódia e ao contacto com crianças. O Grupo de Trabalho incluiria especialistas de vários Estados envolvidos no Processo de Malta, incluindo Estados Contratantes da Convenção da Haia de 1980 sobre o Rapto de Crianças, bem como Estados não contratantes».⁴¹
- 15 O Grupo de Trabalho foi criado em junho de 2009 e era constituído por um pequeno grupo de especialistas em mediação independentes, bem como por especialistas da Austrália, Canadá, Egito, França, Alemanha, Índia, Jordânia, Malásia, Marrocos, Paquistão, Reino Unido e Estados Unidos da América. Esta lista inclui Estados Contratantes da Convenção da Haia de 1980 sobre o Rapto de Crianças, bem como Estados não contratantes. O Grupo de Trabalho reuniu-se em conferência telefónica duas vezes, em 30 de julho e 29 de outubro de 2009 e, presencialmente, em 11 e 12 de maio de 2010, em Otava (Canadá). Para preparar as conferências telefónicas, foram distribuídos dois questionários: um sobre as estruturas de mediação existentes e outro sobre a executoriedade dos acordos de mediação. As respetivas respostas encontram-se publicadas no sítio Web da Conferência da Haia⁴². Na sequência da segunda conferência telefónica, foi elaborado o Projeto de Princípios para a

38 Ver as Conclusões e Recomendações adotadas pela Parte I da Sexta Reunião da Comissão Especial sobre o funcionamento prático da Convenção da Haia de 1980 sobre o Rapto de Crianças e da Convenção da Haia de 1996 relativa à Proteção das Crianças (1 a 10 de junho de 2011) (www.hcch.net, em «Child Abduction Section»), Recomendação n.º 58.

39 Conclusões e Recomendações adotadas pelo Conselho dos Assuntos Gerais e Política da Conferência (17 a 20 de abril de 2012) (disponível em: www.hcch.net, em «Work in Progress», «General Affairs»), Recomendação n.º 7.

40 Para mais informações sobre o Processo e as Conferências de Malta, ver as Declarações de Malta (disponíveis em: www.hcch.net, em «Child Abduction Section»); ver também *The Judges' Newsletter on International Child Protection*, Volume XVI (primavera de 2010) sobre a Terceira Conferência Judicial de Malta sobre Questões Transfronteiriças de Direito da Família (23 a 26 de março de 2009) (disponível em: www.hcch.net, em «Publications»).

41 Conclusões e Recomendações adotadas pelo Conselho de 2009 (*op. cit.* nota 32), página 2.

42 Em www.hcch.net, em «Child Abduction Section», «Cross-border family mediation» («Questionnaire I» e «Questionnaire II»).

criação de estruturas de mediação, que foi depois discutido e desenvolvido pelo Grupo de Trabalho na reunião presencial em Otava. Esses Princípios foram finalizados no outono de 2010, juntamente com uma Exposição de Motivos, encontrando-se ambos disponíveis no sítio Web da Conferência da Haia, em inglês, francês e árabe⁴³.

- 16 No início de 2011, alguns Estados iniciaram o processo de implementação dos Princípios nos seus ordenamentos jurídicos e designaram um Ponto de Contacto Central para a mediação familiar internacional⁴⁴. Em abril de 2011, o Conselho acolheu favoravelmente os Princípios para a criação de estruturas de mediação no contexto do Processo de Malta, tendo decidido que estes deveriam ser apresentados para discussão na Sexta Reunião da Comissão Especial⁴⁵. Simultaneamente, o Conselho incumbiu o Grupo de Trabalho de prosseguir os trabalhos sobre a implementação de estruturas de mediação no contexto do Processo de Malta⁴⁶.
- 17 Na sua reunião de junho de 2011, a Comissão Especial sobre o funcionamento prático das Convenções da Haia de 1980 e 1996 destacou os esforços já realizados em alguns Estados com vista à criação de um Ponto de Contacto Central em conformidade com os Princípios e incentivou os Estados a considerar a criação de um Ponto de Contacto Central ou a designação da sua Autoridade Central como Ponto de Contacto Central⁴⁷.
- 18 Na reunião presencial realizada na Haia, em 16 de abril de 2012, o Grupo de Trabalho discutiu novas medidas com vista à implementação dos Princípios para a criação efetiva de estruturas de mediação familiar transfronteiriça e elaborou um relatório destinado ao Conselho de 2012, que acolheu favoravelmente o relatório e as orientações de trabalho futuro, tendo decidido que o Grupo de Trabalho deveria continuar o seu trabalho sobre a implementação de estruturas de mediação e apresentar um novo relatório sobre os progressos obtidos ao Conselho em 2013⁴⁸.

43 «Principles for the Establishment of Mediation Structures in the context of the Malta Process», redigido pelo Grupo de Trabalho sobre a Mediação no contexto do Processo de Malta com o apoio do Secretariado Permanente, novembro de 2010 (doravante designados «Princípios para a Criação de Estruturas de Mediação»), reproduzido no Anexo I abaixo (também disponível em: www.hcch.net, em «Child Abduction Section», «Cross-border family mediation»).

44 Estes Estados incluem a **Austrália, França, Alemanha, Paquistão** e os **Estados Unidos da América**. Para informações adicionais sobre os Pontos de Contacto Centrais, consultar www.hcch.net, «Child Abduction Section», «Cross-border family mediation»).

45 Conclusões e Recomendações adotadas pelo Conselho dos Assuntos Gerais e Política da Conferência (5 a 7 de abril de 2011) (disponível em: www.hcch.net, em «Work in Progress», «General Affairs»), Recomendação n.º 8.

46 *Ibid.*

47 Ver as Conclusões e Recomendações adotadas pela Parte I da Sexta Reunião da Comissão Especial (*op. cit.* nota 38), Recomendação n.º 61.

48 Ver as Conclusões e Recomendações adotadas pelo Conselho de 2012 (*op. cit.* nota 39), Recomendação n.º 9.

B Trabalho de outros organismos

- 19 O recurso à mediação, bem como a outros meios de resolução alternativa de litígios, é igualmente promovido por outros instrumentos e iniciativas multilaterais.
- 20 A *Convenção Europeia sobre o Exercício dos Direitos das Crianças*, preparada pelo Conselho da Europa e adotada em 25 de janeiro de 1996, é um exemplo de um instrumento regional que incentiva o recurso à mediação e a mecanismos análogos⁴⁹.
- 21 Outro exemplo é o Regulamento (CE) n.º 2201/2003 do Conselho, de 27 de novembro de 2003, relativo à competência, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria matrimonial e em matéria de responsabilidade parental e que revoga o Regulamento (CE) n.º 1347/2000 (doravante designado «Regulamento Bruxelas II-A»)⁵⁰.
- 22 Paralelamente, o recurso crescente à mediação no âmbito do direito civil e comercial nacional e internacional tem sido a fonte de várias iniciativas internacionais e regionais no sentido do desenvolvimento de regras e normas mínimas para o processo de mediação em si⁵¹.
- 23 Assim, em 21 de janeiro de 1998, o Conselho da Europa adotou a Recomendação n.º R (98) 1 sobre a mediação familiar⁵², que recomenda aos Estados que instituem e promovam a mediação familiar ou, se for o caso, reforcem os mecanismos de mediação familiar existentes, no respeito dos princípios que asseguram a qualidade da mediação e a proteção das pessoas vulneráveis afetadas. Os princípios dizem respeito tanto à mediação familiar nacional como internacional.
- 24 Em 18 de setembro de 2002, o Conselho da Europa adotou a Recomendação Rec (2002) 10 sobre mediação em matéria civil⁵³, de âmbito mais alargado, que estabelece outros princípios importantes para a promoção da mediação de forma responsável.

49 Tratado STE n.º 160 do Conselho da Europa, disponível em: <http://conventions.coe.int/treaty/en/treaties/html/160.htm> (última consulta em 16 de junho de 2012) e em http://direitoshumanos.gddc.pt/3_3/IIIPAG3_3_10.htm (versão não oficial em português); ver artigo 13.º (Mediação ou outros métodos para dirimir litígios):

«A fim de prevenir ou dirimir litígios ou evitar a instauração, perante autoridade judicial, de processos que afetem crianças, as Partes deverão encorajar a disponibilização de mediação ou outros métodos de resolução de litígios e a respetiva utilização para alcançar acordo, em situações adequadas a determinar pelas Partes».

50 Ver o preâmbulo do Regulamento Bruxelas II-A, parágrafo 25:

«As autoridades centrais deverão cooperar tanto em termos gerais como em casos específicos, principalmente para favorecer a resolução amigável de litígios familiares em matéria de responsabilidade parental. Para este efeito, as autoridades centrais deverão participar na rede judiciária europeia em matéria civil e comercial criada pela Decisão 2001/470/CE do Conselho, de 28 de maio de 2001, que cria uma rede judiciária europeia em matéria civil e comercial».

Ver também o artigo 55.º, alínea e):

«A pedido de uma autoridade central de outro Estado-Membro ou do titular da responsabilidade parental, as autoridades centrais cooperam em casos específicos, a fim de cumprir os objetivos do presente regulamento, devendo, para o efeito, atuando diretamente ou através de autoridades públicas ou outras entidades, tomar todas as medidas apropriadas, nos termos da legislação desse Estado-Membro em matéria de proteção de dados pessoais, para: (...) e) Facilitar acordos entre os titulares da responsabilidade parental, através da mediação ou de outros meios, e facilitar para o efeito a cooperação transfronteiriça».

51 Muitos destes instrumentos regionais e internacionais visam a resolução alternativa de litígios em matéria comercial; ver, por exemplo, a Lei Modelo da CNUDCI sobre a Conciliação Comercial Internacional (nota 3 acima) e as Regras de Conciliação da CNUDCI, adotadas em 1980, disponíveis em: <http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/conc-rules/conc-rules-e.pdf> (última consulta em 16 de junho de 2012).

52 Recomendação n.º R (98) 1 do Comité de Ministros do Conselho da Europa aos Estados Membros sobre a mediação familiar, adotada pelo Comité de Ministros em 21 de janeiro de 1998, disponível em: <https://wcd.coe.int/com.instranet.InstraServlet?command=com.instranet.CmdBlobGet&InstranetImage=1153972&SecMode=1&DocId=450792&Usage=2> (última consulta em 16 de junho de 2012).

53 Recomendação Rec (2002) 10 do Comité de Ministros do Conselho da Europa aos Estados Membros sobre a mediação em matéria civil, adotada pelo Comité de Ministros em 18 de setembro de 2002, disponível em: <https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=306401&Site=CM> (última consulta em 16 de junho de 2012).

- 25 A Conferência Nacional dos Comissários para a Uniformização da Legislação (*National Conference of Commissioners on Uniform State Laws*) dos Estados Unidos da América elaborou, em 2001, a Lei Uniforme sobre a Mediação (*Uniform Mediation Act*)⁵⁴ como um modelo para incentivar o recurso efetivo à mediação e garantir a confidencialidade de todas as comunicações envolvidas na mediação. Desde então, vários Estados dos EUA implementaram estas regras nas suas jurisdições⁵⁵. Em 2005, a Associação Americana de Arbitragem (*American Arbitration Association*), o Departamento de Resolução de Litígios (*Section of Dispute Resolution*) da Ordem dos Advogados Americana (*American Bar Association*) e a Associação para a Resolução de Litígios (*Association for Conflict Resolution*) adotaram o «Modelo de Normas de Conduta para Mediadores» (*Model Standards of Conduct for Mediators*), que consiste na revisão das Normas de 1994⁵⁶. O Modelo de Normas foi concebido não só para fornecer orientações aos mediadores, mas também para informar as partes na mediação e promover a confiança do público na mediação⁵⁷.
- 26 Um grupo de partes interessadas desenvolveu, com o apoio da Comissão Europeia, um «Código Deontológico Europeu dos Mediadores»⁵⁸, publicado em 2 de julho de 2004. O Código Deontológico Europeu estabeleceu uma série de princípios que os mediadores em litígios em matéria civil e comercial se podem comprometer a respeitar a título voluntário e sob a sua própria responsabilidade.
- 27 Em 21 de maio de 2008, o Parlamento Europeu e o Conselho da União Europeia concluíram a Diretiva europeia relativa a certos aspetos da mediação em matéria civil e comercial⁵⁹. De acordo com o disposto no artigo 12.º da diretiva, os Estados-Membros da UE «devem pôr em vigor as disposições legislativas, regulamentares e administrativas necessárias para dar cumprimento à presente diretiva, antes de 21 de maio de 2011, com exceção do artigo 10.º, ao qual (devia) ser dado cumprimento até 21 de novembro de 2010»⁶⁰. Outra iniciativa da União Europeia merece menção neste contexto: na sequência de um seminário ministerial organizado pela Presidência Belga da União Europeia, em 14 de outubro de 2010, foi criado, no âmbito da Rede Judiciária Europeia em matéria civil e comercial⁶¹, um grupo de trabalho sobre mediação familiar no contexto do rapto internacional de crianças, com vista a sintetizar as diferentes iniciativas e trabalhos nesta área e a propor soluções para promover e melhorar a utilização da mediação neste campo.
- 28 Finalmente, vários acordos bilaterais que têm por objeto os litígios familiares transfronteiriços relativos a crianças promovem a resolução amigável desses litígios⁶².

54 O texto da Lei Uniforme sobre a Mediação (doravante, «LUM dos EUA») encontra-se disponível, na redação atualmente em vigor, no sítio Web da Comissão para a Uniformização da Legislação (*Uniform Law Commission*) em <http://www.uniformlaws.org>.

55 Ver informações no sítio Web da Comissão para a Uniformização da Legislação em <http://www.uniformlaws.org>.

56 O texto do Modelo de Normas de Conduta para Mediadores (doravante designado «Normas de Conduta dos EUA») está disponível em: http://www.americanbar.org/content/dam/aba/migrated/2011_build/dispute_resolution/model_standards_conduct_april2007.authcheckdam.pdf (última consulta em 16 de junho de 2012).

57 Ver o Preâmbulo das Normas de Conduta dos EUA, *ibid.*

58 Disponível em: http://ec.europa.eu/civiljustice/adr/adr_ec_code_conduct_pt.pdf (última consulta em 16 de junho de 2012).

59 Diretiva europeia relativa à mediação (nota 5 acima).

60 Relativamente às medidas adotadas pelos Estados-Membros da União Europeia em cumprimento da diretiva, ver o Atlas Judiciário Europeu em http://ec.europa.eu/justice_home/judicialatlascivil/html/index_pt.htm, em «Mediação (Diretiva 2008/52/CE)» (última consulta em 16 de junho de 2012).

61 Para obter mais informações sobre a Rede Judiciária Europeia em matéria civil e comercial, consulte o sítio Web da Comissão Europeia em http://ec.europa.eu/civiljustice/index_pt.htm.

62 Ver, por exemplo, o artigo 6.º do «Acordo entre o Governo da Austrália e o Governo da República Árabe do Egito sobre a cooperação em matéria de proteção do bem-estar das crianças», Cairo, 22 de outubro de 2000; o artigo 2.º da «Convenção entre o Governo da República Francesa e o Governo da República Democrática e Popular da Argélia relativa aos filhos de casais mistos franco-argelinos separados», Argel, 21 de junho de 1988; o artigo 2.º do «Protocolo de acordo de criação de uma comissão consultiva belgo-marroquina em matéria civil», Rabat, 29 de abril de 1981; os textos destes acordos bilaterais estão disponíveis em www.incatat.com, em «Legal Instruments» e «Bilateral Arrangements».

C Estrutura do Guia

- 29 Os Princípios e Boas Práticas apresentados no presente Guia são abordados pela seguinte ordem:
- O capítulo 1 fornece uma visão geral das vantagens e riscos do recurso à mediação no contexto dos litígios familiares internacionais.
 - O capítulo 2 examina os desafios especiais colocados pela mediação em casos de rapto internacional de crianças abrangidos pela Convenção da Haia de 1980 sobre o Rapto de Crianças.
 - O capítulo 3 aborda as qualificações especiais necessárias para atuar como mediador em casos de rapto internacional de crianças.
 - Os capítulos 4 a 13 expõem a cronologia do processo de mediação em casos de rapto internacional de crianças, desde o acesso à mediação até ao seu resultado e respetivos efeitos legais.
 - Os capítulos finais são dedicados à utilização da mediação na prevenção do rapto de crianças (capítulo 14), ao uso de outros mecanismos alternativos de resolução de litígios para obtenção de soluções de mútuo acordo em casos de rapto internacional de crianças (capítulo 15) e, finalmente, a questões específicas relacionadas com a mediação nos casos não abrangidos pela Convenção (capítulo 16).

D O contexto – Alguns casos típicos

- 30 A utilidade da mediação no contexto dos litígios familiares internacionais relativos a crianças, nos termos da Convenção da Haia de 1980 sobre o Rapto de Crianças, pode ser ilustrada através de algumas situações fácticas típicas:
- a No contexto do rapto internacional de crianças, a mediação entre o progenitor cujo direito de custódia foi violado e o raptor pode facilitar a reposição voluntária da criança ou outra solução de mútuo acordo. A mediação pode também contribuir para uma decisão de regresso com base no consentimento das partes ou para qualquer outro acordo perante o tribunal.
 - b A mediação pode também ser útil sempre que, num caso de rapto internacional de crianças, o progenitor cujo direito de custódia foi violado esteja, em princípio, disposto a dar o seu consentimento para a transferência da criança desde que os seus direitos de contacto sejam devidamente assegurados. Neste caso, uma solução de mútuo acordo pode evitar que a criança seja reposta no Estado de residência habitual antes de uma possível transferência em momento posterior.
 - c Durante o processo de regresso da criança ao abrigo da Convenção da Haia, a mediação pode ser utilizada para estabelecer um quadro menos conflitual e facilitar o contacto entre o progenitor cujo direito de custódia foi violado e a criança no decurso do processo⁶³.
 - d Após a decisão de regresso, a mediação entre os progenitores pode ajudar a facilitar o regresso rápido e seguro da criança⁶⁴.
 - e Finalmente, numa fase muito precoce de um litígio familiar relativo a crianças, a mediação pode ajudar a prevenir o rapto. Sempre que uma relação termine e um dos progenitores deseje sair do país com a criança, a mediação pode auxiliar os progenitores a considerar a mudança e as respetivas alternativas e ajudá-los a alcançar uma solução de mútuo acordo⁶⁵.

63 Este assunto também é abordado no Guia de Boas Práticas sobre o Contacto Transfronteiriço (*op. cit.* nota 16).

64 Este assunto também é abordado no Guia de Boas Práticas sobre Execução (*op. cit.* nota 23).

65 Este assunto também é abordado no Guia de Boas Práticas sobre Medidas Preventivas (*op. cit.* nota 23).

O Guia

1 A importância geral da promoção de acordos no contexto de litígios familiares transfronteiriços relativos à custódia e ao contacto

- 31 O recurso à mediação e a mecanismos análogos de resolução amigável de litígios familiares tem vindo a crescer em muitos países. Paralelamente, um número crescente de Estados concede maior autonomia às partes na resolução de litígios familiares, protegendo, no entanto, os direitos de terceiros, em particular das crianças.

1.1 Vantagens das soluções de mútuo acordo

→ **Devem ser tomadas todas as medidas adequadas para incentivar as partes de um litígio familiar transfronteiriço relativo a crianças a encontrar uma solução de mútuo acordo para o seu litígio.**

- 32 A promoção da resolução de litígios por acordo tem-se revelado particularmente útil em litígios familiares relativos a crianças, em que as partes em litígio precisam de cooperar entre si continuamente no futuro. Assim, num litígio decorrente da separação dos progenitores, uma solução de mútuo acordo pode contribuir muito para garantir o direito da criança de «manter (...) relações pessoais e contactos diretos regulares com ambos», tal como garantido pela Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança (CNUDC)⁶⁶.
- 33 As soluções de mútuo acordo são mais duradouras porque existe uma maior propensão das partes a respeitá-las. Paralelamente, estabelecem um quadro menos conflitual para o exercício dos direitos de custódia e de contacto e, como tal, são no melhor interesse da criança⁶⁷. Além disso, é considerado que as soluções de mútuo acordo são mais satisfatórias para as partes que, desta forma, podem influenciar o resultado e participar na procura de uma solução considerada «justa» para ambas as partes. A resolução de litígios por acordo evita a percepção de que uma das partes «ganha» e a outra «perde». Contrariamente, os processos judiciais relativos a assuntos de custódia e contacto podem degradar a relação entre os progenitores e, como consequência, provavelmente afetar psicologicamente as crianças⁶⁸.
- 34 De entre os vários métodos de resolução de litígios familiares por mútuo acordo, o processo de mediação oferece vantagens especiais: facilita a comunicação entre as partes num ambiente informal e permite-lhes desenvolver a sua própria estratégia de resolução do litígio. A mediação consiste num processo estruturado, porém flexível, que pode ser facilmente adaptado às necessidades de cada caso; permite a discussão simultânea de aspetos jurídicos e não jurídicos, bem como o envolvimento informal de pessoas (terceiros) que podem não ter legitimidade para intervir como partes no processo⁶⁹. Outra vantagem muito importante da mediação é que ela dá às partes os meios para

66 Ver o artigo 10.º, n.º 2 da *Convenção das Nações Unidas de 20 de novembro de 1989 sobre os direitos da criança*. O texto encontra-se disponível em <http://dre.pt/pdf1sdip/1990/09/21101/00020020.pdf> (última consulta em 16 de junho de 2012).

67 W. Duncan, «Transfrontier Access / Contact and the Hague Convention of 25 October 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction – Final Report», Documento Preliminar n.º 5, de julho de 2002 redigido para a Comissão Especial de setembro/outubro de 2002 (disponível em: www.hcch.net em «Child Abduction Section»), n.º 89; ver também o Guia de Boas Práticas sobre o Contacto Transfronteiriço (*op. cit.* nota 16), secção 2.1, página 6.

68 Ver, por exemplo, no que respeita à **Alemanha**, as conclusões do relatório de avaliação que compara a mediação e os processos judiciais nos litígios familiares nacionais relativos a custódia e ao contacto, encomendado pelo Ministério Federal da Justiça alemão, redigido por R. Greger, *Mediation und Gerichtsverfahren in Sorge- und Umgangsrechtskonflikten*, janeiro de 2010, página 118, disponível em: <http://www.reinhard-greger.de/ikv3.pdf> (última consulta em 16 de junho de 2012).

69 Ver N. Alexander (*op. cit.* nota 7), página 48.

enfrentar futuros litígios de forma mais construtiva⁷⁰. Além disso, uma vez que o limiar para iniciar a mediação é geralmente inferior àquele necessário para instaurar um processo judicial, a mediação pode ser útil na fase inicial de um litígio, antes de um possível agravamento do mesmo. A mediação pode permitir às partes evitar processos judiciais onerosos. Uma solução de mútuo acordo pode ser particularmente vantajosa em casos de litígios familiares transfronteiriços relativos a crianças, em que o processo judicial num país pode ser seguido ou acompanhado de um processo judicial noutro país, relativamente a aspetos diferentes do mesmo litígio.

- 35 Esta última observação aponta para outra vantagem da mediação, que consiste na relação custo-benefício. A mediação oferece um caminho para evitar processos judiciais dispendiosos – tanto para as partes como para o Estado⁷¹. No entanto, uma vez que o custo da mediação varia muito de um ordenamento jurídico para outro e dado que alguns ordenamentos jurídicos podem prever a concessão de apoio judiciário para os processos judiciais mas não para a mediação, não é possível afirmar que a mediação será sempre menos dispendiosa para as partes. Na comparação de custos em cada caso deve, porém, ser tido em consideração que a mediação oferece uma maior probabilidade de uma solução duradoura, assim se evitando processos judiciais futuros entre as mesmas partes. Por outro lado, o cálculo do custo da mediação deve considerar os custos necessários para que o acordo de mediação seja reconhecido e declarado executório nos dois ordenamentos jurídicos envolvidos, o que pode exigir a intervenção de autoridades judiciais⁷².
- 36 De seguida, apresentamos um exemplo que ilustra algumas das vantagens que a mediação oferece no caso de rapto internacional de uma criança:

- *Em 2005, P e M, unidos pelo casamento e nacionais do Estado A, mudam-se do Estado A para o distante Estado Z, juntamente com a filha de ambos, de 2 anos de idade, relativamente à qual têm custódia conjunta em conformidade com a legislação dos Estados A e Z. A mudança é motivada pelo vínculo laboral do pai (P) com uma empresa do Estado Z. Nos anos que se seguem, a família estabelece-se no Estado Z, muito embora a mãe (M) tenha dificuldade em adaptar-se ao novo ambiente devido às diferenças linguísticas e culturais. Dado que o Estado A fica a milhares de quilómetros, as visitas da família são raras; os avós maternos pressionam, assim, a M para regressar ao Estado A. Na sequência de problemas no relacionamento, M decide regressar ao Estado A em 2010. Planeia tudo em segredo e, após as férias do Natal de 2010, que ela passa em casa dos pais no Estado A, juntamente com a criança, M informa o marido que nem ela nem a criança regressarão ao Estado Z. P fica chocado e, tendo tomado conhecimento da existência da Convenção da Haia de 1980 sobre o Rapto de Crianças, que vigora entre o Estado A e o Estado Z, apresenta um pedido de regresso da criança e inicia-se assim o processo de regresso no Estado A. Paralelamente, P requer, perante um tribunal no Estado Z, a atribuição do direito provisório exclusivo de custódia relativamente à sua filha.*

Além das vantagens óbvias que uma solução de mútuo acordo traz para a criança em casos como estes, no que toca a manter relações pessoais e contacto direto com ambos os progenitores, uma resolução amigável pode ajudar as partes a evitar processos judiciais onerosos e prolongados nos tribunais de ambos os Estados envolvidos. A saber: (1) processo de regresso no Estado A que, salvo se for aplicável alguma das exceções, levará ao regresso urgente da criança ao Estado Z, (2) o processo judicial em curso relativo à custódia no Estado Z, que pode ser seguido por (3) processo de transferência do Estado Z para o Estado A, iniciado pela mãe. A demorada resolução judicial do litígio parental não só esgotará os recursos financeiros das partes como, muito provavelmente, exacerbará o conflito entre as mesmas. Além disso, se não for ordenado o regresso da criança na sequência do processo instaurado no Estado A, é provável que, não tendo o litígio sido resolvido, se sigam mais processos (a saber: relativos à custódia e contacto). Pelo contrário, se os progenitores chegarem a acordo, podem ambos «seguir com as suas vidas» e concentrar-se no exercício das suas responsabilidades parentais de forma harmoniosa.

70 Ver também K.J. Hopt e F. Steffek (*op. cit.* nota 2), página 10.

71 Ver, por exemplo, no que respeita à **Alemanha**, as conclusões do relatório de avaliação que compara a mediação e os processos judiciais nos litígios familiares nacionais relativos a custódia e contacto, R. Greger (*op. cit.* nota 68), página 115; ver também, relativamente ao **Reino Unido (Inglaterra e País de Gales)**, o relatório do *National Audit Office, Legal aid and mediation for people involved in family breakdown*, março de 2007, páginas 8 e 10, disponível em: http://www.nao.org.uk/publications/0607/legal_aid_for_family_breakdown.aspx (última consulta em 16 de junho de 2012).

72 Para mais informações sobre o custo da mediação, consultar a secção 4.3.

A mediação consiste num processo flexível, que pode ser facilmente adaptado às necessidades de cada caso. O processo de mediação pode, por exemplo, se ambas as partes concordarem e for considerado viável e adequado, incluir conversas com os avós maternos, que não teriam legitimidade para intervir como partes no processo judicial⁷³ mas que, não obstante, têm muita influência sobre uma das partes. Assegurar o seu apoio para a resolução do conflito pode resultar numa solução mais duradoura. A mediação pode também ser vantajosa em termos logísticos, uma vez que a mediação transfronteiriça pode ter lugar através de videoconferência no caso de uma das partes não poder comparecer presencialmente. ■

1.2 Limites, riscos e salvaguardas

→ Devem ser adotadas medidas de salvaguarda e garantia para evitar que as partes sejam prejudicadas pelo recurso à mediação.

- 37 Os limites e os riscos normalmente associados às soluções de mútuo acordo resultantes da mediação ou de mecanismos análogos de resolução de litígios não devem, em princípio, constituir motivo para rejeitar o recurso a estes mecanismos. Devem, no entanto, conduzir à sensibilização para a necessidade de estabelecer salvaguardas.
- 38 Nem todos os litígios familiares podem ser resolvidos amigavelmente. Esta é uma constatação que, sendo óbvia, nunca é demais sublinhar. Alguns casos requerem a intervenção de uma autoridade judicial. Esta necessidade pode radicar-se na natureza do litígio, nas necessidades específicas das partes ou nas especificidades do caso, bem como em exigências legais específicas. O acesso à justiça não deve ser negado às partes que carecem de uma decisão judicial. A mediação pode ser uma perda de tempo precioso nos casos em que as partes claramente não querem iniciar a mediação ou em casos para os quais, por qualquer outra razão, a mediação não seja adequada⁷⁴.
- 39 Mesmo quando ambas as partes concordem em iniciar um processo de mediação, há que prestar atenção às circunstâncias específicas do caso, como possíveis indícios de violência doméstica⁷⁵. A simples presença das partes numa sessão de mediação pode ameaçar a integridade física ou psicológica de uma das partes ou até do mediador. Por outro lado, o abuso de drogas ou álcool por uma das partes pode levar a que essa pessoa seja incapaz de defender os seus interesses.
- 40 A avaliação da adequação da mediação ao caso concreto constitui uma ferramenta essencial para identificar casos de risco⁷⁶. Os potenciais casos para mediação devem ser analisados para verificação de eventual presença de violência doméstica, bem como de abuso de drogas ou de álcool e quaisquer outras circunstâncias que possam afetar a adequação da mediação ao caso. Nos casos em que, embora exista violência doméstica, a mediação seja viável⁷⁷, devem ser adotadas as medidas de salvaguarda necessárias para proteger a segurança das pessoas afetadas. Também deve ser tida em consideração a diferença no poder negocial, quer seja devida a violência doméstica ou a outra circunstância ou ainda simplesmente à personalidade das partes.
- 41 Para além disso, existe o risco da solução de mútuo acordo não ter eficácia jurídica e, logo, não salvaguardar os direitos das partes em caso de litígios futuros. Esta situação pode ficar a dever-se a vários fatores: o acordo de mediação pode estar, total ou parcialmente, em conflito com a lei aplicável, não ser vinculativo nem executório devido ao facto de não ter sido registado, aprovado pelo tribunal e/ou incluído numa decisão judicial sempre que tal seja exigível. Neste contexto, deve ser sublinhado que vários ordenamentos jurídicos restringem a autonomia das partes relativamente a determinados aspetos do direito da família⁷⁸. Assim, em alguns sistemas, os acordos relativos ao exercício das responsabilidades parentais não produzem quaisquer efeitos enquanto não forem aprovados por um tribunal. Além disso, muitos sistemas jurídicos restringem a possibilidade de um progenitor limitar, por acordo, o montante de pensão de alimentos devido.

73 Em alguns Estados, os avós gozam de direito de contacto, pelo que podem, assim, ser partes de um processo judicial relativo ao contacto com a criança.

74 A questão da avaliação da adequação da mediação é tratada de forma detalhada na secção 4.2 abaixo.

75 Ver o capítulo 10 relativo à violência doméstica.

76 Ver secção 4.2 abaixo para informações adicionais.

77 Ver o capítulo 10 relativo à violência doméstica.

78 Para mais informações, ver o capítulo 12.

- 42 A situação jurídica é particularmente complexa em litígios familiares transfronteiriços. Deve ser tida em consideração a interação de dois ou mais sistemas jurídicos. É importante que os progenitores estejam bem informados acerca da legislação aplicável ao assunto objeto da mediação, bem como da legislação aplicável ao processo de mediação em si, incluindo a confidencialidade, e sobre a forma de atribuir eficácia ao acordo de mediação em todos os sistemas jurídicos envolvidos⁷⁹.
- 43 As seguintes variantes do exemplo dado acima no n.º 36 ilustram certos riscos que podem emergir no caso de os acordos serem estabelecidos sem que sejam tidos em consideração todos os aspetos necessários da situação jurídica.

VARIANTE 1

Após a deslocação ilícita da criança, efetuada pela mãe (M), do Estado Z para o Estado A, os progenitores acordam no regresso de M ao Estado Z com a criança, sob a condição do pai (P) prestar alimentos até à conclusão do processo judicial relativo à custódia que decorre nesse Estado, por forma a permitir à mãe permanecer no mesmo com a criança, incluindo o uso da casa de morada de família, ausentando-se P da mesma para evitar mais litígios. Com base neste acordo, M regressa ao Estado Z. Sucede que P se recusa a sair da casa de morada de família e a apoiar financeiramente M. Dado que o acordo parental não foi declarado executório em nenhum dos Estados envolvidos antes da sua implementação e não produz efeitos jurídicos nesses Estados sem a prévia aprovação de um tribunal, um dos progenitores pode facilmente renegar o acordo em prejuízo do outro.

VARIANTE 2

Após a deslocação ilícita da criança, efetuada pela mãe (M), do Estado Z para o Estado A, os progenitores acordam que a criança permanecerá com M no Estado A e passará anualmente parte das férias escolares com o pai (P) no Estado Z. Três meses após a deslocação ilícita, a criança viaja para o Estado Z para passar as férias da Páscoa com P. No final das férias, P recusa-se a enviar a criança de volta para o Estado A e alega que a retenção da criança não é ilícita uma vez que esta está de volta ao local da sua residência habitual, do qual havia sido deslocada ilicitamente por M. P invoca também a decisão de atribuição provisória de custódia exclusiva proferida pelo tribunal competente no Estado Z imediatamente após a deslocação ilícita por M. Mais uma vez, sempre que o acordo de mediação não for reconhecido e, logo, vinculativo nos ordenamentos jurídicos envolvidos, antes da sua implementação prática, um dos progenitores pode facilmente violar as suas cláusulas.

VARIANTE 3

A criança é deslocada ilicitamente do Estado Z para o Estado T, para o qual a mãe (M) se quer mudar por motivos profissionais. Embora o pai (P) detenha legalmente o direito de custódia ao abrigo da legislação do Estado A e do Estado Z, no Estado T não lhe é reconhecido tal direito. A Convenção da Haia de 1996 relativa à Proteção das Crianças não vigora entre estes Estados. Não tendo conhecimento desta situação, P dá o seu consentimento para a deslocação da mãe com a criança para o Estado T sob a condição de poder ter contacto pessoal regular com a criança. O acordo de mediação, redigido sem que tenha sido tida em consideração a situação jurídica, não é registado nem formalizado de outra forma pelo que, nos termos da legislação do Estado Z ou do Estado T, não produz quaisquer efeitos jurídicos. Um ano depois, M impede o contacto entre o pai e a criança. De acordo com a legislação do Estado T, agora aplicável à questão da custódia e do contacto devido à alteração da residência habitual da criança, o pai não casado com a mãe não goza de quaisquer direitos parentais relativamente à criança⁸⁰.

79 Ver a secção 6.1.7 relativa à tomada de decisões informadas e os capítulos 12 e 13 abaixo.

80 Se a Convenção da Haia de 1996 relativa à Proteção das Crianças vigorar entre o Estado T e o Estado Z, a responsabilidade parental do pai ao abrigo da lei do Estado da residência habitual da criança mantém-se; ver o artigo 16.º, n.º 3 da Convenção. Ver também P. Lagarde, «Explanatory Report on the 1996 Hague Child Protection Convention», in *Proceedings of the Eighteenth Session (1996)*, Tomo II, *Protection of children*, Haia, SDU, 1998, páginas 535 a 605, nas páginas 579 e 581 (também disponível em: www.hcch.net em «Publications»).

- 44 A proteção dos direitos das crianças envolvidas é outro aspeto delicado da mediação no contexto dos litígios familiares transfronteiriços relativos à custódia e ao contacto. A legislação da maioria dos países prevê que o tribunal deve ter em consideração os melhores interesses da criança e, em muitos ordenamentos jurídicos, dependendo da sua idade e grau de maturidade, a criança será ouvida, quer direta ou indiretamente. A mediação é muito diferente do processo judicial em termos de introdução da opinião da criança no processo. Dependendo da idade e grau de maturidade da criança, o juiz pode ouvi-la pessoalmente ou ordenar que a mesma seja ouvida por um especialista com as salvaguardas adequadas para proteger a sua integridade psicológica. A opinião da criança pode, assim, ser tida em conta diretamente pelo juiz. Os poderes processuais de um mediador, no entanto, são limitados: ele não tem poder inquisitório e não pode, ao contrário dos juizes em alguns países, convocar a criança para uma audiência ou ordenar que esta seja ouvida por um especialista⁸¹. Devem ser adotadas medidas para proteger os direitos e o bem-estar das crianças envolvidas na mediação⁸².

1.3 Importância geral da ligação com os processos judiciais relevantes

- A mediação e outros mecanismos de resolução de litígios familiares por mútuo acordo devem, em regra, ser encarados como complementares face aos processos judiciais, ou seja, não os substituem.
 - O acesso aos meios judiciais não deve ser limitado.
 - A mediação em litígios familiares internacionais deve ter em consideração a legislação nacional e internacional aplicável e visar um acordo de mediação compatível com a legislação aplicável.
 - Devem existir processos judiciais de atribuição de eficácia ao acordo de mediação.
- 45 É importante notar que a mediação e mecanismos análogos de resolução de litígios por mútuo acordo devem ser vistos não como um substituto, mas sim como um complemento dos processos judiciais⁸³: a estreita ligação entre ambos pode ser frutífera em muitos aspetos e ajudar a superar algumas deficiências existentes tanto nos processos judiciais como em mecanismos de resolução amigável de litígios, como a mediação⁸⁴. Há que sublinhar que, mesmo quando a mediação e mecanismos análogos, introduzidos nos primeiros estágios de um litígio familiar internacional, evitam o recurso aos meios judiciais, os «processos judiciais» são frequentemente necessários para atribuir eficácia e executividade à solução de mútuo em todos os ordenamentos jurídicos envolvidos⁸⁵.
- 46 Sempre que a mediação seja oferecida às partes num litígio familiar internacional, estas devem ser informadas de que a mediação não é o seu único recurso. Deve ser garantido o acesso aos meios judiciais⁸⁶.
- 47 A situação jurídica nos litígios familiares internacionais é muitas vezes complexa. Por isso, é importante que as partes tenham acesso a informações jurídicas relevantes⁸⁷.

81 Ver também, no Glossário acima, o termo «mediação».

82 Ver a secção 6.1.6 relativa à consideração dos interesses e bem-estar da criança na mediação e o capítulo 7, sobre a participação da criança na mediação.

83 Ver também o Preâmbulo da Recomendação Rec (2002) 10 do Conselho da Europa sobre a mediação em matéria civil (nota 53 acima), onde se salienta que, embora a mediação possa ajudar a reduzir os conflitos e o volume de trabalho dos tribunais, não pode substituir um sistema judicial eficiente, justo e de fácil acesso; e Princípio III, 5 (Organização da mediação), que estabelece que, mesmo que as partes recorram à mediação, deve ser garantido o acesso aos tribunais, uma vez que estes constituem a derradeira garantia da proteção dos direitos das partes.

84 Deve acrescentar-se que, no caso do recurso aos mecanismos de resolução amigável de litígios no contexto do rapto internacional de crianças, a ligação estreita com o processo judicial é não só frutífera como praticamente inevitável. Ver abaixo, em especial, a secção 2.2.

85 Os processos necessários para atribuir eficácia e executividade a um acordo de mediação diferem de um sistema jurídico para outro. Para obter mais informações, ver os capítulos 12 e 13 abaixo.

86 Ver também a Recomendação Rec (2002) 10 do Conselho da Europa sobre a mediação em matéria civil (nota 53 acima), Princípio III, 5 (Organização da mediação), segundo o qual, mesmo que as partes recorram à mediação, deve ser garantido o acesso aos tribunais, uma vez que estes constituem a derradeira garantia da proteção dos direitos das partes; ver também S. Vigers, Notas relativas ao desenvolvimento da mediação, da conciliação e de mecanismos análogos (*op. cit.* nota 11), 5.1, página 17.

87 Ver secção 6.1.7 e os capítulos 12 e 13 abaixo; relativamente ao papel das Autoridades Centrais e de outros organismos no fornecimento destas informações, bem como ao papel dos representantes das partes, ver a secção 4.1 abaixo.

- 48 Nos litígios familiares internacionais, é particularmente importante assegurar a eficácia do acordo de mediação nos ordenamentos jurídicos relevantes antes do início da sua implementação⁸⁸. Devem ser disponibilizados processos de atribuição de eficácia aos acordos de mediação, seja através de aprovação judicial, registo junto dos tribunais ou qualquer outra forma⁸⁹. Mais uma vez, a colaboração estreita entre os mediadores e os representantes legais das partes pode ser muito útil neste campo, bem como o fornecimento de informações relevantes pelas Autoridades Centrais ou pelos Pontos de Contacto Centrais para a mediação familiar internacional⁹⁰.

2 O recurso à mediação no quadro da Convenção da Haia de 1980 sobre o Rapto de Crianças – Uma visão geral dos desafios específicos

- 49 A Convenção da Haia de 1980 sobre o Rapto de Crianças incentiva a procura de soluções amigáveis. O artigo 7.º da Convenção estabelece que as Autoridades Centrais «deverão tomar, quer diretamente, quer através de um intermediário, todas as medidas apropriadas para (...) c) assegurar a reposição voluntária da criança ou facilitar uma solução amigável», sendo esta disposição parcialmente repetida no artigo 10.º: «A autoridade central do Estado onde a criança se encontrar deverá tomar ou mandar tomar todas as medidas apropriadas para assegurar a reposição voluntária da mesma».
- 50 O capítulo 2 do presente Guia visa chamar a atenção para os desafios específicos do recurso à mediação no contexto do rapto internacional de crianças nos termos da Convenção da Haia de 1980 sobre o Rapto de Crianças.
- 51 Não é de mais realçar que existem diferenças entre a mediação familiar nacional e a mediação familiar internacional. Esta última é muito mais complexa e exige que os mediadores tenham formação adicional adequada. A interação entre dois sistemas jurídicos diferentes e entre culturas e línguas diferentes torna a mediação muito mais difícil nestes casos. Paralelamente, o risco emergente do facto de as partes se basearem em acordos que não têm em conta a situação jurídica e não têm eficácia jurídica nos ordenamentos jurídicos envolvidos é muito maior. As partes podem não ter conhecimento de que o movimento transfronteiriço de pessoas ou bens, para o qual deram o seu consentimento, resultará numa alteração da sua situação jurídica. Por exemplo, no que toca ao direito de custódia ou contacto, a residência habitual constitui um «elemento de conexão» amplamente utilizado no direito internacional privado. Portanto, a mudança da residência habitual da criança de um país para outro na sequência da implementação de um acordo celebrado entre os progenitores pode afetar a competência e a lei aplicável em matéria de custódia e contacto e, desta forma, afetar os direitos e obrigações das partes⁹¹.

88 Ver também os Princípios para a Criação de Estruturas de Mediação no Anexo I abaixo; ver os capítulos 11, 12 e 13 abaixo.

89 Ver também o artigo 6.º da Diretiva europeia relativa à mediação (nota 5 acima) (Executoriedade dos acordos obtidos por via de mediação):

«1. Os Estados-Membros devem assegurar que as partes, ou uma das partes com o consentimento expresso das outras, tenham a possibilidade de requerer que o conteúdo de um acordo escrito, obtido por via de mediação, seja declarado executório. O conteúdo de tal acordo deve ser declarado executório salvo se, no caso em questão, o conteúdo desse acordo for contrário ao direito do Estado-Membro onde é feito o pedido ou se o direito desse Estado-Membro não previr a sua executoriedade.

2. O conteúdo de um acordo pode ser dotado de força executória mediante sentença, decisão ou ato autêntico de um tribunal ou de outra autoridade competente, de acordo com o direito do Estado-Membro em que o pedido é apresentado.

3. Os Estados-Membros informam a Comissão dos tribunais ou das outras autoridades competentes para receber os pedidos nos termos dos n.ºs 1 e 2.

4. O presente artigo em nada prejudica as regras aplicáveis ao reconhecimento e à execução noutro Estado-Membro de um acordo que tenha sido declarado executório, nos termos do n.º 1».

90 Sobre o papel das Autoridades Centrais e de outros organismos, bem como dos representantes das partes, no fornecimento destas informações, ver a secção 4.1 abaixo.

91 Ver os capítulos 12 e 13 abaixo.

- 52 Os casos de rapto internacional de crianças envolvem normalmente elevados níveis de tensão entre as partes. O progenitor cujo direito de custódia foi violado, muitas vezes em choque com a perda súbita, pode ser tomado pelo medo de não voltar a ver o seu filho. Enquanto isso, o raptor, uma vez consciente das consequências dos seus atos, pode temer um processo judicial, o regresso forçado e um possível impacto negativo no processo relativo à custódia. Para além das dificuldades práticas associadas ao envolvimento dos progenitores num processo de mediação construtivo, existe igualmente a necessidade geral de uma ação urgente. Outras dificuldades podem emergir de um processo-crime instaurado contra o raptor no país da residência habitual da criança, bem como de questões relativas a vistos e imigração.

2.1 Prazos / Procedimentos céleres

- A mediação em casos de rapto internacional de crianças deve ser tratada de forma célere.
- A mediação não deve conduzir a atrasos no processo de regresso da Haia.
- As partes devem ser informadas com a maior antecedência possível da possibilidade de recurso à mediação.
- A adequação da mediação deve ser avaliada em cada caso concreto.
- Os serviços de mediação utilizados em casos de rapto internacional de crianças devem poder organizar sessões de mediação num curto espaço de tempo.
- Deve ser considerada a possibilidade de abertura de um processo de regresso antes de iniciar a mediação.

- 53 O tempo é crucial nos casos de rapto internacional de crianças. A Convenção da Haia de 1980 sobre o Rapto de Crianças visa assegurar o regresso imediato da criança ao Estado da sua residência habitual⁹². O objetivo da Convenção de 1980 é restaurar o *status quo* anterior ao rapto tão depressa quanto possível, por forma a reduzir os efeitos nocivos da deslocação ou retenção ilícita. A Convenção de 1980 protege os interesses da criança ao impedir que um dos progenitores fique em vantagem através da criação de elementos de conexão artificiais relativos à competência ao nível internacional com o objetivo de obter a custódia (exclusiva) da criança⁹³.
- 54 Deve ser realçado que, em casos de rapto, o tempo joga a favor do raptor: quanto mais tempo a criança ficar no país para o qual foi ilicitamente deslocada sem que o litígio familiar seja resolvido, mais difícil será restabelecer a relação entre a criança e o progenitor cujo direito de custódia foi violado. Para além de afetar os direitos do progenitor cujo direito de custódia foi violado, o atraso tem uma consequência ainda mais grave: viola o direito da criança a manter contactos diretos regulares com ambos os progenitores, tal como consagrado na CNUDC⁹⁴.
- 55 Sempre que o processo de regresso for iniciado no tribunal decorrido mais de um ano sobre o rapto, a Convenção da Haia de 1980 sobre o Rapto de Crianças confere aos tribunais o poder discricionário de recusar o regresso da criança, desde que seja provado que a criança já se encontra integrada no seu novo ambiente (artigo 12.º, n.º 2).
- 56 Seja qual for a fase em que é introduzida, a mediação em casos de rapto internacional de crianças tem que ser conduzida de forma célere. A fraude à Convenção da Haia de 1980 sobre o Rapto de Crianças, prejudicando a criança envolvida, é um grande problema contra o qual devem ser adotadas medidas de salvaguarda no recurso à mediação⁹⁵. Não obstante ser no interesse de todos a busca de uma solução amigável para o litígio familiar internacional, deve ser impedida a utilização da mediação como manobra dilatória por um dos progenitores.

92 Ver o Preâmbulo da Convenção de 1980.

93 Ver E. Pérez-Vera, «Explanatory Report on the 1980 Hague Child Abduction Convention», in *Actes et documents de la Quatorzième session (1980)*, Tomo II, *Child Abduction*, Haia, Imprimerie Nationale, 1998, páginas 425 a 476, página 428, n.º 11 (também disponível em www.hcch.net, em «Publications»).

94 Ver o artigo 10.º, n.º 2, da CNUDC.

95 Ver também S. Vigers, *Mediating International Child Abduction Cases – The Hague Convention*, Hart Publishing, Oxford, 2011, páginas 42 e seguintes.

- 57 Geralmente, quando as Autoridades Centrais recebem um pedido de regresso, devem, nos termos da Convenção da Haia de 1980 sobre o Rapto de Crianças, assim que a criança for localizada, tentar assegurar a reposição voluntária da mesma (artigos 7.º, n.º 2, alínea c) e 10.º). Sempre que existam serviços de mediação adequados aos casos de rapto de crianças, a mediação deve ser logo sugerida nesta fase precoce. Ver também o capítulo 4 abaixo («Acesso à mediação»).
- 58 Com vista a evitar atrasos desnecessários, a adequação da mediação ao caso concreto de rapto deve ser avaliada antes de se iniciar o processo⁹⁶.
- 59 Os serviços de mediação disponibilizados em casos de rapto abrangidos pela Convenção da Haia de 1980 sobre o Rapto de Crianças devem ser capazes de organizar as sessões de mediação num curto espaço de tempo, o que requer muita flexibilidade por parte dos mediadores envolvidos. Esta dificuldade pode ser, no entanto, ultrapassada através da criação de uma lista de mediadores qualificados que adiram ao sistema, por forma a garantir a disponibilidade num curto espaço de tempo.
- 60 Em alguns Estados, os sistemas de mediação desenvolvidos especificamente para os casos de rapto internacional de crianças já prestam estes serviços de forma satisfatória⁹⁷. Normalmente, esses serviços oferecem duas ou três sessões de mediação ao longo de, pelo menos, dois dias (frequentemente consecutivos), tendo cada sessão a duração máxima de três horas⁹⁸.

96 Para mais informações sobre a avaliação inicial, especialmente no que diz respeito a questões suscetíveis de influenciar a adequação da mediação, bem como quem pode fazer a avaliação, ver a secção 4.2.

97 Por exemplo, no **Reino Unido (Inglaterra e País de Gales)**, a organização não governamental *reunite International Child Abduction Centre* (doravante designada «reunite») oferece serviços de mediação no contexto do rapto internacional de crianças há mais de dez anos; ver o sítio Web da reunite em: www.reunite.org; ver também o relatório de outubro de 2006 com o título *Mediation In International Parental Child Abduction – The reunite Mediation Pilot Scheme* (doravante, designado «Relatório de 2006 sobre o Sistema-Piloto de Mediação da reunite»), disponível em: <http://www.reunite.org/edit/files/Library%20-%20reunite%20Publications/Mediation%20Report.pdf>. Na **Alemanha**, a organização sem fins lucrativos MiKK e.V, fundada em 2008 pelas associações **alemãs** BAFM e BM, deu continuidade ao trabalho destas associações no campo da «Mediação em Litígios Internacionais que envolvem Pais e Filhos», incluindo mediação especializada em casos de rapto abrangidos pela Convenção de 1980. Atualmente, estão disponíveis serviços de mediação ao abrigo de quatro programas de mediação: o projeto **germano-polaco** (iniciado em 2007), o projeto **germano-americano** (iniciado em 2004), o projeto **germano-britânico**, em cooperação com a reunite (iniciado em 2003/2004) e o projeto **germano-francês**, que realiza o trabalho do sistema de mediação **franco-alemão** organizado e financiado pelos Ministérios da Justiça **francês** e **alemão** (2003-2006). Está a ser preparado um quinto sistema de mediação, que envolve mediadores **alemães** e **espanhóis** (ver www.mikk-ev.de). Nos **Países Baixos**, a organização não governamental *Centrum Internationale Kinderontvoering* (IKO) presta, através do seu Secretariado de Mediação, desde 1 de novembro de 2009, serviços de mediação especializada em casos de rapto de crianças abrangidos pela Convenção da Haia (ver www.kinderontvoering.org) (última consulta em 16 de junho de 2012); ver também R.G. de Lange-Tegelaar, «Regiezittingen in mediation in internationale kinderontvoeringszaken», *Trema Special*, n.º 33, 2010, páginas 486 e 487.

98 Ver, por exemplo, os serviços de mediação prestados no **Reino Unido (Inglaterra e País de Gales)** pela reunite (www.reunite.org) e o Relatório de 2006 sobre o Sistema-Piloto de Mediação da reunite (*op. cit.* nota 97), página 11. Ver também os serviços de mediação prestados na **Alemanha** através da associação MiKK e. V., e S. Kiesewetter e C.C. Paul, «Family Mediation in an International Context: Cross-Border Parental Child Abduction, Custody and Access Conflicts: Traits and Guidelines», in C.C. Paul e S. Kiesewetter (Eds), *Cross-Border Family Mediation – International Parental Child Abduction, Custody and Access Cases*, Wolfgang Metzner Verlag, 2011, páginas 39 e seguintes. Ver também, relativamente aos **Países Baixos**, o programa-piloto holandês no campo da mediação, no qual são realizadas 3 sessões de 3 horas cada no espaço de dois dias; ver I. Bakker, R. Verwijs *et al.*, *Evaluatie Pilot Internationale Kinderontvoering*, julho de 2010, página 77.

- 61 Deve ser ponderada a instituição do processo de regresso antes de iniciar o processo de mediação. Na verdade, a experiência de vários países mostra que a instituição imediata de um processo de regresso seguida, se necessário⁹⁹, de uma suspensão deste processo para a mediação, tem bons resultados¹⁰⁰. Esta abordagem oferece várias vantagens¹⁰¹:
- a Quando a alternativa for um processo judicial, pode motivar o raptor a procurar uma solução amigável.
 - b O tribunal pode, em certos casos, fixar um prazo para a conclusão das sessões de mediação, evitando, desta forma, o uso da mediação como manobra dilatória e impedindo que o raptor beneficie com o recurso ao artigo 12.º, n.º 2, da Convenção da Haia de 1980 sobre o Rapto de Crianças.
 - c O tribunal pode adotar as medidas de proteção necessárias para evitar que o raptor desloque a criança para um país terceiro ou para um esconderijo.
 - d A eventual presença do progenitor cujo direito de custódia foi violado no país para o qual a criança foi ilicitamente deslocada para comparecer na audiência judicial nos termos da Convenção da Haia pode ser aproveitada para organizar uma curta série de sessões presenciais de mediação sem que isso implique despesas de deslocação adicionais para o progenitor cujo direito de custódia foi violado.
 - e O tribunal do processo pode, dependendo da sua competência na matéria, impor regimes provisórios de contacto entre o progenitor cujo direito de custódia foi violado e a criança, o que evita a alienação e pode ter um efeito positivo no processo de mediação em si.
 - f Pode existir apoio financeiro para os casos de mediação recomendada pelo tribunal.
 - g Para além disso, o facto de que as partes estarão, muito provavelmente, representadas por especialistas nesta fase ajuda a garantir o seu acesso a informações jurídicas relevantes no decurso da mediação.
 - h Finalmente, o tribunal pode acompanhar o resultado da mediação e assegurar a eficácia do acordo no ordenamento jurídico para o qual a criança foi deslocada, homologando o acordo, assim conferindo ao mesmo valor de sentença ou ainda adotando outras medidas¹⁰². O tribunal pode também assegurar a eficácia do acordo nos outros ordenamentos jurídicos relevantes.
- 62 No entanto, a questão de saber o momento em que se deve instaurar um processo de regresso nos casos em que a mediação seja uma opção pode ter respostas diferentes. Dependendo da forma como o processo de regresso está organizado no ordenamento jurídico relevante e das circunstâncias do caso, o início da mediação antes da instauração do processo de regresso pode ser uma opção. Na Suíça, por exemplo, a legislação que deu execução à Convenção da Haia de 1980 sobre o Rapto de Crianças prevê expressamente que a Autoridade Central pode iniciar processos de conciliação ou de mediação antes da instituição do processo de regresso¹⁰³. Além disso, a legislação de execução suíça destaca a importância de tentar a resolução amigável do litígio ao exigir que o tribunal do processo, uma vez recebido o pedido de regresso, inicie o processo de mediação ou de conciliação se a Autoridade Central ainda não o tiver feito¹⁰⁴.

99 Em alguns países, não é possível suspender o processo de regresso para se realizar a mediação, designadamente na **França**, **Alemanha** e **Países Baixos**. Na **Alemanha** e nos **Países Baixos**, a mediação no contexto do rapto internacional de crianças é integrada na calendarização do processo judicial, isto é, a mediação tem lugar no curto período de 2 a 3 semanas entre audiências judiciais ou antes da primeira audiência. Como tal, não é necessário suspender o processo nestes Estados. Em **França**, a mediação é conduzida como um processo paralelo e independente em relação ao processo de regresso ao abrigo da Convenção da Haia, isto é, o processo de regresso segue o seu curso normal independentemente de estar a ser efetuada a mediação. A solução amigável alcançada através do processo paralelo de mediação pode ser introduzida no processo de regresso a todo o tempo.

100 Por exemplo, na **Alemanha** e no **Reino Unido**; ver também S. Vigers, *Mediating International Child Abduction Cases – The Hague Convention* (op. cit. nota 95), páginas 45 e seguintes.

101 Ver também S. Vigers, Notas relativas ao desenvolvimento da mediação, da conciliação e de mecanismos análogos (op. cit. nota 11), 2.4, página 10.

102 Sobre a questão da executoriedade do acordo e da competência, ver os capítulos 12 e 13 abaixo.

103 Ver o artigo 4.º da Lei Federal Suíça, de 21 de dezembro de 2007, relativa ao Rapto Internacional de Crianças e às Convenções da Haia sobre a Proteção de Crianças e Adultos (*Bundesgesetz über internationale Kindesentführung und die Haager Übereinkommen zum Schutz von Kindern und Erwachsenen [BG-KKE] vom 21 Dezember 2007*), que entrou em vigor em 1 de julho de 2009, disponível em: <http://www.admin.ch/ch/d/sr/2/211.222.32.de.pdf> > (última consulta em 16 de junho de 2012). Uma tradução não oficial para a língua inglesa encontra-se disponível em: <http://www.admin.ch/ch/e/rs/2/211.222.32.en.pdf> (última consulta em 16 de junho de 2012); ver também A. Bucher, «The new Swiss Federal Act on International Child Abduction», *Journal of PIL*, 2008, páginas 139 e seguintes, na página 147.

104 Artigo 8.º da Lei Federal **Suíça**, de 21 de dezembro de 2007.

- 63 Independentemente do momento em que é iniciada a mediação ou um processo análogo em casos de rapto internacional de crianças abrangidos pela Convenção de 1980, isto é, quer seja antes ou depois da instauração do processo de regresso, é da maior importância que os Estados Contratantes adotem medidas de salvaguarda para assegurar a conclusão da mediação ou de processos análogos em prazos muito claros e delimitados.
- 64 Relativamente ao âmbito da mediação, há que encontrar um equilíbrio entre dois objetivos: dar tempo suficiente às partes para comunicarem e, ao mesmo tempo, não atrasar o processo de regresso¹⁰⁵.

2.2 Cooperação estreita com as autoridades administrativas e judiciais

→ Os mediadores e os organismos que prestam serviços de mediação em casos de rapto internacional de crianças devem cooperar estreitamente com as Autoridades Centrais e com os tribunais.

- 65 Os mediadores e as organizações de mediação envolvidos em casos de rapto internacional de crianças devem trabalhar em estreita cooperação com as Autoridades Centrais e os tribunais a nível organizacional com vista a uma resolução rápida e eficiente do caso. Os mediadores devem fazer o seu melhor para assegurar que a organização dos processos de mediação é tão transparente quanto possível, preservando, simultaneamente, a confidencialidade da mediação. Por exemplo, a Autoridade Central e o tribunal do processo devem ser prontamente informados se será ou não conduzido um processo de mediação no caso concreto, bem como quando a mediação termine ou seja interrompida. É, portanto, recomendável que, em casos de rapto internacional de crianças, a Autoridade Central e/ou o tribunal do processo mantenham uma estreita ligação, a um nível administrativo, com os serviços de mediação especializados¹⁰⁶.

2.3 Envolvimento de mais do que um sistema jurídico; executoriedade do acordo em ambos (todos) os ordenamentos jurídicos envolvidos

→ Os mediadores devem ter consciência de que a mediação em casos de rapto internacional de crianças tem que ter em consideração a interação entre dois ou mais sistemas jurídicos e o quadro jurídico internacional aplicável.

→ As partes devem ter acesso a informações jurídicas relevantes.

- 66 O facto de existir mais do que um sistema jurídico em jogo pode acarretar dificuldades adicionais para o processo de mediação em si. Assim, para alcançar soluções duradouras para as partes que, ao mesmo tempo, produzam efeitos jurídicos, é importante ter em consideração a legislação de todos os sistemas jurídicos envolvidos, bem como a legislação regional ou internacional aplicável ao caso.
- 67 Conforme foi sublinhado na secção 1.2 acima, pode ser muito perigoso as partes confiarem em acordos de mediação que não produzem efeitos jurídicos nos ordenamentos jurídicos relevantes. Sempre que conduzam processos de mediação familiar internacional em litígios relativos a crianças, os mediadores têm o dever de chamar a atenção das partes para a importância de obterem informações jurídicas relevantes e aconselhamento especializado. Neste contexto, é importante sublinhar que os mediadores, mesmo aqueles com formação jurídica especializada, não estão habilitados a prestar aconselhamento jurídico às partes.

105 Ver o capítulo 5 abaixo; ver também as Conclusões e Recomendações da Quarta Reunião da Comissão Especial (*op. cit.* nota 34), Recomendação n.º 1.11, segundo a qual as medidas aplicadas para assegurar a reposição voluntária da criança ou para alcançar uma solução amigável dos assuntos em causa não devem resultar em atraso indevido do processo; esta recomendação foi reiterada nas Conclusões e Recomendações da Quinta Reunião da Comissão Especial (*id.*), Recomendação n.º 1.3.1.

106 Por exemplo, na **Alemanha**, a Autoridade Central celebrou um contrato de cooperação com a organização de mediação especializada MiKK e.V. que inclui, entre outras, cláusulas relativas a uma troca de informações célere ao nível organizacional.

- 68 As informações jurídicas assumem especial importância no que toca a dois aspetos: em primeiro lugar, o conteúdo do acordo de mediação, que tem que ser compatível com as exigências legais e, em segundo, a forma de atribuir eficácia ao acordo de mediação nos dois ou mais sistemas jurídicos envolvidos. Estes dois aspetos estão intimamente ligados.
- 69 As partes devem ser informadas de que podem precisar de aconselhamento jurídico especializado sobre a legislação aplicável às questões objeto da mediação nos sistemas jurídicos em causa. A autonomia dos progenitores para acordar sobre a custódia e o direito de manter contacto com a criança pode ser limitada pela exigência legal de aprovação judicial de tais acordos, a fim de garantir a proteção dos melhores interesses da criança¹⁰⁷. Paralelamente, os progenitores devem entender que podem ser necessárias diligências adicionais para que o acordo de mediação, que produz efeitos num ordenamento jurídico, produza os mesmos efeitos noutra ou noutros sistemas jurídicos envolvidos¹⁰⁸.
- 70 Idealmente, as partes devem ter acesso a informações jurídicas pertinentes durante todo o processo de mediação. É por isso que muitos mediadores que trabalham na área do rapto internacional de crianças aconselham as partes a manter representantes legais especializados durante todo o processo de mediação. As Autoridades Centrais ou os Pontos de Contacto Centrais para a mediação familiar internacional também podem fornecer informações úteis¹⁰⁹.

2.4 Diferentes origens culturais e religiosas

→ A mediação em litígios familiares internacionais deve ter em devida conta possíveis diferenças nas origens culturais e religiosas das partes.

- 71 Uma das dificuldades inerentes à mediação familiar internacional em geral é que as partes têm, frequentemente, diferentes origens culturais e religiosas: os seus valores e expectativas podem ser muito diferentes no que toca a muitos aspetos do exercício das responsabilidades parentais, como a educação das crianças¹¹⁰. As origens culturais e religiosas das partes podem também influenciar a forma como estas comunicam uma com a outra e com o mediador¹¹¹. O mediador deve ter em conta que uma parte do litígio familiar pode ser devida a mal-entendidos devido ao não reconhecimento das diferenças culturais da outra parte¹¹².
- 72 Os mediadores envolvidos nestes casos devem possuir um bom entendimento das origens culturais e religiosas das partes¹¹³, sendo necessária formação específica nesta área¹¹⁴. Sempre que for possível escolher entre vários mediadores, pode ser útil escolher um mediador versado nas origens culturais e religiosas das partes ou que partilhe as origens de uma das partes e seja versado na cultura e religião da outra.

107 Ver o capítulo 12.

108 Ver os capítulos 12 e 13.

109 Sobre o papel das Autoridade ou de outros organismos no fornecimento destas informações, bem como o papel dos representantes das partes, ver a secção 4.1 abaixo.

110 Ver, por exemplo, K.K. Kovach, *Mediation in a nutshell*, St. Paul, 2003, páginas 55 e 56; D. Ganancia, «La médiation familiale internationale», Èrès, Ramonville Saint-Agne 2007, página 132 e seguintes; R. Chouchani Hatem, «La différence culturelle vécue au quotidien dans les couples mixtes franco-libanais», *Revue Scientifique de LAIFI*, Vol. 1, n.º 2, *Automne* 2007, páginas 43 a 71; K. Kriegel, «Interkulturelle Aspekte und ihre Bedeutung in der Mediation», in S. Kiesewetter e C.C. Paul (Eds), *Mediation bei internationalen Kindschaftskonflikten– Rechtliche Grundlagen, Interkulturelle Aspekte, Handwerkszeug für Mediatoren, Einbindung ins gerichtliche Verfahren, Muster und Arbeitshilfen*, Verlag C.H. Beck, 2009, páginas 91 a 104; M.A. Kucinski, «Culture in International Parental Kidnapping Mediations», *Pepperdine Dispute Resolution Law Journal*, 2009, páginas 555 a 582, na página 558 e seguintes.

111 Ver, por exemplo, K.K. Kovach (*loc. cit.* nota 110), que chama a atenção para o facto do contacto visual ser considerado insultuoso ou desrespeitoso em algumas culturas, enquanto na maior parte das culturas ocidentais é, pelo contrário, considerado um sinal de escuta ativa. D. Ganancia, «La médiation familiale internationale» (*id.*), página 132 e seguintes.

112 Ver K.K. Kovach (*op. cit.* nota 110), página 56.

113 Ver também a secção 6.1.8 abaixo.

114 Ver o capítulo 3 relativo à formação dos mediadores.

- 73 O modelo de mediação «binacional» tem sido aplicado com sucesso em alguns sistemas de mediação e foi especificamente criado para os casos de rapto internacional de crianças que envolvem progenitores de Estados diferentes¹¹⁵. Neste modelo, a necessidade de compreensão das origens culturais das partes é satisfeita pelo recurso, num sistema de comediação, a um mediador de cada um dos Estados interessados, cada um conhecendo bem a outra cultura. Neste contexto, o termo «binacional» poderia muito bem ser entendido como «bicultural». Note-se que os mediadores são neutros e imparciais e não representam nenhuma das partes¹¹⁶.

2.5 Dificuldades linguísticas

→ Na mediação, cada parte deve, sempre que possível, ter a oportunidade de se exprimir numa língua que domine bem.

- 74 Outra dificuldade em relação à mediação familiar internacional surge quando as partes não partilham a mesma língua materna. Neste caso, as partes podem preferir falar a sua língua nativa na mediação, pelo menos temporariamente, mesmo que uma das partes domine a língua do outro ou fale com facilidade uma outra língua que não a sua língua materna no contexto do seu relacionamento. Numa situação caracterizada por uma forte carga emocional como a discussão do seu litígio, as partes podem simplesmente preferir falar a sua língua materna, o que também lhes pode dar a sensação de estar em pé de igualdade.
- 75 Por outro lado, as partes com línguas maternas diferentes podem optar por falar uma terceira língua na mediação, isto é, uma língua que não seja a língua materna de nenhuma das partes. Em alternativa, uma das partes pode estar disposta a falar a língua da outra. Em qualquer dos casos, o mediador deve estar ciente do risco adicional de mal-entendidos devido a dificuldades linguísticas.
- 76 Sempre que possível, a vontade das partes relativamente à língua ou línguas utilizadas na mediação deve ser respeitada. Idealmente, o mediador ou mediadores devem entender e falar essas línguas¹¹⁷. A comediação permite a intervenção de mediadores que partilham as línguas nativas das partes e que são fluentes ou têm um bom conhecimento da outra língua (neste caso, a comediação é designada de «bilingue»)¹¹⁸. A comediação pode também incluir um mediador que apenas fale a língua materna de uma das partes e outro fluente em ambas as línguas relevantes. Neste caso, contudo, o mediador que fale as duas línguas vai ter que desempenhar o papel de intérprete.
- 77 A melhor solução é, obviamente, dar às partes a oportunidade de comunicar diretamente na língua que preferirem, mas às vezes isto pode não ser viável. A comunicação na língua de preferência também pode ser facilitada pelo recurso à interpretação. Quando a interpretação for uma possibilidade, o intérprete deve ser escolhido com cuidado e deve estar bem preparado e ciente da natureza extremamente sensível da conversação e do ambiente emocional da mediação, a fim de evitar mais riscos de ocorrência de mal-entendidos e comprometer uma solução amigável. Além disso, as medidas de salvaguarda da confidencialidade das comunicações envolvidas na mediação devem ser alargadas aos intérpretes¹¹⁹.

115 Projeto **Germano-Francês** de Mediação Binacional Profissional (2003/2006); Projeto **Germano-Americano** de Mediação Binacional; Projeto **Germano-Polaco** de Mediação Binacional; ver também a secção 6.2.3 abaixo.

116 Para mais informações, ver a secção 6.2.3 do capítulo 6 abaixo.

117 Ver também a secção 3.3 relativa às listas de mediadores.

118 Todos os programas de mediação binacional referidos na nota 115 são igualmente programas de mediação bilingue.

119 Relativamente à confidencialidade, ver a secção 6.1.5 abaixo.

2.6 Distância geográfica

→ **A organização das sessões de mediação e o conteúdo do acordo de mediação devem ter em conta a distância geográfica entre as partes envolvidas no litígio.**

- 78 A distância geográfica entre as partes é outra dificuldade da mediação no contexto do rapto internacional de crianças: a distância entre o Estado de residência habitual da criança, onde o progenitor cujo direito de custódia foi violado reside, e o Estado para o qual a criança foi deslocada pode ser considerável.
- 79 A distância pode, por um lado, afetar a organização prática das sessões de mediação; por outro lado, pode influenciar o conteúdo da própria solução encontrada através da mediação, que pode ter de ter em conta a possibilidade de se manter uma distância geográfica considerável entre os progenitores no futuro. Este será o caso, por exemplo, se o progenitor cujo direito de custódia foi violado aceitar a deslocação da criança com o raptor ou em caso de regresso da criança ao Estado de residência habitual, permanecendo o raptor no exterior.
- 80 No que toca à organização de uma sessão de mediação, a distância entre as partes e os custos de deslocação potencialmente elevados afetarão a escolha do local adequado para a mediação, bem como a opção entre um método de mediação direto ou indireto. Estas duas questões são abordadas abaixo (o local da mediação na secção 4.4 e a questão da mediação direta ou indireta na secção 6.2). Os meios modernos de comunicação, tais como ligações de vídeo ou comunicações através da internet, podem obviamente facilitar a mediação¹²⁰.
- 81 Relativamente ao conteúdo de um eventual acordo de mediação que preveja o exercício transfronteiriço dos direitos de custódia e/ou contacto, isto é, no caso de os progenitores decidirem residir em Estados diferentes, deve ser tida em consideração a distância geográfica, bem como as despesas de deslocação daí decorrentes. A organização acordada entre as partes deve ser realista e viável em termos de tempo e dinheiro. Esta questão será aprofundada no capítulo 11 («Realismo»).

2.7 Vistos e imigração

→ **Devem ser adotadas todas as medidas adequadas para facilitar o fornecimento dos documentos de viagem necessários, tais como vistos, a um progenitor que deseje comparecer pessoalmente numa sessão de mediação noutro Estado.**

→ **Devem ser adotadas todas as medidas adequadas para facilitar o fornecimento dos documentos de viagem necessários, tais como vistos, a qualquer progenitor que precise de entrar noutro país para exercer o seu direito de custódia ou de contacto relativamente à criança.**

→ **A Autoridade Central deve adotar todas as medidas adequadas para ajudar as partes a obter a documentação necessária, quer através do fornecimento de informações e aconselhamento, quer facilitando serviços específicos.**

- 82 As questões relacionadas com vistos e imigração muitas vezes agravam as dificuldades associadas aos litígios familiares internacionais. Os Estados devem, com vista à promoção da resolução amigável de litígios familiares internacionais, adotar medidas para garantir que o progenitor cujo direito de custódia foi violado obtém os documentos de viagem necessários para assistir a uma sessão de mediação no país para o qual a criança foi ilicitamente deslocada ou até para participar num processo judicial¹²¹. Paralelamente, os Estados devem adotar medidas para facilitar a emissão dos documentos de viagem de que o raptor precisa para entrar novamente no Estado de residência habitual da criança para efeitos de mediação ou de um processo judicial¹²².

120 Para mais informações, ver a secção 4.4 abaixo.

121 Para mais informações sobre o apoio existente relativamente a vistos e imigração, ver Perfil dos Estados no âmbito da Convenção da Haia de 1980 sobre o Rapto de Crianças, elaborado pelo Secretariado Permanente e concluído em 2011 (disponível em www.hcch.net, em «Child Abduction Section»), secções 10.3, alínea j) e 10.7, alínea l).

122 Ver também as Conclusões e Recomendações adotadas pela Parte I da Sexta Reunião da Comissão Especial (*op. cit.* nota 38), Recomendação n.º 31.

- 83 A emissão de documentos de viagem pode também desempenhar um papel importante no desfecho dos processos judiciais ou da mediação num litígio familiar internacional. Assim, quando é ordenado o regresso da criança na sequência de um processo ao abrigo da Convenção de 1980, o raptor pode precisar de documentos de viagem para entrar novamente no Estado de residência habitual da criança com a mesma. É desejável que os Estados facilitem a emissão dos documentos de viagem exigidos nestes casos. O mesmo se aplica quando o raptor decide repor voluntariamente a criança, incluindo quando o regresso da criança e do progenitor foi acordado na mediação. As questões relativas a vistos e imigração não devem tão-pouco constituir um obstáculo ao exercício transfronteiriço do direito de contacto, devendo ser salvaguardado o direito da criança a manter o contacto com ambos os progenitores, tal como consagrado na CNUDC¹²³.
- 84 A Autoridade Central deve ajudar os progenitores na obtenção dos documentos de viagem necessários através do fornecimento de informações e aconselhamento ou de ajuda na apresentação do pedido dos vistos necessários¹²⁴.

2.8 Processo-crime contra o raptor

- A mediação no contexto do rapto internacional de crianças deve ter em consideração o processo-crime eventualmente instaurado contra o raptor no país do qual a criança foi ilicitamente deslocada.
- Sempre que tenha sido instaurado um processo-crime, a questão deve ser abordada na mediação. Poderá ser necessária uma cooperação estreita entre as autoridades judiciais e administrativas envolvidas para evitar que o processo-crime em curso frustre o acordo alcançado através da mediação.

- 85 Embora a Convenção da Haia de 1980 sobre o Rapto de Crianças apenas trate dos aspetos civis do rapto internacional de crianças, o processo-crime contra o raptor no país da residência habitual da criança pode afetar o processo de regresso ao abrigo da Convenção de 1980¹²⁵. A acusação penal pode incluir o rapto de criança, crime de desobediência ao tribunal ou crimes relacionados com passaportes. O processo-crime pendente no Estado da residência habitual da criança pode – em determinadas circunstâncias – levar o tribunal competente num processo de regresso ao abrigo da Convenção da Haia a recusar o regresso da criança. Este pode ser o caso quando a criança foi raptada pelo progenitor que dela cuida efetivamente e o regresso acarretaria a separação entre este e a criança¹²⁶ o que, devido à

123 Ver também o Guia de Boas Práticas sobre o Contacto Transfronteiriço (*op. cit.* nota 16), secção 4.4, páginas 21 e 22.

124 *Ibid.* Ver também as Conclusões e Recomendações adotadas pela Parte I da Sexta Reunião da Comissão Especial (*op. cit.* nota 38), Recomendação n.º 31:

«Sempre que dificuldades em matéria de imigração sejam suscetíveis de afetar a capacidade de um raptor ou criança (não cidadãos) de regressar ao Estado requerente ou a capacidade de uma pessoa ter contacto ou exercer o direito de visita, a Autoridade Central deve responder prontamente aos pedidos de informação para ajudar uma pessoa a obter junto das autoridades competentes no seu ordenamento jurídico, sem demoras, as autorizações ou permissões (vistos) que sejam necessários. Os Estados devem agir de forma tão célere quanto possível na emissão de autorizações ou vistos para este fim e devem sensibilizar as autoridades nacionais competentes em matéria de imigração para o papel essencial que desempenham no cumprimento dos objetivos da Convenção de 1980».

125 As respostas ao Questionário de 2006 revelaram que os processos-crime têm frequentemente, mas não sempre, um efeito negativo; ver pergunta n.º 19 do «Questionnaire concerning the practical operation of the *Hague Convention of 25 October 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction* (Including questions on implementation of the *Hague Convention of 19 October 1996 on Jurisdiction, Applicable Law, Recognition, Enforcement and Co-operation in Respect of Parental Responsibility and Measures for the Protection of Children*)», Documento Preliminar n.º 1, de abril de 2006, redigido pelo Secretariado Permanente para a Quinta Reunião da Comissão Especial de outubro/novembro de 2006 sobre os Aspetos Civis do Rapto Internacional de Crianças; ver também o «Report on the Fifth Meeting of the Special Commission to review the operation of the *Hague Convention of 25 October 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction* and the practical implementation of the *Hague Convention of 19 October 1996 on Jurisdiction, Applicable Law, Recognition, Enforcement and Co-operation in Respect of Parental Responsibility and Measures for the Protection of Children* (30 October – 9 November 2006)», elaborado pelo Secretariado Permanente, março de 2007, página 56; ambos os documentos disponíveis em: www.hcch.net em «Child Abduction Section».

126 Porque a única opção do progenitor é não regressar com a criança ou cumprir uma pena de prisão quando regressar.

- idade da criança ou a outras circunstâncias, constituiria um perigo grave de ordem física e psíquica, na aceção do artigo 13, n.º 1, alínea b), da Convenção de 1980¹²⁷.
- 86 As formas de abertura de processo-crime contra o raptor pelo rapto da criança e a influência que o progenitor cujo direito de custódia foi violado tem nesta abertura dependem do sistema jurídico em causa e das circunstâncias do caso. Importa sublinhar que, mesmo que o processo-crime tenha sido instaurado na sequência de uma queixa apresentada pelo progenitor cujo direito de custódia foi violado ou com o consentimento deste, é possível que a decisão de desistir da ação penal caiba exclusivamente ao Ministério Público ou ao tribunal. Significa isto que, se o processo-crime contra o raptor constituir um obstáculo ao regresso da criança, é possível que o progenitor cujo direito de custódia foi violado não tenha poderes para remover esse obstáculo, independentemente de ter sido ele a apresentar a queixa ou a dar o seu consentimento para a instauração do processo-crime.
- 87 No âmbito da mediação em casos de rapto internacional de crianças, é, assim, importante ter em consideração que pode ter sido instaurado um processo-crime contra o raptor, especialmente se existir o risco de aplicação de uma pena de prisão, ou existe o risco de vir a ser instaurado um processo no futuro, mesmo após o regresso do raptor e da criança tal como acordado. Dadas as possíveis implicações desses processos, é essencial abordar esta questão na mediação.
- 88 Sempre que possível, é desejável que as Autoridades Centrais e os tribunais apoiem as partes na obtenção das informações gerais necessárias sobre a legislação aplicável ao início e termo do processo-crime, bem como sobre as suas características específicas. Poderá ser necessária uma estreita cooperação entre as autoridades judiciais e administrativas para assegurar o arquivamento ou outra forma de extinção do processo-crime antes da implementação prática de um acordo de mediação que preveja a deslocação do raptor ou da criança ao Estado onde residia antes do rapto, bem como para evitar a instauração de um processo-crime após o regresso do raptor e da criança. Quanto à cooperação entre as autoridades judiciais envolvidas, a Rede Internacional de Juizes da Haia pode ser particularmente útil¹²⁸.
- 89 O Perfil dos Estados no âmbito da Convenção da Haia de 1980 sobre o Rapto de Crianças fornece informações gerais sobre aspetos da legislação penal aplicável ao rapto internacional de crianças em diferentes Estados Contratantes, incluindo informações sobre quem pode iniciar, desistir ou suspender um processo-crime relativo à deslocação ou à retenção ilícita de uma criança¹²⁹.

127 Este problema tem sido por vezes evitado através da suspensão (da execução) da decisão de regresso até que a acusação contra o raptor tenha sido retirada, ver o Guia de Boas Práticas sobre o Contacto Transfronteiriço (*op. cit.* nota 16), secção 4.4, páginas 21 e 22 e nota 118.

128 Para mais informações sobre a Rede Internacional de Juizes da Haia e o funcionamento das comunicações judiciais diretas, ver «Emerging rules regarding the development of the International Hague Network of Judges and draft General Principles for judicial communications, including commonly accepted safeguards for direct judicial communications in specific cases, within the context of the International Hague Network of Judges», Documento Preliminar n.º 3A, de março de 2011, redigido pelo Secretariado Permanente e P. Lortie, «Report on Judicial Communications in relation to international child abduction», Documento Preliminar n.º 3B, de abril de 2011, ambos os documentos elaborados para a Comissão Especial de junho de 2001 e disponíveis em: www.hcch.net, em «Child Abduction Section».

129 Ver a secção 11.3 do Perfil dos Estados no âmbito da Convenção de 1980 (nota 121 acima).

3 Formação especializada em mediação no contexto do rapto internacional de crianças / Salvaguarda da qualidade da mediação

3.1 Formação de mediadores – regras e normas existentes

- 90 Para assegurar a qualidade da mediação, é essencial que aqueles que conduzem o processo tenham formação adequada. Alguns Estados aprovaram legislação que regula a formação dos mediadores ou as qualificações ou experiência¹³⁰ que uma pessoa deve possuir para obter o título de «mediador», ser registada como tal ou para estar habilitada a conduzir um processo de mediação ou algumas formas de mediação (por exemplo, a mediação financiada pelo Estado).
- 91 Assim, na Áustria foi criado um registo estatal de mediadores em 2004. Para se registarem, os mediadores devem preencher determinados requisitos de formação¹³¹. O registo é válido apenas por um período de cinco anos e a sua renovação depende da apresentação de prova do cumprimento dos requisitos de formação continuada estabelecidos na lei¹³².
- 92 Em França também foi adotada legislação relativa à formação em mediação familiar e penal¹³³. Em 2004, foi criado um diploma de Estado de mediador familiar¹³⁴. Apenas são elegíveis os candidatos com experiência profissional ou um diploma nacional no setor social ou da saúde¹³⁵, devendo ainda ter passado com sucesso no procedimento de seleção¹³⁶. O conteúdo da formação é regulado de forma detalhada e inclui 560 horas de formação em direito, psicologia e sociologia, entre outras matérias, das quais 70 horas são de formação prática¹³⁷. O diploma pode também ser obtido através do reconhecimento de experiência profissional¹³⁸.
- 93 Em muitos sistemas jurídicos em que a lei não regula a formação de mediadores, as organizações e associações de mediação, como forma de garantir a qualidade da mediação, estabeleceram requisitos mínimos de formação que os mediadores devem cumprir para aderir à rede. No entanto, muitas vezes devido à falta de um ponto de referência central sobre os requisitos de formação para o ordenamento jurídico em causa, não existe uma abordagem uniforme às normas de formação.
- 94 Inglaterra e País de Gales é o exemplo de um ordenamento jurídico em que os requisitos centrais de formação evoluíram indiretamente através da autorregulação: apenas os mediadores que completaram a formação reconhecida pela Comissão de Serviços Jurídicos (*Legal Services Commission*, LSC) e foram aprovados na Avaliação de Competências para a mediação familiar da LSC estão habilitados a conduzir processos de mediação financiados pelo Estado¹³⁹.

130 Os Estados que se seguem indicaram no Perfil dos Estados no âmbito da Convenção de 1980 (nota 121 acima) que a questão das qualificações e experiência necessárias para exercer a atividade de mediador é tratada em legislação relativa à mediação (e, no caso de alguns Estados, legislação específica relativa à mediação familiar): **Argentina, Bélgica, Finlândia, França, Grécia, Hungria, Noruega, Panamá, Paraguai, Polónia, Roménia, Eslovénia, Espanha, Suíça** e os **Estados Unidos da América**.

131 Ver *Bundesgesetz über die Mediation in Zivilrechtssachen (ZivMediatG)*, de 6 de junho de 2003, disponível em http://www.ris.bka.gv.at/Dokumente/BgblPdf/2003_29_1/2003_29_1.pdf > (última consulta em 16 de junho de 2012) e *Zivilrechts-Mediations-Ausbildungsverordnung (ZivMediatAV)*, de 22 de janeiro de 2004, disponível em http://www.ris.bka.gv.at/Dokumente/BgblAuth/BGBLA_2004_II_47/BGBLA_2004_II_47.html (última consulta em 16 de junho de 2012).

132 Ver os artigos 13.º e 20.º do *Bundesgesetz über die Mediation in Zivilrechtssachen (ZivMediatG)*, de 6 de junho de 2003 (nota 131 acima).

133 Ver K. Deckert, «Mediation in Frankreich – Rechtlicher Rahmen und praktische Erfahrungen», in K.J. Hopt e F. Steffek (*op. cit.* nota 2), páginas 183 a 258, nas páginas 242 e 243.

134 Ver *Décret No 2003-1166 du 2 décembre 2003 portant création du diplôme d'État de médiateur familial* e *Arrêté du 12 février 2004 relatif au diplôme d'État de médiateur familial – Version consolidée au 28 juillet 2007*, disponível em <http://www.legifrance.gouv.fr> (última consulta em 16 de junho de 2012); ver também S. Vigers, Notas relativas ao desenvolvimento da mediação, da conciliação e de mecanismos análogos (*op. cit.* nota 11), 7, página 22.

135 Para informações detalhadas, ver o artigo 2.º do *Arrêté du 12 février 2004 relatif au diplôme d'État de médiateur familial – Version consolidée au 28 juillet 2007* (nota 134 acima).

136 *Ibid.*, artigo 3.º.

137 *Ibid.*, artigo 4.º e seguintes.

138 O reconhecimento da experiência profissional implica duas fases: em primeiro lugar, as autoridades públicas avaliam a elegibilidade do requerente e, posteriormente, um painel de avaliadores avalia o desenvolvimento de competências adquiridas através da experiência. Ver também S. Vigers, Notas relativas ao desenvolvimento da mediação, da conciliação e de mecanismos análogos (*op. cit.* nota 11), 7, página 22.

139 Ver *Mediation Quality Mark Standard*, Comissão de Serviços Jurídicos, 2ª edição, setembro de 2009, disponível em http://www.legalservices.gov.uk/docs/cls_main/MQM_Standard_Sep09_with_cover.pdf (última consulta em 16 de junho de 2012).

- 95 Além disso, a questão da formação dos mediadores é abordada em vários instrumentos não vinculativos nacionais¹⁴⁰ e regionais, tais como normas de mediação, códigos deontológicos¹⁴¹ ou recomendações¹⁴². No entanto, não existe necessariamente um consenso relativamente às normas de formação dos mediadores entre os diversos organismos que promovem essa mesma formação. Acresce que muitas das regras e normas abordam a formação de mediadores em geral, sem tratar especificamente da mediação familiar, muito menos da mediação familiar internacional.
- 96 Uma das iniciativas destinadas a promover, a nível regional, normas de formação dos mediadores no contexto da mediação familiar foi lançada pela AIFI¹⁴³, uma organização não governamental interdisciplinar com membros na Europa e Canadá. O Guia de Boas Práticas na Mediação Familiar da AIFI, elaborado em 2008, aborda a questão da formação especializada e certificação para a mediação familiar internacional¹⁴⁴. A Associação Europeia de Juízes para a Mediação (*Groupement Européen des Magistrats pour la Médiation*, GEMME)¹⁴⁵ é outra organização que atua no campo da mediação e consiste em várias secções nacionais, reunindo juízes de diferentes países europeus com o objetivo de promover mecanismos de resolução amigável de litígios, em particular a mediação. Em 2006, a GEMME França publicou um Guia Prático sobre o recurso à mediação judicial, que também aborda questões relativas à formação de mediadores e à deontologia profissional¹⁴⁶.
- 97 Alguns instrumentos regionais não vinculativos sobre mediação incentivam os Estados a criar estruturas adequadas para garantir a qualidade da mediação. Assim, a Recomendação n.º R (98) 1 do Comité de Ministros do Conselho da Europa aos Estados Membros sobre a Mediação Familiar recomenda ao Estados que assegurem a existência «de procedimentos para a seleção, formação e qualificação dos mediadores» e sublinha que, «tendo em conta as especificidades da mediação internacional, os mediadores internacionais devem ter formação específica»¹⁴⁷. Além disso, a Recomendação Rec (2002) 10 sobre mediação em matéria civil apela aos Estados para considerarem a tomada de medidas para promover a adoção de normas adequadas sobre a seleção, as responsabilidades, a formação e a qualificação dos mediadores, incluindo mediadores que lidam com questões internacionais¹⁴⁸. Por outro lado, a Diretiva da UE relativa à mediação, que é um instrumento regional vinculativo, exige que os Estados-Membros da União Europeia incentivem «a formação inicial e contínua dos mediadores, a fim de garantir que a mediação seja conduzida de modo eficaz, imparcial e competente relativamente às partes»¹⁴⁹.

140 Por exemplo, relativamente a um modelo de formação desenvolvido pelo Centro Nacional de Mediação e Resolução de Litígios do Ministério da Justiça de Israel, ver E. Liebermann, Y. Foux-Levy e P. Segal, «Beyond Basic Training – A Model for Developing Mediator Competence», in *Conflict Resolution Quarterly* 23 (2005), páginas 237 a 257.

141 Por exemplo, o Código Deontológico Europeu dos Mediadores (nota 58 acima), que estabelece vários princípios aos quais cada mediador se pode vincular de forma voluntária, dispõe, no seu ponto 1.1, que: «os mediadores devem ser competentes e conhecer profundamente o processo de mediação» e sublinha que «constituem fatores relevantes a formação adequada e a atualização contínua dos respetivos conhecimentos e práticas de mediação (...)».

142 Ver também *Legislating for Alternative Dispute Resolution – A Guide for Government Policy-Makers and Legal Drafters*, novembro de 2006, páginas 49 e seguintes, redigido pelo Conselho Consultivo Nacional para a Resolução Alternativa de Litígios da Austrália (*Australian National Alternative Dispute Resolution Advisory Council, NADRAC*), disponível em:
<http://www.nadrac.gov.au/publications/PublicationsByDate/Pages/LegislatingforAlternativeDisputeResolution.aspx> (última consulta em 16 de junho de 2012).

143 *Association Internationale Francophone des intervenants auprès des familles séparées*.

144 Título original: *Guide de bonnes pratiques en médiation familiale à distance et internationale*. Ver o artigo 5.º.

145 O endereço do sítio Web da GEMME é o seguinte: www.gemme.eu/en.

146 O Guia encontra-se disponível no sítio Web da GEMME em: <http://www.gemme.eu/nation/france/article/le-guide> (última consulta em 16 de junho de 2012).

147 Nota 52 acima, ver partes II, alínea c) e VIII, alínea e).

148 Nota 53 acima, ver o Princípio V.

149 Ver o artigo 4.º da Diretiva europeia relativa à mediação (nota 5 acima)

3.2 Formação específica para a mediação no contexto do rapto internacional de crianças

- A mediação no contexto do rapto internacional de crianças deve ser conduzida exclusivamente por mediadores familiares experientes, preferencialmente com formação específica sobre mediação em casos de rapto internacional de crianças.
- Os mediadores que trabalhem nesta área carecem de formação contínua para manter as suas competências profissionais.
- Os Estados devem apoiar a criação de programas de formação e normas para a mediação familiar transfronteiriça e para a mediação no contexto do rapto internacional de crianças.

- 98 Dada a natureza especial da mediação no contexto do rapto internacional de crianças, apenas mediadores familiares experientes, de preferência com formação específica em mediação familiar internacional e, mais particularmente, em mediação no contexto do rapto internacional de crianças, devem conduzir a mediação nesses casos¹⁵⁰. Idealmente, os mediadores menos experientes devem intervir neste tipo de casos apenas em comediação com os colegas mais experientes.
- 99 A formação para a mediação no contexto do rapto internacional de crianças deve preparar o mediador para gerir os desafios específicos do rapto transfronteiriço de crianças, tal como acima enunciados, desenvolvendo simultaneamente as bases da formação normalmente ministrada aos formadores¹⁵¹.
- 100 De um modo geral, o mediador deve possuir os conhecimentos sociopsicológicos e jurídicos necessários para conduzir a mediação em litígios familiares com um elevado grau de conflitualidade. Deve ter formação adequada para avaliar a adequação da mediação a cada caso. Deve também ser capaz de determinar a capacidade das partes para mediar, por exemplo, identificando uma incapacidade mental ou dificuldades linguísticas, bem como padrões de violência doméstica e abuso infantil e retirar daí as devidas conclusões.
- 101 Além disso, é desejável que a formação em mediação familiar internacional inclua o desenvolvimento ou consolidação das competências interculturais e linguísticas necessárias.
- 102 Simultaneamente, a formação deve transmitir conhecimentos e compreensão dos instrumentos jurídicos regionais e internacionais relevantes e da legislação nacional aplicável. Embora o papel do mediador não seja prestar aconselhamento jurídico, é crucial possuir conhecimentos jurídicos básicos em casos transfronteiriços de direito da família, uma vez que permitem que o mediador compreenda o contexto global e conduza a mediação de forma responsável.
- 103 Uma mediação responsável em casos de rapto internacional de crianças passa por incentivar os progenitores a concentrarem-se nas necessidades das crianças e lembrá-los que eles têm a responsabilidade primária pelo bem-estar dos seus filhos. Sublinha a necessidade de informar e consultar os seus filhos e chama a atenção das partes para o facto de a sua solução de mútuo acordo apenas poder ser sustentável se estiver em conformidade com todos os sistemas jurídicos envolvidos e se aí lhe for atribuída eficácia, o que requer aconselhamento jurídico especializado. É também necessária formação especializada para a mediação com a participação da criança, que tem em consideração a vontade desta em casos de rapto.
- 104 Os mediadores que trabalhem nesta área carecem de formação contínua para manter as suas competências profissionais.
- 105 Os Estados devem apoiar a criação de programas de formação e o desenvolvimento de normas para a mediação familiar transfronteiriça e para a mediação no contexto do rapto internacional de crianças.

150 Ver também a Recomendação n.º R (98) 1 sobre a mediação familiar (nota 52 acima), VIII (Questões Internacionais): «(e) Tendo em conta as especificidades da mediação internacional, os mediadores internacionais devem ter formação específica».

151 Um exemplo de um programa de formação especializada é o projeto «TIM» (*Training in international family mediation*), cofinanciado pela UE, que tem como objetivo a criação de uma rede de mediadores familiares internacionais na Europa; ver o sítio Web em: <http://www.crossbordermediator.eu>. Para mais informações sobre o projeto «TIM», que é executado pela ONG belga *Child Focus* em cooperação com a *Katholieke Universiteit van Leuven* e uma organização alemã especializada em mediação, a MiKK e.V. com o apoio do Centro Holandês para o Rapto Internacional de Crianças, consulte o sítio Web da organização alemã MiKK e.V. em: <http://www.mikk-ev.de/english/eu-training-project-tim> (última consulta em 16 de junho de 2012).

3.3 Criação de listas de mediadores

→ Os Estados devem ponderar apoiar a criação de listas públicas de mediadores familiares que permitam identificar mediadores especializados.

- 106 Com vista à promoção da criação de estruturas de mediação para os litígios familiares transfronteiriços, os Estados devem ponderar a conveniência de incentivar a criação, ao nível nacional ou supranacional, de listas públicas de mediadores que permitam identificar mediadores e serviços de mediação especializados¹⁵². Sempre que possível, estas listas devem incluir os contactos dos mediadores, informações sobre a sua especialidade, a sua formação, as suas competências linguísticas e interculturais e a sua experiência.
- 107 Os Estados podem também, através de um Ponto de Contacto Central para a mediação familiar internacional, facilitar o fornecimento de informações sobre os serviços especializados em mediação familiar internacional disponíveis no seu território¹⁵³.

3.4 Salvaguarda da qualidade da mediação

→ Os serviços de mediação utilizados em litígios familiares transfronteiriços devem ser fiscalizados e avaliados, de preferência por um organismo neutro.

→ Os Estados são incentivados a apoiar o estabelecimento de critérios comuns para a avaliação dos serviços de mediação.

- 108 Para salvaguardar a qualidade da mediação familiar internacional, é desejável que os serviços de mediação sejam fiscalizados e avaliados, de preferência por um organismo neutro. Sempre que não exista um organismo deste tipo, os mediadores e organizações de mediação devem, por sua própria iniciativa, criar regras transparentes de fiscalização e avaliação dos seus serviços. As partes devem poder dar a sua opinião sobre o processo de mediação e deve ser estabelecido um procedimento de reclamações.
- 109 Os mediadores e as organizações de mediação que atuam no campo do rapto internacional de crianças devem adotar uma abordagem estruturada e profissional à administração, manutenção de registos e avaliação dos serviços e devem ainda ter acesso ao necessário apoio administrativo e profissional¹⁵⁴.
- 110 Os Estados devem trabalhar para estabelecer critérios comuns para a avaliação dos serviços de mediação.

152 Por exemplo, em **França**, um dos primeiros Estados a criar um Ponto de Contacto Central para a mediação familiar internacional, está a ser preparada uma lista central de mediadores especializados; na **Áustria** foi criado um registo central de mediadores em 2004 (para mais informações, ver n.º 91 acima) que está disponível em: <http://www.mediatoren.justiz.gv.at/mediatoren/mediatorenliste.nsf/contentByKey/VSTR-7DXPU8-DE-p> (última consulta em 16 de junho de 2012). Além disso, o Perfil dos Estados no âmbito da Convenção de 1980 (nota 121 acima) menciona a existência de listas de mediadores (embora não se trate necessariamente de uma lista central) nos seguintes ordenamentos jurídicos, indicando também quais os organismos que podem fornecer estas listas: **Argentina, Bélgica, China (RAE de Hong Kong), República Checa, Dinamarca, Estónia, França, Grécia, Hungria, Irlanda, Noruega, Panamá, Paraguai, Polónia, Roménia, Eslovénia, Espanha, Suíça, Reino Unido (Inglaterra, País de Gales e Irlanda do Norte) e Estados Unidos da América.**

153 Ver, relativamente ao Ponto de Contacto Central para a mediação familiar internacional, a secção 4.1 abaixo.

154 Ver os Princípios para a Criação de Estruturas de Mediação no Anexo I abaixo.

4 Acesso à mediação

- A Autoridade Central ou o Ponto de Contacto Central para a mediação familiar internacional devem fornecer informações sobre os serviços de mediação disponíveis para os casos de rapto internacional de crianças e outras informações pertinentes, tais como os custos da mediação.
- Os Estados Contratantes da Convenção da Haia de 1980 sobre o Rapto de Crianças e de outras Convenções da Haia aplicáveis¹⁵⁵ são incentivados a criar um Ponto de Contacto Central para a mediação familiar internacional por forma a facilitar o acesso a informações sobre os serviços de mediação disponíveis e outras questões relacionadas com litígios familiares transfronteiriços que envolvam crianças, ou a confiar essa tarefa às respetivas Autoridades Centrais.

- 111 É importante facilitar o acesso à mediação. O primeiro passo é fornecer às partes que desejem equacionar a mediação informações sobre os serviços de mediação disponíveis no Estado em causa, juntamente com outras informações pertinentes.
- 112 Deve ser destacado que os Princípios para a Criação de Estruturas de Mediação¹⁵⁶ estabelecidos pelo Grupo de Trabalho sobre Mediação no contexto do Processo de Malta, que visam criar estruturas de mediação familiar transfronteiriça, convidam os Estados que concordem em implementar estes Princípios a estabelecer «um Ponto de Contacto Central para a mediação», que deve, *inter alia*, «fornecer informações sobre os serviços de mediação familiar disponíveis no país em questão», como uma lista mediadores e organizações que prestam serviços de mediação em litígios familiares internacionais, informações sobre os custos da mediação e outras informações. Além disso, os Princípios apelam ao Ponto de Contacto Central para «fornecer informações sobre as organizações que podem prestar aconselhamento sobre direito de família e direito processual, (...) sobre a atribuição de eficácia e a execução do acordo de mediação».
- 113 De acordo com estes Princípios, as referidas informações «devem ser prestadas na língua oficial do Estado em questão, bem como em inglês ou francês». Os Princípios ditam ainda que «o Secretariado Permanente da Conferência da Haia deverá ser informado dos contactos do Ponto de Contacto Central, incluindo morada, telefone, endereço de correio eletrónico e o nome da pessoa ou pessoas responsáveis, bem como as línguas que falam» e que «os pedidos de informações ou de assistência dirigidos ao Ponto de Contacto Central devem ser tratados de forma célere».
- 114 Embora estes Princípios tenham sido estabelecidos tendo em vista a criação de estruturas de mediação transfronteiriça para casos não abrangidos pelas Convenções da Haia, eles são aplicáveis também a casos abrangidos por estas Convenções. Dado o rápido e diversificado desenvolvimento de serviços de mediação familiar nos últimos anos, é difícil obter uma visão geral dos serviços prestados ou até determinar quais os serviços que poderão estar habilitados a conduzir a mediação no contexto do rapto internacional crianças. Assim, seria extremamente útil se os Estados Contratantes da Convenção da Haia de 1980 sobre o Rapto de Crianças, ou de quaisquer outras convenções da Haia aplicáveis, recolhessem e fornecessem informações sobre os serviços de mediação familiar internacional disponíveis no seu território, bem como quaisquer outras informações relevantes para a mediação no contexto de litígios familiares internacionais, mais especificamente em casos de rapto internacional de crianças.
- 115 Nos Estados Contratantes da Convenção da Haia de 1980 sobre o Rapto de Crianças, a Autoridade Central designada ao abrigo da Convenção pode eventualmente ser a entidade ideal para desempenhar essa função¹⁵⁷. Alguns Estados Contratantes podem, no entanto, preferir delegar esta função num Ponto de Contacto Central independente criado para a mediação familiar internacional. Neste caso, a Autoridade Central poderá encaminhar as partes interessadas para o Ponto de Contacto Central para

155 Relativamente à promoção da mediação por outras Convenções da Haia relativas às crianças, ver «Objetivos e âmbito» acima.

156 Princípios para a Criação de Estruturas de Mediação (ver Anexo I abaixo). Ver também «Exposição de Motivos relativa aos Princípios para a Criação de Estruturas de Mediação no contexto do Processo de Malta», reproduzida no Anexo 2 abaixo (também disponível em www.hcch.net, em «Child Abduction Section» e «Cross-border family mediation»).

157 Na sua reunião de junho de 2011, a Comissão Especial sobre o funcionamento prático da Convenção da Haia de 1980 sobre o Rapto de Crianças e da Convenção da Haia de 1996 relativa à Proteção das Crianças incentivou os Estados a considerar a criação de um Ponto de Contacto Central ou a designação da sua Autoridade Central como um Ponto de Contacto Central; ver as Conclusões e Recomendações adotadas pela Parte I da Sexta Reunião da Comissão Especial (*op. cit.* nota 38), Recomendação n.º 61.

a mediação familiar internacional, desde que a cooperação entre ambos seja organizada de modo a evitar atrasos no processo de regresso.

- 116 Sempre que for designado como Ponto de Contacto Central para a mediação familiar internacional um organismo privado, devem ser adotadas medidas para evitar quaisquer conflitos de interesses, especialmente quando o referido organismo preste serviços de mediação.
- 117 Note-se que o documento «Perfil dos Estados no âmbito da Convenção da Haia de 1980 sobre o Rapto de Crianças», elaborado pelo Secretariado Permanente, concluído em 2011 e posteriormente complementado pelos Estados Contratantes, poderá ser uma fonte útil de informações sobre serviços de mediação disponíveis nos respetivos Estados¹⁵⁸.

4.1 Oferta de mediação – fase do processo de regresso ao abrigo da Convenção da Haia; mediação por iniciativa do tribunal ou por iniciativa das partes

- A possibilidade de recorrer à mediação ou a outros mecanismos de resolução de litígios por mútuo acordo deve ser apresentada às partes de um litígio familiar internacional relativo a crianças o mais cedo possível.
- O acesso à mediação e a outros mecanismos de resolução de litígios por mútuo acordo não deve ser limitado à fase pré-judicial, devendo antes ser possível durante todo o processo, incluindo na fase de execução.

- 118 A possibilidade de recurso à mediação ou a outras formas de resolução amigável de litígios deve ser apresentada o mais cedo possível às partes de um litígio familiar internacional relativo a crianças. A mediação pode ser oferecida como uma medida preventiva na fase inicial do conflito familiar para evitar um rapto¹⁵⁹. Isto é especialmente importante quando um dos progenitores equaciona uma mudança para outro país após a separação. Embora seja necessário chamar a atenção para o facto de que, em geral, um progenitor não pode deixar o país sem o consentimento do outro titular do direito de custódia (efetivamente exercido) ou permissão da autoridade competente¹⁶⁰, a mediação pode ser muito útil para ajudar a encontrar uma solução amigável.
- 119 Deve notar-se que a forma como os progenitores são abordados para equacionarem a mediação é muito importante¹⁶¹ e pode ser determinante para o seu sucesso¹⁶². Dado que a mediação é relativamente recente em muitos ordenamentos jurídicos, os progenitores precisam de explicações completas e francas sobre o que a mediação é e não é, por forma a recorrerem à mediação com expectativas adequadas¹⁶³.
- 120 Uma vez ocorrido o rapto e sempre que existam serviços de mediação disponíveis para estes casos, os progenitores devem ser informados da possibilidade de recurso à mediação o mais cedo possível. Deve, no entanto, ser sublinhado que a mediação não é o único recurso ao alcance dos progenitores e que a oferta de mediação não impede os progenitores de recorrerem aos tribunais¹⁶⁴.
- 121 Com vista a aumentar as hipóteses de uma resolução amigável do litígio, a mediação e mecanismos análogos devem estar disponíveis não só numa fase pré-judicial, mas também durante todo o processo, incluindo na fase de execução¹⁶⁵. O mecanismo de resolução amigável de litígios mais adequado numa determinada fase do processo judicial dependerá das circunstâncias do caso.

158 Ver a Parte V dos Perfil dos Estados no âmbito da Convenção de 1980 (nota 121 acima).

159 Guia de Boas Práticas sobre Medidas Preventivas (*op. cit.* nota 23), secção 2.1, páginas 15 e 16; ver também o capítulo 14 abaixo.

160 Ver «Washington Declaration on International Family Relocation», Conferência Judicial Internacional sobre a Mudança Familiar Transfronteiriça, Washington, D.C., **Estados Unidos da América**, 23 a 25 de março de 2010, coorganizada pela Conferência da Haia de Direito Internacional Privado e pelo Centro Internacional para Crianças Desaparecidas e Exploradas (ICMEC) com o apoio do Departamento de Estado dos EUA. Segundo a esta declaração, os Estados devem assegurar a existência de procedimentos legais para requerer à autoridade competente autorização para mudar de residência com a criança. As partes devem ser instadas a utilizar estes procedimentos e impedidas de agir unilateralmente. A Declaração de Washington está disponível em: www.hcch.net, em «Child Abduction Section».

161 Ver S. Vigers, Notas relativas ao desenvolvimento da mediação, da conciliação e de mecanismos análogos (*op. cit.* nota 11), 5.1, página 17.

162 Relatório de 2006 sobre o Sistema-Piloto de Mediação da reunite (*op. cit.* nota 97), página 8.

163 S. Vigers, Notas relativas ao desenvolvimento da mediação, da conciliação e de mecanismos análogos (*op. cit.* nota 11), 5.1, página 18.

164 Ver S. Vigers (*ibid.*), (5.1), página 17.

165 Guia de Boas Práticas sobre Execução (*op. cit.* nota 23), secções 5.1, 5.2, página 25.

- 122 Tal como abordado em maior detalhe na secção 2.1 (Prazos/ Procedimento céleres), é da maior importância adotar medidas de salvaguarda para evitar que a mediação seja usada como manobra dilatória pelo raptor. Uma medida útil, neste contexto, pode ser instaurar um processo de regresso e, se necessário, suspendê-lo posteriormente pelo período da mediação¹⁶⁶.

4.1.1 O PAPEL DA AUTORIDADE CENTRAL

- **As Autoridades Centrais tomarão, diretamente ou através de intermediários, todas as medidas adequadas para facilitar a resolução amigável do litígio.**
 - **Ao receber um pedido de regresso, a Autoridade Central do Estado requerido deverá facilitar o fornecimento de informações sobre serviços de mediação adequados para casos de rapto internacional de crianças ao abrigo da Convenção de 1980 disponíveis no seu território.**
 - **Os Estados devem incluir na formação do pessoal da Autoridade Central informações sobre a mediação e mecanismos análogos e a possível combinação entre os mesmos.**
- 123 As Autoridades Centrais designadas ao abrigo das Convenções de 1980 e 1996 desempenham um papel fundamental na promoção de soluções amigáveis para litígios familiares internacionais envolvendo crianças. Ambas as Convenções reconhecem a necessidade de promover soluções de mútuo acordo e exigem que as Autoridades Centrais desempenhem um papel ativo na prossecução deste objetivo. Assim, o artigo 7.º, n.º 2, alínea c), da Convenção de 1980 exige que as Autoridades Centrais tomem todas as medidas apropriadas para «assegurar a reposição voluntária da criança ou facilitar uma solução amigável». Da mesma forma, o artigo 31.º, alínea b), da Convenção de 1996 exige que as Autoridades Centrais façam todas as diligências apropriadas no sentido de «facilitar, através da mediação, conciliação ou qualquer outro meio análogo, as soluções de mútuo acordo para a proteção da pessoa ou dos bens da criança, em situações abrangidas pela Convenção».
- 124 É, portanto, desejável que, quando as partes procuram o seu apoio num litígio familiar transfronteiriço, as Autoridades Centrais designadas ao abrigo das duas Convenções, forneçam, logo que possível, informações sobre os serviços de mediação ou mecanismos análogos disponíveis para as ajudar a encontrar uma solução de mútuo acordo¹⁶⁷. Estas informações deve complementar e não substituir as informações sobre os processos com base nas Convenções da Haia e outras informações relevantes.
- 125 Por exemplo, num caso de rapto internacional de crianças, a Autoridade Central do Estado requerido, quando contactada pelo progenitor cujo direito de custódia foi violado (seja diretamente ou através da Autoridade Central do Estado requerente) deve informar o progenitor sobre os serviços de mediação e serviços semelhantes disponíveis nesse Estado, bem como sobre o processo no âmbito da Convenção da Haia. Paralelamente, a Autoridade Central, quando entra em contacto com o raptor para incentivar a reposição voluntária¹⁶⁸ da criança, pode informá-lo da possibilidade de recorrer à mediação e a mecanismos análogos de resolução de litígios por mútuo acordo. Por outro lado, a Autoridade Central do Estado requerente pode fornecer informações ao progenitor cujo direito de custódia foi violado sobre os métodos de resolução amigável de litígios juntamente com informações sobre o processo de regresso com base na Convenção. A tarefa de fornecer informações sobre serviços de mediação pode também ser delegada em outro organismo¹⁶⁹.

166 Ver a secção 2.1 acima.

167 A Autoridade Central pode, a este respeito, desempenhar a função de Ponto de Contacto Central na aceção dos Princípios para a Criação de Estruturas de Mediação (ver Anexo I abaixo); para mais informações sobre os Princípios, ver a introdução ao capítulo 4 acima. Ver também a secção 4.1.4 abaixo.

168 Artigos 7.º, n.º 2, alínea c), e 10.º da Convenção da Haia de 1980 sobre o Rapto de Crianças.

169 Um Estado requerido pode, por exemplo, ter designado como Ponto de Contacto Central para a mediação familiar internacional outro organismo que não a Autoridade Central (ver n.ºs 111 acima e seguintes) e ter delegado no Ponto de Contacto Central a tarefa de fornecer informações não só sobre a mediação em casos não abrangidos pela Convenção da Haia, mas também sobre serviços de mediação especializados em casos de rapto internacional de crianças abrangidos pela Convenção de 1980.

- 126 O dever da Autoridade Central tratar os pedidos de regresso de forma célere não pode, no entanto, ser posto em causa. As Autoridades Centrais têm a responsabilidade especial de salientar que o tempo é crucial nos casos de rapto. Sempre que a Autoridade Central delegue noutra organização o fornecimento de informações sobre serviços de mediação, deve garantir que o encaminhamento das partes para esse organismo não atrasa o processo. Por outro lado, sempre que as partes decidirem recorrer à mediação, devem ser informadas de que a mediação e o processo de regresso podem correr em paralelo¹⁷⁰.
- 127 Em 2006, o estudo comparativo sobre sistemas de mediação no contexto da Convenção da Haia de 1980 sobre o Rapto de Crianças¹⁷¹ identificou algumas Autoridades Centrais que promovem ativamente a mediação, quer prestando diretamente serviços de mediação quer recorrendo aos serviços de um mediador local. Atualmente, conforme refletido também no Perfil dos Estados no âmbito da Convenção de 1980¹⁷², um número crescente de Autoridades Centrais incentiva ativamente as partes a tentarem a mediação ou outros mecanismos análogos para facilitar a solução do seu litígio por mútuo acordo¹⁷³.
- 128 Os Estados são encorajados a incluir na formação do pessoal da Autoridade Central informações sobre mediação e mecanismos análogos, bem como informações específicas sobre a mediação e serviços afins no contexto do rapto internacional de crianças.

170 Relativamente às vantagens de instaurar o processo previsto na Convenção antes do início da mediação, ver a secção 2.1 acima.

171 Ver S. Vigers, Notas relativas ao desenvolvimento da mediação, da conciliação e de mecanismos análogos (*op. cit.* nota 11), 2.4, página 10.

172 Nota 121 acima.

173 Por exemplo: em **França**, em abril de 2007, a Autoridade Central assumiu as funções anteriormente desempenhadas pela Missão de Ajuda à Mediação Internacional para Famílias (*Mission d'aide à la médiation internationale pour les familles*, MAMIF), um serviço criado para promover a mediação no quadro de litígios familiares transfronteiriços e que participou no bem-sucedido programa **franco-alemão** de mediação binacional; para mais informações sobre a Ajuda à mediação familiar internacional (*aide à la médiation familiale internationale*, AMIF), cujas funções são agora desempenhadas pela Autoridade Central **francesa**, ver <http://www.justice.gouv.fr/justice-civile-11861/enlevement-parental-12063/la-mediation-21106.html> (última consulta em 16 de junho de 2012). Na **Suíça**, a Lei Federal, de 21 de dezembro de 2007, relativa ao Rapto Internacional de Crianças e às Convenções da Haia sobre a Proteção de Crianças e Adultos, que entraram em vigor em 1 de julho de 2009, estabeleceu deveres concretos da Autoridade Central suíça relativamente à promoção dos processos de conciliação e mediação; ver artigo 3.º e artigo 4.º (*Bundesgesetz über internationale Kindesentführung und die Haager Übereinkommen zum Schutz von Kindern und Erwachsenen (BG-KKE) vom 21 Dezember 2007*) (nota 103 acima). Na **Alemanha**, a Autoridade Central notifica os progenitores da possibilidade de recurso à mediação. Além disso, os seguintes Estados indicaram nos Perfil dos Estados no âmbito da Convenção de 1980 (nota 121 acima) que as suas Autoridades Centrais fornecem informações sobre a mediação: **Bélgica, China (RAE de Hong Kong), República Checa, Estónia, Grécia, Hungria, Paraguai, Polónia** (apenas ao requerente), **Roménia, Eslovénia, Espanha, Reino Unido (Inglaterra e País de Gales, Irlanda do Norte), Estados Unidos da América e Venezuela**. Na **Argentina** e na **República Checa**, a Autoridade Central presta serviços de mediação; ver secção 19.3 dos Perfil dos Estados (*ibid.*).

4.1.2 O PAPEL DO JUIZ E DOS TRIBUNAIS

129 Nas últimas décadas, o papel dos tribunais no âmbito dos litígios familiares tem sofrido profundas alterações em muitos sistemas jurídicos. Com efeito, muitos Estados aprovaram legislação para promover soluções de mútuo acordo em processos cíveis em geral, mas especialmente no âmbito do direito da família¹⁷⁴. Atualmente, os juízes estão muitas vezes obrigados a tentar uma solução amigável do litígio. Em alguns sistemas jurídicos, no caso de litígios familiares relativos a crianças, as partes podem mesmo ser obrigadas, em certas circunstâncias, a assistir a uma sessão de informação sobre a mediação ou a participar numa tentativa de mediação ou noutro procedimento de resolução amigável de litígios¹⁷⁵.

- Os juízes competentes num caso de rapto internacional de crianças devem ponderar a possibilidade de encaminhar as partes para a mediação, desde que existam serviços de mediação adequados para casos de rapto internacional de crianças no âmbito da Convenção de 1980 no ordenamento jurídico em causa. Esta recomendação aplica-se também a outros mecanismos de resolução de litígios por mútuo acordo.
- Os Estados são encorajados a incluir na formação de juízes informações sobre a mediação e mecanismos análogos e a sua possível combinação com processos judiciais.

130 Nos casos de rapto internacional de crianças, os tribunais desempenham um papel importante na promoção de soluções de mútuo acordo. Independentemente da mediação já ter sido ou não sugerida pela Autoridade Central, o tribunal competente para o processo de regresso ao abrigo da Convenção de 1980 deve considerar encaminhar as partes para a mediação ou serviços análogos, sempre que disponíveis e for considerado adequado. Vários fatores podem influenciar a sua decisão, nomeadamente a adequação geral da mediação ao caso concreto¹⁷⁶ bem como a existência de serviços de mediação adequados, isto é, compatíveis com prazos curtos e outros requisitos específicos da mediação no contexto do rapto internacional de crianças. Se a mediação tiver sido tentada, sem sucesso, antes da instauração do processo de regresso ao abrigo da Convenção de 1980, poderá não ser adequado encaminhar as partes para a mediação.

174 Ver, por exemplo, **Israel**, onde o tribunal competente em matéria civil pode, a todo o tempo, propor às partes que a questão seja, total ou parcialmente, encaminhada para mediação (artigo 3.º do Regulamento n.º 5539 do Estado de **Israel**, de 10 de agosto de 1993). Ver também, para o caso da **Austrália**, os artigos 13.º e seguintes da Lei do Direito da Família, de 1975 (*Family Law Act 1975*), na última redação dada pela Lei n.º 147 de 2010, nos termos da qual o tribunal competente pode, em qualquer fase do processo, ordenar que as partes participem num processo de resolução de litígios familiares, nomeadamente a mediação; o texto integral da lei está disponível em: <http://www.comlaw.gov.au/Details/C2010C00870> (última consulta em 16 de junho de 2012). Ver também, para informações mais gerais sobre a promoção da resolução alternativa de litígios na Austrália, o sítio Web do Conselho Consultivo Nacional para a Resolução Alternativa de Litígios da **Austrália** (*Australian National Alternative Dispute Resolution Advisory Council, NADRAC*) em <http://www.nadrac.gov.au/>; o NADRAC é um organismo independente criado em 1995 para fornecer aconselhamento em matéria de políticas sobre o desenvolvimento dos métodos de resolução alternativa de litígios ao Procurador-Geral australiano. Na **África do Sul**, a Lei das Crianças, n.º 38, de 2005 (*Children's Act 38 of 2005*), com a última redação que lhe foi dada em 2008, disponível em <http://www.justice.gov.za/legislation/acts/2005-038%20childrensact.pdf> (última consulta em 16 de junho de 2012), também incentiva a resolução amigável de litígios familiares e permite aos juizes encaminhar alguns assuntos para a mediação ou mecanismos análogos.

175 Ver, por exemplo, no **Reino Unido (Inglaterra e País de Gales)**, a *Practice Direction 3A – Pre-Application Protocol for Mediation Information and Assessment – Guidance for HMCS*, que entrou em vigor em 6 de abril de 2011, disponível em http://www.justice.gov.uk/courts/procedure-rules/family/practice_directions/pd_part_03a (última consulta em 16 de junho de 2012); relativamente aos processos em matéria de família, salvo se for aplicável uma das exceções previstas no Protocolo, este documento estabelece que o requerente, diretamente ou através do seu advogado, deverá, antes de instaurar um processo judicial em matéria de família, contactar um mediador familiar para marcar uma sessão presencial de informação sobre mediação familiar e outras formas de resolução alternativa de litígios (designada no Protocolo como «Reunião de Informação e Avaliação da Mediação»).

176 Ver a secção 4.2 abaixo.

- 131 Sempre que encaminhar as partes para a mediação, o juiz deve manter o controlo dos prazos. Dependendo do disposto na legislação processual aplicável, o juiz pode optar por suspender o processo¹⁷⁷ por um curto espaço de tempo para permitir que a mediação se realize, ou, se a suspensão não for necessária, fixar a data da audiência seguinte e determinar que a mediação deve ser concluída antes dessa data, estabelecendo um prazo razoavelmente curto para o efeito, por exemplo, entre duas e quatro semanas¹⁷⁸.
- 132 Além disso, no interesse da continuidade, sempre que um juiz encaminhe as partes para a mediação, é preferível que esse juiz mantenha poderes exclusivos de gestão do processo.
- 133 Existem dois tipos de mediação na fase judicial: a «mediação judicial ou anexa ao tribunal» e a «mediação extrajudicial»¹⁷⁹.
- 134 Vários sistemas de «mediação judicial ou anexa ao tribunal» foram criados para a resolução de litígios civis, particularmente no contexto do direito da família¹⁸⁰. Nestes sistemas, a mediação é conduzida por um mediador que trabalha para o tribunal ou por um juiz com formação em mediação, que não é o juiz do processo¹⁸¹. No entanto, na maioria dos Estados, estes serviços de «mediação judicial ou anexa ao tribunal» são claramente orientados para litígios meramente internos, isto é, litígios sem elementos internacionais. Portanto, a adequação dos mecanismos de «mediação judicial ou anexa ao tribunal» às necessidades especiais dos litígios familiares internacionais, particularmente àqueles que se inserem no âmbito da Convenção da Haia de 1980 sobre o Rapto de Crianças, deve ser objeto de ponderação cuidada. O encaminhamento para um serviço de «mediação judicial ou anexa ao tribunal» no âmbito de um processo de regresso ao abrigo da Convenção de 1980 apenas deve ser considerado se o serviço de mediação cumprir os requisitos principais que o presente Guia considera essenciais para os sistemas de mediação no contexto do rapto de crianças.
- 135 Também é possível, na fase judicial, encaminhar as partes para serviços de «mediação extrajudicial», isto é, os serviços prestados por mediadores ou organizações de mediação não diretamente ligados ao tribunal¹⁸². Tal como para os serviços de «mediação judicial ou anexa ao tribunal», a adaptabilidade dos serviços de mediação «extrajudicial» existentes às necessidades especiais dos litígios familiares internacionais deve ser cuidadosamente ponderada.
- 136 Atualmente, muitos sistemas de mediação criados especificamente para os casos de rapto de crianças no âmbito da Convenção da Haia de 1980 sobre o Rapto de Crianças funcionam como sistemas de «mediação extrajudicial»¹⁸³.

177 Por exemplo, no **Reino Unido (Inglaterra e País de Gales)**, o juiz do processo de regresso previsto na Convenção da Haia pode encaminhar as partes para a mediação a ter lugar durante o período de suspensão do processo; ver S. Vigers, Notas relativas ao desenvolvimento da mediação, da conciliação e de mecanismos análogos (*op. cit.* nota 11), 5.2, página 18, que menciona o **Reino Unido** e o Sistema-Piloto de Mediação da reunite (nota 97 acima). Relativamente às vantagens de iniciar o processo da Haia antes da mediação, ver a secção 2.1 acima. Sobre a mediação obrigatória, ver a secção 6.1.1 abaixo.

178 Ver, por exemplo, para os tribunais de família da **Nova Zelândia**, a Nota Prática *Hague Convention Cases: Mediation Process – Removal, Retention And Access*, disponível em: <http://www.justice.govt.nz/courts/family-court/practice-and-procedure/practice-notes/> (última consulta em 16 de junho de 2012), que prevê um prazo de 7 a 4 dias no qual deve ser realizada a mediação no contexto do rapto de crianças ao abrigo da Convenção da Haia.

179 Consultar o Glossário acima; ver também a Recomendação Rec (2002) 10 do Conselho da Europa sobre mediação em matéria civil (nota 53 acima), Princípio III (Organização da mediação): «4. A mediação pode ter lugar no processo judicial ou à margem deste».

180 De entre os muitos Estados em que existem sistemas de mediação anexa ao tribunal destacam-se: a **Argentina** (*Ley 26.589 - Mediación y Conciliación* of 03.05.2010, *Boletín Oficial* de 06.05.2010, que substitui a legislação anterior que datava de 1995; participar na mediação é obrigatório na maior parte dos processos cíveis, com exceção de algumas matérias como a custódia [ver artigos 1.º e 5.º da Lei]); a **Alemanha** (onde estão em funcionamento sistemas de mediação anexa aos tribunais em vários *Bundesländer*, em matéria civil; ver, entre *inter alia*, o relatório sobre o projeto-piloto de mediação na Baixa Saxónia, encomendado pelo Ministério da Justiça, Economia e Cultura da Baixa Saxónia, elaborado por G. Spindler, *Gerichtsnaher Mediation in Niedersachsen*, Göttingen, 2006); e o **México** (ver *Ley de Justicia Alternativa del Tribunal Superior de Justicia para el Distrito Federal*, de 8 de janeiro de 2008, n.º 248 e na *Gaceta Oficial del Distrito Federal* el 08 de febrero de 2011, publicada na *Gaceta Oficial del Distrito Federal* el 08 de enero de 2008, n.º 248 e na *Gaceta Oficial del Distrito Federal* el 08 de febrero de 2011, n.º 1028; a mediação é facilitada através do *Centro de Justicia Alternativa* (Centro de Resolução Alternativa de Litígios) no âmbito do *Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal* (Tribunal Superior de Justiça do Distrito Federal); o centro administra os processos de mediação, incluindo a nomeação do mediador escolhido de uma lista de mediadores registados).

181 Relativamente à diferença entre a mediação e a conciliação por um juiz, ver o Glossário acima.

182 Ver o Glossário acima; ver também o *Feasibility Study on Cross-Border Mediation in Family Matters* (*op. cit.* nota 13), secção 2.4, página 6.

183 Por exemplo, na **Alemanha**, nos **Países Baixos** e no **Reino Unido (Inglaterra e País de Gales)**. Para obter informações detalhadas, ver a nota 97 acima.

- 137 Quando as partes tenham chegado a acordo através da mediação ou de outros mecanismos análogos, pode ser solicitado ao tribunal do processo de regresso com base na Convenção de 1980 que, tendo em conta o conteúdo do acordo e a sua competência¹⁸⁴ nesta matéria, converta o acordo numa decisão judicial.
- 138 É muito importante que os juízes que julgam litígios familiares internacionais estejam bem informados sobre o funcionamento da mediação e de mecanismos análogos de resolução amigável de litígios e a sua possível combinação com os processos judiciais. Os Estados são, assim, encorajados a incluir informações gerais sobre estas questões na formação dos juízes.
- 139 A formação dos juízes que julgam processos de regresso nos termos da Convenção de 1980 deve, em especial, incluir informações sobre os sistemas de mediação e os mecanismos análogos adequados a casos de rapto internacional de crianças.

4.1.3 O PAPEL DOS ADVOGADOS E DE OUTROS PROFISSIONAIS

- 140 Nos últimos anos, o papel dos advogados nos litígios familiares evoluiu em muitos ordenamentos jurídicos, a par da evolução dos tribunais, sendo colocado um maior ênfase na procura de soluções de mútuo acordo. Reconhecendo a importância de uma base estável e pacífica para a continuidade das relações familiares, os advogados estão atualmente mais inclinados a promover uma solução de mútuo acordo em vez de adotar uma posição puramente parcial em defesa dos interesses dos seus clientes¹⁸⁵. Esta tendência reflete-se em desenvolvimentos como o direito colaborativo e o direito cooperativo¹⁸⁶ e também no crescente número de advogados com formação em mediação.
- **A formação dos advogados deve incluir informações sobre a mediação e mecanismos análogos.**
 - **Os advogados e outros profissionais que lidam com as partes de um litígio familiar internacional devem, tanto quanto possível, incentivar uma resolução amigável do litígio.**
 - **Sempre que as partes de um litígio familiar internacional decidam tentar a mediação, os seus representantes legais devem ajudá-los dando-lhes as informações jurídicas necessárias para tomar uma decisão informada. Além disso, eles devem ajudar as partes para que seja atribuída eficácia ao acordo de mediação em todos os sistemas jurídicos envolvidos.**
- 141 Como foi salientado acima a propósito da formação de juízes, é importante que os Estados sensibilizem os profissionais da área jurídica para os mecanismos de resolução amigável de litígios. É desejável que a formação dos advogados inclua informações sobre a mediação e sobre mecanismos análogos.
- 142 Ao representar uma parte num litígio familiar internacional relativo a crianças, os advogados devem estar cientes de que a sua responsabilidade para com o cliente abrange, em certa medida, a defesa dos interesses e do bem-estar da criança em causa. Uma vez que, em regra, uma solução de mútuo acordo é no interesse da criança, o representante de uma das partes deve apoiar os progenitores que querem tentar a mediação e, na medida do seu mandato, trabalhar em estreita colaboração com o representante da outra parte.
- 143 Uma vez que as partes tenham decidido iniciar o processo de mediação, os seus representantes legais desempenham um papel importante na prestação das informações jurídicas de que aquelas carecem para tomar decisões informadas e garantir que o acordo de mediação tem eficácia jurídica em todos os sistemas jurídicos envolvidos. Deve notar-se que, devido à complexidade da situação jurídica inerente aos litígios familiares internacionais, os advogados devem apenas aceder a representar uma parte no litígio quando detenham o conhecimento especializado necessário. A intervenção de um advogado não especializado num caso de rapto internacional de crianças pode ter efeitos adversos e criar barreiras adicionais a uma resolução amigável da questão. Pode ainda agravar, na mediação, o desequilíbrio de poder entre as partes.
- 144 Dependendo da organização do processo de mediação e da vontade do mediador e das partes, os representantes legais podem estar presentes em todas ou apenas em parte das sessões de mediação.

184 Ver os capítulos 12 e 13 abaixo.

185 Ver N. ver Steegh (*op. cit.* nota 8), páginas 666 e seguintes, com mais referências.

186 Ver o capítulo 15 para uma análise de outros meios de resolução amigável de litígios e a sua adequação aos casos de rapto internacional de crianças.

No entanto, é importante que os advogados que participam numa sessão de mediação com os seus clientes compreendam que o seu papel durante a mediação é meramente subsidiário e, logo, muito diferente.

- 145 A cooperação estreita com os representantes legais especializados é particularmente importante para saber se a solução encontrada pelas partes satisfaz as exigências legais de ambos os ordenamentos jurídicos em causa, bem como para determinar que outras medidas podem ser necessárias para tornar a solução de mútuo acordo juridicamente eficaz e executória.
- 146 Um advogado pode também conduzir uma mediação, se estiver habilitado a desempenhar as funções de mediador no seu ordenamento jurídico. No entanto, devido a razões de conflito de interesses, um advogado não pode atuar como mediador num caso em que represente uma das partes¹⁸⁷.
- 147 Um advogado pode também procurar uma solução amigável para um litígio familiar por outros meios. Consulte o capítulo 15 abaixo sobre outros mecanismos para incentivar soluções de mútuo acordo, como o direito cooperativo.

4.2 Avaliação da adequação da mediação

→ Deve ser realizada uma avaliação inicial para determinar se a mediação é adequada ao caso concreto.

- 148 Antes de se iniciar um processo de mediação no contexto de um rapto internacional de crianças, deve ser feita uma avaliação da adequação da mediação ao caso concreto¹⁸⁸, a fim de evitar atrasos que resultariam de tentativas de mediação em casos para os quais esta não é adequada. Além disso, esta avaliação é útil para determinar os casos que apresentam riscos especiais, tais como os que envolvem violência doméstica ou abuso de álcool ou de drogas, casos em que devem ser tomadas precauções especiais ou para os quais a mediação pode não ser adequada¹⁸⁹.
- 149 Duas perguntas importantes surgem neste contexto: (1) que aspetos devem ser analisados na avaliação da adequação da mediação e (2) quem pode ou deve realizar esta avaliação.
- 150 A adequação da mediação deve ser determinada caso a caso. Deve notar-se que não existem regras universais nesta matéria: a adequação da mediação depende das circunstâncias de cada caso e, até certo ponto, dos recursos e características dos serviços de mediação disponíveis e das normas aplicadas pelo mediador ou organização de mediação sobre estas questões.
- 151 Alguns aspetos que podem afetar a adequação da mediação num caso de rapto internacional de crianças são:
- a vontade das partes de participar na mediação¹⁹⁰;
 - a possibilidade de demasiada polarização dos pontos de vista de uma ou ambas as partes;
 - indícios de violência doméstica e o seu grau¹⁹¹;
 - incapacidade resultante de alcoolismo ou toxicod dependência¹⁹²;
 - outros indícios de um desequilíbrio grave no poder negocial;
 - indícios de abuso infantil.
- 152 A avaliação da adequação da mediação ao caso concreto deve envolver uma conversa confidencial individual com cada uma das partes para permitir que estas expressem livremente as suas preocupações relativamente à mediação.

187 O advogado não pode ser um terceiro neutro e imparcial e, simultaneamente, cumprir o dever profissional de proteger os interesses do seu cliente.

188 Ver as secções 19.4, alíneas c) e d) do Perfil dos Estados no âmbito da Convenção de 1980 (nota 121 acima) para informações sobre a avaliação da adequação da mediação nos diferentes Estados Contratantes da Convenção de 1980.

189 Ver também o capítulo 10 abaixo relativo à mediação e às acusações de violência doméstica.

190 Evidentemente, sempre que uma parte sem qualquer conhecimento do processo de mediação se oponha à ideia da mediação, o fornecimento de informações mais detalhadas sobre o funcionamento da mediação pode influenciar de forma positiva a vontade da parte de participar na mediação. Ver, no entanto, a secção 6.1 relativa à natureza voluntária da mediação.

191 Por exemplo, alguns mediadores recusam-se a conduzir a mediação sempre que existam alegações de violência doméstica. Outros podem entender que a mediação se adequa a um caso de alegada violência doméstica, dependendo do alegado grau de violência e das medidas de proteção existentes para evitar os perigos associados ao processo de mediação. Ver o capítulo 10 abaixo.

192 Sempre que a mediação seja, ainda assim, considerada adequada ao caso concreto, devem ser adotadas medidas de salvaguarda para evitar que a parte em questão fique em desvantagem.

- 153 A conversa inicial com as partes para avaliar a adequação da mediação ao caso concreto pode ser uma oportunidade para resolver problemas logísticos decorrentes, por exemplo, de uma deficiência de qualquer das partes que tenha que ser tida em conta na organização prática da sessão de mediação. Essas conversas iniciais também podem servir para definir a língua em que a mediação deve ser conduzida. Ao mesmo tempo, será possível determinar se deve ser organizado um contacto provisório com a criança e se a sua idade e maturidade justificam que a mesma seja ouvida. Consulte o capítulo 7 abaixo para uma análise mais aprofundada sobre a audição da criança na mediação.
- 154 Esta reunião inicial de avaliação é também uma oportunidade ideal para fornecer às partes informações detalhadas sobre o processo de mediação e sobre a interação entre a mediação e o processo de regresso com base na Convenção de 1980¹⁹³.
- 155 A avaliação da adequação da mediação ao caso concreto deve ser confiada a um mediador ou outro profissional experiente, que conheça o funcionamento da mediação familiar internacional. A identificação de situações especiais de risco e desequilíbrios no poder negocial requer formação adequada. A organização da mediação no ordenamento jurídico em causa irá determinar se a avaliação deve ser conduzida por uma pessoa associada ao serviço de mediação em si, por um funcionário da Autoridade Central, por outro organismo central ou pelo tribunal. Alguns mediadores defendem que é importante que a avaliação seja feita pelo mediador ou mediadores a quem foi solicitado que conduzissem a mediação¹⁹⁴, enquanto outros preferem que seja realizada por outro mediador que conheça o serviço de mediação oferecido às partes.
- 156 Se a avaliação da adequação da mediação ao caso concreto for realizada por uma pessoa que não tem um bom conhecimento dos serviços de mediação em causa, poderá ser necessária uma segunda avaliação, efetuada por uma pessoa familiarizada com os serviços de mediação, o mediador ou mediadores nomeados para conduzir a mediação, o que pode conduzir a atrasos desnecessários e, possivelmente, a custos adicionais.
- 157 Este método de avaliação tem sido aplicado com sucesso em muitos serviços de mediação criados para os casos de rapto internacional de crianças¹⁹⁵. Em alguns programas, a adequação da mediação ao caso concreto é avaliada através de um questionário escrito e de uma entrevista por telefone.

4.3 Custo da mediação

- Devem ser feitos todos os esforços adequados para evitar que o custo da mediação constitua um obstáculo à mediação ou desencoraje o recurso à mesma.
 - Os Estados devem ponderar a concessão de apoio judiciário para a mediação nos casos de rapto internacional de crianças.
 - Devem ser fornecidas informações transparentes sobre o custo dos serviços de mediação e outros custos possíveis, bem como a sua interação com o custo de um processo de regresso nos termos da Convenção de 1980.
- 158 O custo global da mediação é suscetível de influenciar a vontade das partes de tentar a mediação. Este custo pode incluir o custo da avaliação inicial da adequação da mediação para o caso concreto, os honorários do mediador, despesas de viagem, o preço de reserva do local onde a mediação terá lugar, honorários do intérprete ou de qualquer outro especialista e ainda os honorários do advogado eventualmente envolvido. Os honorários do mediador, que podem ser cobrados com base num valor horário ou diário, variam muito de um ordenamento jurídico para outro e de um serviço de mediação para outro.

193 Ver também a secção 6.1.2 abaixo relativa ao consentimento informado.

194 Deve distinguir-se, neste contexto, a questão de saber se o mediador aceita conduzir a mediação do litígio em causa da questão de saber se a mediação é adequada ao caso concreto. Se a mediação for adequada ao caso concreto, o mediador contactado mantém, em geral, a liberdade de aceitar ou não mediar o caso.

195 Por exemplo, no Reino Unido (Inglaterra e País de Gales), o sistema reunite; ver *Mediation Leaflet*, disponível em: <http://www.reunite.org/edit/files/Downloadable%20forms/Mediation%20Leaflet.pdf> (última consulta em 16 de junho de 2012); ver também o Relatório de 2006 sobre o Sistema-Piloto de Mediação da reunite (*op. cit.* nota 97), páginas 10 e 13, no qual os seguintes factos são considerados indícios da não adequação da mediação a casos de rapto internacional de crianças: (1) um dos progenitores não quer participar na mediação; (2) as opiniões dos progenitores estão demasiado polarizadas; (3) existem preocupações relacionadas com violência doméstica ou o seu alegado grau; (4) existem alegações de abuso infantil.

- 159 Alguns projetos-piloto concebidos especificamente para a mediação em casos de rapto internacional de crianças prestavam serviços de mediação gratuitos¹⁹⁶. No entanto, em muitos ordenamentos jurídicos, revelou-se difícil a obtenção de financiamento para sustentar esses serviços gratuitos no longo prazo.
- 160 Em muitos ordenamentos jurídicos, não existem restrições legais relativamente aos honorários dos mediadores, sendo a questão deixada à autorregulação pelo mercado¹⁹⁷. No entanto, muitos mediadores vinculam-se a uma tabela de honorários quando se inscrevem numa associação de mediação, bem como a códigos deontológicos que os obrigam a cobrar honorários razoáveis de acordo com o tipo de caso e a sua complexidade, a duração projetada da mediação e o grau de especialização do mediador¹⁹⁸. Paralelamente, vários códigos deontológicos sublinham que os honorários cobrados por um mediador não devem depender do resultado da mediação¹⁹⁹. Noutros Estados, os honorários do mediador são regulados pela lei ou fixados por um tribunal e pagos pelas partes na proporção fixada²⁰⁰.
- 161 Devem ser envidados todos os esforços para garantir que o custo não impede nem tem um efeito dissuasor sobre o recurso à mediação. Reconhecendo as vantagens da promoção da mediação nos casos de rapto internacional de crianças, alguns Estados oferecem mediação de forma gratuita nestes casos ou concedem apoio judiciário para a mediação. É desejável que os Estados que ainda não adotaram estas medidas ponderem a conveniência de conceder apoio judiciário para a mediação²⁰¹ ou, por qualquer outra forma, assegurar que os serviços de mediação são oferecidos gratuitamente ou a um preço razoável às partes que têm poucos recursos²⁰².
- 162 É de sublinhar, a este respeito, um grande feito da Convenção da Haia de 1980 sobre o Rapto Internacional de Crianças, de 1980: em alguns Estados, o processo de regresso é totalmente gratuito

196 Por exemplo, o projeto **germano-francês** de mediação binacional. Ver o Relatório de 2006 sobre o Sistema-Piloto de Mediação da reunite (*op. cit.* nota 97). Ver também S. Vigers, Notas relativas ao desenvolvimento da mediação, da conciliação e de mecanismos análogos (*op. cit.* nota 11); relativamente ao Sistema-Piloto de Mediação da reunite, ver 5.3, página 19:

«A reunite recebeu uma bolsa de investigação da Nuffield Foundation para o seu projeto-piloto. Todos os custos associados à mediação, incluindo as despesas de deslocação de e para o **Reino Unido** realizadas pelo progenitor requerente eram suportadas pelo projeto até um limite máximo fixado. O alojamento em hotéis e outras despesas de deslocação e alimentação também eram totalmente suportados pelo projeto. Os honorários do mediador, as taxas de administração e os honorários dos intérpretes também estavam cobertos pela bolsa. O progenitor residente no **Reino Unido** também recebia o reembolso de todas as despesas de deslocação e alimentação, sendo-lhe fornecido alojamento sempre que necessário».

197 K.J. Hopt e F. Steffek (*op. cit.* nota 2), página 33.

198 Ver o *Feasibility Study on Cross-Border Mediation in Family Matters* (*op. cit.* nota 13), secção 2.7.3, página 12.

199 *Ibid.* secção 2.7.3, páginas 12 e 13, com mais referências.

200 Ver S. Vigers, Notas relativas ao desenvolvimento da mediação, da conciliação e de mecanismos análogos (*op. cit.* nota 11), 5.3, página 19, que menciona, designadamente, a **França**, onde foi criado um sistema de controlo dos honorários da mediação anexa aos tribunais, por parte do tribunal; ver também K.J. Hopt e F. Steffek (*op. cit.* nota 2), página 34 para mais exemplos.

201 A mediação é gratuita para os casos de rapto internacional de crianças ao abrigo da Convenção da Haia de 1980 sobre o Rapto de Crianças, por exemplo, nos seguintes países: **Dinamarca, França** (mediação organizada pela Autoridade Central), **Israel** (para mediação através da unidade de apoio do tribunal), **Noruega e Suécia** (se o tribunal nomear o mediador); ver também o Perfil dos Estados no âmbito da Convenção de 1980 (nota 121 acima), secção 19.3, alínea d). O apoio judiciário para a mediação no contexto do rapto internacional de crianças está disponível, sob certas condições, por exemplo, no **Reino Unido (Inglaterra e País de Gales)** onde os mediadores ou as organizações de mediação titulares de um *Public Funding Franchise* da Comissão de Serviços Jurídicos podem prestar serviços de mediação financiados pelo Estado a clientes que são elegíveis para apoio judiciário; ver <http://www.legalservices.gov.uk>. Do mesmo modo, nos **Países Baixos**, o apoio judiciário é extensivo à mediação, desde que esta seja conduzida por mediadores registados junto do Conselho do Apoio Judiciário **holandês** (*Raad voor Rechtsbijstand*) (sítio Web oficial www.rvr.org); ver a Lei do Apoio Judiciário **holandesa** (*Wet op de rechtsbijstand*). Além disso, de acordo com o Perfil dos Estados no âmbito da Convenção de 1980 (*ibid.*), o apoio judiciário pode abranger a mediação no contexto do rapto internacional de crianças, por exemplo, nos seguintes ordenamentos jurídicos: **Argentina, Israel, Eslovénia, Suíça e Reino Unido (Irlanda do Norte)**.

202 Ver também a Recomendação Rec (2002) 10 do Conselho da Europa sobre mediação em matéria civil (nota 53 acima), Princípio 3 (Organização da mediação):

«9. Os Estados devem ponderar a possibilidade de criar e oferecer mediação, total ou parcialmente gratuita, ou conceder apoio judiciário para a mediação, em especial se os interesses de uma das partes requererem proteção especial.

10. Sempre que a mediação acarrete custos, estes devem ser razoáveis e proporcionais à importância do assunto em causa e ao trabalho desenvolvido pelo mediador».

para o progenitor requerente²⁰³; em outros Estados, pode ser concedido apoio judiciário²⁰⁴. Seria encorajador que fossem disponibilizadas medidas de apoio semelhantes para a mediação nos casos de rapto internacional de crianças no contexto da Convenção de 1980.

- 163 Na prática, o custo associado à mediação é um aspeto fundamental do acesso à mediação. Para as partes decidirem tentar ou não a mediação, é importante que sejam informadas sobre os honorários do mediador e outros custos, como taxas pagas para a atribuição de eficácia jurídica ao acordo de mediação nos ordenamentos jurídicos em causa.
- 164 Por isso, é conveniente fornecer informações claras e precisas aos progenitores sobre todos os custos associados à mediação para que eles possam estimar corretamente o investimento financeiro provável²⁰⁵.
- 165 Recomenda-se frequentemente que estas informações sejam reduzidas a escrito antes de se iniciar a mediação²⁰⁶; podem, por exemplo, ser incorporadas no contrato de mediação geralmente celebrado entre o mediador e as partes antes de iniciar a mediação²⁰⁷.

4.4 Local da mediação

- 166 Conforme observado na secção 2.6, a distância geográfica coloca dificuldades especiais à mediação em casos de rapto internacional de crianças, na medida em que a organização de uma ou mais sessões de mediação presenciais pode ser um processo dispendioso e demorado. Não obstante, muitos mediadores experientes recomendam a realização, sempre que possível, de sessões presenciais.
- **Devem ser tidas em consideração as opiniões e preocupações de ambos os progenitores na determinação do Estado no qual deve ser organizada a sessão de mediação presencial.**
 - **O local escolhido para as sessões de mediação presenciais deve ser um local neutro, adequado para a mediação no caso concreto.**
 - **Quando a presença física de ambas as partes numa sessão de mediação não for adequada ou viável, deve ser considerada a mediação à distância e a mediação indireta.**
- 167 Sempre que recebam um pedido de mediação no contexto de um rapto internacional de crianças, os mediadores devem analisar a viabilidade de sessões presenciais com as partes, bem como o local adequado para essas sessões, dependendo ambos os aspetos das circunstâncias do caso concreto.
- 168 As sessões de mediação no contexto de um rapto internacional de crianças internacionais têm frequentemente lugar no país para o qual a criança foi ilicitamente deslocada. Isto oferece a vantagem de permitir provisoriamente o contacto entre a criança e progenitor cujo direito de custódia foi violado, o que pode ter um efeito positivo na mediação²⁰⁸. Outra vantagem consiste em facilitar a articulação entre a mediação e os processos judiciais com base na Convenção de 1980. No entanto, escolher como local da mediação o Estado para o qual a criança foi deslocada pode ser interpretado como mais uma injustiça pelo progenitor cujo direito de custódia foi violado, que pode considerar que o facto de ter concordado em tentar a mediação (em vez de simplesmente seguir o processo de regresso com base na Convenção) já é uma concessão. Para além de dificuldades práticas, tais como despesas de viagem, o progenitor cujo direito de custódia foi violado pode também enfrentar obstáculos

203 O artigo 26.º, n.º 2, da Convenção de 1980 estabelece que os Estados Contratantes «não poderão, especialmente, reclamar do requerente o pagamento de custas e de despesas efetuadas com o processo (da Convenção)», mas muitos Estados usaram a faculdade de fazer reservas relativas ao artigo 26.º e, como tal, sujeitaram o processo da Haia às regras do apoio judiciário em vigor nos seus ordenamentos jurídicos; para mais informações, ver o Perfil dos Estados no âmbito da Convenção de 1980 (nota 121 acima).

204 Ver também o *Feasibility Study on Cross-Border Mediation in Family Matters* (op. cit. nota 13), secções 2.7.3, página 12; para informações detalhadas ver também o Perfil dos Estados no âmbito da Convenção de 1980 (nota 121 acima).

205 Ver também o Código Deontológico Europeu dos Mediadores (nota 58 acima), 1.3 (Remuneração): «Se ainda não fornecida, o mediador deve facultar sempre às partes uma informação completa sobre as modalidades de remuneração que tenciona aplicar. O mediador não deve aceitar a mediação antes de todas as partes terem expressamente aceitado os princípios definidores da sua remuneração».

206 Ver o *Feasibility Study on Cross-Border Mediation in Family Matters* (op. cit. nota 13), secções 2.7, página 12.

207 Ver a secção 4.5 abaixo relativa ao contrato de mediação.

208 S. Kiesewetter e C.C. Paul, «Family Mediation in an International Context: Cross-Border Parental Child Abduction, Custody and Access Conflicts: Traits and Guidelines», in C.C. Paul e S. Kiesewetter (Eds) (op. cit. nota 98), páginas 46 e 47.

jurídicos para entrar no país para o qual a criança tenha sido deslocada devido a problemas de vistos e imigração (ver acima, a secção 2.7). Por outro lado, a presença do progenitor cujo direito de custódia foi violado no Estado para o qual a criança foi deslocada para participar no processo de regresso com base na Convenção (para o qual o visto deve ser emitido - ver a secção 2.7) pode ser uma oportunidade para tentar mediar nesse Estado. Neste caso, pelo menos, o progenitor cujo direito de custódia foi violado não terá de suportar despesas de viagem adicionais.

- 169 A organização de uma sessão de mediação presencial no Estado onde a criança residia habitualmente antes da deslocação ilícita pode, por sua vez, acarretar outras dificuldades de ordem prática. O raptor pode ser alvo de um processo-crime no país (ver a secção 2.8 acima) ou não querer deixar a criança com um terceiro durante sua ausência.
- 170 Em circunstâncias excepcionais, pode ser analisada a possibilidade de realização de uma sessão de mediação presencial num terceiro país «neutro». No entanto, as despesas de viagem e problemas com a obtenção de visto podem constituir obstáculos.
- 171 O local da mediação deve ser um local neutro, como uma sala no tribunal ou nas instalações de um organismo independente que oferece serviços de mediação. Um edifício comunitário ou religioso pode também ser visto pelas partes como um local neutro. O local da mediação deve ser adequado ao caso concreto, garantindo, por exemplo, as condições de segurança necessárias²⁰⁹.
- 172 Embora os mediadores entendam, de uma forma geral, que as reuniões presenciais são propícias para se alcançar uma solução amigável, as circunstâncias do caso concreto determinarão qual é a opção viável e mais adequada. Quando não for viável ou adequado realizar uma sessão de mediação presencial, a mediação à distância pode ser uma solução. Graças à tecnologia moderna, pode ser relativamente fácil organizar reuniões presenciais virtuais²¹⁰. Em alguns Estados, como a Austrália, por causa da extensão do seu território, os serviços de mediação de longa distância, através de telefone, videoconferência ou em linha (também conhecidos como Resolução de Litígios em Linha) registaram um desenvolvimento rápido nos últimos anos²¹¹.
- 173 No entanto, a mediação de longa distância coloca desafios específicos²¹², um dos quais diz respeito à confidencialidade das sessões de mediação. Paralelamente, a organização prática das sessões de mediação deve ser ponderada com cuidado. Por exemplo, para evitar dúvidas sobre a imparcialidade e neutralidade da mediação, pode ser importante, no caso de existir apenas um mediador, este não aparecer na videoconferência junto a uma das partes (isto é, na mesma sala).
- 174 A mediação de longa distância pode ser conveniente em casos em que há alegações de violência doméstica ou quando uma das partes afirma que, embora queira iniciar a mediação, seria muito difícil estar na mesma sala com a outra parte²¹³.

209 Ver, por exemplo, relativamente às necessidades específicas em casos de violência doméstica, o capítulo 10 abaixo.

210 Relativamente ao recurso à tecnologia na mediação familiar internacional, ver, por exemplo, M. M. Kucinski, «The Pitfalls and Possibilities of Using Technology in Mediating Cross-Border Child Custody Cases», *Journal of Dispute Resolution*, 2010, páginas 297 e seguintes, na página 312 e seguintes.

211 No que toca ao desenvolvimento de um serviço de resolução de litígios familiares em linha na **Austrália**, ver, por exemplo, T. Casey, E. Wilson-Evered e S. Aldridge, «The Proof is in the Pudding: The Value of Research in the Establishment of a National Online Family Dispute Resolution Service», atas da 11ª Conferência do Instituto Australiano de Estudos da Família, disponível em: <http://www.aifs.gov.au/conferences/aifs11/> (última consulta em 16 de junho de 2012).

212 Sobre os desafios especiais da mediação de longa distância, ver *Dispute Resolution and Information Technology - Principles for Good Practice (Draft)*, redigido pelo Conselho Consultivo Nacional para a Resolução Alternativa de Litígios da Austrália (Australian National Alternative Dispute Resolution Advisory Council, NADRAC), 2002, disponível em: <http://www.nadrac.gov.au/publications/PublicationsByDate/Pages/PrinciplesonTechnologyandADR.aspx> (última consulta em 16 de junho de 2012).

213 Ver o capítulo 10 relativo à mediação e acusações de violência doméstica.

4.5 O contrato de mediação - o consentimento informado para a mediação

- Por forma a assegurar que as partes estão bem informadas sobre os termos e condições do serviço de mediação, pode ser recomendável a celebração de um contrato entre as partes e o mediador (o contrato de mediação).
- O contrato de mediação deve ser claro e fornecer as informações necessárias sobre o processo de mediação, incluindo informações específicas sobre os possíveis custos.
- Na falta de contrato de mediação, deve ser assegurado que as partes, antes de se submeterem à mediação, estão bem informadas sobre os termos e condições do serviço de mediação.

- 175 Para garantir o consentimento informado das partes para a mediação, deve ser ponderada a celebração de um contrato escrito entre o mediador e as partes sobre os termos e condições do serviço de mediação, salvo disposição em contrário no sistema jurídico²¹⁴. Este contrato deve ser claro e conter as informações necessárias sobre o processo de mediação.
- 176 O contrato deve esclarecer que o mediador é um terceiro neutro e imparcial e apenas ajuda à comunicação entre as partes, não representando nenhuma delas. Este último ponto é particularmente importante quando a mediação é conduzida como comediação binacional e bilingue num litígio familiar transfronteiriço em que as partes tendem a sentir uma conexão mais estreita com o mediador que fala a mesma língua e partilha as mesmas origens culturais²¹⁵.
- 177 O contrato de mediação celebrado no caso de um litígio familiar internacional deve chamar a atenção para a importância da obtenção de informações e aconselhamento jurídico pertinentes sobre os acordos parentais e a sua implementação nos diferentes sistemas jurídicos envolvidos, enfatizando que o mediador, mesmo quando se refere a informações jurídicas, não presta aconselhamento jurídico²¹⁶. Neste particular, uma estreita cooperação com os representantes legais especializados das partes pode ser útil. As partes podem ainda ser encaminhadas para fontes independentes de aconselhamento jurídico especializado.
- 178 O contrato de mediação deve sublinhar a importância da confidencialidade do processo de mediação e chamar a atenção para as disposições legais aplicáveis²¹⁷. Pode também incluir disposições que obrigam as partes a abster-se de convocar o mediador para prestar depoimento em qualquer processo judicial²¹⁸.
- 179 O contrato deve especificar os métodos ou modelos de mediação utilizados e o âmbito da mediação²¹⁹.
- 180 O contrato deve conter ainda informações específicas sobre os possíveis custos da mediação²²⁰.
- 181 No caso de não ser celebrado um contrato de mediação, as informações acima especificadas devem ser disponibilizadas às partes por escrito, por exemplo, através de folhetos informativos, uma carta personalizada ou da publicação dos termos e condições gerais num sítio Web para o qual seja feita referência antes de se iniciar a mediação.

214 Ver também a secção 6.1.2.

215 Ver também a secção 6.2.3 relativa ao conceito de comediação bicultural e bilingue.

216 Ver também a Recomendação n.º R (98) 1 do Conselho da Europa sobre a Mediação Familiar (nota 52 acima), III (Processo de mediação):

«Os Estados devem cuidar da existência de mecanismos apropriados, de modo a que o processo de mediação se desenrole em conformidade com os seguintes princípios: (...)

x. 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».

217 Para mais informações sobre a confidencialidade, ver a secção 6.1.5 abaixo.

218 Por exemplo, prevendo uma cláusula dissuasora nos termos da qual a parte que convoque o mediador para prestar depoimento pagará os honorários do advogado do mediador sempre que o testemunho não seja obrigatório nos casos em que a lei não proteja a confidencialidade da mediação; ver K.K. Kovach (*op. cit.* nota 110), páginas 197 e 198.

219 Sobre o âmbito da mediação, ver o capítulo 5 abaixo.

220 Ver também a Norma VIII do Modelo de Normas de Conduta para Mediadores, elaborado pela Ordem dos Advogados Americana, pela Associação Americana de Arbitragem e pela Associação para a Resolução de Litígios em 1994, revisto em 2005 (nota 56 acima).

5 Âmbito da mediação no contexto do rapto internacional de crianças

- 182 O âmbito da mediação é uma das vantagens que é sistematicamente mencionada aquando da comparação com os processos judiciais. Diz-se que a mediação permite lidar melhor com todas as facetas de um litígio, uma vez que também pode abranger assuntos que não são juridicamente relevantes e que, portanto, não têm lugar numa audiência judicial. Num litígio familiar, a mediação pode ajudar a resolver contendas familiares antigas das quais o litígio atual pode ser apenas um sintoma. No entanto, isto pode significar encetar um processo demorado.

5.1 Prioridade das questões urgentes

- A mediação em casos de rapto internacional de crianças abrangidos pela Convenção da Haia de 1980 sobre o Rapto de Crianças deve atender a rigorosas exigências de tempo e, como tal, pode ser necessário limitar o seu âmbito.
- Deve ser alcançado o equilíbrio entre a necessidade de abordar todas as questões necessárias para encontrar uma solução amigável sustentável e o cumprimento de prazos rigorosos.

- 183 A mediação no contexto especial do rapto internacional de crianças tem que ser conduzida no âmbito do quadro jurídico internacional aplicável. Para ser compatível com a Convenção da Haia de 1980 sobre o Rapto de Crianças, a mediação deve cumprir prazos rigorosos e, como tal, o seu âmbito pode ter que ser limitado. A Convenção de 1980 pode também fornecer orientações sobre os temas abordados na mediação.
- 184 A principal questão em jogo é, naturalmente, o regresso da criança. Conforme destacado neste contexto no estudo comparativo elaborado para a Comissão Especial de 2006, o objetivo principal de: «um pedido ao abrigo da Convenção da Haia é o regresso da criança com residência habitual num Estado Contratante e que tenha sido ilicitamente deslocada ou retida noutra Estado Contratante. A premissa básica da Convenção da Haia é a de que o Estado de residência habitual da criança é competente para decidir as questões relativas à custódia e / ou direito de manter contacto e que o rápido regresso da criança a esse Estado vai permitir que as referidas decisões sejam tomadas rapidamente no interesse da criança, sem que esta tenha tempo de se integrar noutra Estado»²²¹.
- 185 A Convenção da Haia de 1980 sobre o Rapto de Crianças visa restaurar imediatamente o *status quo* anterior ao rapto, deixando as decisões de longo prazo relativas à custódia e ao direito de manter contacto, incluindo a questão de uma possível transferência da criança, para o tribunal competente, que, nos termos da Convenção da Haia de 1996 relativa à Proteção das Crianças e outros instrumentos aplicáveis que apoiam este princípio, é o tribunal do Estado de residência habitual da criança. Salvo se se aplicar alguma das exceções previstas, o juiz do processo de regresso com base na Convenção de 1980 deve ordenar o regresso da criança.
- 186 Pode, portanto, colocar-se a questão de saber se o âmbito da mediação em casos de rapto de crianças abrangidos pela Convenção da Haia de 1980 sobre o Rapto de Crianças deve ser limitado à discussão das modalidades do regresso imediato da criança ao Estado competente. A resposta é inquestionavelmente negativa. A mediação no contexto da Convenção de 1980 pode também abordar a questão do não regresso, as suas condições, modalidades e assuntos afins, isto é, a transferência a longo prazo da criança. Abordar estas questões na mediação não é, em princípio, contrário à Convenção de 1980 ou outros instrumentos aplicáveis, embora o quadro jurídico afete naturalmente o que pode ser acordado em concreto²²².
- 187 Note-se que a mediação não está sujeita às mesmas restrições de competência dos processos judiciais. Enquanto num processo judicial apenas podem ser tratadas questões para as quais o tribunal tenha competência (internacional), a mediação não sofre as mesmas restrições, apesar das questões de competência desempenharem inevitavelmente um papel na atribuição de eficácia ao acordo de mediação nos diferentes sistemas jurídicos em causa. Assim, é geralmente aceite que a mediação no contexto do rapto internacional de crianças pode não só abordar as condições e modalidades do

221 Ver S. Vigers, Notas relativas ao desenvolvimento da mediação, da conciliação e de mecanismos análogos (*op. cit.* nota 11), 3.1, páginas 10 e 11.

222 Ver também S. Vigers, *Mediating International Child Abduction Cases – The Hague Convention* (*op. cit.* nota 95), página 39 e seguintes e E. Carl e M. Erb-Klünemann, «Integrating Mediation into Court Proceedings in Cross-Border Family Cases», in C.C. Paul e S. Kiesewetter (Eds) (*op. cit.* nota 98), páginas 59 a 76.

regresso ou não regresso, mas também outras questões de longo prazo relativas à responsabilidade parental das partes, incluindo custódia, contacto ou até pensão de alimentos.

- 188 Em contrapartida, o processo de regresso previsto na Convenção da Haia não pode, em geral, abordar o fundo do direito de custódia. O artigo 16.º da Convenção da Haia de 1980 sobre o Rapto de Crianças prevê que «depois de terem sido informadas da transferência ilícita ou da retenção de uma criança (...) as autoridades judiciais ou administrativas do Estado Contratante para onde a criança tenha sido levada ou onde esteja retida não poderão tomar decisões sobre o fundo do direito de custódia sem que seja provado não estarem reunidas as condições previstas na presente Convenção para regresso da criança (...)». A Convenção da Haia de 1996 relativa à Proteção das Crianças funciona da mesma forma que a Convenção de 1980 a este respeito: as decisões de longo prazo relativas à custódia são deixadas ao tribunal competente do Estado de residência habitual da criança imediatamente antes da deslocação. Nos termos do artigo 16.º da Convenção de 1980, a possibilidade de uma transferência de competência relativa à custódia para os tribunais do Estado requerido geralmente surge apenas quando o processo de regresso baseado na Convenção terminou²²³.
- 189 Quando se trata de decidir quais as questões específicas que podem ser abrangidas pela mediação num caso concreto de rapto internacional de crianças, deve ser encontrado um equilíbrio entre o tratamento das questões necessárias para encontrar uma solução amigável sustentável e o cumprimento de prazos rigorosos. Além disso, as medidas (adicionais) necessárias para atribuir eficácia e exequibilidade ao acordo nos dois sistemas jurídicos envolvidos devem ser cuidadosamente consideradas ao decidir sobre o âmbito da mediação. É concebível que, por exemplo, no caso concreto, a inclusão de questões sobre alimentos num acordo sobre o regresso da criança atrase significativamente o procedimento de declaração de exequibilidade do acordo em ambos os sistemas jurídicos envolvidos devido a questões de competência complexas²²⁴. Neste caso, pode ser aconselhável separar a questão dos alimentos das principais questões em jogo numa situação de rapto internacional de crianças, isto é, a questão do regresso ou não regresso da criança e questões relacionadas atinentes às responsabilidades parentais. As partes devem ser informadas de que a exclusão de certas questões do âmbito da mediação, nesta fase, não impede que as mesmas sejam tratadas posteriormente em outras sessões de mediação.

5.2 Importância da competência e da lei aplicável no que concerne às responsabilidades parentais e a outros assuntos abordados no acordo de mediação

→ Na mediação familiar internacional, deve ser tida em conta a inter-relação entre os assuntos abrangidos pela mediação e os aspetos de competência e da lei aplicável.

- 190 Na mediação no contexto de litígios familiares internacionais devem ser tidas em consideração as inter-relações entre os assuntos abordados na mediação e as questões da lei aplicável e da competência. Atribuir eficácia a um acordo de mediação muitas vezes requer a intervenção de um tribunal, seja para registar o acordo ou para convertê-lo em decisão judicial. Por isso, é importante determinar qual o tribunal ou os tribunais que poderão ser competentes para as questões abrangidas pelo acordo de mediação, o mesmo acontecendo com a questão da legislação aplicável. Quando um acordo de mediação abrange uma vasta gama de assuntos, pode ser necessária a intervenção de várias autoridades judiciais ou administrativas no processo de atribuição de eficácia ao acordo²²⁵.

223 Ver o capítulo 13 abaixo relativo à competência e à lei aplicável; no que toca à alteração da competência em conformidade com o artigo 7.º da Convenção de 1996, ver também o capítulo 13 do *Practical Handbook on the 1996 Hague Child Protection Convention* (disponível em: www.hcch.net, em «Publications».

224 Para mais informações sobre a questão da competência, ver a secção 5.2 abaixo e o capítulo 13.

225 Ver o capítulo 13 abaixo relativo à competência e à lei aplicável.

6 Princípios, modelos e métodos de mediação

- 191 Com vista a assegurar a qualidade da mediação, foram definidos vários princípios de mediação, muitos dos quais constam de legislação, códigos deontológicos e outros instrumentos relevantes. Alguns destes princípios, tais como a imparcialidade e neutralidade, estão muitas vezes presentes na própria definição de mediação.
- 192 Embora os princípios promovidos em diferentes ordenamentos jurídicos e organismos de mediação possam variar, eles têm muitos elementos comuns. Este Guia aborda as boas práticas relativas aos princípios mais comumente promovidos e de especial interesse para a mediação no contexto do rapto internacional de crianças.
- 193 Quanto aos modelos e métodos de mediação utilizados em diferentes Estados e por diferentes sistemas de mediação, o quadro é ainda mais diversificado e não é possível, neste Guia, apresentar uma visão exaustiva do mesmo. O Guia visa chamar a atenção para algumas boas práticas úteis no contexto de rapto internacional de crianças, respeitando a diversidade na abordagem aos métodos e modelos de mediação.

6.1 Princípios da mediação - normas internacionais

6.1.1 NATUREZA VOLUNTÁRIA DA MEDIAÇÃO

- A mediação é um processo voluntário.
- A instauração de um processo de regresso com base na Convenção de 1980 não deve ser condicionada à participação na mediação ou numa sessão de informação sobre a mediação.
- A vontade ou a relutância das partes em participar na mediação não deve influenciar o processo de regresso com base na Convenção de 1980.

- 194 A natureza intrínseca da mediação consiste em envolver as partes na procura voluntária de uma solução amigável para o seu litígio. A «natureza voluntária» é um princípio fundamental e incontestável da mediação, comumente utilizado nas definições de mediação, tendo sido, como tal, incorporado na definição de mediação apresentada no presente Guia²²⁶.
- 195 O princípio da «natureza voluntária» não é afetado pela obrigação de assistir a sessões de informação sobre mediação imposta em alguns ordenamentos jurídicos²²⁷. Mesmo relativamente aos ordenamentos jurídicos em que as partes num litígio são obrigadas a fazer uma tentativa de mediação²²⁸, é possível argumentar que esta obrigação é compatível com a natureza voluntária da mediação, desde que as partes não sejam efetivamente obrigadas a resolver o seu litígio por esta via.
- 196 Nos casos de rapto internacional de crianças, o recurso à mediação não deve prejudicar a celeridade do processo de regresso; como tal, é conveniente refletir cuidadosamente sobre a imposição da mediação como medida obrigatória.
- 197 A instauração de um processo de regresso baseado na Convenção de 1980 não deve ficar dependente da participação de ambas as partes numa sessão de informação sobre a mediação, especialmente se, desta forma, se concede ao raptor a possibilidade de unilateralmente atrasar o início do processo. Além disso, quaisquer medidas obrigatórias incentivando os progenitores a tentar a mediação não podem ignorar as circunstâncias particulares dos casos de rapto internacional. Os Estados devem determinar se os mecanismos utilizados para promover a mediação nos litígios familiares nacionais são adequados

226 Ver o Glossário acima.

227 Por exemplo, na **França** e na **Alemanha**, o juiz pode, em caso de litígio parental relativo aos filhos, obrigar os progenitores a participarem numa sessão de informação sobre mediação. Não pode, contudo, obrigar as partes a participar na mediação. Ver o artigo 373.º, n.º 2 a 10 (alterado pela última vez em 2004) e o artigo 255.º (alterado pela última vez em 2004) do Código Civil **francês** e o artigo 156.º, parágrafo 1, frase 3 (alterado pela última vez em 2012) e o artigo 81.º, parágrafo 2, número 5 (alterado pela última vez em 2012) da Lei Processual **Alemã** de Direito da Família (FamFG); também, na Austrália, um tribunal pode ordenar que as partes participem num processo de resolução de litígios familiares, nomeadamente na mediação – ver artigo 13.ºC e seguintes da Lei do Direito da Família, de 1975 (com a última redação que lhe foi dada pela Lei n.º 147, de 2010) (nota 174 acima). Para mais informações sobre reuniões obrigatórias relativas a mediação em matéria civil em alguns Estados, ver também K.J. Hopt e F. Steffek (*op. cit.* nota 2), página 12.

228 Ver H. Joyce, «Mediation and Domestic Violence: Legislative Responses», Comentário, 14 *J. Am. Acad. Matrimonial Law* (1997), página 451.

aos casos de rapto internacional de crianças abrangidos pela Convenção da Haia de 1980 sobre o Rapto de Crianças.

- 198 Uma característica recorrente nestes casos é facto de o progenitor cujo direito de custódia foi violado não estar familiarizado com o sistema jurídico do Estado requerido (o Estado para o qual a criança foi deslocada) e não falar a língua desse Estado, enquanto o raptor geralmente tem, pelo menos, a ligação da língua com esse Estado. Neste caso, a pressão colocada sobre o progenitor cujo direito de custódia foi violado para iniciar uma mediação conduzida apenas na língua do Estado requerido, ou seja, na qual o progenitor cujo direito de custódia foi violado não se poderá expressar na sua língua materna, será muito provavelmente sentida como uma injustiça por esse progenitor. Nestas circunstâncias, dar a entender ao progenitor cujo direito de custódia foi violado que a instauração de um processo baseado na Convenção de 1980 está sujeita à sua tentativa de mediação poderia ser considerado pelo progenitor como uma pressão indevida e, por conseguinte, ser contraproducente.
- 199 Ambos os progenitores devem ser informados de que a mediação é apenas uma das vias possíveis, a par do processo de regresso baseado na Convenção de 1980. A decisão do tribunal não deve ser influenciada pela vontade ou relutância dos progenitores em recorrer à mediação, ou em continuar um processo de mediação já iniciado²²⁹.

6.1.2 CONSENTIMENTO INFORMADO

→ A decisão das partes de tentar a mediação deve ser baseada num consentimento informado.

- 200 Devem ser fornecidas às partes todas as informações necessárias sobre a mediação e assuntos afins para que aquelas possam decidir, de forma informada, se pretendem ou não participar num processo de mediação²³⁰. Estas informações devem incluir: informação detalhada sobre o processo de mediação e os princípios que o regem, como a confidencialidade; informações detalhadas sobre o método e o modelo utilizados, bem como informações sobre as modalidades práticas e os custos potenciais para as partes. Além disso, as partes devem ser informadas das inter-relações entre os processos de mediação e os processos judiciais e que a mediação é apenas uma das opções ao seu dispor, sendo que a participação na mediação não compromete o acesso aos meios judiciais.
- 201 Sempre que os termos e condições da mediação sejam definidos num contrato entre o mediador e as partes, as informações relevantes podem ser incluídas nesse contrato; ver também a secção 4.5 acima sobre o «contrato de mediação».
- 202 Dado que a situação jurídica é particularmente complexa nos litígios familiares internacionais, deve ser chamada a atenção das partes para o facto de que são necessárias informações jurídicas especializadas não só para informar a discussão durante a mediação, como para auxiliar na redação do acordo de mediação e na atribuição de eficácia ao acordo nos ordenamentos jurídicos em causa. O acesso a essas informações pode ser facilitado pela Autoridade Central ou pelo Ponto de Contacto Central para a mediação familiar internacional criado para o efeito (ver o capítulo 4 acima, «Acesso à mediação») ou fornecido pelos representantes legais especializados das partes²³¹.

229 Ver também S. Vigers, Notas relativas ao desenvolvimento da mediação, da conciliação e de mecanismos análogos (*op. cit.* nota 11), 5.1, páginas 17 e 18, fazendo referência ao Sistema-Piloto de Mediação da reunite (nota 97 acima): «Sempre que potenciais candidatos ao projeto-piloto da reunite eram abordados, era sublinhado que a mediação apenas poderia ter lugar com o pleno consentimento de ambas as partes e que o facto de não quererem participar na mediação não teria qualquer influência no resultado do processo da Haia».

230 Ver os Princípios para a Criação de Estruturas de Mediação no Anexo I abaixo, incluindo o princípio geral do «Consentimento informado».

231 Ver abaixo, na secção 6.1.7, relativamente à tomada de decisões informadas; ver também a Recomendação n.º R (98) 1 do Conselho da Europa sobre a Mediação Familiar (nota 52 acima), III (Processo de mediação): «Os Estados devem cuidar da existência de mecanismos apropriados, de modo a que o processo de mediação se desenrole em conformidade com os seguintes princípios; (...) x. 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».

6.1.3 AVALIAÇÃO DA ADEQUAÇÃO DA MEDIAÇÃO

→ Deve ser realizada uma avaliação para determinar a adequação da mediação ao caso concreto.

203 As vantagens da avaliação inicial foram abordadas acima nas secções 2.1 e 4.2.

6.1.4 NEUTRALIDADE, INDEPENDÊNCIA, IMPARCIALIDADE E JUSTIÇA

→ Os princípios gerais da neutralidade, independência, imparcialidade e justiça são essenciais para a mediação e devem ser protegidos.

204 Os princípios da neutralidade, independência, imparcialidade e justiça são cruciais para a mediação²³². Estes princípios, embora digam respeito a diferentes aspetos do processo de mediação, estão intimamente relacionados. A mediação deve ser neutra relativamente ao resultado do processo. O mediador deve conduzir o processo de forma independente, sendo, ao mesmo tempo, imparcial²³³. Por último, a mediação deve ser conduzida de forma justa, o que significa que as partes devem ter oportunidades iguais de participar no processo de mediação. O processo de mediação deve ser adaptado a cada caso para que os poderes de negociação das partes sejam equilibrados. Deve, por exemplo, ser respeitada, tanto quanto possível, a vontade das partes de se expressarem na sua língua materna ou numa língua que dominem bem²³⁴.

6.1.5 CONFIDENCIALIDADE

→ Os Estados devem garantir a adoção de medidas de salvaguarda adequadas para proteger a confidencialidade da mediação.

→ Os Estados devem ponderar a adoção de regras para garantir que, salvo em casos excepcionais, o mediador e outros envolvidos na mediação não podem ser obrigados a testemunhar sobre as comunicações relativas à mediação em processos cíveis ou comerciais.

→ Na mediação familiar internacional, as partes devem ser plenamente informadas das regras aplicáveis à confidencialidade nos diferentes ordenamentos jurídicos envolvidos.

232 Ver também S. Vigers, Notas relativas ao desenvolvimento da mediação, da conciliação e de mecanismos análogos (*op. cit.* nota 11), 3.2-3.4, páginas 11 a 13 e também a Recomendação n.º R (98) 1 do Conselho da Europa sobre a Mediação Familiar (nota 52 acima), III (Processo de mediação):

«i. Os Estados devem cuidar da existência de mecanismos apropriados, de modo a que o processo de mediação se desenrole em conformidade com os seguintes princípios: (...)
ii. o mediador é imparcial nas suas relações com as partes;
iii. o mediador é neutro quanto ao resultado do processo de mediação;
iv. o mediador respeita os pontos de vista das partes e preserva a sua igualdade na negociação».

233 Ver também a Norma II das Normas de Conduta norte-americanas (nota 56 acima) e o artigo 8.º do Guia de Boas Práticas na Mediação Familiar da AIFI (*op. cit.* nota 144); ver também J. Zawid, «Practical and Ethical Implications of Mediating International Child Abduction Cases: A New Frontier for Mediators», *Inter-American Law Review*, Vol. 40, 2008, páginas 1 e seguintes e 37 e seguintes.

234 Ver a secção 2.5 acima.

- 205 Sob reserva da lei aplicável, todas as comunicações que ocorrem durante e no contexto da mediação devem ser confidenciais²³⁵, salvo convenção das partes em contrário²³⁶. A confidencialidade das comunicações relacionadas com a mediação ajuda a criar o clima de confiança necessário para as partes concordarem em discutir abertamente o leque de soluções possíveis para o seu litígio. As partes podem estar menos dispostas a considerar opções diferentes se temerem que as suas propostas sejam vistas como uma concessão ou puderem ser invocadas contra elas em eventuais processos judiciais. Nos casos de rapto de crianças, por exemplo, o progenitor cujo direito de custódia foi violado provavelmente hesitaria em indicar que poderia concordar que a criança permanecesse no outro Estado, se temesse que isto pudesse ser interpretado como uma «concordância» na aceção do artigo 13.º, n.º 1, alínea a), da Convenção da Haia de 1980 sobre o Rapto de Crianças.
- 206 Fornecer informações puramente administrativas sobre se a mediação começou, se está em curso ou terminou ao tribunal competente ou à Autoridade Central que interveio no encaminhamento para a mediação não viola o dever de confidencialidade²³⁷. Pelo contrário, é um elemento importante da cooperação organizacional entre os mediadores, as Autoridades Centrais e os tribunais no contexto do rapto internacional de crianças²³⁸.
- 207 Várias medidas são aplicadas para garantir a confidencialidade da mediação. Em muitos Estados Contratantes da Convenção da Haia de 1980 sobre o Rapto de Crianças, a confidencialidade da mediação é regulada pela lei²³⁹. Além disso, os contratos celebrados entre o mediador e as partes antes de iniciar a mediação incluem frequentemente regras relativas à confidencialidade²⁴⁰. O contrato pode, por exemplo, incluir cláusulas que proíbem as partes de convocar o mediador para prestar depoimento em juízo e prever uma cláusula dissuasora que estabeleça que a parte que convoque o mediador será responsável pelo pagamento dos honorários do advogado do mediador²⁴¹.
- 208 No entanto, na falta de lei ou de outras regras que vinculem os tribunais e dispensem o mediador e outras pessoas envolvidas na mediação de comparecer em tribunal para prestar depoimento sobre informações obtidas através da mediação em matéria civil ou comercial, a confidencialidade da mediação pode ser violada no decurso de um processo judicial.

235 Ver o n.º 211 abaixo, relativo às exceções ao princípio da confidencialidade.

236 Ver também a Norma V das Normas de Conduta norte-americanas (nota 56 acima) e o artigo 7.º do Guia de Boas Práticas na Mediação Familiar da AIFI (*op. cit.* nota 144).

237 Ver também a Recomendação n.º R (98) 1 do Conselho da Europa sobre a Mediação Familiar (nota 52 acima):
«V. Relação entre a mediação e os processos a cargo da autoridade judicial ou de uma outra autoridade competente (...)
b. os Estados devem estabelecer mecanismos tendo em vista: (...)
iii. informar a autoridade judiciária ou uma outra autoridade competente se as partes seguiram ou não a mediação e se as partes chegaram ou não a um acordo».

238 Ver a secção 2.1.2 acima.

239 Ver o Perfil dos Estados no âmbito da Convenção de 1980 (nota 121 acima), secção 19.2; entre os Estados que têm legislação sobre a proteção da confidencialidade da mediação incluem-se: **Bélgica, Dinamarca, Estónia, Finlândia, França, Grécia, Hungria, Irlanda, Israel, Lituânia, Noruega, Panamá, Paraguai, Polónia, Roménia, Eslovénia, Espanha, Suécia, Suíça e Estados Unidos da América** (existem regras diferentes nos vários Estados federais dos EUA).

240 Ver a secção 4.5 acima; ver também S. Vigers, *Mediating International Child Abduction Cases – The Hague Convention* (*op. cit.* nota 95), páginas 47 e seguintes.

241 Ver K.K. Kovach (*op. cit.* nota 110), páginas 197 e 198.

- 209 Os Estados devem ponderar a adoção de regras que evitem tais situações, salvo em casos excepcionais²⁴². Diferentes instrumentos regionais, como a Diretiva europeia relativa à mediação²⁴³ ou a Lei Uniforme sobre a Mediação dos Estados Unidos da América²⁴⁴, exigem que a confidencialidade da mediação seja salvaguardada através de medidas legislativas e muitos Estados aprovaram já tais medidas.
- 210 O mediador deve informar integralmente as partes das regras de confidencialidade aplicáveis. Na mediação familiar internacional, é essencial ter em conta as posições adotadas por todos os ordenamentos jurídicos envolvidos relativamente à questão da confidencialidade. As partes têm de saber se as informações trocadas durante a mediação podem ser usadas em tribunal em algum dos ordenamentos jurídicos em causa. Se o mediador não conhecer as regras de confidencialidade dos outros ordenamentos jurídicos, deve alertar as partes para o facto de que estas regras podem ser diferentes e que as comunicações durante a mediação podem não ser consideradas confidenciais no outro ordenamento jurídico. As partes podem ser encorajadas a consultar os seus representantes legais especializados sobre esta questão. Por outro lado, o Perfil dos Estados no âmbito da Convenção da Haia de 1980 sobre o Rapto de Crianças pode ser uma fonte útil de informações sobre a legislação em vigor num Estado Contratante da Convenção relativa à confidencialidade da mediação²⁴⁵.
- 211 O princípio da confidencialidade comporta obviamente exceções no que toca a informações relativas a crimes praticados ou planeados. Muitas das regras de confidencialidade preveem expressamente

242 Ver o n.º 211 abaixo relativo às exceções.

243 Ver a Diretiva europeia relativa à mediação (nota 5 acima), artigo 7.º (Confidencialidade da mediação):

«1. Dado que se pretende que a mediação decorra de uma forma que respeite a confidencialidade, os Estados-Membros devem assegurar que, salvo se as partes decidirem em contrário, nem os mediadores, nem as pessoas envolvidas na administração do processo de mediação sejam obrigadas a fornecer provas em processos judiciais ou arbitragens civis ou comerciais, no que se refere a informações decorrentes ou relacionadas com um processo de mediação, exceto:

- a) Caso tal seja necessário por razões imperiosas de ordem pública do Estado-Membro em causa, em especial para assegurar a proteção do superior interesse das crianças ou para evitar que seja lesada a integridade física ou psíquica de uma pessoa, ou
- b) Caso a divulgação do conteúdo do acordo obtido por via de mediação seja necessária para efeitos da aplicação ou execução desse acordo.

2. Nada no n.º 1 obsta a que os Estados-Membros apliquem medidas mais rigorosas para proteger a confidencialidade da mediação».

Ver também a Recomendação n.º R (98) 1 do Conselho da Europa sobre a Mediação Familiar (nota 52 acima), III (Processo de mediação):

«Os Estados devem cuidar da existência de mecanismos apropriados, de modo a que o processo de mediação se desenrole em conformidade com os seguintes princípios: (...)

- v. as condições em que se desenrola a mediação familiar deverão garantir o respeito da vida privada;
- vi. 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».

244 LUM dos EUA (nota 54 acima) – ver o artigo 4.º (Confidencialidade; admissibilidade; divulgação):

«(a) Salvo estipulação em contrário no artigo 6.º, as comunicações envolvidas na mediação são confidenciais, conforme disposto na alínea (b) e não estão sujeitas ao dever de divulgação, não sendo admissíveis como prova em juízo salvo renúncia ou preclusão nos termos do artigo 5.º.

(b) Em juízo, a confidencialidade goza da seguinte proteção:

- (1) Qualquer uma das partes que tenha participado na mediação pode recusar-se a divulgar e impedir que qualquer outra pessoa divulgue uma comunicação ocorrida durante a mediação.
- (2) O mediador pode recusar-se a divulgar comunicações envolvidas na mediação e pode impedir que qualquer outra pessoa divulgue uma comunicação do mediador durante a mediação.
- (3) Qualquer terceiro que tenha participado na mediação pode recusar-se a divulgar e impedir que qualquer outra pessoa divulgue uma comunicação desse terceiro.

(c) Toda e qualquer prova ou informação que seja de outro modo admissível ou esteja sujeita ao dever de divulgação não se torna inadmissível ou protegida pelo mero facto de ser revelada ou utilizada na mediação».

245 Nota 121 acima; ver também a nota 239. A legislação relevante referida no Perfil dos Estados, caso tenha sido fornecida pelos Estados Contratantes em causa, encontra-se disponível no sítio Web da Conferência da Haia juntamente com o Perfil dos Estados.

exceções a este respeito²⁴⁶. Além disso, as exceções podem resultar diretamente de outra legislação, como a legislação penal. Essas regras podem impor sobre o mediador ou outros envolvidos na mediação a obrigação de transmitir determinadas informações à polícia e, sempre que as informações respeitem a um potencial risco de danos psíquicos ou físicos para uma criança, possivelmente também a outras organizações ou organismos de proteção do bem-estar das crianças. Saber se, nestes casos, um mediador pode ser obrigado a depor em tribunal sobre informações obtidas no contexto da mediação, é outra questão e a resposta dependerá da lei aplicável.

6.1.6 CONSIDERAÇÃO DOS INTERESSES E DO BEM-ESTAR DA CRIANÇA

- **Devem ser tidos em consideração, na mediação no contexto do rapto internacional de crianças, os interesses e o bem-estar da criança envolvida.**
- **O mediador deve encorajar os progenitores a concentrarem-se nas necessidades das crianças e recordá-los da sua responsabilidade primordial pelo bem-estar dos seus filhos, bem como da necessidade de os informarem e consultarem²⁴⁷.**

- 212 Dado que o resultado da mediação de conflitos parentais relativos à custódia e ao contacto afeta diretamente a criança em causa, devem ser tidos em conta os interesses e o bem-estar da mesma. Naturalmente, o processo de mediação não é um processo orientado: o mediador limita-se a facilitar a comunicação entre as partes, permitindo-lhes encontrar uma solução para o seu litígio pela qual cada uma das partes é responsável. No entanto, o mediador:
- «deverá ter em mente, muito particularmente, o bem-estar e o interesse superior da criança, deverá encorajar os pais a concentrarem-se nas necessidades do filho e deverá recordar aos pais a sua responsabilidade primordial, tratando-se do bem-estar dos filhos, e a necessidade de os informarem e consultarem»²⁴⁸.
- 213 A importância deste ponto é igualmente reconhecida nos Princípios para a Criação de Estruturas de Mediação no contexto do Processo de Malta,²⁴⁹ documento no qual é afirmada a necessidade de ajudar os progenitores a chegar a um acordo que «tenha em consideração os interesses e o bem-estar da criança».
- 214 A consideração dos interesses e do bem-estar da criança é relevante não só em termos de respeito pelos direitos da criança, como também pode ser decisiva em termos de eficácia jurídica do acordo de mediação. Com efeito, em muitos Estados, um acordo entre os progenitores sobre as responsabilidades parentais carece de aprovação por um tribunal, que verificará se o acordo é compatível com os melhores interesses da criança em causa.

246 Ver também a Diretiva europeia relativa à mediação (nota 5 acima) que, no seu artigo 7.º, alínea a), prevê uma exceção «caso tal seja necessário por razões imperiosas de ordem pública do Estado-Membro em causa, em especial para assegurar a proteção do superior interesse das crianças ou para evitar que seja lesada a integridade física ou psíquica de uma pessoa». Ver também, a LUM dos EUA (nota 54 acima), artigo 6.º (Exceções à confidencialidade):

- «(a) A confidencialidade das comunicações da mediação prevista no artigo 4.º não se aplica se a comunicação:
1. se encontrar num acordo reduzido a escrito e assinado por todas as partes;
 2. estiver disponível publicamente ao abrigo da (inserir referência legal à lei dos registos públicos) ou for feita durante uma sessão de mediação que é ou deve ser, por lei, aberta ao público;
 3. consistir numa ameaça ou plano para causar lesões corporais ou cometer um crime violento;
 4. for usada intencionalmente para planejar, tentar ou cometer um crime ou para ocultar um crime ou atividade criminosa em curso;
 5. for requerida ou oferecida para provar ou refutar uma alegação ou queixa de falta ou negligência profissional apresentada contra o mediador;
 6. salvo estipulação em contrário na alínea c), for requerida ou oferecida para provar ou refutar uma alegação ou queixa de falta ou negligência profissional apresentada contra uma das partes na mediação, um terceiro participante na mediação ou um representante das partes com base em factos ocorridos durante a mediação; ou
 7. for requerida ou oferecida para provar ou refutar abuso, negligência, abandono ou exploração num processo em que é parte uma agência de serviços de proteção de adultos ou crianças, salvo se o caso de (Alternativa A: (a inserir pelo Estado, por exemplo, proteção de crianças ou de adultos) for encaminhado para a mediação pelo tribunal e se uma entidade pública participar) (Alternativa B: a entidade pública participa na mediação sobre (a inserir pelo Estado, por exemplo, proteção de crianças ou de adultos))».

247 Este princípio encontra-se consagrado na Recomendação n.º R (98) I do Conselho da Europa sobre a Mediação Familiar (nota 52 acima), no ponto III (Processo de mediação).

248 *Ibid.*

249 Ver Anexo I abaixo.

6.1.7 TOMADA DE DECISÕES INFORMADAS E ACESSO ADEQUADO A ACONSELHAMENTO JURÍDICO

- O mediador envolvido num caso de rapto internacional de crianças deve chamar a atenção das partes para a importância de considerar a situação jurídica em todos os sistemas jurídicos em causa.
- As partes têm de ter acesso às informações jurídicas relevantes.

- 215 A solução de mútuo acordo adotada pelas partes deve ser o resultado de um processo de decisão informado²⁵⁰. As partes devem estar plenamente conscientes dos seus direitos e deveres, bem como das consequências jurídicas das suas decisões. Como foi sublinhado anteriormente, a situação jurídica é particularmente complexa nos litígios familiares internacionais. Nesta medida, deve ser chamada a atenção das partes para a necessidade de obtenção de informações jurídicas especializadas para informar as suas discussões durante a mediação e para ajudar tanto na redação do acordo de mediação como na atribuição de eficácia ao mesmo nos ordenamentos jurídicos em causa.
- 216 As partes devem ter acesso a aconselhamento jurídico especializado²⁵¹. O acesso às informações jurídicas relevantes pode ser facilitado pela Autoridade Central ou por um Ponto de Contacto Central para a mediação familiar internacional criado para o efeito (ver a secção 4.1.4 acima), podendo estas informações ser também prestadas pelo representante legal especializado das partes²⁵².
- 217 Quando apenas uma das partes esteja representada, o mediador deve chamar a atenção da outra parte para a necessidade do acesso a informações jurídicas. Naturalmente, algumas destas informações podem ser dadas pelo mediador que deve, no entanto, deixar claro que não se encontra habilitado a prestar aconselhamento jurídico.

6.1.8 COMPETÊNCIA INTERCULTURAL

- A mediação no contexto dos litígios familiares internacionais deve ser conduzida por mediadores com competências interculturais.

- 218 Como foi referido anteriormente, a mediação no contexto dos litígios familiares internacionais envolve regularmente partes com origens religiosas e culturais diferentes²⁵³. Os mediadores envolvidos nestes casos devem ter um bom conhecimento das questões culturais e religiosas que podem estar envolvidas e estar sensibilizados para as mesmas, sendo necessária formação específica a este respeito²⁵⁴.

250 Ver *ibid.*, incluindo os princípios gerais sobre «Tomada de decisões informadas e acesso adequado a aconselhamento jurídico».

251 Ver também a secção 6.1.2 acima, relativa ao consentimento informado, n.º 202.

252 Ver também a Recomendação n.º R (98) 1 do Conselho da Europa sobre a Mediação Familiar (nota 52 acima), III (Processo de mediação):

«Os Estados devem cuidar da existência de mecanismos apropriados, de modo a que o processo de mediação se desenrole em conformidade com os seguintes princípios: (...)

x. 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».

253 Ver a secção 2.4 acima; ver também, por exemplo, K. Kriegel, «Interkulturelle Aspekte und ihre Bedeutung in der Mediation», in S. Kiesewetter e C.C. Paul (Eds) (*op. cit.* nota 98), páginas 91 a 104; R. Chouchani Hatem (*op. cit.* nota 110), páginas 43 a 71; D. Ganancia (*op. cit.* nota 110), páginas 132 e seguintes; M.A. Kucinski (*op. cit.* nota 110), páginas 555 a 582.

254 Relativamente à formação, ver o capítulo 14 abaixo.

6.1.9 QUALIFICAÇÃO DOS MEDIADORES OU ENTIDADES MEDIADORAS – NORMAS MÍNIMAS PARA A FORMAÇÃO

→ **A mediação no contexto do rapto internacional de crianças deve ser conduzida por mediadores familiares experientes com formação específica neste tipo de mediação.**

- 219 Os mediadores envolvidos em casos de rapto internacional de crianças devem ter formação especializada. Consulte o capítulo 3 acima para mais informações.

6.2 Modelos e métodos de mediação

- 220 Como referido anteriormente, não é possível, neste Guia não, fazer uma análise exaustiva de todos os modelos e métodos de mediação usados nos diferentes Estados e por diferentes sistemas de mediação, nem tão-pouco concluir pela preferência de um modelo em detrimento de outro. O objetivo do Guia é, tão-somente, chamar a atenção para determinadas boas práticas adotadas em alguns modelos ou métodos que podem ser úteis para a mediação no contexto do rapto internacional de crianças.

6.2.1 MEDIAÇÃO DIRETA OU INDIRETA

→ **A forma mais adequada de mediação (direta ou indireta) dependerá das circunstâncias do caso concreto.**

- 221 A opção pela mediação direta ou indireta,²⁵⁵ ou uma combinação de ambas, dependerá das circunstâncias do caso, tais como, entre outras, os custos relacionados com a localização geográfica e eventuais acusações de violência doméstica (ver o capítulo 10). Esta decisão está também intimamente ligada à escolha do local de mediação (ver a secção 4.4 acima), sempre que tiver sido decidido que deve ser realizada uma reunião presencial.

6.2.2 MEDIAÇÃO SINGULAR OU COMEDIAÇÃO

→ **Sempre que possível, deve ser incentivada a comediação em casos de rapto internacional de crianças com um elevado grau de conflitualidade.**

- 222 A comediação, isto é, a mediação conduzida por dois mediadores, tem vindo a ser utilizada com sucesso em casos de rapto internacional de crianças por diversos sistemas de mediação criados especificamente para estes casos.
- 223 A mediação em casos de rapto internacional de crianças com um elevado grau de conflitualidade é muito intensa e complexa; as discussões entre as partes podem ser muito carregadas emocionalmente e potencialmente explosivas. A comediação revelou-se particularmente vantajosa nestas circunstâncias²⁵⁶, uma vez que beneficia da experiência, conhecimento e metodologia de dois mediadores, o que aumenta a probabilidade de se alcançar uma solução de mútuo acordo nestes casos com um elevado grau de conflitualidade. Desde logo, a presença de dois mediadores na sala pode ajudar a criar um ambiente calmo e construtivo para o diálogo. A cooperação entre os mediadores pode servir de exemplo para os progenitores. Por outro lado, o facto de a comediação evitar que as partes fiquem sozinhas uma com a outra durante toda a mediação é uma vantagem. Ao mesmo tempo, é preciso ter em conta que a mediação em casos de rapto internacional de crianças deve ser realizada num curto espaço de tempo, o que significa que pode ser necessário organizar a mediação através de uma curta série de sessões com a duração de 2 a 3 horas. Tendo em consideração que a mediação nas circunstâncias descritas pode representar um pesado fardo para o mediador, a comediação pode ser útil para todas as partes envolvidas²⁵⁷.
- 224 Pode suceder, no entanto, que a comediação não seja viável. Por um lado, a comediação será provavelmente mais dispendiosa do que a mediação singular. Por outro lado, pode ser difícil encontrar

255 Consultar o Glossário acima para a respetivas definições.

256 Ver, por exemplo, o Relatório de 2006 sobre o Sistema-Piloto de Mediação da reunite (*op. cit.* nota 97), páginas 42 a 44, sobre a experiência dos mediadores nos casos de rapto internacional de crianças.

257 No Relatório de 2006 sobre o Sistema-Piloto de Mediação da reunite (*ibid.*), página 11, é fortemente recomendado aos mediadores que adotem um sistema de comediação nestes casos.

dois mediadores com o perfil adequado num curto espaço de tempo. Além disso, se nenhum dos mediadores tiver trabalhado em parceria com outro mediador, poderão precisar de tempo para se adaptar à diferente dinâmica da mediação. Estes aspetos apontam para as vantagens da mediação singular conduzida por um mediador experiente em casos de litígios relativos a rapto internacional de crianças, que pode ser menos dispendiosa, mais fácil de organizar e não acarreta risco de conflito entre as metodologias de dois mediadores que nunca tenham trabalhado em mediação.

- 225 Não obstante, dados os vários benefícios da mediação, quando se pretenda criar um sistema de mediação para casos de rapto de crianças abrangidos pela Convenção da Haia de 1980 sobre o Rapto de Crianças²⁵⁸, deve ser considerada a sua aplicação em casos de elevado grau de conflitualidade.

6.2.3 CONCEITO DE MEDIAÇÃO BICULTURAL E BILINGUE

- Deve ser encorajada, sempre que possível e adequado, a utilização de mediação bicultural e bilingue nos casos transfronteiriços de rapto de crianças.
- As informações sobre os possíveis modelos e processos de mediação devem ser disponibilizadas às partes pela Autoridade Central ou pelo Ponto de Contacto Central para a mediação familiar internacional.

- 226 A mediação bicultural e bilingue é uma forma especial de mediação, que responde às necessidades específicas de competências interculturais e linguísticas da mediação entre partes de diferentes Estados que não partilham a mesma língua materna.
- 227 Neste modelo, a mediação é conduzida por dois mediadores familiares experientes: um de cada Estado de origem e cultura das partes. Se a língua não for a mesma em ambos os Estados de origem, os mediadores devem ter as competências linguísticas necessárias, embora deva ser sublinhado que, pelo menos, um dos dois mediadores deve ter um bom domínio da outra língua. Alguns sistemas de mediação criados especificamente para casos de rapto internacional de crianças procuram um equilíbrio entre duas outras questões: o sexo e a área de especialização dos mediadores. Nestes sistemas, a mediação é conduzida por um mediador e uma mediadora, um com formação jurídica e outro com formação sociopsicológica. Isto permite combinar especialização profissional e competência cultural na gestão das várias questões envolvidas na mediação. Estes sistemas de mediação envolvendo mediadores de sexos e formações profissionais diferentes podem ser designados de sistemas de mediação biculturais, bilingues, mistos e biprofissionais²⁵⁹.
- 228 Historicamente, o desenvolvimento de sistemas de mediação biculturais no contexto do rapto de crianças abrangido pela Convenção da Haia de 1980 sobre o Rapto de Crianças começou com uma iniciativa de mediação binacional franco-alemã, que envolveu o parlamento francês e o parlamento alemão. A fim de facilitar a resolução de casos de rapto particularmente difíceis envolvendo cidadãos de ambos os países, os ministros da Justiça da França e da Alemanha, decidiram, em 1998, criar um grupo de mediadores parlamentares, garantindo o financiamento do seu trabalho. Composto por três deputados franceses e três deputados alemães, sendo um de cada deputado do Parlamento Europeu, o grupo começou o seu trabalho em 1999. Os casos eram tratados em mediação por um mediador francês e um mediador alemão²⁶⁰. Em 2003, o sistema parlamentar foi substituído por um sistema

258 Ver o Perfil dos Estados (nota 121 acima), secção 19.1, alínea d), para verificar quais os Estados Contratantes em que está disponível a mediação. A mediação está disponível, por exemplo, na **Austrália, Bélgica, França, Alemanha, Hungria, Lituânia, Eslovénia, Reino Unido (Inglaterra e País de Gales e Irlanda do Norte) e Estados Unidos da América**.

259 Por exemplo, nos sistemas de mediação atualmente propostos pela organização sem fins lucrativos **alemã** MiKK e.V.: o projeto **germano-polaco** (iniciado em 2007), o projeto **germano-americano** (iniciado em 2004), o projeto **germano-francês**, que realiza as atividades do sistema de mediação **franco-alemão** organizado e financiado pelos Ministérios da Justiça **francês e alemão** (2003-2006) e o projeto **germano-britânico**, em cooperação com a reunite (iniciado em 2003/2004); para mais informações, ver a nota 97 acima. Ver também a Declaração de Wrocław de 2008 relativamente aos princípios aos quais os sistemas de mediação «bicultural» devem procurar aderir, discutidos em S. Kiesewetter, C.C. Paul e E. Dobiejewska, «Breslauer Erklärung zur binationalen Kindschaftsmediation», in FamRZ 8/2008, página 753 e seguintes; a Declaração de Wrocław também está disponível em: <http://www.mikk-ev.de/english/codex-and-declarations/wroclaw-declaration/> (última consulta em 16 de junho de 2012).

260 Para uma breve descrição do projeto de mediação de iniciativa parlamentar, ver o relatório sobre o projeto de mediação profissional binacional **franco-alemão** em T. Elsen, M. Kitzing e A. Böttger, «Professionelle binationale Co-Mediation in familienrechtlichen Streitigkeiten (insbesondere Umgang) – Endbericht», Hannover 2005. O projeto de mediação parlamentar franco-alemão também envolvia mediadores profissionais; ver *ibid.*

- com mediadores profissionais não parlamentares provenientes de ambos os países, que funcionou até 2006²⁶¹. A substituição da intervenção de deputados na mediação pela comediação conduzida por mediadores profissionais independentes foi um avanço no sentido de se evitar a politização e caracterização nacionalista de alguns litígios familiares privados²⁶².
- 229 Na esteira da experiência positiva do projeto de mediação franco-alemão²⁶³, foram lançados outros projetos de mediação binacional na Alemanha (um com os Estados Unidos da América, bem como um sistema-piloto de mediação binacional germano-polaco).
- 230 Naturalmente, não é a nacionalidade dos mediadores profissionais em si que os torna particularmente habilitados a conduzir a comediação em casos que envolvem nacionais dos seus países de origem. O que é importante é a origem cultural do mediador, que lhe dá a capacidade de compreender os valores e as expectativas das partes, bem de traduzir uma comunicação verbal e não verbal com conotações culturais de forma inteligível para a outra parte. Este último aspeto implica, obviamente, que o mediador tenha um bom conhecimento da cultura da outra parte.
- 231 Reconhecendo que a cultura de uma pessoa é influenciada por vários fatores, dos quais a nacionalidade é apenas um, e que, em alguns casos, outros aspetos, como a religião e a ligação a um grupo étnico específico, podem exercer uma influência muito mais forte sobre a cultura da pessoa do que a sua nacionalidade, pode ser desejável falar em incentivar o princípio da mediação «bicultural»²⁶⁴.
- 232 A grande vantagem da comediação «bilingue» e «bicultural» é que ela pode criar um ambiente propício ao estabelecimento de relações de confiança, no qual as partes se sintam compreendidas e apoiadas na sua comunicação por alguém que partilha a sua cultura e a sua língua. Dado o risco de uma das partes se identificar com um dos mediadores e considerá-lo o seu representante na mediação, os mediadores devem, contudo, sublinhar o seu papel de terceiros neutros imparciais.
- 233 O modelo de mediação «bicultural» também pode ser útil quando as partes sejam provenientes do mesmo Estado de origem, mas tenham uma identidade cultural diferente porque pertencem a diferentes comunidades religiosas ou étnicas. Neste caso, a mediação pode ser realizada em comediação por mediadores que partilhem as raízes culturais de cada uma das partes.
- 234 Uma das desvantagens da comediação «bicultural» e «bilingue» reside no custo. Além disso, quando comparada com a comediação normal, pode ser ainda mais difícil encontrar mediadores disponíveis com o perfil adequado num curto espaço de tempo, especialmente quando a mediação deva também ser «mista» e «biprofissional».
- 235 Escusado será dizer que, quando as partes têm as mesmas origens culturais, a mediação «bicultural» não traz nenhum valor acrescentado. No entanto, a comediação «mista» ou «biprofissional» pode, sempre que seja viável, acrescentar valor.
- 236 As informações sobre os modelos de mediação devem ser disponibilizadas às partes interessadas pela Autoridade Central ou por um Ponto de Contacto Central para a mediação familiar internacional (ver o capítulo 4 acima).

261 Ver também *ibid.*: «O Ministério da Justiça **alemão** estima que cerca de 30 casos de mediação foram ou estão a ser tratados por este grupo desde a data da sua criação, em outubro de 2003, até à sua extinção, em março de 2006». Sabendo que o financiamento governamental do projeto terminaria em 2006, os mediadores profissionais envolvidos nestes casos criaram, em 2005, uma associação para a mediação familiar binacional na Europa - *Médiation familiale binationale en Europe* (MFBE), por forma a dar continuidade ao projeto.

262 Infelizmente, muitos dos casos de rapto internacional de crianças particularmente complexos são ainda mais polarizados pelos meios de comunicação social, que frequentemente exacerbam os aspetos dos casos relacionados com a nacionalidade. A nacionalidade não desempenha qualquer papel no quadro jurídico internacional aplicável, especialmente na Convenção da Haia de 1980 sobre o Rapto Internacional de Crianças, mas também na Convenção da Haia de 1996 relativa à Proteção das Crianças e no Regulamento Bruxelas II-A. O que releva nestes instrumentos é a residência habitual da criança em causa.

263 Para informações adicionais, ver o relatório sobre o projeto de mediação profissional binacional **alemão**, elaborado a pedido do Ministério da Justiça **alemão**: T. Elsen, M. Kitzing e A. Böttger (*op. cit.* nota 260); ver também E. Carl, J.-P. Copin e L. Ripke, *Das deutsch-französische Modellprojekt professioneller Mediation*, KindPrax 2005, páginas 25 a 28.

264 Ver também S. Vigers, *Mediating International Child Abduction Cases – The Hague Convention*, (*op. cit.* nota 95), páginas 34 e seguintes.

7 Participação da criança

- 237 Nos litígios familiares internacionais relativos a crianças, a participação da criança na resolução do litígio pode servir diferentes fins. Em primeiro lugar, ouvir a opinião da criança pode ajudar a entender os seus sentimentos e a sua vontade, o que pode constituir uma informação valiosa para determinar se uma solução é compatível com os seus melhores interesses. Em segundo lugar, pode abrir os olhos dos progenitores para a vontade da criança e ajudá-los a distanciarem-se das suas posições pessoais em prol de uma solução aceitável para todos²⁶⁵. Finalmente, a participação da criança permite o respeito pelo direito da criança a ser ouvida²⁶⁶, proporcionando simultaneamente uma oportunidade de informar a criança sobre o que está a acontecer.
- 238 Ao considerar a medida em que as crianças podem e devem participar na mediação em casos de rapto internacional de crianças, é útil examinar brevemente a participação de crianças em processos de regresso com base na Convenção 1980 e no âmbito de processos de direito de família em geral em diferentes sistemas jurídicos. Especialmente quando se trata de atribuir eficácia e executoriedade a um acordo de mediação, terão de ser consideradas as regras dos sistemas jurídicos em causa.

7.1 Participação da criança em processos de regresso e em processos de direito da família

- 239 Nos processos de regresso com base na Convenção da Haia de 1980 sobre o Rapto de Crianças, a opinião da criança, dependendo da sua idade e grau de maturidade, pode ser tida em conta na decisão do juiz. A oposição ao regresso, por parte da criança, desempenha um papel importante. O artigo 13.º, n.º 2, da Convenção de 1980 estabelece que o tribunal pode «recusar-se a ordenar o regresso da criança se verificar que esta se opõe a ele e que a criança atingiu já uma idade e um grau de maturidade tais que levem a tomar em consideração as suas opiniões sobre o assunto»²⁶⁷.
- 240 Historicamente, esta disposição deveria ser lida em conjugação com o artigo 4.º da Convenção da Haia de 1980 sobre o Rapto de Crianças, que limita a aplicação da Convenção a crianças menores de 16 anos de idade e reconhece que uma pessoa com mais de 16 anos de idade geralmente terá uma opinião própria que dificilmente pode ser ignorada, seja pelos seus progenitores seja por uma autoridade judicial ou administrativa²⁶⁸. O artigo 13.º, n.º 2 foi introduzido para dar um poder discricionário ao tribunal sobre a decisão de regresso no caso de uma criança mais velha, mas com menos de 16 anos, se opor ao regresso²⁶⁹.

265 Ver, por exemplo, J. McIntosh, *Child inclusion as a principle and as evidence-based practice: Applications to family law services and related sectors*, Australian Family Relations Clearinghouse, 2007, páginas 1 a 23.

266 Ver o artigo 12.º da CNUDC, que promove o direito da criança de «ser ouvida nos processos judiciais e administrativos que lhe respeitem, seja diretamente, seja através de representante ou de organismo adequado, segundo as modalidades previstas pelas regras de processo da legislação nacional»; relativamente à aplicação efetiva do artigo 12.º, ver *General Comment No 12 (July 2009) – The right of the child to be heard*, elaborado pelo Comité dos Direitos da Criança, disponível em: <http://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/comments.htm> (última consulta em 16 de junho de 2012).

267 Além disso, pode ser importante ouvir a criança para determinar se «existe um risco grave de a criança, no seu regresso, ficar sujeita a perigos de ordem física ou psíquica, ou, de qualquer outro modo, a ficar numa situação intolerável» na aceção do artigo 13.º, n.º 1, alínea b), da Convenção de 1980.

268 E. Pérez-Vera, «Explanatory Report on the 1980 Hague Child Abduction Convention» (*op.cit.* nota 93), página 450, n.º 77; ver também P. Beaumont e P. McEleavy, *The Hague Convention on International Child Abduction*, Oxford 1999, páginas 177 e 178.

269 Para mais informações sobre o histórico do artigo 13.º, n.º 2, da Convenção de 1980, ver E. Pérez-Vera (*loc. cit.* nota 268). Ver também P. McEleavy, *INCADAT-Case Law Analysis Commentary: Exceptions to Return – Child's Objection – Requisite Age and Degree of Maturity*, disponível em: www.incadat.com, em «Case Law Analysis».

- 241 No entanto, atualmente, esta disposição é cada vez mais interpretada no contexto mais amplo do direito da criança a ser ouvida²⁷⁰, tal como reconhecido pela CNUDC²⁷¹, na Convenção de 1996 relativa à Proteção das Crianças,²⁷² e em vários instrumentos²⁷³ e iniciativas regionais²⁷⁴.
- 242 Este desenvolvimento está refletido nas informações fornecidas pelos Estados Contratantes no Perfil dos Estados²⁷⁵ no âmbito da Convenção da Haia de 1980 sobre o Rapto de Crianças e foi analisado na Sexta Reunião da Comissão Especial sobre o funcionamento prático das Convenções de 1980 e 1996. A Comissão Especial:
- «acolheu favoravelmente o apoio esmagador ao direito da criança, de acordo com a sua idade e grau de maturidade, de ser ouvida no processo de regresso ao abrigo da Convenção de 1980 independentemente de ter havido oposição nos termos do n.º 2 do artigo 13²⁷⁶.
- A Comissão Especial reconheceu igualmente:
- «a necessidade da criança ser informada sobre o processo em curso e as suas possíveis consequências, de forma adequada à sua idade e grau de maturidade»²⁷⁷.
- 243 Deve-se acrescentar que a jurisprudência de muitos Estados Contratantes também reflete a crescente consciência da necessidade de uma representação separada da criança em alguns casos de rapto difíceis²⁷⁸.

270 Ver P. Beaumont e P. McEleavy (*loc. cit.* nota 268).

271 Ver o artigo 12.º da CNUDC (reproduzido na nota 266 acima), que promove o direito da criança a ser ouvida; relativamente à implementação efetiva do artigo 12.º, ver o *General Comment No 12 (July 2009) – The right of the child to be heard* (*op. cit.* nota 266).

272 Inspirada pelo artigo 12.º da CNUDC, a Convenção da Haia de 1996 relativa à Proteção das Crianças prevê, no seu artigo 23.º, n.º 2, alínea b), que o reconhecimento pode ser recusado «se a medida tiver sido tomada, salvo em caso de urgência, num contexto de um processo judiciário ou administrativo, sem se ter concedido à criança a possibilidade de ser ouvida, violando os princípios fundamentais dos procedimentos do Estado requerido». Ver também P. Lagarde, «Explanatory Report on the 1996 Hague Child Protection Convention» (*op. cit.* nota 80), página 585, n.º 123.

273 Por exemplo, em 1996, o Conselho da Europa adotou a *Convenção Europeia sobre o Exercício dos Direitos das Crianças*, que entrou em vigor em 1 de julho de 2000, com objetivo de proteger os melhores interesses das crianças através da adoção de várias medidas processuais para permitir às crianças o exercício dos seus direitos, em especial em processos judiciais em matéria de família. Quando o presente documento foi redigido, a Convenção encontrava-se em vigor na **Áustria, Croácia, Chipre, República Checa, Finlândia, França, Alemanha, Grécia, Itália, Letónia, República do Montenegro, Polónia, Eslovénia, antiga República jugoslava da Macedónia, Turquia e Ucrânia**; consultar em: <http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ChercheSig.asp?NT=160&CM=8&DF=05/12/2010&CL=ENG> (última consulta em 16 de junho de 2012); o Regulamento Bruxelas II-A, aplicável a todos os Estados-Membros, com exceção da **Dinamarca**, desde 1 de março de 2005, que complementa a aplicação da Convenção da Haia de 1980 sobre o Rapto de Crianças nesses Estados, também reflete os rápidos desenvolvimentos verificados recentemente na promoção dos direitos das crianças nos processos judiciais. Baseado, em grande medida, na Convenção da Haia de 1996 relativa à Proteção das Crianças, o Regulamento Bruxelas II-A incentiva, de forma ainda mais veemente, a consideração dos desejos da criança.

274 Por exemplo, as *Guidelines of the Committee of Ministers of the Council of Europe on child friendly justice*, adotadas em 17 de novembro de 2010, pelo Comité de Ministros do Conselho da Europa, disponível em: <https://wcd.coe.int/wcd/ViewDoc.jsp?id=1705197&Site=CM&BackColorInternet=C3C3C3&BackColorIntranet=EDB021&BackColorLogged=F5D383> (última consulta em 16 de junho de 2012); ver também a *Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões – Programa da UE para os direitos da criança*, COM (2011) 60 final de 15.12.2011, em especial a página 6, disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2011:0060:FIN:PT:PDF> (última consulta em 16 de junho de 2012). Ver ainda o relatório preparatório elaborado por U. Kilkelly, *Listening to children about justice: Report of the Council of Europe on Child-friendly Justice*, disponível em: http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/childjustice/CJ-S-CH%20_2010_%2014%20rev.%20E%205%20oct.%202010.pdf (última consulta em 16 de junho de 2012).

275 Ver a secção 10.4 do Perfil dos Estados no âmbito da Convenção de 1980 (nota 121 acima).

276 Ver as Conclusões e Recomendações da Parte I da Sexta Reunião da Comissão Especial (*op. cit.* nota 38), Recomendação n.º 50.

277 *Ibid.*

278 Ver o Perfil dos Estados no âmbito da Convenção de 1980 (nota 121 acima), secção 10.4, alínea d) e as Conclusões e Recomendações adotadas pela Parte I da Sexta Reunião da Comissão Especial (*op. cit.* nota 38), Recomendação n.º 51. Ver também, relativamente ao **Reino Unido**, M. Freeman e A.-M. Hutchinson, «Abduction and the Voice of the Child: Re M and After», *IFL* 2008, 163-167; ver também, relativamente à **Nova Zelândia**, a Nota Prática *Hague Convention Cases: New Zealand Family Court Guidelines*, disponível em: <http://www.justice.govt.nz/courts/family-court/practice-and-procedure/practice-notes> (última consulta em 16 de junho de 2012) e os artigos 106.º e 6.º da Lei da Proteção das Crianças, n.º 90, de 2004 (*Care of Children Act 2004 No 90*) da Nova Zelândia (na redação em vigor em 29 de novembro de 2010), disponível em: <http://www.legislation.govt.nz/act/public/2004/0090/latest/DLM317233.html> (última consulta em 16 de junho de 2012).

- 244 No entanto, as vias adotadas pelos Estados para proteger os direitos e os interesses das crianças em processos judiciais são diversas e a forma como a criança pode participar ou fazer-se representar num processo judicial ou os métodos pelos quais a opinião da criança pode ser determinada são consideravelmente diferentes²⁷⁹. Em alguns Estados, o juiz do processo relativo às responsabilidades parentais ouve diretamente as crianças: numa audiência judicial normal ou numa audiência especial na qual o juiz conversa com a criança sozinho ou na presença de um assistente social, etc.²⁸⁰. No entanto, mesmo nos países em que são previstas formas de participação direta das crianças nos processos judiciais, as posições quanto à idade a partir da qual a criança pode participar diferem. Nos Estados em que os juízes se mostram relutantes em ouvir as crianças diretamente, a opinião destas pode ser apresentada ao tribunal sob a forma de um relatório elaborado, por exemplo, por um assistente social ou um psicólogo que tenha ouvido a criança para esse efeito²⁸¹.
- 245 Questão diferente da de saber como é que o juiz do processo tem conhecimento da opinião da criança, é saber que importância deve ser dada à opinião e à vontade da criança. A resposta dependerá do objeto do processo e da idade e grau de maturidade da criança.
- 246 Na Sexta Reunião da Comissão Especial sobre o funcionamento prático das Convenções de 1980 e 1996, a Comissão Especial notou as diferentes abordagens das legislações nacionais (dos Estados) relativamente à forma como a opinião da criança é ouvida e introduzida nos processos e sublinhou a importância de assegurar que a pessoa que ouve a criança, seja o juiz, um especialista independente ou qualquer outra pessoa, tem, sempre que possível, formação adequada para o desempenho desta tarefa²⁸².

7.2 A audição da criança na mediação

- A opinião da criança deve ser tida em conta na mediação, de acordo com a sua idade e grau de maturidade.
 - Deve ser objeto de análise cuidada, dependendo das circunstâncias do caso concreto, a forma de introdução da opinião da criança e a sua eventual participação direta ou indireta na mediação.
- 247 A opinião da criança deve ser tida em consideração na mediação de um litígio familiar relativo a crianças²⁸³, bem como em outros mecanismos de resolução alternativa de litígios. Sobretudo tendo em conta a evolução da proteção dos direitos e interesses das crianças no contexto dos processos judiciais, é desejável que os mecanismos de resolução alternativa de litígios respeitem de igual forma os direitos e interesses das crianças, em especial o direito a que a sua opinião seja tomada em consideração.
- 248 Confirmando este princípio, na sua análise da implementação efetiva do artigo 12.º da CNUDC, o Comité dos Direitos da Criança declarou no seu Comentário Geral de 2009 sobre o direito da criança a ser ouvida que o direito de ser ouvida nos processos judiciais e administrativos que afetem a criança

279 Ver, por exemplo, uma comparação entre diferentes Estados europeus em M. Reich Sjögren, «Protection of Children in Proceedings», nota preparada para a Comissão dos Assuntos Jurídicos do Parlamento Europeu, Bruxelas, novembro de 2010, PE 432.737.

280 Ver, por exemplo, o caso da **Alemanha**: as crianças são obrigatoriamente ouvidas a partir dos 14 anos, ou menos se a sua opinião for considerada particularmente importante para o processo (artigo 159.º FamFG, nota 227 acima, que substituiu o artigo 50.º, alínea b) do FGG), o que será normalmente o caso nos processos relativos à custódia (nestes casos, são por vezes ouvidas crianças com 3 ou 4 anos de idade); ver também um estudo solicitado pelo Ministério da Justiça sobre a audição das crianças, M. Karle, S. Gathmann, G. Klosinski, «Rechtstatsächliche Untersuchung zur Praxis der Kindesanhörung nach § 50 b FGG», 2010. Em **França**, as crianças podem ser ouvidas pelo juiz ou por pessoa por aquele designada em conformidade com o artigo 388.º, n.º 1, do Código Civil francês.

281 Ver, com referências adicionais, M. Reich Sjögren (*op. cit.* nota 279); no **Reino Unido**, o tribunal pode, no contexto de um processo relativo à custódia ou ao contacto, ordenar a realização de um relatório por um assistente social especializado do Serviço Consultivo e de Apoio ao Tribunal de Família e de Menores (*Children and Family Court Advisory and Support Service, CAFCASS*); ver também M. Potter, «The Voice of the Child: Children's 'Rights' in Family Proceedings», *IFL* 2008, páginas 140-148, na página 143.

282 Ver as Conclusões e Recomendações adotadas pela Parte I da Sexta Reunião da Comissão Especial (*op. cit.* nota 38), Recomendação n.º 50.

283 Ver também *The Involvement of Children in Divorce and Custody Mediation – A Literature Review*, publicado pela Family Justice Services Division do Justice Services Branch (Ministry of Attorney General da Colúmbia Britânica), março de 2003, disponível em: <http://www.ag.gov.bc.ca/dro/publications/index.htm> (última consulta em 16 de junho de 2012).

deve também ser respeitado quando esses processos envolvam mecanismos de resolução alternativa de litígios, como a mediação e a arbitragem²⁸⁴.

- 249 No que toca a «ouvir a voz da criança» na mediação, esta difere substancialmente dos processos judiciais em dois aspetos: em primeiro lugar, a forma de audição da criança pode ser consideravelmente diferente; em segundo lugar, a forma como a opinião e a vontade da criança podem ser tidas em consideração também é diferente.
- 250 A possibilidade e a forma de audição da criança no processo de mediação dependerão, até certo ponto, do acordo dos progenitores. Isto porque, na maioria dos ordenamentos jurídicos, os mediadores não têm poder inquisitório, isto é, ao contrário dos juízes, eles geralmente não podem convocar a criança para uma audiência nem ordenar a elaboração de um relatório na sequência da sua audição por um especialista. O mediador apenas pode chamar a atenção dos progenitores para a importância de ouvir a opinião da criança e indicar, se for o caso, que o tribunal competente para atribuir eficácia e executoriedade ao acordo pode analisar se a opinião da criança foi suficientemente tida em conta. O mediador deve recomendar um procedimento para ouvir a criança na mediação que tenha em conta as circunstâncias do caso (por exemplo, a idade da criança, o risco de um novo rapto, história de violência doméstica, etc.). Uma solução possível é a participação direta da criança numa ou mais sessões de mediação. Outra possibilidade é a realização de uma reunião separada entre o mediador e a criança, que é depois relatada aos progenitores²⁸⁵. No entanto, a pessoa que ouve a criança deve ter formação especializada²⁸⁶, por forma a garantir que a reunião com a criança é conduzida de forma sensível às suas necessidades e adequada ao seu desenvolvimento e que o estilo da conversa evita e retira à criança qualquer responsabilidade de decisão²⁸⁷.
- 251 Quando a opinião da criança é introduzida no processo de mediação, esta não é tomada em consideração da mesma forma que num processo judicial. Num processo judicial, o juiz tira as suas conclusões da audição e, dependendo da idade e do grau de maturidade da criança, tem em consideração a opinião da criança na sua tomada de decisão sobre os melhores interesses da mesma. Um mediador, pelo contrário, só pode chamar a atenção das partes para a opinião da criança ou para outros aspetos que podem afetar os seus interesses e bem-estar, mas cabe inteiramente aos progenitores decidir sobre o conteúdo do seu acordo. Conforme referido anteriormente, deve ser sublinhado a este respeito que «o mediador deverá ter em mente, muito particularmente, o bem-estar e o interesse superior da criança (e) deverá encorajar os pais a concentrarem-se nas necessidades do filho e deverá recordar aos pais a sua responsabilidade primordial, tratando-se do bem-estar dos filhos (...)»²⁸⁸.
- 252 Dependendo dos sistemas jurídicos envolvidos, o mediador pode precisar também de recordar os progenitores de que, para obter a aprovação judicial do acordo, o mesmo deve proteger adequadamente os direitos e interesses das crianças.

284 Ver *General Comment No 12 (July 2009) – The right of the child to be heard* (*op. cit.* nota 266), página 12, n.º 33; ver também página 15, n.º 52.

285 No projeto-piloto de mediação do *Centrum Internationale Kinderontvoering* nos **Países Baixos**, um mediador com formação específica, que não conduzia a mediação naquele caso concreto, ouviu a criança em causa e apresentou um relatório sobre a reunião; no **Reino Unido**, os mediadores envolvidos no sistema-piloto da reunite, solicitam, sempre que adequado, ao tribunal do processo de regresso que a criança seja ouvida por um funcionário do Serviço Consultivo e de Apoio ao Tribunal de Família e de Menores (funcionário do CAF/CASS) e que o respetivo relatório seja disponibilizado aos progenitores e aos mediadores; ver o Relatório de 2006 sobre o Sistema-Piloto de Mediação da reunite (*op. cit.* nota 97), página 10.

286 Por exemplo, no **Reino Unido (Inglaterra e País de Gales)**, o *Code of Practice for Family Mediators* do Conselho de Mediação Familiar, aprovado pelas organizações membros, 2010, disponível em: www.familymediationcouncil.org.uk (última consulta em 16 de junho de 2012), prevê que os mediadores apenas podem ouvir diretamente as crianças quando tenham completado com sucesso a formação específica aprovada pelas organizações membros e/ou pelo Conselho e tenham recebido autorização específica dos Serviços de Registo Criminal (n.ºs 3.5 e 5.7.3); ver também o capítulo 14 abaixo.

287 Ver J. McIntosh (*op. cit.* nota 265), página 5.

288 Ver a Recomendação n.º R (98) 1 do Conselho da Europa sobre a mediação familiar (nota 52 acima), III (Processo de mediação); sobre o princípio da consideração dos interesses e do bem-estar da criança, ver a secção 6.1.6 acima.

8 Participação eventual de terceiros

→ Sempre que as partes de um litígio concordem e o mediador considere viável e adequado, a mediação pode ser aberta à participação de terceiros cuja presença possa ser útil para se encontrar uma solução de mútuo acordo.

- 253 Para encontrar uma solução duradoura para um litígio familiar, às vezes pode ser útil incluir no processo de mediação uma pessoa com laços estreitos com uma ou ambas as partes, cuja cooperação seja necessária para a boa execução do acordo de mediação. Este terceiro pode ser, por exemplo, o novo parceiro de um dos progenitores ou um avô ou uma avó. Dependendo das suas origens culturais, as partes podem desejar que alguém respeitado na sua comunidade participe na mediação.
- 254 Uma das vantagens da mediação é precisamente o facto de o processo ser suficientemente flexível para permitir a intervenção de pessoas que não têm legitimidade para intervir como partes no processo, mas que podem ter uma forte influência sobre o sucesso da resolução do litígio. No entanto, o mediador terá de decidir, em cada caso, se o envolvimento de um terceiro numa sessão de mediação ou em parte de uma sessão é viável e apropriado, sem comprometer a eficácia da mediação. A presença de um terceiro numa sessão de mediação ou a organização de um encontro entre o mediador e o terceiro pressupõe, evidentemente, o acordo de ambas as partes. A participação de uma terceira pessoa pode ser um desafio, especialmente quando se trata de garantir que não há desequilíbrio de poder entre as partes. Por outro lado, se um terceiro participar em comunicações no âmbito da mediação, a questão da confidencialidade deve ser assegurada.
- 255 No que toca à solução de mútuo acordo alcançada na mediação, há-que destacar que este é um acordo entre as partes e que o terceiro não adquire o estatuto de parte no acordo através da participação na mediação. Em alguns casos, no entanto, quando a execução do acordo dependa da cooperação do terceiro, pode ser útil que este subscreva o acordo celebrado entre as partes como sinal do seu apoio.

9 Organização dos contactos entre o progenitor cujo direito de custódia foi violado e a criança durante o processo de mediação

- 256 O rapto de crianças provoca geralmente a interrupção súbita e total do contacto entre o progenitor cujo direito de custódia foi violado e a criança, o que é muito doloroso para ambos e pode, dependendo da duração da interrupção, levar à alienação. Para proteger a criança de maiores danos e dado o direito da criança a manter o contacto com ambos os progenitores, é importante restabelecer rapidamente o contacto entre a criança e o progenitor cujo direito de custódia foi violado. Há várias formas de restabelecer provisoriamente este contacto imediatamente após o rapto, podendo ser considerados os meios modernos de comunicação (incluindo o correio eletrónico, mensagens instantâneas, chamadas telefónicas através da Internet, etc.)²⁸⁹.
- 257 Se o progenitor cujo direito de custódia foi violado se deslocar ao Estado requerido para uma audiência no processo de regresso com base na Convenção de 1980 ou para uma sessão de mediação, é fortemente recomendado que se considerem medidas que permitam um encontro pessoal entre este e a criança²⁹⁰, o que pode constituir um passo decisivo para a atenuação do conflito. Estas reuniões presenciais podem ser muito úteis na mediação, em que é crucial um diálogo construtivo entre as partes. Os mediadores com experiência em casos de rapto internacional de crianças reconhecem os efeitos positivos desses contactos no processo de mediação em si²⁹¹.

289 Ver o Guia de Boas Práticas sobre o Contacto Transfronteiriço (*op. cit.* nota 16), secção 6.7, página 33.

290 Ver também S. Vigers, Notas relativas ao desenvolvimento da mediação, da conciliação e de mecanismos análogos (*op. cit.* nota 11), 6.1, página 20.

291 Ver, por exemplo, S. Kiesewetter e C.C. Paul, «Family Mediation in an International Context: Cross-Border Parental Child Abduction, Custody and Access Conflicts: Traits and Guidelines», in S. Kiesewetter e C.C. Paul (Eds) (*op. cit.* nota 98), página 47.

9.1 Salvaguardas / Prevenção de novo rapto

→ **Pode ser necessário estabelecer salvaguardas para garantir o respeito dos termos e condições dos contactos provisórios e para eliminar o risco de um novo rapto.**

As referidas medidas de salvaguarda podem incluir²⁹²:

- entrega do passaporte ou de outros documentos de viagem, sendo solicitado às embaixadas e consulados estrangeiros que não emitam novos passaportes ou documentos de viagem para a criança;
- a obrigação do progenitor requerente contactar regularmente a polícia ou outra autoridade durante o período de contacto;
- depósito de uma caução;
- supervisão dos contactos por um profissional ou um membro da família;
- restrição dos locais para os contactos autorizados, etc.

258 Para mais informações, consulte o Guia de Boas Práticas sobre o Contacto Transfronteiriço²⁹³ relativo a crianças, capítulo 6, que tem em consideração os objetivos da *Convenção do Conselho da Europa sobre as relações pessoais no que se refere às crianças*²⁹⁴, adotada em 15 de maio de 2003.

9.2 Cooperação estreita entre as Autoridades Centrais e as autoridades administrativas e judiciais

→ **Sempre que forem organizados, no decurso do processo de mediação, contactos entre o progenitor cujo direito de custódia foi violado e a criança raptada, pode ser necessária a cooperação com as autoridades para eliminar qualquer risco para a criança, incluindo o de um novo rapto.**

259 Nos termos da Convenção da Haia de 1980 sobre o Rapto de Crianças, a Autoridade Central é responsável por introduzir ou favorecer a abertura de um procedimento judicial ou administrativo que «permita a organização ou o exercício efetivo do direito de visita» (ver o artigo 7.º, n.º 2, alínea f); ver também o artigo 21.º)²⁹⁵. Paralelamente, o artigo 7.º, n.º 2, alínea b), da Convenção de 1980 obriga as Autoridades Centrais a tomar todas as medidas apropriadas para «evitar novos danos à criança, ou prejuízos às partes interessadas, tomando ou fazendo tomar medidas provisórias». Tal como reconhecido na Sexta Reunião da Comissão Especial sobre o funcionamento prático das Convenções de 1980 e 1996, nos termos do artigo 7.º, n.º 2, alínea b) e do artigo 21.º da Convenção de 1980, durante a pendência do processo de regresso, o Estado requerido pode organizar contactos entre o requerente e a criança sempre que for adequado²⁹⁶.

260 As Autoridades Centrais são incentivadas a adotar uma abordagem proactiva e prática no desempenho das suas funções em processos sobre o direito de visita/contacto²⁹⁷. Os mediadores devem estar conscientes do apoio significativo que as Autoridades Centrais podem dar na organização do contacto provisório entre o progenitor cujo direito de custódia foi violado e a criança raptada. Devem ainda estar conscientes da necessidade de uma cooperação estreita com as Autoridades Centrais e outros organismos no que toca à adoção de medidas de proteção necessárias. Para mais informações, consulte o Guia de Boas Práticas sobre o Contacto Transfronteiriço relativo a crianças²⁹⁸.

292 Ver o Guia de Boas Práticas sobre o Contacto Transfronteiriço (*op. cit.* nota 16), secção 6.3, páginas 31 e 32.

293 *Ibid.*, páginas 31 e seguintes.

294 CETS n.º 192; O texto da convenção está disponível em: <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/192.htm> (última consulta em 16 de junho de 2012).

295 Para informações detalhadas, ver o Guia de Boas Práticas sobre o Contacto Transfronteiriço (*op. cit.* nota 16), secção 4.6, página 23.

296 Ver as Conclusões e Recomendações adotadas pela Parte I da Sexta Reunião da Comissão Especial (*op. cit.* nota 38), Recomendação n.º 20; ver também o Guia de Boas Práticas sobre o Contacto Transfronteiriço (*op. cit.* nota 16), secção 4.4, páginas 21 e 22.

297 Ver as Conclusões e Recomendações adotadas pela Parte I da Sexta Reunião da Comissão Especial (*op. cit.* nota 38), Recomendação n.º 18; ver também o Guia de Boas Práticas sobre o Contacto Transfronteiriço (*loc. cit.* nota 296).

298 *Op. cit.* nota 16.

10 Mediação e acusações de violência doméstica

- 261 A violência doméstica é, infelizmente, um fenómeno generalizado que pode assumir muitas formas: pode consistir em violência física ou psicológica²⁹⁹; pode ser dirigida contra a criança («abuso infantil»)³⁰⁰ e/ou contra o parceiro³⁰¹; e pode ainda tratar-se de um incidente isolado ou de um comportamento recorrente. Quando a violência doméstica é recorrente, um ciclo típico de violência doméstica pode incluir: (1) uma fase de crescentes tensões com ligeiras agressões; (2) um incidente grave com uma intensificação da violência; e (3) uma fase de reconciliação, em que o agressor muitas vezes implora o perdão da vítima e promete nunca mais ser violento, enquanto a vítima tenta acreditar nessas promessas e, às vezes, até se sente responsável pelo bem-estar psicológico do autor da violência³⁰². As situações recorrentes de violência são caracterizados pelo facto da vítima se sentir impotente e presa no ciclo de violência, convencida de que a situação é imutável e temendo deixar o agressor por ter medo de represálias³⁰³.
- 262 As denúncias de violência doméstica não são incomuns nos casos de rapto internacional de crianças. Enquanto umas podem ser infundadas, outras serão legítimas e, porventura, o motivo do rapto. A violência doméstica é uma questão muito sensível e deve ser tratada como tal.
- 263 As opiniões sobre a adequação da mediação aos litígios familiares que envolvem violência doméstica dividem-se. Alguns especialistas acreditam que, nestas circunstâncias, a mediação é geralmente inadequada por várias razões, salientando que pode colocar a vítima em perigo. Partindo do princípio de que o momento da separação é o momento mais perigoso para a vítima, os referidos especialistas acreditam que o contacto presencial com o autor da violência nesse momento acarreta o risco de mais violência ou trauma³⁰⁴. Além disso, eles consideram que a mediação, como meio de resolução amigável de litígios, é ineficaz nos casos de violência doméstica, porque a mediação é baseada na cooperação³⁰⁵ e o seu sucesso depende das partes terem poderes de negociação iguais. É defendido que, uma vez que as vítimas de violência doméstica muitas vezes têm dificuldades em defender os seus interesses quando confrontadas com o autor da violência, a mediação conduzirá necessariamente a acordos injustos³⁰⁶. Alguns oponentes da mediação num contexto de violência doméstica sublinham que a mediação legitimaria a violência, em vez de punir os respetivos autores.
- 264 Defendendo posição inversa, muitos especialistas são contra a exclusão geral da mediação nos casos de violência doméstica, desde que estejam envolvidos profissionais com uma boa formação e conhecimentos amplos na matéria³⁰⁷. É apontado que os casos de violência doméstica são muito diferentes entre si e que é essencial uma avaliação caso a caso: alguns casos podem ser suscetíveis de mediação, enquanto outros devem claramente ser decididos pelos tribunais³⁰⁸. Sempre que a vítima tenha recebido informações suficientes para tomar uma decisão informada, a sua vontade de participar num procedimento potencialmente benéfico - se for seguro - deve ser respeitada³⁰⁹. Alguns autores argumentam que a participação da vítima numa mediação adequada e bem gerida pode contribuir para a sua capacitação³¹⁰. Às preocupações sobre a segurança das vítimas durante a mediação é

299 O abuso físico e psicológico pode incluir abuso sexual, emocional e até financeiro. A violência doméstica é um fenómeno complexo e com variantes culturais, sendo também transversal em termos de género, raça, origens étnicas, idade e situação socioeconómica, ver J. Alanen, «When Human Rights Conflict: Mediating International Parental Kidnapping Disputes Involving the Domestic Violence Defense», 40 *U. Miami Inter-Am. L. Rev.* 49 (2008-2009), página 64.

300 Relativamente à violência contra a criança, este Guia distingue entre violência direta e indireta. A primeira consiste em violência doméstica contra a criança e a segunda em violência contra um progenitor ou outro membro do agregado familiar que afeta a criança. Ver também a definição de violência doméstica no Glossário acima e no n.º 270 abaixo.

301 Na maioria dos casos, a mulher é a vítima de violência doméstica; ver, por exemplo, «Domestic Violence Parliamentary Report of the United Kingdom», publicado em junho de 2008, Sumário no *IFL* 2008, páginas 136 e 137, onde é referido que a grande maioria da violência grave e recorrente era perpetrada por homens contra mulheres; ver também H. Joyce (*op. cit.* nota 228), página 449, onde se afirma que as mulheres são as vítimas de 95 por cento dos incidentes de violência doméstica relatados.

302 *Ibid.*, páginas 499 e 450.

303 *Ibid.*

304 Para mais referências relativas a esta opinião, ver *ibid.*, página 452.

305 Para mais referências relativas a esta opinião, ver *ibid.*

306 Para mais referências relativas a esta opinião, ver *ibid.*, página 451.

307 Ver, por exemplo, o Relatório de 2006 sobre o Sistema-Piloto de Mediação da reunite (*op. cit.* nota 97), página 53.

308 Ver, com mais referências, N. ver Steegh (*op. cit.* nota 8), página 665.

309 Ver, com mais referências, *ibid.*

310 J. Alanen (*op. cit.* nota 299), página 69, nota 69.

contraposto o argumento de que a mediação não envolve necessariamente sessões presenciais, podendo também ser realizada através de teleconferência ou sessões em separado.

- 265 Relativamente ao processo de mediação, o argumento é que existem muitas formas através do qual o mesmo pode ser adaptado para proteger e capacitar a vítima. Por exemplo, as regras estabelecidas para a sessão de mediação podem proibir comportamento degradante e prever a cessação imediata da mediação se essas regras não forem respeitadas. Os profissionais de mediação devem conhecer os programas de reabilitação e outros recursos eventualmente existentes para progenitores violentos.
- 266 Estes pontos de vista diferentes estão também refletidos na legislação. Em alguns ordenamentos jurídicos, a lei ou proíbe expressamente o recurso à mediação nos litígios familiares envolvendo crianças sempre que existam provas de um «historial» de violência doméstica ou sujeita o recurso à mediação nestas circunstâncias a certas condições³¹¹.
- 267 Deve sublinhar-se que a violência doméstica constitui em si, muitas vezes, um crime grave e, como tal, não é objeto de mediação: o objeto da mediação são questões como a custódia e o direito de visita, estipulações relativas a alimentos e outros assuntos relacionados com a organização familiar³¹².

10.1 Tratamento da violência doméstica no âmbito do processo de regresso da Convenção da Haia

- 268 Antes de abordar a questão da mediação no contexto dos casos de rapto de crianças que envolvem acusações de violência doméstica, é importante dizer algumas palavras sobre as acusações de violência doméstica no âmbito do processo de regresso da Convenção de 1980 em geral.
- 269 Ocorrido o rapto de uma criança, o artigo 7.º, n.º2, alínea b), da Convenção da Haia de 1980 sobre o Rapto de Crianças dispõe que as Autoridades Centrais devem «evitar novos danos à criança, ou prejuízos às partes interessadas, tomando ou fazendo tomar medidas provisórias». Portanto, se existe o perigo de o raptor causar danos à criança, a Autoridade Central pode, em conformidade com os poderes conferidos pelo Estado Contratante em causa, tomar medidas provisórias, ou fazer tomar tais medidas pela autoridade competente. Esta disposição funciona em conjunto com o artigo 11.º da Convenção da Haia de 1996 relativa à Proteção das Crianças que, em caso de emergência, permite que as autoridades do Estado Contratante em que a criança se encontra tomem as necessárias medidas de proteção.
- 270 No entanto, na maioria dos casos, as alegações de violência doméstica não são feitas contra o raptor mas sim contra o progenitor cujo direito de custódia foi violado³¹³. O risco imediato para a segurança do raptor e/ou para a criança será tratado pelas autoridades do Estado requerido nos termos do seu direito processual. Podem ser, por exemplo, tomadas medidas pela Autoridade Central e/ou pelo tribunal para evitar revelar a localização da vítima de violência doméstica ao outro progenitor ou, de outro modo, evitar um encontro não supervisionado entre as partes³¹⁴.
- 271 No decurso do processo de regresso da Convenção de 1980, as acusações de violência doméstica desempenham um papel no momento de decidir se é aplicável uma exceção ao regresso da criança ao abrigo do artigo 13.º, n.º1, alínea b), da Convenção da Haia de 1980 sobre o Rapto de Crianças. Nos termos deste artigo, a autoridade judicial ou administrativa do Estado requerido não é obrigada a ordenar o regresso da criança se se provar «que existe um risco grave de a criança, no seu regresso, ficar sujeita a perigos de ordem física ou psíquica, ou, de qualquer outro modo, a ficar numa situação intolerável». Este risco pode resultar não só de abuso infantil, mas também de violência doméstica contra o raptor que afete indiretamente a criança. No entanto, de acordo com os objetivos da Convenção de 1980, as exceções previstas no artigo 13.º devem ser interpretadas de forma restritiva³¹⁵. Além das circunstâncias do caso, a questão de saber se as condições de aplicação da exceção do sério risco estão preenchidas ou não na presença de denúncias de violência doméstica também dependerá

311 Ver também H. Joyce (*op. cit.* nota 228), páginas 459 e seguintes.

312 J. Alanen (*op. cit.* nota 299), páginas 87 e 88, nota 151.

313 O artigo 7.º, n.º 2, alínea b), da Convenção da Haia de 1980 sobre o Rapto de Crianças foi redigido com o intuito principal de evitar outra deslocação da criança. Ver E. Pérez-Vera, «Explanatory Report on the 1980 Hague Child Abduction Convention» (*op. cit.* nota 93), n.º 91.

314 Ver também o n.º 277 abaixo.

315 Ver E. Pérez-Vera (*ibid.*), página 434, n.º 34; ver também as Conclusões e Recomendações da Quarta Reunião da Comissão Especial (*op. cit.* nota 34), n.º 4.3, página 12 e as Conclusões e Recomendações da Quinta Reunião da Comissão Especial (*id.*), n.º 1.4.2, página 8.

da capacidade de implementação de medidas de proteção para garantir um regresso seguro³¹⁶ da criança e, possivelmente, do raptor, ao Estado de residência habitual.

- 272 Embora a Convenção da Haia de 1980 sobre o Rapto de Crianças, trate do regresso da criança, o regresso seguro do raptor é, muitas vezes, uma preocupação para o tribunal do processo de regresso com base na Convenção, em especial quando o raptor é o progenitor que cuida efetivamente da criança. O regresso seguro do raptor pode ser uma condição necessária para a decisão de regresso no caso de separação entre a criança e o raptor devido à impossibilidade de regresso deste expor a criança a um risco grave de perigo. Ver também a secção 2.8 acima relativamente ao processo-crime como obstáculo ao regresso do raptor.
- 273 Sempre que seja determinado que o regresso sujeitaria a criança a perigos graves de ordem física ou psicológica ou a colocaria numa situação intolerável, o tribunal do processo de regresso não é obrigado a ordenar o regresso da criança³¹⁷. Na maioria dos casos, a decisão de retenção terá como consequência uma transferência da competência³¹⁸ em matéria de custódia para o Estado da nova residência habitual da criança³¹⁹.
- 274 O tratamento das acusações de violência doméstica no processo de regresso da Convenção da Haia é uma questão muito sensível e não pode ser generalizada, em especial devido às várias facetas dos casos em que a violência doméstica é alegada. A Sexta Reunião da Comissão Especial sobre o funcionamento prático das Convenções de 1980 e 1996 sublinhou a autonomia dos tribunais dos processos judiciais de regresso relativamente:
- «à apreciação da prova e à determinação da aplicação da exceção do risco grave de sujeição a perigos (artigo 13.º, n.º 1, alínea b)), incluindo alegações de violência doméstica, tendo em devida conta o objetivo da Convenção de 1980, que visa garantir o regresso seguro e imediato da criança»³²⁰.
- Paralelamente, a Comissão Especial sugeriu medidas para promover uma maior coerência na interpretação e aplicação do artigo 13.º, n.º 1, alínea b)³²¹. Na sequência desta sugestão, o Conselho decidiu, em abril de 2012,
- «criar um Grupo de Trabalho composto por um vasto leque de especialistas, incluindo juízes, Autoridades Centrais e especialistas interdisciplinares para desenvolverem um Guia de Boas Práticas relativo à interpretação e aplicação do artigo 13.º, n.º 1, alínea b), com vista a fornecer orientações dirigidas especificamente às autoridades judiciais»³²².

316 Medidas que assegurem o regresso em segurança podem incluir decisões-espelho, de porto seguro ou outras medidas de proteção. Ver mais informações no Guia de Boas Práticas sobre Execução (*op. cit.* nota 23), capítulo 9, páginas 35 e seguintes; ver também J.D. Garbolino, *Handling Hague Convention Cases in U.S. Courts* (3ª ed.), Nevada 2000, páginas 79 e seguintes.

317 O Regulamento Bruxelas II-A, que funciona em conjunto com a Convenção da Haia de 1980 sobre o Rapto de Criança, dispõe, no artigo 11.º, n.º 4, que «o tribunal não pode recusar o regresso da criança ao abrigo da alínea b) do artigo 13.º da Convenção da Haia de 1980, se se provar que foram tomadas medidas adequadas para garantir a sua proteção após o regresso».

318 Relativamente à questão da competência, ver o capítulo 13 abaixo; ver também o capítulo 13 do Guia Prático sobre a Convenção da Haia de 1996 relativa à Proteção das Crianças (*op. cit.* nota 223) relativamente à alteração de competência em conformidade com o artigo 7.º da Convenção de 1996.

319 Nos termos do artigo 11.º, n.º 8, do Regulamento Bruxelas II-A, não obstante uma decisão de retenção, proferida ao abrigo do artigo 13.º da Convenção da Haia de 1980, a criança pode ter que regressar se existir «uma decisão posterior que exija o regresso da criança, proferida por um tribunal competente ao abrigo do presente regulamento.»

320 Ver as Conclusões e Recomendações adotadas pela Parte II da Sexta Reunião da Comissão Especial sobre o funcionamento prático da Convenção da Haia de 1980 sobre o Rapto de Crianças e da Convenção da Haia de 1996 relativa à Proteção das Crianças (25 a 31 de janeiro de 2012) (disponível em: www.hcch.net, em «Child Abduction Section»), Recomendação n.º 80.

321 *Ibid.*, Recomendações n.º 81 e 82:

«81. A Comissão Especial recomenda a continuação do trabalho para promover a coerência na interpretação e aplicação do artigo 13.º, n.º 1, alínea b), incluindo, designadamente, alegações de violência doméstica e familiar.

82. A Comissão Especial recomenda que o Conselho dos Assuntos Gerais e Política autorize a criação de um Grupo de Trabalho constituído por juízes, Autoridades Centrais e especialistas interdisciplinares para desenvolverem um Guia de Boas Práticas relativo à interpretação e aplicação do artigo 13.º, n.º 1, alínea b), com vista a fornecer orientações dirigidas especificamente às autoridades judiciais, tendo em conta as Conclusões e Recomendações das reuniões da Comissão Especial e os Guias de Boas Práticas anteriores».

322 Ver as Conclusões e Recomendações adotadas pelo Conselho de 2012 (*op. cit.* nota 39), Recomendação n.º 6.

10.2 Salvaguardas na mediação / Proteção da parte vulnerável

- O recurso à mediação nos casos que envolvam violência doméstica deve ser ponderado com cautela. É necessária formação adequada para avaliar a adequação da mediação ao caso concreto.
- A mediação não deve, em caso algum, colocar em perigo a vida ou a segurança de uma pessoa, especialmente da vítima de violência doméstica, dos membros da família ou do mediador. A escolha entre a mediação direta ou indireta, do local da mediação e do modelo e do método de mediação deve ser adaptada às circunstâncias do caso concreto.
- Sempre que a mediação for considerada adequada num caso que envolva violência doméstica, a mesma deve ser conduzida por mediadores experientes com formação específica na mediação em tais circunstâncias.

- 275 A adequação da mediação num caso de rapto internacional de crianças em que um dos progenitores é acusado de violência doméstica deve ser cuidadosamente ponderada. A pessoa que determina a adequação da mediação deverá ter formação adequada³²³. Mesmo na ausência de denúncias de violência doméstica, a avaliação da adequação da mediação ao caso concreto deve sempre ter em consideração que pode, ainda assim, existir violência doméstica.
- 276 Os seguintes fatores podem ser particularmente úteis para determinar se o serviço de mediação disponível é adequado ao caso concreto³²⁴: a gravidade e frequência dos episódios de violência doméstica³²⁵; o alvo da violência doméstica; o padrão de violência³²⁶; a saúde física e mental das partes³²⁷; a provável reação do principal autor da violência³²⁸; a existência de mediação concebida especificamente para os casos de violência doméstica; a forma como o serviço de mediação disponível pode tratar das questões relativas à segurança; e se as partes estão representadas³²⁹. Deve também notar-se que, se um mediador tiver conhecimento, durante a avaliação inicial ou durante a mediação, de circunstâncias que indiciem a prática de um crime (por exemplo, abuso sexual de crianças), está obrigado, em muitos ordenamentos jurídicos, a transmitir essas informações às autoridades como, por exemplo, a polícia e os organismos de proteção das crianças. Esta obrigação pode prevalecer sobre o princípio da confidencialidade da mediação³³⁰.
- 277 A mediação não deve, em caso algum, colocar em perigo a vida ou a segurança de uma pessoa, especialmente da vítima de violência doméstica, dos membros da família e do mediador. Apenas deve ser organizada uma reunião presencial, quer como reunião preparatória, quer como sessão de mediação, se puder ser assegurada a segurança de todos. Dependendo das circunstâncias do caso, poderá ser necessária a assistência das autoridades públicas³³¹. Noutros casos, poderá ser suficiente evitar o risco associado a encontros não supervisionados entre as partes. Em tais casos, por exemplo, deve ser eliminada qualquer possibilidade de as partes se encontrarem a caminho da sessão de mediação, pelo que devem ser organizadas partidas e chegadas separadas³³². Outras medidas podem incluir a instalação de um botão de emergência na sala onde a mediação terá lugar. Durante a mediação, as partes nunca devem ser deixadas sozinhas. A comediação pode ser particularmente útil nestes casos. Por um lado, a presença de dois mediadores experientes pode tranquilizar a vítima e ajudar a aliviar as tensões; por outro lado, se um dos mediadores se ausentar da reunião, um mediador

323 Relativamente à importância dos procedimentos de triagem, ver L. Parkinson, *Family Mediation – Appropriate Dispute Resolution in a new family justice system*, 2.ª ed., Family Law 2011, capítulo 3, páginas 76 e seguintes.

324 Ver também o artigo 48.º da Convenção do Conselho da Europa para a Prevenção e o Combate à Violência Contra as Mulheres e a Violência Doméstica, disponível em: <http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/convention-violence/convention/Convention%20210%20Portuguese.pdf> (última consulta em 16 de junho de 2012), que exige que o Estados Contratantes tomem «as medidas legislativas ou outras necessárias para proibir os processos obrigatórios alternativos de resolução de disputas, incluindo a mediação e a conciliação em relação a todas as formas de violência cobertas pelo âmbito de aplicação da presente Convenção».

325 Ver, com mais referências, N. ver Steegh (*op. cit.* nota 8), página 665.

326 *Ibid.*

327 *Ibid.*

328 *Ibid.*

329 *Ibid.*

330 Relativamente às exceções ao princípio da confidencialidade, ver o n.º 211 acima.

331 Quanto mais graves forem as circunstâncias, menor será a adequação geral da mediação ao caso concreto.

332 Ver também L. Parkinson (*loc. cit.* nota 323).

experiente permanece com as partes. A presença de outras pessoas, como advogados ou outras pessoas que forneçam apoio, também pode ser considerada, sempre que adequado³³³.

- 278 Se o serviço de mediação disponível não estiver equipado para eliminar os riscos de segurança associados a uma reunião presencial ou esta for inadequada por outras razões, pode ser considerada a utilização da mediação indireta através de reuniões separadas entre o mediador e cada uma das partes (designadas «reuniões privadas») ou o uso de tecnologia moderna, como ligações de vídeo ou comunicação através da Internet.
- 279 Uma vez adotadas as medidas de salvaguarda contra o risco de perigos na mediação, devem ser tomadas medidas para garantir que a mediação não é prejudicada por um desequilíbrio no poder de negociação das partes³³⁴. A mediação deve ser conduzida por mediadores experientes, com formação especializada, que devem adaptar o processo de mediação aos desafios de cada caso concreto. Devem ser cuidadosamente consideradas as questões de segurança associadas à execução do acordo de mediação numa fase posterior.
- 280 Em geral, a estreita cooperação com as autoridades judiciais e administrativas conduz à prevenção de riscos para a segurança³³⁵.
- 281 Geralmente, os mediadores devem estar atentos e ser capazes de reconhecer³³⁶ os sinais de violência doméstica ou a ameaça de violência, mesmo quando nenhuma das partes tenha feito qualquer acusação, e devem estar preparados para tomar as precauções e medidas necessárias³³⁷.

10.3 Informações sobre medidas de proteção

→ **Devem ser disponibilizadas informações sobre as possíveis medidas de proteção do progenitor e da criança nos ordenamentos jurídicos em causa.**

- 282 Devem ser disponibilizadas às partes, para efeito das discussões durante a mediação, informações sobre as medidas de proteção do progenitor e da criança que podem ser adotadas no Estado de residência da criança antes do rapto e no Estado para o qual a criança foi ilicitamente deslocada. O fornecimento destas informações pode ser facilitado pela Autoridade Central ou por um Ponto de Contacto Central para a mediação familiar internacional³³⁸. Além disso, o Perfil dos Estados no âmbito da Convenção da Haia de 1980 sobre o Rapto de Crianças pode ser uma fonte útil de informações relativas às medidas de proteção³³⁹.

333 Ver, com mais referências, N. ver Steegh (*op. cit.* nota 8), página 666.

334 Ver também a Recomendação n.º R (98) 1 do Conselho da Europa sobre a Mediação Familiar (nota 52 acima), III (Processo de mediação):

«Os Estados devem cuidar da existência de mecanismos apropriados, de modo a que o processo de mediação se desenrole em conformidade com os seguintes princípios: (...)

«ix. o mediador deverá dar uma atenção particular à questão de saber se houve violências entre as partes, ou se elas são suscetíveis 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».

335 Para informações relativas à disponibilidade de determinadas medidas de salvaguarda, ver as secções 19.4, d) e h) do Perfil dos Estados no âmbito da Convenção de 1980 (nota 121 acima).

336 Relativamente aos diferentes tipos de violência e abuso que um mediador deve ser capaz de reconhecer e distinguir ver, por exemplo, L. Parkinson (*loc. cit.* nota 323).

337 Ver também a Recomendação n.º R (98) 1 do Conselho da Europa sobre a Mediação Familiar (nota 52 acima), III (Processo de mediação):

«Os Estados devem cuidar da existência de mecanismos apropriados, de modo a que o processo de mediação se desenrole em conformidade com os seguintes princípios: (...)

«ix. o mediador deverá dar uma atenção particular à questão de saber se houve violências entre as partes, ou se elas são suscetíveis 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».

338 Sobre o papel dos Pontos de Contacto Centrais para a mediação familiar internacional no fornecimento de informações, ver a secção 4.1 acima.

339 Ver a secção 11.2 do Perfil dos Estados no âmbito da Convenção de 1980 (nota 121 acima)

11 Os termos do acordo de mediação – Realismo

→ Os termos do acordo de mediação devem ser redigidos de forma realista e ter em consideração todas as questões práticas relacionadas, especialmente no que diz respeito à organização do contacto e das visitas.

- 283 Quando a solução de mútuo acordo estiver à vista, o mediador deve ajudar as partes a acertar os detalhes do acordo. Em muitos casos, o mediador é quem redigirá o «acordo» ou «memorando de entendimento», em conformidade com a vontade das partes³⁴⁰.
- 284 Como foi mencionado no capítulo 5 («Âmbito da mediação»), os acordos resultantes da mediação em casos de rapto internacional de crianças regulam geralmente os seguintes aspetos: regresso ou não regresso da criança e, neste caso, o local onde a criança irá estabelecer sua nova residência; com qual dos progenitores a criança vai viver, bem como a questão das responsabilidades parentais e do seu exercício. Além disso, o acordo pode resolver certas questões financeiras, tais como despesas de viagem, e, em alguns casos, questões de alimentos à criança e ao cônjuge ou ex-cônjuge.
- 285 É importante que o acordo de mediação seja redigido em conformidade com o quadro jurídico aplicável para que possa ter eficácia jurídica em todos os ordenamentos jurídicos em causa. A este respeito, embora o seu papel não seja, obviamente, o de prestar aconselhamento jurídico, o mediador pode mencionar às partes o quadro jurídico nacional ou internacional aplicável. O mediador deve, em todo o caso, chamar a atenção das partes para a importância de consultarem os seus representantes legais especializados a este respeito ou de obterem, de outra forma, aconselhamento jurídico especializado para o seu caso concreto.
- 286 Uma vez que o acordo esteja redigido, pode ser aconselhável conceder às partes «um curto período de reflexão antes da assinatura»³⁴¹. Este período deve também ser utilizado para obter as informações jurídicas necessárias³⁴².
- 287 O acordo de mediação deve ser realista e tão detalhado quanto possível no que diz respeito a todos os direitos e obrigações nele estipulados. Isto é importante não só para evitar problemas na aplicação do acordo, mas também para que o mesmo seja declarado executório (ver também o capítulo 12). Por exemplo, se os progenitores acordarem no regresso da criança, devem ser abordadas as modalidades do regresso, incluindo a questão das despesas de viagem e da pessoa com quem a criança vai viajar e o local onde a criança ficará após o regresso³⁴³. Quando os progenitores ficarem a residir em Estados diferentes, o exercício transfronteiriço das responsabilidades parentais deve ser regulado de forma realista³⁴⁴. Na redação das condições dos contactos transfronteiriços, por exemplo, é importante estabelecer datas e períodos de tempo específicos de forma a respeitar as férias escolares. Outro aspeto a regular é o relativo às despesas de viagem. Sempre que possível, é importante eliminar todas as fontes de mal-entendidos e os obstáculos práticos na organização do contacto. Assim, quando um progenitor cujo direito de custódia foi violado concorde que a criança permaneça com o raptor no Estado para o qual foi ilicitamente deslocada, desde que os seus direitos de manter contacto sejam suficientemente acautelados, os progenitores podem acordar que o raptor comprará os bilhetes de avião para a criança passar as férias de verão no Estado da sua anterior de residência com o progenitor cujo direito de custódia foi violado. Os meios financeiros futuros devem também ser abordados e, para evitar dificuldades de última hora com a aquisição dos bilhetes, os progenitores podem acordar, por exemplo, que deve ser depositado um montante com bastante antecedência para que o progenitor cujo direito de custódia foi violado possa tratar dos aspetos práticos da viagem³⁴⁵.
- 288 Devem ser tomadas precauções em relação às condições que vão para além da esfera de influência das partes. Por exemplo, um acordo não deve exigir que uma das partes desista de um processo-crime se, no sistema jurídico em causa, uma vez iniciado o processo-crime, apenas o Ministério Público ou o tribunal podem pôr termo ao mesmo³⁴⁶.

340 Ver K.K. Kovach (*op. cit.* nota 110), página 205.

341 Ver a Recomendação Rec (2002) 10 do Comité de Ministros do Conselho da Europa aos Estados Membros sobre a mediação em matéria civil (nota 53 acima), Princípio VI (Acordo de mediação):

«16. Com vista à definição do objeto, âmbito e conclusões do acordo, deve ser redigido um documento escrito no final de cada processo de mediação. Deve ser concedido às partes um curto período para reflexão entre o momento da redação do acordo e a sua assinatura, cuja duração será acordada entre as partes».

342 Ver o capítulo 12 abaixo relativo à atribuição de eficácia e executoriedade ao acordo de mediação.

343 Relativamente aos detalhes que devem ser incluídos na decisão de regresso, ver o capítulo 4 do Guia de Boas Práticas sobre Execução (*op. cit.* nota 23), páginas 21 e seguintes.

344 Ver os Princípios para a Criação de Estruturas de Mediação no Anexo I abaixo, Parte B.3.

345 Ver também o Guia de Boas Práticas sobre o Contacto Transfronteiriço (*op. cit.* nota 16).

346 Relativamente ao desafio especial colocado pelo processo-crime, ver a secção 2.8 acima.

12 Atribuição de eficácia jurídica e executoriedade ao acordo de mediação

- O acordo de mediação deve ser redigido de forma a permitir que lhe seja atribuída eficácia jurídica e declarada a respetiva executoriedade nos ordenamentos jurídicos relevantes.
- É altamente recomendável que seja concedido às partes um curto período de reflexão antes da assinatura do acordo, para que estas possam obter aconselhamento jurídico especializado sobre todas as consequências jurídicas do «acordo provisório» e a sua conformidade com a lei aplicável nos diferentes sistemas jurídicos em causa.
- As medidas necessárias para atribuir eficácia e executoriedade ao acordo nos ordenamentos jurídicos em causa devem ser tomadas com a devida celeridade e antes da implementação prática do acordo.
- As Autoridades Centrais ou os Pontos de Contacto Centrais para a mediação familiar internacional devem facilitar o acesso a informações sobre os procedimentos relevantes nos ordenamentos jurídicos em causa.
- A cooperação entre as autoridades administrativas e judiciais pode ser necessária para facilitar a executoriedade do acordo em todos os Estados em causa.
- Os tribunais são incentivados a usar todas as redes judiciárias nacionais, regionais³⁴⁷ e internacionais, como a Rede Internacional de Juízes da Haia, bem como a procurar a assistência das Autoridades Centrais sempre que adequado³⁴⁸.
- Os Estados devem, sempre que necessário, ponderar a conveniência da adoção de disposições legais ou regulamentares a fim de facilitar os procedimentos para a declaração de executoriedade dos acordos de mediação.

289 Com vista a servir de base a uma solução duradoura para o litígio, a solução de mútuo acordo alcançada na mediação deve preencher os requisitos para a obtenção de eficácia jurídica nos Estados em causa e deve ser declarada eficaz e executória nesses Estados antes do início da sua implementação prática. No caso em que o acordo de mediação preveja o exercício transfronteiriço das responsabilidades parentais, é crucial que o mesmo seja executório em ambos (ou todos) os sistemas jurídicos em causa. A criança em causa deve ser protegida contra um novo rapto no futuro, bem como de qualquer outro perigo causado pelo incumprimento do acordo por um dos progenitores. Ao mesmo tempo, assim que os progenitores chegarem acordo, o regresso da criança deve ser implementado o mais rapidamente possível para evitar qualquer confusão adicional ou alienação para a criança.

290 Em primeiro lugar, a solução alcançada através da mediação deve ser reduzida a escrito e assinada por ambas as partes. Dependendo das questões abordadas no acordo das partes e da legislação aplicável, um acordo de mediação pode constituir um contrato juridicamente vinculativo a partir do momento da assinatura. No entanto, muitos sistemas jurídicos restringem a autonomia das partes em matéria de direito de família, especialmente no que toca às responsabilidades parentais³⁴⁹: é entendido em muitos Estados que os direitos e o bem-estar das crianças envolvidas devem ser protegidos através da intervenção de autoridades judiciais ou administrativas. Os acordos relativos ao exercício das responsabilidades parentais, que são, no entanto, encorajados pela maioria destes sistemas, podem, por exemplo, carecer de aprovação por um tribunal, que verificará se o acordo está conforme com «os melhores interesses da criança» antes de lhe atribuir eficácia³⁵⁰.

347 Um exemplo de uma rede regional é a Rede Judiciária Europeia em matéria civil e comercial; para mais informações, consultar o sítio Web: http://ec.europa.eu/civiljustice/index_pt.htm. (última consulta em 16 de junho de 2012).

348 Ver o Guia de Boas Práticas sobre Execução (*op. cit.* nota 23), Princípio 8.2.

349 Ver também o «Feasibility Study on Cross-Border Mediation in Family Matters» (*op. cit.* nota 13), n.º 5.4, página 23.

350 Por exemplo, em **França**, ver os artigos 376.º e 373.º, n.º 2 a 7 do Código Civil ou na **Alemanha**, ver o artigo 156.º, parágrafo 2 do FamFG (nota 227 acima); ver também as respostas ao Questionário II do Grupo de Trabalho sobre a Mediação no contexto do Processo de Malta (nota 42 acima); ver também M. Lloyd, «The Status of mediated agreements and their implementation», in *Family mediation in Europe – proceedings*, 4.ª Conferência Europeia de Direito da Família, Palácio da Europa, Estrasburgo, 1 e 2 de outubro de 1998, Council of Europe Publishing, abril de 2000, páginas 87 a 96.

- 291 Além disso, podem existir restrições à autonomia das partes em relação a outros assuntos de direito de família, como a prestação de alimentos. Alguns sistemas jurídicos restringem, por exemplo, a possibilidade dos progenitores acordarem na exoneração da obrigação de prestar alimentos devidos a uma criança nos termos da lei aplicável.
- 292 Deve notar-se também que pode suceder que algumas das questões objeto do acordo de mediação estão na disponibilidade das partes e outras não. Assim, enquanto o acordo é imediatamente vinculativo entre as partes relativamente às primeiras, quanto às segundas, carece de aprovação judicial³⁵¹. Esta pode ser uma situação lamentável se não for possível obter aprovação para o remanescente do acordo, uma vez que as partes acordam num «pacote» completo e a parte do acordo que é vinculativa pode favorecer uma das partes³⁵².
- 293 Dada a complexidade frequente da situação jurídica nos litígios familiares internacionais, é altamente recomendado que, antes da assinatura do acordo de mediação, seja concedido às partes um período de reflexão para que estas possam obter aconselhamento jurídico sobre todas as consequências jurídicas do acordo que se preparam para assinar e a conformidade do conteúdo do «acordo provisório» com a lei aplicável a tais questões nos diferentes sistemas jurídicos em causa. É possível que um progenitor não tenha consciência que está a renunciar a certos direitos ou que o acordo ou a sua aplicação prática podem levar a uma mudança (de longo prazo) da competência e da lei aplicável a certas questões. Por exemplo, sempre que o progenitor cujo direito de custódia foi violado consinta na deslocação da criança e do raptor, isso terá, mais tarde ou mais cedo, como consequência uma mudança da «residência habitual» da criança³⁵³, o que provavelmente provocará uma alteração da competência e da lei aplicável no que toca a uma série de questões relativas à criança³⁵⁴.
- 294 Se a validade total ou parcial do acordo depender de aprovação judicial, o mesmo deverá prever que a entrada em vigor das suas disposições ficará condicionada a essa aprovação. Em tais casos, pode ser desejável caracterizar o resultado da mediação de «acordo provisório» e indicar a sua natureza no título e no corpo do documento que regista a solução de mútuo acordo. Em alguns sistemas jurídicos, os mediadores designam o resultado imediato da mediação de «memorando de entendimento» e não de «acordo» precisamente para evitar qualquer sugestão que o acordo é vinculativo nesta fase
- 295 Deve ser sublinhado que um acordo que vincula as partes num determinado sistema jurídico não é automaticamente executório nesse mesmo sistema jurídico. No entanto, nos sistemas jurídicos em que é obrigatória a aprovação judicial ou administrativa dos acordos sobre as responsabilidades parentais, a medida que concede essa aprovação (por exemplo, através da incorporação dos seus termos numa decisão judicial) concede-lhe, simultaneamente, executoriedade nesse ordenamento jurídico³⁵⁵. Por outro lado, se o acordo parental for vinculativo num determinado sistema jurídico por mero efeito da assinatura das partes pode, não obstante, ser necessária a sua autenticação por um notário ou homologação judicial para que o acordo seja executório, a menos que exista disposição legal em contrário. Para obter informações sobre as formalidades necessárias para a obtenção da declaração de executoriedade dos acordos de mediação nos Estados Contratantes da Convenção da Haia de 1980 sobre o Rapto de Crianças, consulte o Perfil dos Estados no âmbito da Convenção de 1980³⁵⁶.

351 Ver também o n.º 41 acima.

352 Como é óbvio, apenas se levantam problemas se a parte favorecida reclamar os seus direitos emergentes do acordo parcial e muitos sistemas corrigiriam esta situação. No entanto, seria necessário o recurso a um processo judicial.

353 Desde que a residência habitual da criança não tenha já mudado; para mais informações sobre o significado de «residência habitual», ver P. McEleavy, *INCADAT-Case Law Analysis Commentary: Aims and Scope of the Convention – Habitual Residence*, disponível em: www.incadat.com, em «Case Law Analysis».

354 Ver o capítulo 13 abaixo.

355 Os detalhes dependerão da lei processual aplicável.

356 Ver a secção 19.5, b), do Perfil dos Estados no âmbito da Convenção de 1980 (nota 121 acima). Em alguns Estados, existe mais do que uma opção. Os Estados que se seguem indicaram que é necessária uma decisão judicial para atribuir executoriedade ao acordo: **Argentina, Austrália, Bélgica, Brasil, Burquina Faso, Canadá (Manitoba, Nova Escócia), China (RAE de Hong Kong), Costa Rica, República Checa, Dinamarca, Estónia, Finlândia** (pelo Conselho da Segurança Social), **França, Grécia, Honduras, Hungria** (pela Autoridade Tutelar), **Irlanda, Israel, Letónia, Lituânia, República da Maurícia, México, Noruega, Paraguai, Polónia, Roménia, Eslovénia, Espanha, Suécia** (pelo Conselho da Segurança Social), **Suíça, Reino Unido (Inglaterra e País de Gales, Irlanda do Norte), Estados Unidos da América e Venezuela**; a autenticação notarial é uma opção nos seguintes países: **Bélgica, Burquina Faso, Dinamarca, Estónia, Hungria, Roménia e Eslovénia**. O registo junto do tribunal é uma opção nos seguintes países: **Austrália, Burquina Faso, Canadá (Colúmbia Britânica, Saskatchewan), Estónia, Grécia, Honduras** (Perfil dos Estados – tal como em junho de 2012).

296 No que toca a garantir que um acordo executório num sistema jurídico (Estado A) (por via de incorporação numa decisão judicial ou por qualquer outra forma) é vinculativo e executório no outro sistema jurídico em causa (Estado B), existem geralmente dois caminhos que podem ser ponderados:

(1) Reconhecimento e declaração de executoriedade no Estado B:

A decisão judicial proferida pelo tribunal do Estado A que incorpora o acordo pode ser reconhecida no Estado B, seja porque um instrumento internacional, regional ou bilateral prevê o reconhecimento, seja porque a lei do Estado B prevê que uma decisão de um tribunal estrangeiro pode, por outra forma, ser reconhecida no ordenamento jurídico do Estado B. Quando se trata de executar efetivamente a solução de mútuo acordo, pode ser necessária a obtenção de uma declaração de executoriedade ou o registo no Estado B. Neste caso, podem surgir problemas se os tribunais do Estado B considerarem que os tribunais do Estado A não tinham competência internacional para julgar o caso (ver o capítulo 13 para obter mais informações sobre as questões de competência no contexto do rpto internacional de crianças).

Como alternativa, é também concebível que vigorem entre o Estado A e o Estado B regras que determinem que o reconhecimento no Estado B de um acordo executório no Estado A não carece de decisão judicial³⁵⁷.

(2) Atribuição de eficácia e executoriedade ao acordo no Estado B em conformidade com os respetivos procedimentos internos:

As partes poderiam simplesmente apresentar às autoridades do Estado B o seu acordo e requerer que fosse atribuída eficácia e executoriedade ao mesmo ao abrigo dos procedimentos internos do Estado B. Isso significa que este processo seria completamente independente do estatuto jurídico do acordo no Estado A. Nesta situação, poderiam levantar-se problemas de competência: é possível, por exemplo, que as autoridades do Estado B se considerassem incompetentes (internacionalmente) para converter o acordo em decisão judicial ou para lhe atribuir eficácia, por considerarem que as autoridades do Estado A tinham competência exclusiva sobre a matéria objeto do acordo.

297 A situação ideal é aquela em que um instrumento internacional, regional³⁵⁸ ou bilateral prevê o reconhecimento e execução simplificados de decisões judiciais de um Estado noutro. Este é o caso, por exemplo, da Convenção da Haia de 1996 relativa à Proteção das Crianças, nos termos da qual uma decisão judicial que incorpore um acordo sobre a custódia ou o contacto feito num Estado Contratante constitui uma «medida de proteção» e é, como tal e por efeito da lei, reconhecida e executória em todos os Estados Contratantes. Isto significa que não é necessário qualquer processo de reconhecimento nos outros Estados Contratantes³⁵⁹. No entanto, com relação à efetiva execução das medidas, é necessária uma declaração de executoriedade ou o registo (artigo 26.º, n.º 1). Porém, a Convenção obriga os Estados Contratantes a aplicar um procedimento «simple e rápido» à declaração de *exequatur* ou registo (artigo 26.º, n.º 2). A declaração de *exequatur* ou registo apenas poderá ser recusada com fundamento em um dos motivos previstos no artigo 23.º, n.º 2, que incluem, por exemplo, a medida ter sido «tomada por uma autoridade cuja competência não assenta em nenhum dos fundamentos previstos» na Convenção de 1996 e a medida ter sido «tomada, salvo em caso de urgência, num contexto de um processo judiciário ou administrativo, sem se ter concedido à criança a possibilidade de ser ouvida, violando os princípios fundamentais dos procedimentos do Estado requerido.»

357 Ver, por exemplo, o artigo 46.º do Regulamento Bruxelas II-A, nos termos do qual «os acordos entre partes com força executória no Estado-Membro (da União Europeia) em que foram celebrados, são reconhecidos e declarados executórios nas mesmas condições que as decisões (nos termos do Regulamento)». Ver também o artigo 30.º, n.º 1, da Convenção da Haia de 2007 sobre a Cobrança Internacional de Alimentos em benefício dos Filhos e de outros Membros da Família, que dispõe que: «a) os acordos sobre alimentos concluídos num Estado Contratante podem ser reconhecidos e executados como uma decisão (...) desde que no Estado de origem tenham a mesma força executória que uma decisão».

358 À semelhança do que sucede com a Convenção da Haia de 1996 relativa à Proteção das Crianças, o Regulamento Bruxelas II-A contém regras relativas ao reconhecimento e execução simplificados de acordos, desde que estes sejam executórios no Estado-Membro no qual foram celebrados – ver a nota 357 acima.

359 P. Lagarde, «Explanatory Report on the 1996 Hague Child Protection Convention» (*op. cit* nota 80), página 585, n.º 119.

- 298 Quaisquer dúvidas sobre os fundamentos para a recusa de reconhecimento podem ser dissipadas numa fase precoce através do processo de «reconhecimento prévio» previsto no artigo 24.º da Convenção da Haia de 1996 relativa à Proteção das Crianças. Nos termos deste artigo, «qualquer pessoa interessada poderá solicitar às autoridades competentes de um Estado Contratante que decidam sobre o reconhecimento, ou não, de uma medida tomada noutro Estado Contratante» (ver o Manual Prático para mais informações sobre a Convenção de 1996)³⁶⁰.
- 299 Deve destacar-se que, nos casos de rapto de crianças, a situação é muito complexa no que toca à competência³⁶¹. A Convenção da Haia de 1980 sobre o Rapto de Crianças e a Convenção da Haia de 1996 relativa à Proteção das Crianças assentam ambas na ideia de que, numa situação de rapto de crianças, as autoridades do Estado para o qual a criança foi ilicitamente deslocada (Estado requerido) são competentes para decidir sobre o regresso da criança, mas não sobre o fundo da custódia³⁶². O tribunal do processo de regresso com base na Convenção de 1980 no Estado requerido terá dificuldade em converter um acordo de mediação numa decisão judicial se esse acordo abranger, para além da questão do regresso, questões de custódia ou outros assuntos para os quais esse tribunal não tenha competência (internacional) (ver o capítulo 13 para mais informações sobre a situação específica da competência em casos de rapto internacional de crianças).
- 300 Pode ainda surgir outro problema relativo à competência por via da inclusão no acordo de mediação de outras questões, como alimentos a cônjuges ou ex-cônjuges ou às crianças. Como consequência, pode ser necessário o envolvimento de diferentes autoridades, possivelmente de diferentes Estados, para atribuir eficácia e executoriedade ao acordo nos sistemas jurídicos em causa. Em tais casos, pode ser necessário obter aconselhamento jurídico sobre os passos a tomar e em quais dos Estados envolvidos no caso.
- 301 O acesso a informações sobre as organizações que podem prestar aconselhamento jurídico especializado e os passos necessários para obter a declaração de executoriedade de um acordo nos Estados em causa pode ser facilitado pela Autoridade Central ou por qualquer outro organismo que desempenhe as funções de Ponto de Contacto Central para a mediação familiar internacional nos ordenamentos jurídicos em causa³⁶³.
- 302 Com vista a assegurar a executoriedade do acordo nos diferentes países, pode ser necessária a cooperação entre as autoridades administrativas/judiciais dos diferentes Estados em causa.
- 303 Sempre que possível, os tribunais devem apoiar a sustentabilidade da solução de mútuo acordo ajudando as partes nos seus esforços para que seja atribuída eficácia e executoriedade ao acordo nos diferentes sistemas jurídicos em causa. Isso pode incluir decisões-espelho ou de porto seguro³⁶⁴. Além disso, sempre que for viável e adequado, os tribunais devem recorrer às redes judiciárias³⁶⁵ existentes e solicitar o apoio das Autoridades Centrais. A Rede Internacional de Juízes da Haia é particularmente importante a este respeito, uma vez que é especializada em matéria de família, e foi criada³⁶⁶ para facilitar a comunicação e a cooperação entre juízes ao nível internacional e contribuir para garantir o bom funcionamento dos instrumentos internacionais em matéria de proteção das crianças, incluindo

360 *Op. cit.* nota 223.

361 Para mais informações, ver o capítulo 13.

362 Ver o artigo 16.º da Convenção de 1980 e o artigo 7.º da Convenção de 1996.

363 Ver os Princípios para a Criação de Estruturas de Mediação no Anexo I abaixo, Parte C (Atribuição de eficácia ao acordo de mediação). Ver a secção 4.1 acima para mais informações sobre o papel dos Pontos de Contacto Centrais para a mediação familiar internacional.

364 O termo «decisão-espelho» designa uma decisão proferida pelo tribunal do Estado requerente que é idêntica ou semelhante (isto é, «espelha») uma decisão proferida no Estado requerido. Uma «decisão de porto seguro» é aquela proferida pelo Estado requerente, frequentemente a pedido do progenitor cujo direito de custódia foi violado, com o objetivo de assegurar os termos do regresso. Para mais informações sobre a utilização das decisões-espelho e de porto seguro, ver o Guia de Boas Práticas sobre Execução (*op. cit.* nota 23), capítulo 15 («Promover o cumprimento voluntário») e o capítulo 8 («Cooperação Transfronteiriça para assegurar o regresso em segurança»). Ver também, relativamente a exemplos, E. Carl e M. Erb-Klünemann, «Integrating Mediation into Court Proceedings in Cross-Border Family Cases», in S. Kiesewetter e C.C. Paul (Eds) (*op. cit.* nota 98), páginas 59 e seguintes, na página 72; ver também K. Nehls, «Cross-border family mediation – An innovative approach to a contemporary issue», in S. Kiesewetter e C.C. Paul (Eds) (*ibid.*), páginas 18 e seguintes, na página 27.

365 Relativamente ao uso de comunicações judiciais diretas para assegurar o reconhecimento e a executoriedade dos acordos no contexto do rapto internacional de crianças, ver o relatório de dois juízes alemães, E. Carl e M. Erb-Klünemann, «Integrating Mediation into Court Proceedings in Cross-Border Family Cases», in S. Kiesewetter e C.C. Paul (Eds) (*op. cit.* nota 98), páginas 59 e seguintes, nas páginas 72 e 73.

366 A rede foi criada na sequência de uma proposta apresentada durante o Seminário de Juízes sobre a proteção internacional de crianças de De Ruwenberg em 1998; para mais informações, ver www.hcch.net, em «Child Abduction Section». Para mais informações sobre a Rede Internacional de Juízes da Haia e o funcionamento das comunicações judiciais diretas, ver a nota 128 acima.

a Convenção da Haia de 1980 sobre o Rapto de Crianças³⁶⁷. Graças às comunicações judiciais diretas, o juiz do processo de regresso com base na Convenção de 1980 pode coordenar o apoio para um acordo dos progenitores relativo a aspetos de custódia com o juiz competente em matéria de custódia no Estado do regresso³⁶⁸.

- 304 Os Estados devem facilitar procedimentos simples através dos quais as partes possam requerer a aprovação ou a atribuição de executoriedade ao acordo de mediação pelas autoridades competentes³⁶⁹. Na ausência de tais procedimentos, os Estados devem considerar a conveniência de aprovar disposições regulamentares ou legislativas para facilitar tais procedimentos³⁷⁰.

13 Questões de competência e lei aplicável

- **Devem ser tidas em conta na redação do acordo de mediação as questões relativas à competência e à lei aplicável.**
- **As autoridades judiciais e administrativas do Estado requerido e do Estado requerente devem cooperar o máximo possível para superar as dificuldades que possam surgir na atribuição de eficácia e executoriedade a um acordo de resolução amigável de um litígio relacionado com o rapto internacional de crianças em ambos os Estados envolvidos. O recurso às comunicações judiciais diretas pode ser particularmente útil a este respeito.**

- 305 Como foi sublinhado no capítulo 12, as considerações relativas à competência e à lei aplicável são cruciais nos litígios familiares internacionais quando se trata de garantir a executoriedade dos acordos de mediação nos diferentes Estados em causa. É possível que o âmbito da mediação tenha que ser adaptado após esta análise por causa de problemas que podem resultar da inclusão de outros aspetos, tais como a prestação de alimentos³⁷¹.
- 306 No que diz respeito aos litígios familiares internacionais, a questão da competência internacional (isto é, qual o Estado competente) é distinta da questão da competência interna (isto é, qual tribunal ou autoridade competente numa determinada matéria no território de um Estado). Os tratados multilaterais que contêm regras relativas à competência abordam, frequentemente, apenas a questão da competência internacional, deixando a regulação da competência interna a cada Estado.

367 Ver as Conclusões e Recomendações da Conferência Judicial Conjunta CE-CHDIP, 15 e 16 de janeiro de 2009, disponíveis em www.hcch.net, em «Child Abduction Section», adotadas por unanimidade por mais 140 juízes provenientes de mais de 55 ordenamentos jurídicos.

368 Ver, por exemplo, a declaração de um especialista **australiano** na Sexta Reunião da Comissão Especial, «Conclusões e Recomendações e Relatório da Parte I da Sexta Reunião da Comissão Especial sobre o funcionamento prático da Convenção da Haia de 1980 sobre o Rapto de Crianças e da Convenção da Haia de 1996 relativa à Proteção das Crianças (1 a 10 de junho de 2011)», Documento Preliminar n.º 14, de novembro de 2011, redigido pelo Secretariado Permanente para a Comissão Especial de janeiro de 2012 sobre o funcionamento prático da Convenção da Haia de 1980 sobre o Rapto de Crianças e da Convenção da Haia de 1996 relativa à Proteção das Crianças (disponível em www.hcch.net, em «Child Abduction Section», n.º 252; ver também E. Carl e M. Erb-Klünemann, (*op. cit.* nota 364), páginas 59 e seguintes, na página 72.

369 Relativamente ao desenvolvimento na União Europeia, ver o artigo 6.º da Diretiva europeia relativa à mediação (nota 5 acima), de acordo com o qual os Estados-Membros «devem assegurar que as partes, ou uma das partes com o consentimento expresso das outras, tenham a possibilidade de requerer que o conteúdo de um acordo escrito, obtido por via de mediação, seja declarado executório». Nos termos do artigo 6.º, o acordo deve ser declarado executório salvo se, no caso em questão «o conteúdo desse acordo for contrário ao direito do Estado-Membro onde é feito o pedido ou se o direito desse Estado-Membro não prever a sua executoriedade». O artigo 6.º sublinha ainda que «o presente artigo em nada prejudica as regras aplicáveis ao reconhecimento e à execução noutro Estado-Membro de um acordo que tenha sido declarado executório, nos termos do (presente artigo)». Relativamente às medidas adotadas nos Estados-Membros da União Europeia para dar cumprimento à diretiva, ver o Atlas Judiciário Europeu (nota 60 acima).

370 Ver também a Recomendação n.º R (98) 1 do Conselho da Europa sobre a Mediação Familiar (nota 52 acima), IV (O estatuto dos acordos de mediação):

«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 solicitarem, e criar mecanismos de execução destes acordos, de acordo a legislação nacional».

371 Nada impede as partes de retomar a mediação depois de resolvido o processo de rapto para abordar estes outros assuntos.

- 307 No que diz respeito à competência internacional nos casos de rapto internacional de crianças, há que prestar especial atenção às implicações resultantes da combinação de duas questões regularmente abordadas nos acordos de mediação, a saber: (1) a questão do regresso ou não regresso da criança e (2) a regulação do exercício dos direitos de custódia e de contacto que deve vigorar após o regresso ou não regresso. É a deslocação ou retenção ilícita em si que cria uma situação especial de competência nos casos de rapto internacional de crianças ao abrigo da Convenção da Haia de 1980 sobre o Rapto de Crianças e/ou da Convenção da Haia de 1996 relativa à Proteção das Crianças. De acordo com um princípio de competência internacional amplamente aplicado, é o tribunal da residência habitual da criança que é competente para tomar as decisões de longo prazo relativas à custódia e ao contacto com a criança, bem como sobre as mudanças familiares transfronteiriças. Este princípio é apoiado pela Convenção de 1996³⁷², que funciona em conjunto com a Convenção de 1980, bem como pelos instrumentos regionais aplicáveis³⁷³. O princípio baseia-se na consideração que o tribunal da residência habitual da criança geralmente é o fórum mais adequado para decidir a questão da custódia, porque é aquele que tem a ligação mais próxima com o ambiente normal da criança, isto é, aquele que pode facilmente determinar as condições de vida da criança e que está em melhor posição para tomar uma decisão nos melhores interesses da criança. No contexto do rapto de crianças, a Convenção de 1980 protege os interesses da criança, impedindo que um progenitor crie «elementos de conexão artificiais relativos à competência internacional com o objetivo de obter a custódia exclusiva da criança»³⁷⁴. Neste espírito, o artigo 16.º da Convenção de 1980 estabelece que «depois de terem sido informadas da transferência ilícita ou da retenção de uma criança» os tribunais do Estado requerido «não poderão tomar decisões sobre o fundo do direito de custódia sem que seja provado não estarem reunidas as condições previstas na presente Convenção para regresso da criança, ou sem que tiver decorrido um período razoável de tempo sem que haja sido apresentado qualquer requerimento em aplicação do prescrito pela presente Convenção».
- 308 Reforçando a Convenção da Haia de 1980 sobre o Rapto de Crianças, o artigo 7.º da Convenção da Haia de 1996 relativa à Proteção das Crianças prevê que, em caso de afastamento ou de retenção ilícita da criança, as autoridades do Estado Contratante no qual a criança tinha residência habitual imediatamente antes do seu afastamento ou retenção mantêm as suas competências até que se encontrem preenchidas determinadas condições³⁷⁵.
- 309 No que diz respeito à combinação de várias questões no acordo parental acima referido, o tribunal do processo de regresso ao abrigo da Convenção da Haia apenas será competente para lidar com a parte (1) do referido acordo, ou seja, o regresso ou não regresso, e não terá competência internacional para aprovar a parte (2) do acordo, relativa ao exercício a longo prazo dos direitos de custódia e de contacto. Se o tribunal, ainda assim, incorporar a totalidade do acordo dos progenitores na decisão com a qual põe termo ao processo de regresso no âmbito da Convenção, é possível que esta decisão não seja vinculativa para os tribunais do Estado requerente (isto é, o Estado do qual a criança foi ilicitamente deslocada) no que toca às questões do exercício a longo prazo do direito de custódia, devido à falta de competência internacional nessa matéria.

372 A residência habitual é o principal elemento de conexão utilizado nas Convenções da Haia modernas em matéria de família e em muitos instrumentos regionais relacionados com a proteção das crianças como o Regulamento Bruxelas II-A.

373 Ver, por exemplo, o Regulamento Bruxelas II-A.

374 Ver E. Pérez-Vera, «Explanatory Report on the 1980 Hague Child Abduction Convention» (*op. cit* nota 93), página 428, n.º 11.

375 Nos termos do artigo 7.º, n.º 1, da Convenção de 1996:

«Em caso de afastamento ou de retenção ilícita da criança, as autoridades do Estado Contratante, no qual a criança tinha residência habitual imediatamente antes do seu afastamento ou retenção, mantêm as suas competências até que a criança adquira residência habitual num outro Estado, e:

a) qualquer pessoa, instituição ou outro organismo com direitos de custódia concordar no afastamento ou retenção; ou

b) a criança tiver residido nesse outro Estado por um período mínimo de um ano após a pessoa, instituição ou qualquer outro organismo com direitos de custódia tenham, ou devessem ter, conhecimento do paradeiro da criança, não se encontrar pendente qualquer pedido de regresso apresentado durante esse período, e a criança esteja integrada no seu novo ambiente».

310 As dificuldades práticas causadas por estas questões de competência podem ser melhor ilustradas através de um exemplo:

- *Na sequência de problemas sérios no seu relacionamento, dois jovens casados, pais de uma criança de oito anos, decidem divorciar-se. Os cônjuges, originários do Estado B, têm a sua residência habitual no Estado A desde o nascimento da criança. No decurso do processo de divórcio no Estado A, a mãe (M) desloca ilicitamente a criança para o Estado B (Estado requerido) porque teme perder a custódia conjunta da criança. A pedido do pai (P), é iniciado um processo de regresso ao abrigo da Convenção de 1980 no Estado B. Enquanto isso, é atribuída a P a custódia temporária exclusiva da criança por um tribunal no Estado A (Estado requerente). Durante a estadia de P no Estado B para assistir às audiências judiciais, a tentativa de mediação é bem-sucedida. Durante a mediação, os progenitores redigem um acordo complexo, nos termos do qual acordam na custódia partilhada e residência alternada da criança. Decidem ainda que regressarão ao Estado A e que M pagará as despesas de viagem.*

M e P querem que seja atribuída eficácia ao acordo antes da sua aplicação prática. Em especial, uma vez que foi atribuída ao pai a custódia temporária exclusiva da criança no Estado A como consequência da deslocação ilícita, a mãe quer ter garantias de que os tribunais do Estado A respeitarão o acordo entre os progenitores.

As partes tomam conhecimento de que o tribunal do processo de regresso ao abrigo da Convenção da Haia no Estado B apenas pode incorporar na sua decisão a parte do seu acordo que trata do regresso e das suas modalidades, mas que os termos do acordo relativos ao fundo do direito de custódia não podem ser incluídos ou que, a sê-lo, não são vinculativos para as autoridades do Estado A. M, em especial, não está satisfeita com a aprovação parcial do acordo. M e P consideram, portanto, a possibilidade de recorrer às autoridades do Estado A com competência internacional em matéria de custódia. No entanto, ficam a saber que o tribunal competente no Estado A, embora provavelmente venha a aprovar o acordo dos progenitores, geralmente exige que ambas as partes estejam presentes em juízo, bem assim como na audição da criança, por forma a cumprir o dever legalmente previsto de decidir de acordo com os melhores interesses da criança em matéria de custódia. No entanto, M não quer regressar ao Estado A sem que lhe seja assegurado que o acordo será respeitado pelas autoridades desse Estado. ■

311 As dificuldades práticas resultantes da situação especial do rapto internacional de crianças no que toca à competência foram objeto de discussão, em algum detalhe, na Parte I da Sexta Reunião da Comissão Especial de revisão do funcionamento prático da Convenção da Haia de 1980 sobre o Rapto de Crianças e da Convenção da Haia de 1996 relativa à Proteção das Crianças, em junho de 2011³⁷⁶. O assunto foi mais desenvolvido no Documento Preliminar n.º 13, de novembro de 2011³⁷⁷, redigido no âmbito dos preparativos para a Parte II da Sexta Reunião da Comissão Especial, que teve lugar em janeiro de 2012 e na qual o assunto foi novamente abordado no contexto mais amplo da eventual necessidade de simplificar o reconhecimento e a execução de acordos em matéria de direito da família³⁷⁸.

376 Ver as Conclusões e Recomendações e Relatório da Parte I da Sexta Reunião da Comissão Especial, Documento Preliminar n.º 14 de novembro de 2011 (*op. cit.* nota 368), n.ºs 247 e seguintes.

377 Ver o «Guide to Part II of the Sixth Meeting of the Special Commission and Consideration of the desirability and feasibility of further work in connection with the 1980 and 1996 Conventions», Documento Preliminar n.º 13 de novembro de 2011, redigido pelo Secretariado Permanente para a Comissão Especial de janeiro de 2012 sobre o funcionamento prático da Convenção da Haia de 1980 sobre o Rapto de Crianças e da Convenção da Haia de 1996 relativa à Proteção das Crianças (disponível em www.hcch.net, em «Child Abduction Section», em especial os n.ºs 29 e seguintes).

378 Na sequência de uma Recomendação da Sexta Reunião da Comissão Especial sobre o funcionamento prático das Convenções de 1980 e 1996 (ver as Conclusões e Recomendações da Parte II da Sexta Reunião da Comissão Especial, *op. cit.* nota 320, Recomendação n.º 77), o Conselho de 2012 mandou a Conferência da Haia para criar um Grupo de Especialistas com vista ao aprofundamento da investigação sobre reconhecimento e execução transfronteiriços de acordos alcançados no âmbito de litígios internacionais relativos a crianças, incluindo os acordos alcançados através da mediação, tendo em consideração a implementação e aplicação da Convenção de 1996, indicando que tal trabalho deveria incluir a identificação da natureza e extensão dos problemas jurídicos e práticos, incluindo questões de competência, bem como a avaliação dos benefícios de um novo instrumento, vinculativo ou não, nesta matéria; ver as Conclusões e Recomendações adotadas pelo Conselho de 2012 (*op. cit.* nota 39), Recomendação n.º 7.

- 312 Na atual situação jurídica, a sustentabilidade de uma solução de mútuo acordo alcançada no contexto do rapto internacional de crianças depende, em grande medida, da cooperação entre as autoridades judiciais do Estado requerido e as do Estado requerente no auxílio às partes com vista à atribuição de eficácia e executoriedade ao acordo nos dois Estados. Como indicado no capítulo 12, há várias medidas que o tribunal do processo de regresso e os tribunais do Estado requerente podem tomar para apoiar o acordo (para mais informações sobre as decisões-espelho e de porto seguro, entre outras, ver acima). As comunicações judiciais diretas podem ser particularmente úteis nestes casos³⁷⁹.
- 313 Para superar os problemas de competência acima descritos, a transferência de competência prevista nos artigos 8.º e 9.º da Convenção da Haia de 1996 relativa à Proteção das Crianças também pode ser considerada se ambos os Estados em causa forem Estados Contratantes da Convenção de 1996 (ver, para mais informações sobre a transferência de competência, o Manual Prático da Convenção de 1996).
- 314 Dada a complexidade da atribuição de eficácia aos acordos alcançados em casos de rapto internacional de crianças, é altamente recomendado que os progenitores obtenham aconselhamento jurídico especializado. As Autoridades Centrais devem apoiar as partes e os tribunais, tanto quanto possível, com informações, apoiando também os seus esforços para superar os obstáculos colocados pelas normas de competência para que seja atribuída eficácia e executoriedade ao acordo de mediação no Estado requerido e no Estado requerente.
- 315 Além das questões de competência, as questões relativas à lei aplicável podem desempenhar um papel importante na mediação em matéria de direito internacional da família. Para ser uma base viável para a solução do litígio, o acordo alcançado na mediação deve ser compatível com a legislação aplicável. As partes de um litígio familiar internacional devem ser informadas de que a lei aplicável a determinadas matérias reguladas na mediação não é necessariamente a do Estado em que a mediação ocorre: devem saber que é possível que leis de diferentes Estados se apliquem a diferentes aspetos abordados na mediação.
- 316 Num caso de rapto internacional de crianças, por exemplo, em que a mediação é realizada no Estado requerido (isto é, o Estado para o qual a criança foi levada), em paralelo com o processo de regresso com base na Convenção de 1980, é comum que o direito substantivo aplicável ao fundo da custódia não seja a lei desse Estado, mas, provavelmente, a do Estado requerente (ou seja, o Estado da residência habitual da criança imediatamente antes do rapto). É claro que é difícil generalizar sobre este ponto, porque a lei aplicável no caso concreto depende dos tratados internacionais, regionais ou bilaterais em vigor nos Estados em causa e, na ausência de tais tratados, das normas nacionais de conflitos de leis. Se a Convenção da Haia de 1996 relativa à Proteção das Crianças for aplicável no caso concreto, o tribunal com competência para decidir sobre o fundo do direito de custódia na situação imediata do rapto (que é, como vimos acima, o tribunal do Estado requerente) aplicará, de acordo com a Convenção de 1996, em princípio, a sua própria lei (ver o artigo 15.º da Convenção de 1996). Nesta situação, as disposições do acordo de mediação respeitantes a questões de custódia e de contacto de longo prazo terão, portanto, de ser compatíveis com o direito substantivo do Estado de residência habitual da criança (consulte o Manual Prático para mais informações sobre a Convenção de 1996).
- 317 As regras relativas à competência e à lei aplicável podem ser diferentes no que toca a outros aspetos objeto do acordo de mediação, como a prestação de alimentos a crianças ou a cônjuges ou ex-cônjuges. Dependendo das circunstâncias do caso e das regras de direito internacional privado aplicáveis, o tribunal competente e a lei aplicável em matéria de custódia podem ser diferentes no caso de questões relativas a alimentos. Isto pode constituir um problema adicional que, mais uma vez, aponta para a necessidade de as partes obterem aconselhamento jurídico especializado sobre o seu caso concreto.

379 Ver a nota 368 acima; para mais informações sobre as comunicações judiciais diretas, ver a nota 128 acima.

14 O recurso à mediação para prevenir o rapto de crianças

- A promoção de acordos voluntários e da mediação em relação às questões de custódia, visita ou contacto pode ajudar a prevenir novos raptos³⁸⁰.
- Podem ser consideradas as vantagens de uma mediação especializada para os casais envolvidos em relacionamentos interculturais³⁸¹.

- 318 Reconhecendo que o fim de um relacionamento entre duas pessoas de diferentes Estados está no centro de muitos casos de rapto internacional de crianças, conseguir um acordo quando os progenitores estão em processo de separação ou a discutir questões de custódia, contacto ou visita constitui uma medida preventiva útil³⁸².
- 319 Por exemplo, se um dos progenitores desejar estabelecer-se noutra Estado na sequência da separação, a mediação pode ser particularmente útil se introduzida numa fase inicial. A mediação especializada pode ajudar os progenitores a entender melhor as opiniões um do outro e a encontrar uma solução de mútuo acordo que tenha em conta as necessidades da criança. O resultado pode ser tão variado quanto as circunstâncias de cada caso, incluindo a transferência de ambos os progenitores para um novo Estado, ambos os progenitores permanecerem no mesmo Estado ou a mudança de apenas um dos progenitores, sendo devidamente acautelados os direitos de contacto do outro.
- 320 Ao mesmo tempo, o recurso à mediação para garantir o respeito pela organização do contacto, tanto o contacto dentro de um Estado como o transfronteiriço, pode ajudar a prevenir situações suscetíveis de levar ao rapto internacional de crianças. Para mais informações sobre as situações em que pode haver um risco acrescido de rapto da criança, consulte o Guia de Boas Práticas sobre Medidas Preventivas, ponto 2.1³⁸³.
- 321 Facilitar o fornecimento de informações sobre a mediação e as medidas necessárias à declaração de executividade de um acordo de mediação nos dois ordenamentos jurídicos em causa através das Autoridades Centrais ou dos Pontos de Contacto Centrais para a mediação familiar internacional ajudará a promover a mediação como uma medida de prevenção do rapto de crianças³⁸⁴.
- 322 Obviamente, a mediação é apenas uma possibilidade entre outras. O acesso aos meios judiciais para autorizar a mudança para o estrangeiro não deve ser condicionado à participação das partes em sessões de mediação³⁸⁵.

15 Outros mecanismos de resolução de litígios por mútuo acordo

- Nos litígios familiares internacionais envolvendo crianças, deve ser encorajado o recurso a outros mecanismos de resolução de litígios por mútuo acordo para além da mediação.
- O recurso a mecanismos de resolução de litígios por mútuo acordo previstos para os casos nacionais em litígios familiares internacionais apenas deve ser considerado se for possível a sua adaptação às necessidades específicas destes.
- Os Estados devem fornecer informações sobre os mecanismos de resolução de litígios por mútuo acordo disponíveis no seu território para os casos de rapto internacional de crianças.

380 Ver os Princípios extraídos do Guia de Boas Práticas sobre Medidas Preventivas (*op. cit.* nota 23), n.º 2.1, página 15.

381 Ver os Princípios extraídos do Guia de Boas Práticas sobre Medidas Preventivas, *ibid.*

382 *Ibid.*

383 *Ibid.*

384 Sobre o papel das Autoridades Centrais e de outros organismos no fornecimento destas informações, ver a secção 4.1 acima.

385 Declaração de Washington sobre a Mudança Familiar Internacional (nota 160 acima).

- 323 Este Guia procura incentivar o recurso a mecanismos de resolução de litígios por mútuo acordo para resolver amigavelmente os litígios familiares internacionais que envolvam crianças.
- 324 Para além da mediação, muitos outros mecanismos de resolução de litígios por mútuo acordo têm vindo a ser desenvolvidos e aplicados com sucesso em litígios familiares em vários países³⁸⁶. Estes incluem a «conciliação», a «coordenação parental», a «avaliação neutra precoce» e modelos de advocacia de resolução de conflitos, tais como o «direito colaborativo» ou o «direito cooperativo».
- 325 A «**conciliação**», muitas vezes conduzida pelo juiz durante um processo judicial, é o processo de resolução de litígios mais orientado desta lista. Como foi salientado no Glossário, a conciliação é por vezes confundida com a mediação. Na mediação, o terceiro neutro não pode ser uma pessoa em posição de decidir pelas partes; o mediador apenas facilita a comunicação entre as partes, ajudando-as a encontrar a sua própria solução para o seu litígio. Pelo contrário, na conciliação, o terceiro neutro tem uma influência muito maior na solução do litígio³⁸⁷. A conciliação é utilizada regularmente em muitos países nos processos judiciais relativos a litígios familiares, especialmente nos processos de divórcio e de regulação das responsabilidades parentais³⁸⁸. A conciliação pelo juiz do processo pode facilmente ser utilizada no processo de regresso ao abrigo da Convenção, quando tal for considerado apropriado e viável, para se alcançar um acordo judicial sem o risco de atrasos.
- 326 Nos Estados Unidos da América, alguns Estados oferecem programas de «**coordenação parental**» para casos de elevado grau de conflitualidade relativos a custódia e visita, nos quais os progenitores tenham demonstrado, repetidamente, a sua incapacidade ou recusa em acatar as decisões judiciais ou os acordos parentais³⁸⁹.
- «A coordenação parental consiste num processo de resolução alternativa de litígios centrado na criança, no qual um profissional do direito ou de saúde mental com formação e experiência em mediação ajuda os progenitores, num caso de elevado grau de conflitualidade, a implementar o seu plano de parentalidade, facilitando a rápida resolução dos litígios, educando os progenitores sobre as necessidades das crianças e, com o prévio acordo das partes ou do tribunal, tomando decisões no âmbito da decisão judicial ou do contrato de mandato»³⁹⁰.
- 327 O coordenador parental é nomeado pelo tribunal competente para o processo de custódia. A «coordenação parental» foi criada na sequência de uma recomendação de uma conferência interdisciplinar dedicada a litígios familiares com elevado grau de conflitualidade financiada pela Ordem dos Advogados Americana, em 2000.
- 328 A «**avaliação neutra precoce**» é outro mecanismo para incentivar a resolução de litígios familiares por mútuo acordo³⁹¹; neste caso, as partes recebem uma avaliação não vinculativa da sua situação jurídica realizada por um especialista, sendo-lhes dada, subsequentemente, a possibilidade de negociar uma solução de mútuo acordo³⁹². Este processo tem sido aplicado em alguns Estados dos Estados Unidos da América, onde as sessões de «avaliação neutra precoce» duram entre duas a três horas, são conduzidas por um ou mais especialistas e são confidenciais³⁹³.
- 329 A promoção de mecanismos de resolução de litígios por mútuo acordo nos diferentes sistemas jurídicos também se reflete na evolução da abordagem dos advogados a questões de direito da família. Atualmente, os advogados tendem a privilegiar o acordo como o melhor resultado possível para os seus clientes.
- 330 O primeiro de dois processos interessantes que merecem ser mencionados a este respeito é o «**direito colaborativo**». De acordo com este modelo, que está a ser utilizado em vários ordenamentos

386 Para mais informações sobre os mecanismos de resolução alternativa de litígios disponíveis nos vários Estados Contratantes da Convenção da Haia de 1980 sobre o Rapto de Crianças, consultar o capítulo 20 do Perfil dos Estados no âmbito da Convenção de 1980 (nota 121 acima).

387 Para mais informações sobre a distinção entre mediação e conciliação, ver, no Glossário acima, o termo «Mediação».

388 Por exemplo, em **Marrocos**, o tribunal, antes de decretar o divórcio, deve tentar (re)conciliar as partes: ver o artigo 81.º e seguintes do Código da Família **marroquino** (*Code de la Famille – Bulletin Officiel No 5358 du 2 ramadan 1426*, 6 de outubro de 2005, página 667), disponível em: www.justice.gov.ma. De forma semelhante, na **Itália**, a tentativa de conciliação entre os cônjuges é obrigatória em processos de separação e divórcio: ver o artigo 708.º do Código de Processo Civil e artigos 1.º e 4.º, n.º 7, da Lei do Divórcio italiana (*Legge 1 de dezembro de 1970, n.º 898, Disciplina dei casi di scioglimento del matrimonio*, in *Gazzetta Ufficiale n. 306*, 3 de dezembro de 1970).

389 Ver N. ver Steegh (*op. cit.* nota 8), páginas 663 e 664.

390 Ver «Guidelines for Parenting Coordination», desenvolvidas pelo Grupo de Trabalho sobre a Coordenação Parental da Associação de Tribunais de Família e Conciliação (*Association of Family and Conciliation Courts, AFCC*), maio de 2005, disponível em: <http://www.afccnet.org/Portals/0/PublicDocuments/Guidelines/AFCCGuidelinesforParentingcoordinationnew.pdf> (última consulta em 14 de junho de 2012).

391 Para mais informações, ver, *inter alia*, N. ver Steegh (*op. cit.* nota 8), página 663.

392 *Ibid.*

393 *Ibid.* A avaliação neutra precoce está disponível também no **Canadá (Manitoba)**, ver a secção 20 a) do Perfil dos Estados no âmbito da Convenção de 1980 (nota 121 acima).

jurídicos³⁹⁴, as partes são representadas por «advogados colaborativos», que utilizam técnicas de resolução de problemas com base nos interesses das partes para resolver o litígio sem recurso ao tribunal³⁹⁵. No caso de não ser alcançado acordo e o assunto ter que ser resolvido em tribunal, os advogados colaborativos não podem continuar a representar as partes, que devem, assim, procurar novo advogado. O modelo do direito colaborativo tem vindo a ser utilizado há bastante tempo com sucesso em alguns ordenamentos jurídicos como, por exemplo, em alguns Estados dos Estados Unidos da América. Alguns desses sistemas jurídicos já adotaram entretanto legislação ou «pareceres éticos» sobre o «direito colaborativo»³⁹⁶.

- 331 O segundo modelo de advocacia de resolução de conflitos consiste no «**direito cooperativo**». Este modelo segue os princípios do «direito colaborativo», com a exceção que os advogados das partes podem continuar a representar as partes no caso de o assunto ser levado a tribunal³⁹⁷.
- 332 O uso de mecanismos de resolução de litígios familiares nacionais por mútuo acordo disponíveis para a resolução de litígios familiares internacionais deve ser considerado. No entanto, estes mecanismos devem ser adaptados às dificuldades específicas dos litígios familiares internacionais e, em particular, às dificuldades inerentes ao rapto internacional de crianças, como mencionado acima relativamente à mediação. Por exemplo, a aplicação do modelo de direito colaborativo em casos de rapto internacional de crianças pode não ser aconselhável, se as partes correrem o risco de necessitar de novos advogados para requerer ao tribunal a atribuição de eficácia ao acordo, uma vez que os advogados colaborativos estão obrigados a retirar-se nessa fase.
- 333 As boas práticas apresentadas neste Guia relativamente à mediação devem ser adaptadas a esses outros mecanismos.
- 334 Os Estados são incentivados a disponibilizar, nos seus ordenamentos jurídicos, informações sobre os mecanismos de resolução de litígios por mútuo acordo que podem ser aplicados em casos de rapto internacional de crianças. Estas informações podem ser prestadas pelas Autoridades Centrais e pelos Pontos de Contacto Centrais para a mediação familiar internacional³⁹⁸.

16 O recurso à mediação e a mecanismos análogos de resolução por mútuo acordo em casos não abrangidos pela Convenção da Haia

- O recurso à mediação e a outros mecanismos análogos de resolução de litígios por mútuo acordo deve ser também encorajado nos litígios familiares internacionais envolvendo crianças, especialmente em casos de rapto de crianças aos quais a Convenção da Haia de 1980 sobre o Rapto de Crianças ou outros instrumentos equivalentes não sejam aplicáveis.
- Os Estados devem promover a criação de estruturas de mediação para estes casos, de acordo com os Princípios para a Criação de Estruturas de Mediação no contexto do Processo de Malta³⁹⁹. Em especial, os Estados devem considerar a designação de Pontos de Contacto Centrais para a mediação familiar internacional para facilitar a divulgação de informações sobre os serviços de mediação e outros serviços relacionados disponíveis, a promoção de boas práticas na formação especializada para a mediação familiar internacional e o processo de mediação internacional. Paralelamente, deve ser prestado auxílio com vista à atribuição de eficácia aos acordos de mediação nos sistemas jurídicos em causa.
- Se for o caso, os países devem «considerar a conveniência de adotar legislação ou regulamentação relativa à execução dos acordos de mediação»⁴⁰⁰.

394 O modelo do direito colaborativo é atualmente utilizado, *inter alia*, no Canadá (Alberta, Colúmbia Britânica, Manitoba, Nova Escócia, Saskatchewan), Israel, Reino Unido (Inglaterra e País de Gales; Irlanda do Norte) e Estados Unidos da América, ver a secção 20 a) do Perfil dos Estados no âmbito da Convenção de 1980 (nota 121 acima).

395 Para mais informações, ver, *inter alia*, N. ver Steegh (*op. cit.* nota 8), página 667.

396 *Ibid.*, páginas 667 e 668.

397 *Ibid.*, página 668.

398 Sobre o papel das Autoridades Centrais e de outros organismos no fornecimento destas informações, ver a secção 4.1 acima.

399 Ver o Anexo I abaixo.

400 *Ibid.*

- 335 Sempre que os litígios familiares internacionais relativos a crianças envolvam dois Estados entre os quais não vigore a Convenção da Haia de 1980 sobre o Rapto de Crianças, a Convenção da Haia de 1996 relativa à Proteção das Crianças ou outro instrumento jurídico internacional ou regional relevante, a mediação ou outro mecanismo de resolução de litígios por mútuo acordo pode ser o único recurso e a única forma de ajudar as crianças em causa a «manter (...) relações pessoais e contactos diretos regulares com ambos» os progenitores, tal como garantido pela CNUDC⁴⁰¹.
- 336 Evidentemente, a não aplicabilidade dos instrumentos regionais ou internacionais relevantes nesta matéria não afeta as vias de recurso ao dispor dos progenitores ao abrigo da legislação nacional. No entanto, quando tenha ocorrido um rapto ou exista outro conflito transfronteiriço relativo à custódia ou ao contacto com uma criança, a falta de um quadro jurídico regional ou internacional resulta regularmente em decisões contraditórias nos diferentes ordenamentos jurídicos envolvidos, o que, muitas vezes, é um beco sem saída para uma solução jurídica para o conflito.
- 337 Conforme referido anteriormente⁴⁰², o Grupo de Trabalho sobre mediação no contexto do Processo de Malta desenvolveu Princípios para a Criação de Estruturas de Mediação no contexto do Processo de Malta. Os Estados devem promover a criação de estruturas de mediação de acordo com estes Princípios e, em especial, ponderar a designação de um Ponto de Contacto Central para a mediação familiar internacional por forma a facilitar a divulgação de informações sobre os serviços de mediação disponíveis e outras informações relevantes. Além disso, os Estados devem promover boas práticas no domínio da formação de mediadores em mediação familiar internacional e do processo de mediação internacional.
- 338 As boas práticas descritas neste Guia para a mediação em casos de rapto internacional de crianças abrangidos pela Convenção da Haia de 1980 sobre o Rapto de Crianças são igualmente aplicáveis a tais casos. Tal como naqueles casos de rapto internacional de crianças, a mediação deve ser conduzida com o maior cuidado e o acordo de mediação deve ser redigido de forma a ser compatível com o direito dos Estados em causa e ser executório nesses Estados. O tempo também é crucial no caso de não ser aplicável nenhum instrumento jurídico regional ou internacional aos casos de rapto internacional de crianças e o contacto entre a criança e o progenitor cujo direito de custódia foi violado deverá ser restabelecido o mais rapidamente possível para evitar alienação parental.
- 339 No geral, na falta de instrumentos jurídicos regionais ou internacionais aplicáveis, a mediação em casos de rapto internacional de crianças é realizada em circunstâncias muito especiais. Não é possível recorrer à via judicial para alcançar uma solução se a mediação falhar ou se o acordo de mediação for declarado executório nos ordenamentos jurídicos em causa, mas surgir uma dificuldade na sua implementação prática. Por isso, é crucial que qualquer solução de mútuo acordo alcançada nestes casos seja reconhecida e declarada executória nos diferentes sistemas jurídicos envolvidos antes da sua aplicação prática. A mediação pode, desta forma, superar a situação de conflito entre os diferentes sistemas jurídicos envolvidos; o acordo de mediação em si servirá, então, como base para o estabelecimento de uma única opinião jurídica sobre o caso concreto nos diferentes sistemas jurídicos em causa.

401 Ver o seu artigo 10.º, n.º 2.

402 Ver os n.ºs 14 e 112 e seguintes.

- 340 Deve ser prestada toda a assistência possível às partes de um litígio familiar transfronteiriço para que seja atribuída eficácia e executoriedade ao acordo de mediação em todos os sistemas jurídicos em causa. A divulgação de informações sobre as medidas necessárias para que seja atribuída eficácia a um acordo deve ser facilitada por um organismo central, como o Ponto de Contacto Central para a mediação familiar internacional⁴⁰³. Sempre que necessário, os Estados devem «considerar a conveniência da adoção de legislação ou regulamentação relativa à execução dos acordos de mediação»⁴⁰⁴.
- 341 Os mediadores envolvidos em litígios familiares internacionais relativos à custódia e ao contacto aos quais não seja aplicável nenhum instrumento jurídico internacional ou regional devem estar cientes da extensão da sua responsabilidade. Devem chamar a atenção das partes para as implicações jurídicas da inaplicabilidade de instrumentos regionais ou internacionais relevantes, bem como para a necessidade de obtenção de aconselhamento jurídico especializado e da declaração de executoriedade do acordo nos sistemas jurídicos em causa antes de se iniciar a sua implementação prática. As partes devem ser informadas sobre as implicações específicas da ausência de regras supranacionais sobre o reconhecimento e a execução das decisões relativas à custódia e ao contacto no futuro. Elas devem entender que, mesmo que o acordo tenha sido declarado executório em ambos os Estados na sequência da mediação, uma alteração posterior das circunstâncias pode afetar a executoriedade do acordo no futuro. Qualquer alteração ao conteúdo do acordo terá que ser reconhecida pelos dois sistemas jurídicos, um processo que exige a cooperação das partes.

403 Para mais informações sobre o papel dos Pontos de Contacto Centrais para a mediação familiar internacional, ver os Princípios para a Criação de Estruturas de Mediação, no Anexo I abaixo e também a secção 4.1 acima.

404 Ver os Princípios para a Criação de Estruturas de Mediação (*ibid.*).

Anexos

Anexo I

PRINCÍPIOS PARA A CRIAÇÃO DE ESTRUTURAS DE MEDIAÇÃO NO CONTEXTO DO PROCESSO DE MALTA

Redigido pelo Grupo de Trabalho com o apoio do Secretariado Permanente

A PONTO DE CONTACTO CENTRAL

Os Estados devem criar / designar um Ponto de Contacto Central para a mediação familiar internacional, responsável pelo desempenho, diretamente ou através de um intermediário, das seguintes funções:

- Atuar como ponto de contacto para o público e, simultaneamente, assegurar a coordenação entre os mediadores envolvidos em litígios familiares transfronteiriços.
- Fornecer informações sobre os serviços de mediação familiar disponíveis no país em questão, tais como:
 - >a lista de mediadores familiares, incluindo os respetivos contactos e informações relativas à sua formação, competências linguísticas e experiência;
 - >a lista de organizações que prestam serviços de mediação em litígios familiares internacionais;
 - >informações sobre o custo da mediação;
 - >informações sobre os modelos de mediação aplicados / disponíveis; e
 - >informações sobre a forma como a mediação é conduzida e os temas que podem ser abrangidos pela mediação.
- Fornecer informações para ajudar a localizar o outro progenitor ou a criança dentro do país em questão.
- Fornecer informações sobre as organizações que podem prestar aconselhamento sobre direito da família e direito processual.
- Fornecer informações sobre a atribuição de eficácia ao acordo de mediação.
- Fornecer informações sobre a execução do acordo de mediação.
- Fornecer informações sobre qualquer tipo de apoio disponível para garantir a sustentabilidade a longo prazo do acordo de mediação.
- Promover a cooperação entre os vários especialistas através da promoção de redes de contactos, programas de formação e o intercâmbio de boas práticas.
- Sob reserva do princípio da confidencialidade, recolher e tornar públicas, de forma periódica, as informações relativas ao número e à natureza dos casos tratados pelos pontos de contacto centrais, as medidas tomadas e os resultados, incluindo os obtidos através da mediação, se conhecidos.

Estas informações devem ser prestadas na língua oficial do Estado em questão, bem como em inglês ou francês.

O Secretariado Permanente da Conferência da Haia deverá ser informado dos contactos do Ponto de Contacto Central, incluindo morada, telefone, endereço de correio eletrónico e nome da pessoa ou pessoas responsáveis, bem como as línguas que falam.

Os pedidos de informações ou de assistência dirigidos ao Ponto de Contacto Central devem ser tratados de forma célere.

Na medida do possível, o Ponto de Contacto Central deve disponibilizar num sítio Web, na língua oficial do Estado em questão e em inglês ou francês, informações pertinentes sobre os serviços de mediação. Sempre que o Ponto de Contacto Central não esteja em posição de prestar este serviço, o Secretariado Permanente deve disponibilizar em linha as informações recebidas do Ponto de Contacto Central.

B MEDIAÇÃO

1 Características dos mediadores / organizações de mediação identificados pelos Pontos de Contacto Centrais

De entre as características que um Ponto de Contacto Central deve ter em conta ao identificar e incluir nas suas listas mediadores ou organizações que prestam serviços de mediação familiar internacional, destacamos as seguintes:

- abordagem profissional e formação adequada em mediação familiar (incluindo em mediação familiar internacional);
- ampla experiência em litígios familiares internacionais e interculturais;
- conhecimento e compreensão dos instrumentos jurídicos internacionais e regionais aplicáveis;
- acesso a uma rede de contactos (nacionais e internacionais) relevante;
- conhecimento de vários sistemas jurídicos e das formas de atribuição de eficácia e *exequatur* ao acordo de mediação nos ordenamentos jurídicos em causa;
- acesso a apoio administrativo e profissional;
- abordagem organizada e profissional em termos de administração, manutenção de registos e avaliação dos serviços;
- acesso a recursos relevantes (documentos / comunicações, etc.) no contexto da mediação familiar internacional;
- no caso em que exista um sistema de reconhecimento, o serviço de mediação ser legalmente reconhecido pelo estado em que funciona;
- competências linguísticas.

Reconhece-se que, nos Estados onde o desenvolvimento dos serviços de mediação internacional se encontra na sua fase inicial, muitas das características acima descritas representam aspirações e, como tal, em termos realistas, não podem ser impostas.

2 Processo de mediação

Reconhece-se a existência de uma grande variedade de procedimentos e métodos na mediação familiar nos diferentes países. No entanto, sob reserva da legislação aplicável, o processo de mediação deve ser guiado pelos seguintes princípios gerais:

- avaliação da adequação da mediação ao caso concreto;
- consentimento informado;
- participação voluntária;
- ajuda aos progenitores na procura de um acordo que tenha em consideração os interesses da criança e o seu bem-estar;
- neutralidade;

- justiça;
- uso da língua materna ou de uma língua ou línguas que os participantes dominem bem;
- confidencialidade;
- imparcialidade;
- competência intercultural;
- tomada de decisões informadas e acesso adequado a aconselhamento jurídico.

3 Acordo de mediação

Ao prestar assistência na redação dos acordos, os mediadores envolvidos em litígios familiares transfronteiriços devem ter sempre em mente a aplicação prática do acordo. O acordo deve ser compatível com os sistemas jurídicos relevantes. Os acordos sobre a custódia e o direito de contacto devem ser o mais concretos possível e ter em conta os problemas de ordem prática pertinentes. Sempre que o acordo envolva dois ordenamentos jurídicos que utilizam línguas diferentes, o mesmo deve ser redigido nas duas línguas se isso simplificar o respetivo processo de atribuição de eficácia.

C ATRIBUIÇÃO DE EFICÁCIA AO ACORDO DE MEDIAÇÃO

Os mediadores envolvidos em litígios familiares internacionais relativos à custódia e ao contacto devem trabalhar em estreita colaboração com os representantes legais das partes.

Deve ser atribuída eficácia ou executoriedade ao acordo antes da implementação prática do mesmo.

Os Pontos de Contacto Centrais dos ordenamentos jurídicos envolvidos devem ajudar as partes, fornecendo as informações necessárias sobre os procedimentos relevantes.

Sempre que necessário, os países podem considerar a conveniência da adoção de legislação ou regulamentação relativa à execução dos acordos de mediação.

Anexo II

EXPOSIÇÃO DE MOTIVOS RELATIVA AOS PRINCÍPIOS PARA A CRIAÇÃO DE ESTRUTURAS DE MEDIAÇÃO NO CONTEXTO DO PROCESSO DE MALTA

Redigido pelo Grupo de Trabalho com o apoio do Secretariado Permanente

AS ORIGENS DO PROJETO

Na sua reunião de 31 março a 2 abril de 2009, o Conselho dos Assuntos Gerais e Política da Conferência da Haia de Direito Internacional Privado autorizou, no contexto do Processo de Malta, a criação de um Grupo de Trabalho para promover o desenvolvimento de estruturas de mediação com vista à resolução de litígios familiares transfronteiriços relativos à custódia e ao contacto com crianças, nomeadamente nos casos de deslocação unilateral de uma criança para outro Estado em que não são aplicáveis a *Convenção da Haia de 25 de outubro de 1980 sobre os Aspectos Cíveis do Rapto Internacional de Crianças* e a *Convenção da Haia de 19 de outubro de 1996 relativa à Competência, à Lei Aplicável, ao Reconhecimento, à Execução e à Cooperação em Matéria de Responsabilidade Parental e Medidas de Proteção das Crianças*.

A recomendação para a criação deste Grupo de Trabalho resultou da Terceira Conferência Judicial de Malta sobre Questões Transfronteiriças de Direito da Família, que teve lugar em St. Julians (Malta) de 23 a 26 de março de 2009.

Em junho de 2009, alguns Estados Contratantes da Convenção da Haia de 1980 sobre o Rapto de Crianças e Estados não contratantes, selecionados com base em fatores demográficos e diferentes tradições jurídicas, foram convidados a nomear um especialista. Esses Estados foram: Austrália, Canadá, Egito, França, Alemanha, Índia, Jordânia, Malásia, Marrocos, Paquistão, Reino Unido e Estados Unidos da América. Para além destes, foram também convidados a participar do Grupo de Trabalho alguns especialistas em mediação independentes.

O Grupo de Trabalho reuniu-se em conferência telefónica duas vezes: em 30 de julho e em 29 de outubro de 2009 e, presencialmente, em 11 e 12 de maio de 2010, em Otava, no Canadá. As reuniões foram copresididas por Lillian Thomsen do Canadá e pelo juiz Tassaduq Hussain Jillani, do Paquistão. Durante as reuniões, foi disponibilizada interpretação simultânea em inglês, francês e árabe. Para preparar as conferências telefónicas, foram distribuídos dois questionários: um sobre as estruturas de mediação existentes e outro sobre a executoriedade dos acordos de mediação. As respetivas respostas encontram-se publicadas no sítio Web da Conferência da Haia em www.hcch.net, «Work in progress», «Child Abduction».

Na primeira conferência telefónica, o Grupo de Trabalho concluiu que seria importante a criação de Pontos de Contacto Centrais em cada país, com vista a facilitar o fornecimento de informações sobre os serviços de mediação disponíveis nos seus ordenamentos jurídicos. Na sequência da segunda conferência telefónica, o Grupo de Trabalho começou a trabalhar no «Projeto de Princípios» para a criação de estruturas de mediação, que foi concluído após discussão aprofundada na reunião presencial no Canadá em 11 e 12 de maio de 2010 e subsequentes consultas com os especialistas que não puderam comparecer nesta reunião no Canadá.

Princípios para a criação de estruturas de mediação no contexto do Processo de Malta

Os «Princípios» foram desenvolvidos tendo em vista a criação de estruturas de mediação eficazes no contexto de litígios familiares transfronteiriços relativos a crianças que envolvem Estados que não são partes da Convenção da Haia de 1980 sobre o Rapto de Crianças, nem da Convenção da Haia de 1996 relativa à Proteção das Crianças ou de outros instrumentos relevantes. Na ausência de um quadro jurídico internacional ou regional aplicável, a mediação e outros mecanismos análogos de resolução consensual de litígios são muitas vezes a única maneira de encontrar uma solução que permite à criança em causa manter o contacto regular com ambos os progenitores.

Note-se que a criação de estruturas de mediação para a mediação familiar transfronteiriça também será igualmente útil no contexto de litígios familiares transfronteiriços que se enquadrem no âmbito da Convenção da Haia de 1980 sobre o Rapto de Crianças e da Convenção da Haia de 1996 relativa à Proteção das Crianças. Ambas as Convenções promovem a resolução amigável dos litígios familiares através da mediação ou de mecanismos análogos. Estes Princípios podem, portanto, ser um complemento útil do quadro jurídico internacional estabelecido pelas Convenções.

Os «Princípios»

Os «Princípios» apelam à criação de um Ponto de Contacto Central para facilitar o fornecimento de informações, *inter alia*, sobre os serviços de mediação disponíveis nos respetivos ordenamentos jurídicos, o acesso à mediação e outros temas importantes, como informações jurídicas relevantes.

PARTE A

Na Parte A dos «Princípios» são especificados os tipos de informações que devem ser fornecidas e a forma de disponibilização das mesmas através dos Pontos de Contacto Centrais.

As informações sobre os serviços de mediação em matéria de direito internacional da família devem incluir, em primeiro lugar, uma lista dos mediadores ou organizações de mediação que prestam esses serviços. As listas devem conter informações sobre a formação dos mediadores, as suas competências linguísticas e a sua experiência, bem como os seus contactos. O Ponto de Contacto Central deve ainda facilitar o fornecimento de informações relativas ao custo da mediação, incluindo os honorários do mediador e outros custos relacionados. Além disso, o Ponto de Contacto Central deve disponibilizar informações sobre o processo de mediação em si, isto é, os modelos de mediação utilizados / disponíveis, a forma como a mediação é conduzida e os temas que podem ser abrangidos pela mediação. As informações devem ser o mais detalhadas possível, devendo ser também fornecidas informações sobre a possibilidade de mediação, bem como de formas específicas de mediação, tais como a mediação binacional.

O Ponto de Contacto Central deve também divulgar as informações necessárias para ajudar na localização do outro progenitor ou da criança no país em causa. Devem também ser fornecidas informações sobre os locais onde pode ser obtido aconselhamento em matéria de direito de família e processos judiciais e sobre a atribuição de eficácia e executoriedade ao acordo de mediação. Tendo em conta que os recursos financeiros das partes de um litígio familiar são, muitas vezes, limitados, devem ser fornecidas informações sobre os custos; deve ser chamada a atenção para os serviços *pro bono* ou serviços que prestam aconselhamento jurídico especializado a preços reduzidos, sempre que disponíveis. O Ponto de Contacto Central deve também fornecer informações sobre qualquer tipo de apoio disponível para garantir a sustentabilidade a longo prazo do acordo de mediação.

O Ponto de Contacto Central deve procurar melhorar e reforçar a cooperação transfronteiriça em matéria de resolução amigável de litígios familiares internacionais, promovendo a cooperação entre os vários especialistas através de redes de contactos, programas de formação e intercâmbio de boas práticas. Finalmente, sob reserva do princípio da confidencialidade, o Ponto de Contacto Central deve recolher e disponibilizar publicamente estatísticas detalhadas sobre os casos que foram tratados.

PARTE B

Na Parte B, os «Princípios» referem (1) certas normas relativas à identificação de serviços de mediação internacional pelos Pontos de Contacto Centrais, (2) o processo de mediação e (3) o acordo de mediação.

No ponto B (1), os «Princípios» definem uma série de características que os mediadores e as organizações de mediação devem reunir e que o Ponto de Contacto Central deve ter em consideração quando identifica e elabora a lista dos serviços de mediação internacional. Paralelamente, os «Princípios» reconhecem que muitos Estados ainda estão numa fase inicial do desenvolvimento de serviços de mediação familiar internacional e que, por isso, algumas das características enunciadas representam aspirações. No entanto, espera-se que os Estados que implementem estes «Princípios» incentivem o desenvolvimento progressivo de serviços de mediação com essas características.

No ponto B (2), são enumerados vários princípios gerais que, sob reserva da lei aplicável ao processo de mediação, devem ser respeitados no contexto da mediação familiar internacional. Conscientes de que esses princípios podem ser objeto de interpretações ligeiramente diferentes em diferentes sistemas jurídicos, e tendo em vista possibilitar o desenvolvimento de boas práticas, os autores deste documento abstiveram-se de associar definições rígidas a estes princípios gerais. Note-se que o Guia de Boas Práticas nos termos da Convenção da Haia de 25 de outubro de 1980 sobre os aspetos civis do rapto internacional de crianças, que está atualmente a ser elaborado, vai abordar de forma mais detalhada as boas práticas relativas a estes princípios gerais.

No Ponto B (3), são destacados alguns aspetos importantes que devem ser tidos em consideração no que toca ao acordo de mediação, a fim de permitir seja atribuída eficácia ao mesmo em todos os sistemas jurídicos em causa. Para mais informações sobre as boas práticas relativas à redação do acordo de mediação, remete-se novamente para o Guia de Boas Práticas sobre a mediação nos termos da Convenção da Haia de 25 de outubro de 1980 sobre os aspetos civis do rapto internacional de crianças.

PARTE C

Na Parte C, é reconhecida a importância da atribuição de eficácia e executoriedade ao acordo de mediação em todos os sistemas jurídicos envolvidos antes da sua implementação prática. É também destacada a necessidade de uma cooperação estreita com os representantes legais das partes. Além disso, é solicitado ao Ponto de Contacto Central que forneça às partes informações sobre os procedimentos relevantes.

Conclusão

O Grupo de Trabalho gostaria de exprimir nesta Exposição de Motivos a sua opinião de que os Estados não contratantes deveriam ponderar cuidadosamente as vantagens da ratificação ou adesão à *Convenção da Haia de 19 de outubro de 1996 relativa à Competência, à Lei Aplicável, ao Reconhecimento, à Execução e à Cooperação em Matéria de Responsabilidade Parental e Medidas de Proteção das Crianças* e à *Convenção da Haia de 25 de outubro de 1980 sobre os Aspetos Civis do Rapto Internacional de Crianças*.

**A Conferência da Haia de Direito Internacional Privado
Secretariado Permanente**

6, Scheveningseweg
2517 KT Haia
Países Baixos

Telefone: +31 70 363 3303

Fax: +31 70 360 4867

Endereço de correio eletrónico: secretariat@hcch.net

Sítio Web: www.hcch.net



ISBN 978-92-79-32407-9



9 789279 324079

doi:10.2838/59002