

A PARTICIPAÇÃO DAS CRIANÇAS NA MEDIÇÃO FAMILIAR(*)

*Pela D.^{ra} Isabel Poças(**)*

SUMÁRIO:

I. Mediação, noção e importância como Meio de Resolução Alternativa de Litígios: a Lei n.º 29/2013 de 19 de Abril que estabelece os princípios gerais aplicáveis à mediação realizada em Portugal, bem como os regimes jurídicos da mediação civil e comercial, dos mediadores e da mediação pública. **II.** Mediação Familiar: enquadramento jurídico internacional e nacional e o seu modo de funcionamento em Portugal. **III.** No âmbito da Mediação Familiar, enquadramento jurídico do Direito à Participação pelas crianças nos assuntos que lhe dizem respeito, ao abrigo da Convenção sobre os Direitos das Crianças, documento matriz a nível internacional para a sua protecção. **IV.** A Participação das Crianças na Mediação Familiar e as suas vantagens e desvantagens. **V.** Como a Participação das Crianças tem sido concretizada pela Mediação Familiar, através da utilização de diversos métodos e experiências, em países como o Reino Unido, Canadá, Austrália, Estados Unidos da América ou Nova Zelândia e análise dos respectivos resultados.

(*) Comunicação apresentada no I Congresso Internacional de Mediação organizado pelo CAPP (Centro de Investigação do Instituto Superior de Ciências Sociais e Políticas) e pelo GRAL (Gabinete de Resolução Alternativa de Litígios) do Ministério da Justiça e realizado no Instituto Superior de Ciências Sociais e Políticas nos dias 7, 8 e 9 de Outubro de 2010, em Lisboa, actualizada de acordo com as recentes alterações legislativas na matéria, consistindo a Lei n.º 29/2013 de 19 de Abril, a mais relevante e completada com o enquadramento jurídico da Mediação Familiar ao nível internacional e nacional e respectivo modo de funcionamento em Portugal.

(**) Advogada e Formadora.

I. Mediação, noção e importância como Meio de Resolução Alternativa de Litígios: a Lei n.º 29/2013 de 19 de Abril que estabelece os princípios gerais aplicáveis à mediação realizada em Portugal, bem como os regimes jurídicos da mediação civil e comercial, dos mediadores e da mediação pública

A mediação é uma forma de resolução de conflitos informal e flexível, de carácter voluntário e confidencial, conduzida por um terceiro imparcial e neutro — o mediador — que promove a aproximação entre as partes e os apoia na tentativa de encontrar um acordo, com base na comunicação e responsabilidade^(1/2).

A mediação caracteriza-se por ser: confidencial, voluntária, flexível, criativa, concertada, rápida e económica⁽³⁾.

Tem como principais áreas de aplicação: o Direito da Família, o Direito Penal, o Direito do Ambiente, o Direito Comercial, o Direito Civil, o Direito Administrativo e o Direito do Trabalho. Pela sua eficiência de resultados, a mediação tem vindo a assumir uma crescente relevância como meio de resolução alternativa de litígios.

A mediação foi alvo de regulamentação jurídica recente, com a Lei n.º 29/2013 de 19 de Abril⁽⁴⁾, publicada no Diário da República, 1.ª Série, N.º 77, que estabelece os princípios gerais aplicáveis à mediação realizada em Portugal, bem como os regimes jurídicos da mediação civil e comercial, dos mediadores de conflitos e da mediação pública e surge no decorrer da transposição da Diretiva 2008/52 CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 21 de

(1) Cf. DÁVILA TERESA DE GALIZA FERNANDES PINHEIRO, *Mediação Familiar: Uma Alternativa Viável à Resolução pacífica dos Conflitos Familiares*, p.11, Instituto Brasileiro de Direito da Família, 2008, <<http://www.ibdfam.or.br>>.

(2) Cf. BIANCA DA ROSA BITTENCOURT, *Mediação: Uma Alternativa para a Resolução de Conflitos no Direito da Família*, Revista Jurídica da UniFil, Ano V, n.º 5.

(3) Cf. ZULEMA D. WILDE, LUIS GABROIS, *O que é a Mediação*, pp.64-65, DGAE — Direção Geral da Administração Extrajudicial, Agora Publicações Lda., Lisboa, 2003.

(4) O histórico do seu processo legislativo está descrito no Correio Jurídico da Biblioteca da Ordem dos Advogados, n.º 17 de 24 de Abril de 2013, III, <<http://www.ooa.pt>>, doravante, designada como Lei da Mediação.

Maio de 2008 — relativa a certos aspectos da mediação em matéria civil e comercial.

Com este diploma, o legislador pretendeu unificar regimes legais que se encontravam até aí dispersos, contribuindo desse modo, para que se possa afirmar, que se procedeu a um enquadramento jurídico deste meio de resolução alternativa de litígios.

Encontra-se dividido em 6 Capítulos, nomeadamente o Capítulo I — Disposições Gerais — arts. 1.º e 2.º, Capítulo II — Princípios — arts. 3.º a 10.º, Capítulo III — Mediação civil e comercial — arts. 10.º a 22.º, Capítulo IV — Mediador de conflitos — arts. 23.º a 29.º, Capítulo V — Sistemas públicos de mediação — arts. 30.º a 44.º e Capítulo VI — Disposições complementares e finais — arts. 45.º a 50.º.

No art. 1.º é estabelecido o objecto da nova lei, nas alíneas *a)* Os princípios gerais aplicáveis à mediação realizada em Portugal; *b)* O regime jurídico da mediação civil e comercial; *c)* O regime jurídico dos mediadores; e *d)* O regime jurídico dos sistemas públicos de mediação.

No art. 2.º estão expressamente consagradas as definições, na alínea *a)* de “Mediação” — a forma de resolução realizada por entidades públicas ou privadas, através do qual duas ou mais partes em litígio procuram voluntariamente alcançar um acordo com assistência de um mediador de conflitos e na alínea *b)* de “Mediador de conflitos” — um terceiro, imparcial e independente, desprovido de poderes de imposição aos mediados, que os auxilia na tentativa de construção de um acordo final sobre o objecto do litígio.

Seguem-se os princípios da mediação enunciados nos arts. 4.º a 9.º, os quais se aplicam a todas as mediações realizadas em Portugal, independentemente da natureza do litígio, objecto da mediação (art. 3.º): princípio da voluntariedade, que se reflecte na obtenção de um consentimento esclarecido e informado das partes para a realização da mediação, sendo responsáveis pelas decisões tomadas no seu decurso, mas com a possibilidade de, em qualquer momento, conjunta ou unilateralmente, poderem revogar o consentimento anteriormente prestado. Se recusarem em iniciar ou a prosseguir o procedimento de mediação, esse comportamento não inte-

gra a violação do dever de cooperação previsto no art. 266.º do Código de Processo Civil⁽⁵⁾.

Também o princípio da confidencialidade, plasmado no art. 5.º, constitui um elemento norteador da conduta do mediador de conflitos, não podendo fazer uso de todas as informações obtidas no âmbito do procedimento de mediação, quer em proveito próprio, quer de outrem. O mesmo acontece com as informações prestadas, a título confidencial, ao mediador, por uma das partes, a não ser que seja com o seu consentimento, é que aquelas poderão ser comunicadas às restantes partes envolvidas no processo.

As situações permitidas de cessação do dever de confidencialidade acerca do conteúdo da mediação são as constantes do n.º 3, nomeadamente, por razões de ordem pública, para assegurar a protecção do superior interesse da criança, quando esteja em causa a protecção da integridade física ou psíquica de qualquer pessoa ou quando tal seja necessário para efeitos de aplicação ou execução do acordo obtido por via da mediação, na estrita medida do que em concreto, se revelar necessário para a protecção dos referidos interesses.

Excepto nas situações acima previstas ou no que diz respeito ao acordo obtido, o conteúdo das sessões de mediação não pode ser valorado em tribunal ou em sede de arbitragem (n.º 4).

Os princípios da igualdade e da imparcialidade vêm descritos no art. 6.º, sendo que o primeiro, significa o tratamento de forma equitativa em relação às partes e a gestão do procedimento de mediação, de modo a que o equilíbrio de poderes, seja garantido pelo mediador e também a possibilidade de ambas participarem no mesmo (n.º 1) e como terceiro e não parte interessada, cabe-lhe ainda a função de agir de forma imparcial com aquelas (n.º 2).

O princípio da independência, no art. 7.º, cabe ao mediador de conflitos salvaguardá-la, sendo tal inerente à sua função, devendo pautar a sua conduta pela independência, livre de qualquer pressão,

(5) Aprovado pelo Decreto-Lei n.º 44129 de 28 de Dezembro de 1961 (à data da publicação da Lei da Mediação), e actualmente no art. 7.º, da Lei n.º 41/2013 de 26 de Junho, publicada no Diário da República, 1.ª Série — N.º 121 e rectificada pela Declaração de Rectificação n.º 36/2013 de 12 de Agosto, publicada no Diário da República, 1.ª Série — N.º 154.

seja esta resultante dos seus próprios interesses, valores pessoais ou de influências externas. É também responsável pelos seus actos e não está sujeito a subordinação técnica ou deontológica de profissionais de outras áreas, sem prejuízo, no âmbito dos sistemas públicos de mediação, das competências das entidades gestoras desses sistemas.

O mediador de conflitos pode frequentar acções de formação que lhe confirmem aptidões específicas, teóricas e práticas — curso de formação de mediadores de conflitos — realizado por entidade formadora certificada pelo Ministério da Justiça, nos termos do art. 24.º (pertencente ao Capítulo IV — Mediador de conflitos), de modo a dar-se cumprimento ao princípio da competência, plasmado no art. 8.º n.º 1 e sem prejuízo do disposto na alínea e) do n.º 1 e do n.º 3 do art. 9.º, que será posteriormente analisado.

O n.º 2 refere-se ao princípio da responsabilidade do mediador de conflitos, que no caso de violação dos deveres de exercício da actividade exercida, nomeadamente os constantes desta lei⁽⁶⁾ e no caso da mediação em sistema público, dos actos constitutivos ou regulatórios dos sistemas públicos de mediação, responde civilmente pelos danos causados, nos termos gerais do direito. A nosso ver, atenta a formulação legal, será ao abrigo do instituto da responsabilidade civil, que abrange a responsabilidade extracontratual e a responsabilidade contratual, consagradas nomeadamente, nos arts. 483.º e ss. e 798.º e ss. do Código Civil⁽⁷⁾. Às duas formas de responsabilidade, interessam os arts. 562.º e ss. respeitantes à obrigação de indemnização em si mesma, independentemente da fonte de onde procede⁽⁸⁾. A responsabilidade civil nasce quando uma pessoa deve reparar um dano sofrido por outra e tem origem directamente da lei⁽⁹⁾. Na modalidade da responsabilidade extracontratual compreende: a) a responsabilidade por factos ilícitos (arts. 483.º e segs.); a responsabilidade pelo risco (arts. 499.º segs.)

⁽⁶⁾ Consagrados no art. 26.º.

⁽⁷⁾ Aprovado pelo Decreto-Lei 47.344 de 25 de Novembro de 1966.

⁽⁸⁾ Cf. MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, pp. 541-542, Almedina, Coimbra, 2009.

⁽⁹⁾ *Idem*, pp. 517-519.

e a responsabilidade por factos lícitos (cf., por ex., os arts. 339.º, n.º 2, 1322.º, n.º 1, 1347.º, n.º 3, 1348.º, n.º 2, 1349.º, n.º 3 e 1367.º)⁽¹⁰⁾. Em causa, estará assim a responsabilidade por factos ilícitos e uma vez preenchidos os pressupostos enumerados no art. 483.º.

A lei consagra força executiva ao acordo de mediação — art. 9.º — princípio da executoriedade — sem necessidade, portanto de homologação judicial, devendo, no entanto cumprir todos os requisitos enumerados nas alíneas do n.º 1 e que passamos a transcrever:

- a) Que diga respeito a litígio que possa ser objecto de mediação e para o qual a lei não exija homologação judicial,
- b) Em que as partes tenham capacidade para a sua celebração;
- c) Obtido por via de mediação realizada nos termos legalmente previstos;
- d) Cujo conteúdo não viole a ordem pública; e
- e) Em que tenha participado mediador de conflitos inscrito na lista de mediadores de conflitos organizada pelo Ministério da Justiça.

O disposto nesta última alínea, não é aplicável às mediações realizadas no âmbito de um sistema público de mediação⁽¹¹⁾, ao abrigo do n.º 2.

As qualificações e demais requisitos de inscrição na lista referida na alínea e), incluindo dos mediadores nacionais de Estados-Membros da União Europeia ou do espaço económico europeu

⁽¹⁰⁾ Cf. FERNANDO ANDRADE PIRES DE LIMA, JOÃO DE MATOS ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, Volume I (arts. 1.º a 761.º), p. 444, Coimbra Editora Limitada, Coimbra, 1982.

⁽¹¹⁾ Uma vez, que os três sistemas públicos de mediação existentes em Portugal — Sistemas de Mediação Familiar, Laboral e Penal, possuem listas de mediadores próprias, definidas, nos termos, nomeadamente, do art. 3.º n.º 1 do Despacho n.º 18778/2007 de 22 de Agosto, do art. 5.º do Protocolo de 5 de Maio de 2006 e do art. 11.º da Lei n.º 21/2007 de 12 de Junho.

provenientes de outros Estados-Membros, bem como o serviço do Ministério da Justiça competente para a organização e a forma de acesso e divulgação da mesma, são definidos por portaria⁽¹²⁾ do membro do Governo responsável pela área da Justiça.

O acordo de mediação obtido por essa via, mas, realizada noutro Estado-Membro da União Europeia, que respeite os requisitos acima transcritos das alíneas *a*) a *d*) do n.º 1, tem igualmente força executiva em Portugal, se o ordenamento jurídico desse Estado também lhe conferir o mesmo efeito jurídico, ou seja, em condições de reciprocidade.

Relativamente à força executiva do acordo de mediação, cabe-nos referir que face ao art. 703.º (Espécies de títulos executivos) do Código de Processo Civil, o enquadramento jurídico do mesmo está contemplado no n.º 1 alínea *d*), por ser um documento a que por disposição especial, foi atribuída força executiva.

(12) Nesse sentido, foi publicada no Diário da República, 1.ª Série, N.º 230 — 27 de Novembro, a Portaria n.º 344/2013 que define que é a Direcção Geral da Política da Justiça — DG PJ — esse serviço competente do Ministério da Justiça (art. 2.º). A mesma, determina que os requisitos de inscrição na lista de mediadores de conflitos são cumulativos e estão enumerados no art. 3.º e que o requerimento para esse fim é dirigido àquela entidade (art. 4.º), instruído dos elementos indicados nos n.ºs 2 e 3, os quais devem estar permanentemente actualizados (n.º 7), cabendo ao director-geral da DG PJ, autorizar a inscrição do mediador de conflitos (n.º 6). A decisão de indeferimento do pedido de inscrição é sempre expressa e precedida de audiência prévia, realizada por escrito, do mediador de conflitos, com indicação dos respectivos fundamentos, a ter lugar no final da instrução do processo pela DG PJ (n.º 5). Compete ainda a esta, a divulgação da lista de mediadores de conflitos ao abrigo do art. 5.º, assim como a fiscalização dos requisitos previstos no art. 3.º podendo para o efeito pedir ao mediador as informações e demais elementos que considerar adequados (art. 6.º). A exclusão da lista está prevista no art. 7.º, podendo o mediador de conflitos a todo o tempo, requerer a exclusão do seu nome e demais dados a si relativos pertencentes àquela, sendo que o tempo em que se encontrou inscrito, deve também aí constar. Cabe referir que, segundo o n.º 2 do mesmo artigo, o incumprimento de quaisquer deveres ou a violação de quaisquer proibições, inerentes ao exercício da função de mediador de conflitos pode implicar a exclusão da lista regulada nesta portaria. É também da competência do director-geral da DG PJ, a decisão de excluir desta lista, o mediador de conflitos, que, culposamente haja violado os deveres impostos pelo respectivo estatuto, devendo a sanção ser aplicada com respeito pelo grau de culpa do agente e de harmonia com os princípios da adequação e da proporcionalidade. O mediador que haja sido excluído da lista por decisão do director-geral, só pode requerer a sua reinscrição na mesma, após o decurso de dois anos sobre a data da sua exclusão. De acordo com o art. 8.º, a Portaria entrou em vigor no dia seguinte ao da sua publicação, ou seja, no dia 28 de Novembro de 2013.

No Capítulo II, é disciplinada a mediação civil e comercial — relativamente a litígios nessas matérias e realizada em Portugal, conforme o disposto no art. 10.º, n.º 1, não se aplicando aos litígios passíveis de serem objecto de mediação familiar/laboral e penal respectivamente — n.º 2, alíneas *a)*, *b)* e *c)* — ou seja aos três sistemas públicos de mediação existentes⁽¹³⁾.

Ao abrigo do art. 11.º, o objecto dos litígios em matéria civil e comercial deve respeitar interesses de natureza patrimonial, mas mesmo que não os envolvam, podem igualmente ser objecto de mediação, desde que sobre o direito controvertido, as partes possam celebrar um acordo, ou transação como a lei o refere.

Pode haver ainda convenção de mediação, ou seja, as partes preverem, no âmbito de um contrato, que eventuais litígios emergentes dessa relação jurídica, sejam submetidos a mediação (art. 12.º, n.º 1) devendo aquela obedecer a forma escrita, quando conste de documento assinado pelas partes, ou pelos vários meios enumerados no n.º 2, desde que fique prova escrita, sendo nula (n.º 3), se celebrada em violação do disposto nos n.ºs 1 e 2 ou no art. 11.º.

(13) Além da mediação civil (que não é um sistema independente) que existe nos julgados de paz (tribunais previstos no n.º 2 do art. 209.º da Constituição da República Portuguesa e criados pela Lei n.º 78/2001 de 13 de Julho), e que é competente (nos termos do n.º 3 do Artigo 16.º da Lei n.º 54/2013 de 31 de Julho e que alterou aquela lei), para mediar quaisquer litígios que possam ser objecto de mediação, ainda que excluídos da competência do julgado de paz, existem três sistemas públicos de mediação:

- O Sistema de Mediação Familiar (SMF), criado pelo Despacho n.º 18778/2007 de 13 de Julho, publicado no Diário da República, 2.ª Série, N.º 161 — 22 de Agosto e que regula a sua actividade (matéria que será desenvolvida no Ponto II deste artigo);
- O Sistema de Mediação Laboral (SML), criado pelo Protocolo celebrado no dia 5 de Maio de 2006 entre o Ministério da Justiça e os parceiros sociais e que entrou em vigor em 19 de Dezembro de 2006 com competência para mediar litígios em matéria laboral, quando não estejam em causa direitos indisponíveis e quando não resultem de acidente de trabalho;
- O Sistema de Mediação Penal (SMP), criado pela Lei n.º 21/2007 de 12 de Junho em execução do art. 10.º da Decisão Quadro n.º 2201/220JAI, do Conselho de 15 de Março, relativa ao estatuto da vítima em processo penal.

Relacionada com esta matéria, tem particular importância o Regime de acesso ao direito e aos tribunais, contemplado na Lei n.º 34/2004 de 29 de Julho, alterada pela Lei n.º 47/2007 de 28 de Agosto. Cf. <<http://www.dgpj.mj.pt/sections/gral/mediacao-publica>>.

O tribunal no qual seja proposta a acção relativa a uma questão abrangida por uma convenção de mediação, deve suspender a instância e remeter o processo para mediação, a requerimento do réu, deduzido até ao momento em que este apresente o seu primeiro articulado sobre o fundo da causa (n.º 4).

A mediação pré-judicial vem consagrada nos arts. 13.º a 15.º do mesmo Capítulo e nomeadamente o primeiro daqueles, estabelece a possibilidade de as partes recorrerem previamente à mediação para a resolução do litígio, antes de o apresentarem em tribunal (n.º 1), o que faz suspender os prazos de caducidade e prescrição, a partir da data da assinatura do protocolo de mediação ou no caso de mediação realizada nos sistemas públicos de mediação, em que todas as partes tenham acordado com a realização da mediação (n.º 2). Os referidos prazos retomam-se com a conclusão do procedimento em três situações: com a conclusão do procedimento motivada por recusa de uma das partes em continuar com o mesmo, pelo esgotamento do prazo máximo de duração deste ou quando o mediador determina o fim daquele (n.º 3), sendo relevante, o momento da prática do acto que inicia ou conclui o procedimento da mediação (n.º 4).

Os actos que determinam a retoma do prazo de caducidade e prescrição previstos no n.º 3, são comprovados pelo mediador ou na situação de mediação realizada nos sistemas públicos de mediação, pela entidade gestora do sistema público onde tenha decorrido a mediação (n.º 5)⁽¹⁴⁾.

⁽¹⁴⁾ Cabe ao GRAL (Gabinete de Resolução Alternativa de Litígios) assegurar o desenvolvimento das acções necessárias ao exercício das competências da DGPL (Direcção Geral da Política da Justiça), na área dos meios extrajudiciais de resolução de litígios competindo-lhe:

- Apoiar a criação e a operacionalização de meios extrajudiciais de composição de litígios — a mediação, a conciliação e a arbitragem;
- Promover a criação e apoiar o funcionamento de centros de arbitragem, julgados de paz e sistemas de mediação;
- Assegurar os mecanismos adequados de acesso ao direito, nos domínios da informação e consultas jurídicas e do apoio judiciário.

Cf. <<http://www.dgpl.mj.pt/sections/gral/index/>>.

Nos sistemas de mediação familiar e penal, a entidade gestora é o GRAL (*vide*

Cabe aos mesmos, a emissão de comprovativo da suspensão dos prazos, quando tal lhes for solicitado e para os efeitos do mesmo artigo que no n.º 6 enumera os elementos obrigatórios para a acima referida emissão.

O art. 14.º abrange as situações em que a lei não contempla a homologação judicial, cabendo, então às partes a faculdade de a requerer relativamente ao acordo obtido em mediação pré-judicial (n.º 1)⁽¹⁵⁾. Esse pedido é apresentado conjuntamente pelas partes em qualquer tribunal competente em razão da matéria⁽¹⁶⁾(n.º 2), nos termos ainda a definir em portaria⁽¹⁷⁾ tem natureza urgente, sendo decidido sem necessidade de prévia distribuição (n.º 4), o que se compreende uma vez que no seguimento de uma situação de acordo obtido pela via da mediação pré-judicial, que tem como característica a celeridade, também a homologação o deve ser. A homologação judicial de acordo de mediação tem em vista veri-

nomeadamente, arts. 11.º e 5.º) e no sistema de mediação laboral, inicialmente era a Direcção Geral da Administração Extrajudicial (DGAE — criada nos termos da alínea g) do art. 4.º do Decreto-Lei n.º 146/2000), tendo-lhe sucedido o GRAL. Cf. <<http://www.dgpj.mj.pt/sections/sobre-dgpj>>. Cf. também *infra* n.º 13.

⁽¹⁵⁾ Gostaríamos de acrescentar que, em sede de julgados de paz, o acordo de mediação obtido, é reduzido a escrito e assinado por todos os intervenientes, para imediata homologação pelo juiz de paz, tendo esta o valor de uma sentença, tal como estabelece o art. 56.º, n.º 1 da Lei n.º 78/2001 de 13 de Julho.

⁽¹⁶⁾ Arts. 64.º e 65.º do Código de Processo Civil, tendo sido eliminado o critério em razão da “forma de processo”, em consonância com o facto de esse critério ter deixado de ser relevante para aferir da repartição de competências dos diversos tribunais. Cf. ANTÓNIO MARTINS, *Código de Processo Civil*, pp. 44-45, Almedina, Coimbra, 2013.

⁽¹⁷⁾ A Portaria n.º 280/2013 de 26 de Agosto, publicada no Diário da República 1.ª Série, N.º 163, ao abrigo do disposto neste n.º 4, regula no art. 1.º n.º 1 alínea a), a tramitação electrónica dos processos judiciais de 1.ª instância, relativamente, entre outros aspectos, à apresentação electrónica de peças processuais e documentos por essa via, nos termos dos n.ºs 1 a 3 do art. 144.º do Código de Processo Civil, aplicando-se à tramitação das acções cíveis, entre outras situações que estão enumeradas no art. 2.º. É de esclarecer que a apresentação de um acordo de homologação obtido em mediação deve ser efectuada, quando realizada por via electrónica, nos mesmos termos que qualquer outra peça processual. Todo o procedimento está regulado nos artigos seguintes, compreendendo ainda, a apresentação de peças processuais e documentos, a distribuição, os actos processuais dos magistrados e funcionários judiciais, a citação edital e as notificações, a consulta electrónica do processo, a organização do processo, as comunicações entre tribunais e entre estes e os agentes de execução e ainda as disposições específicas aplicáveis aos processos de competência dos tribunais e juízos de execução de penas.

ficar, se o mesmo respeita a litígio que possa ser objecto de mediação, a capacidade das partes para a sua celebração, se respeita os princípios gerais de direito e a boa fé, se não constitui abuso de direito e se o seu conteúdo não viola a ordem pública (n.º 3).

No caso de recusa de homologação, prevê o n.º 5 do art. 14.º, que o acordo não produz efeitos, sendo devolvido às partes, podendo estas, no prazo de 10 dias, submeter um novo acordo de mediação pré-judicial a homologação (durante esse período de tempo, têm a faculdade de fazerem as alterações que entenderem e acordarem).

Esta Secção do Capítulo III, que compreende os arts. 13.º a 15.º, é aplicável aos procedimentos de mediação ocorridos noutro Estado-Membro da União Europeia, desde que respeitem os princípios e as normas do ordenamento jurídico desse Estado, ou seja, em condições de reciprocidade.

A Secção seguinte — Procedimento de mediação — contempla no art. 16.º o seu início, com o agendamento da sessão de pré-mediação, com carácter informativo, na qual o mediador explica o funcionamento da mediação e as regras do procedimento e só após a assinatura das partes e do mediador (após a obtenção do acordo daquelas) num protocolo de mediação, é que o mesmo pode prosseguir.

Este protocolo obedece a um conjunto de requisitos legais que estão enumerados no n.º 3, dos quais salientamos: o da alínea *c*) A declaração do consentimento das partes — ao abrigo do art. 4.º, o da alínea *d*) A declaração das partes e do mediador de respeito pelo princípio da confidencialidade — art. 5.º, o da alínea *g*) A calendarização do procedimento de mediação, ainda que lhes seja facultada a possibilidade de fazerem alterações futuras — na perspectiva de que a mediação é um processo célere, tal como prevê o art. 21.º, o da alínea *h*) A definição dos honorários do mediador (art. 29.º), excepto nas mediações realizadas no seio dos sistemas públicos de mediação, nos quais existe uma tabela de honorários previamente fixada.

As partes têm a responsabilidade da escolha do mediador ou mediadores, por acordo, devendo aquele ao abrigo do art. 27.º, revelar todas as circunstâncias que possam suscitar dúvidas funda-

das sobre a sua imparcialidade (art. 6.º) e independência (art. 7.º), como dispõe o art. 17.º.

Podem comparecer pessoalmente ou fazerem-se representar — acompanhadas por advogados, advogados-estagiários ou solicitadores, ou outros técnicos cuja presença, nestes casos, seja necessária ao bom desenvolvimento da mediação e a isso não se oponha a outra parte (art. 18.º).

O artigo seguinte, enumera as situações nas quais se finaliza o procedimento de mediação: acordo entre as partes, a desistência de qualquer uma delas, por uma decisão fundamentada do mediador de conflitos, a impossibilidade de obtenção do acordo, atingir o prazo máximo de duração do procedimento (a qual foi previamente fixada no protocolo de mediação), inclusivamente com eventuais prorrogações do mesmo já no seu cômputo (tal como o art. 16.º n.º 3, alínea g) o prevê), e resultantes sempre do acordo entre as partes, sendo que aquele deve ser o mais célere possível e concentrar-se no menor número de sessões (art. 21.º).

No caso de acordo — art. 20.º — o seu conteúdo é livremente fixado pelas partes e deve ser reduzido a escrito, e assinado pelas partes e pelo mediador.

A suspensão do procedimento de mediação é admitida em situações excepcionais e devidamente fundamentadas, designadamente para efeitos de experimentação de acordos provisórios, tal como prevê o art. 22.º, n.º 1, devendo ser acordada por escrito pelas partes, não prejudicando a suspensão dos prazos de caducidade ou de prescrição, nos termos do n.º 2 do art. 13.º, já anteriormente referida (n.º 2).

O Capítulo IV — Mediador de conflitos — estabelece como o próprio art. 23.º o indica, o estatuto dos mediadores de conflitos, cujo exercício da actividade se localize em Portugal. Desse modo, o exercício em regime de livre prestação de serviços, nesses termos, permite o gozo de direitos e sujeição às obrigações, proibições, condições ou limites inerentes ao exercício das funções que lhe sejam aplicáveis, em função da natureza ocasional e esporádica daquela actividade, nomeadamente os constantes dos arts. 5.º a 8.º, 16.º a 22.º e 25.º a 29.º.

O art. 24.º define formação no seu n.º 1, como a frequência e aproveitamento em cursos ministrados por entidades formadoras certificadas pelo serviço do Ministério da Justiça, definido em portaria⁽¹⁸⁾ que também aprova, pelo mesmo meio, o regime de certi-

(18) Portaria n.º 345/2013 e 27 de Novembro, publicada no Diário da República, 1.ª Série — N.º 230 de 27 de Novembro, que passou a proceder à certificação das entidades formadoras de cursos de mediação de conflitos, ao invés de efectuar o reconhecimento de cursos, sendo aquela levada a cabo pela Direcção Geral da Política da Justiça, o que se faz com a finalidade de simplificar procedimentos e permitir às entidades formadoras um planeamento mais adequado e flexível dos cursos que pretendam ministrar, desde que sejam salvaguardados critérios mínimos de adequação da formação ao exercício da actividade de mediador. São salvaguardados os direitos de quem frequentou os cursos, até então, reconhecidos pelo Ministério da Justiça, prevendo-se que não percam a sua validade, por via da revogação da regulamentação que justificou o seu reconhecimento. No art. 2.º são fornecidos os conceitos de “Certificação de entidade formadora” (al. a)), “Entidade formadora certificada” (al. b)), e “Referencial de qualidade” (al. c)). Como acima se indicou, cabe à Direcção Geral da Política da Justiça — DG PJ — assegurar a certificação das entidades formadoras (art. 3.º, n.º 1), competindo-lhe no âmbito do desenvolvimento, monitorização e regulamentação do sistema de certificação, as funções enumeradas nas al. a) a e) do art. 2.º. Ao abrigo do art. 4.º, quaisquer entidades públicas ou privadas que desenvolvam actividades formativas e que no seu âmbito pretendam ministrar formação a mediadores de conflitos, podem requerer a certificação, sendo que devem obedecer a um conjunto de requisitos prévios para a sua obtenção (art. 5.º). O referencial de qualidade da certificação da entidade formadora — requisitos e respectivos critérios de apreciação — constam do Anexo I da Portaria, fazendo dela parte integrante (art. 6.º). Este Anexo I, é constituído por duas partes: I — Requisitos de estrutura e organização interna (Recursos Humanos, Espaços e equipamentos e Instalações) e II — Requisitos de processos de planeamento e desenvolvimento da formação (Planificação e gestão de actividade formativa e Dossier técnico-pedagógico). O procedimento de certificação está regulado no art. 7.º, devendo obedecer aos n.ºs 1 e 2, nomeadamente quanto à pessoa com legitimidade para a sua apresentação e aos elementos do requerimento de pedido de certificação. O n.º 3 determina que a decisão de indeferimento do pedido de certificação de qualquer entidade é sempre expressa e precedida de audiência prévia escrita da entidade requerente, com indicação dos respectivos fundamentos, a ter lugar no final da instrução do processo pela DG PJ. A certificação da entidade formadora é realizada por despacho do director-geral daquela instituição — art. 8.º — que disponibiliza no seu sítio electrónico a lista das entidades formadoras certificadas com os elementos indicados no art. 9.º. O acompanhamento e a fiscalização também compete à DG PJ, nos termos do art. 10.º, devendo as entidades formadoras certificadas apresentar até ao dia 30 de Abril de cada ano, um relatório relativo aos cursos de mediação de conflitos, ministrados no ano civil anterior, com os elementos que o n.º 2 enumera. O art. 11.º prevê as taxas para a certificação, acompanhamento e fiscalização da entidade formadora, sendo que no ano em que é certificada fica dispensada de seu pagamento (n.º 3). Cabe à entidade formadora o cumprimento dos deveres enunciados no art. 12.º, que uma vez que não o sejam, tal como acontece com os requisitos prévios à certificação

ficação das entidades acima referidas (n.º 2). O processo de certificação dessas entidades está explicitado nos n.ºs 3 e 4, sendo que a realização das acções de formação e lista de formandos com aproveitamento nas mesmas, cuja comunicação nas duas situações deve ser feita ao serviço do Ministério da Justiça, previsto no n.º 1. Só as acções de formação certificadas é que proporcionam formação regulamentada para o exercício da profissão de mediação — *a contrario sensu* — do que estabelece o n.º 5.

É definido por portaria⁽¹⁹⁾, a autoridade competente para a aplicação da Lei n.º 9/2009 de 4 de Março, alterada pela Lei n.º 41/2012 de 28 de Agosto, relativamente a pedidos de reconhecimento de qualificações apresentados noutros Estados-Membros da União Europeia ou do espaço económico europeu, por nacionais dos Estados-Membros formados segundo a legislação nacional (n.º 6).

Os direitos do mediador de conflitos vêm enumerados no art. 25.º e contemplam:

(art. 5.º), bem como os relativos ao referencial de qualidade (art. 6.º), ou qualquer outro dever estabelecido na Portaria n.º 345/2013, conforme a gravidade das situações e a possibilidade da sua regularização, importam a revogação da certificação, sem prejuízo do disposto nos n.ºs 2 a 5 do art. 13.º. Se houver uma situação de incumprimento, passível de regularização, a entidade certificada tem o prazo de 30 dias consecutivos para o fazer e a revogação da certificação só é determinada quando a entidade certificada não o faça, dentro do prazo concedido para o efeito, pela DGPI. A caducidade da certificação ocorre nas três situações descritas no n.º 4 e é da competência do director-geral da DGPI proceder à revogação da certificação ou declarar a respectiva caducidade, sendo ambas as situações alvo de publicação no sítio electrónico da DGPI. É também esta entidade, a autoridade competente para a aplicação da Lei n.º 9/2009 de 4 de Março como determina o art. 14.º. O artigo seguinte, estabelece um regime transitório, que se aplica a quem tenha frequentado e obtido aproveitamento em curso de mediação de conflitos reconhecido pelo Ministério da Justiça, ao abrigo da Portaria n.º 237/2010 de 29 de Abril e que se mantem em condições de se candidatar à prestação de serviços de mediação pública, desde que reúnam os demais requisitos legais. Também se aplica a mesma Portaria, para os pedidos apresentados, nos termos daquela e que à data da entrada em vigor da presente Portaria, se encontrem pendentes. Em relação às entidades formadoras que promovem cursos de mediação de conflitos, para efeitos de candidatura à prestação de serviços de mediação pública, também se aplica um regime transitório, dispondo de 6 meses para se adaptarem aos requisitos de certificação estabelecidos na Portaria agora publicada, que revogou a Portaria n.º 237/2010 de 29 de Abril (art. 16.º) e entrou em vigor no dia seguinte ao da sua publicação, ou seja, no dia 28 de Novembro de 2013.

⁽¹⁹⁾ Art. 14.º da Portaria n.º 345/2013 de 27 de Novembro.

- o direito ao exercício com autonomia das suas funções, o que subentende a aplicação do princípio da independência previsto no art. 7.º;
- o direito à remuneração, que é acordada entre as partes, prevista no art. 29.º;
- o direito à invocação da sua qualidade profissional de mediador de conflitos e promoção da mediação por meio da divulgação de obras e estudos — princípio da competência plasmado no art. 8.º, respeitando o dever de confidencialidade (art. 5.º);
- o direito a requisitar os meios e as condições de trabalho que promovam o respeito pela ética e deontologia, à entidade gestora, no âmbito dos sistemas públicos de mediação;
- o direito a recusar tarefa ou função, que considere incompatível com o seu título, e os seus direitos ou deveres, de acordo com o art. 17.º, n.º 2 e o art. 27.º (Impedimentos e escusas).

Como deveres, cabem-lhe os de esclarecer as partes acerca da natureza, finalidades, princípios fundamentais e fase de procedimento de mediação e regras a adoptar, abster-se de impôr qualquer acordo aos mediados, como também fazer promessas ou dar garantias acerca dos resultados do procedimento, mas adoptar um comportamento responsável e de franca colaboração com as partes, na esteira do princípio da voluntariedade da mediação (art. 4.º), princípios da igualdade e imparcialidade (art. 6.º) e princípio da competência e responsabilidade (art. 8.º), assegurar-se que os mediados tem legitimidade e possibilidade de intervir neste procedimento e se necessário falar separadamente com cada um, como decorre do princípio da voluntariedade da mediação (art. 4.º), garantir o carácter confidencial das informações recebidas no seu decurso (princípio da confidencialidade — art. 5.º), sugerir a consulta ou intervenção de técnicos especializados em determinada matéria, revelar qualquer impedimento ou relacionamento que possa pôr em causa a sua imparcialidade ou independência e não conduzir o procedimento (princípio da independência art. 7.º e arts. 27.º e 17.º, n.º 2), aceitar conduzir apenas procedimentos para os quais se sinta capa-

citado pessoal e tecnicamente, de acordo com os princípios da mediação — arts. 3.º a 8.º — e outras normas a que esteja sujeito; zelar pela qualidade dos serviços prestados e pelo seu nível de formação e qualificação — princípio da competência e da responsabilidade (art. 8.º), agir com urbanidade, com as partes, a entidade gestora dos sistemas públicos de mediação e demais mediadores de conflitos, não intervir em procedimentos de mediação já acompanhados por outro mediador de conflitos, a não ser a seu pedido, nos casos de co-mediação ou em casos devidamente fundamentados — art. 27.º — e actuar no respeito pelas normas éticas e deontológicas previstas na presente lei e no Código Europeu de Conduta para Mediadores da Comissão Europeia (2002).

O art. 27.º — Impedimentos e escusa do mediador de conflitos — consagra no n.º 1, o dever de revelar todas as circunstâncias que possam suscitar fundadas dúvidas sobre a independência, imparcialidade e isenção (tal como o art. 17.º, n.º 2 já previra e que remete para este artigo), características essenciais da mediação e do exercício das funções do mediador de conflitos. Mesmo circunstâncias que sejam supervenientes de que tenha conhecimento depois de aceitar a escolha ou nomeação, são abrangidas por esse dever de revelação (n.º 2). Se, por razões legais, éticas ou deontológicas, o mediado de conflitos considera que as acima mencionadas características estão comprometidas, não deve aceitar a sua designação como mediador de conflitos, devendo interromper o procedimento e pedir a sua escusa, caso este já tiver iniciado (n.º 3). A lei faz uma enumeração das circunstâncias relevantes para efeito dos n.ºs 1, 2 e 3, constando-a no n.º 4:

- uma actual ou prévia relação familiar ou pessoal com uma das partes;
- um interesse financeiro, directo ou indirecto no resultado da mediação e
- uma actual ou prévia relação profissional com uma das partes.

Se o mediador de conflitos, em virtude do número de procedimentos de mediação à sua responsabilidade ou devido a outras activi-

dades profissionais, considerar que não é possível concluir o procedimento em tempo útil, deve recusar a sua escolha ou nomeação (n.º 5).

Não constitui impedimento a intervenção do mesmo mediador na sessão de pré-mediação e de mediação (n.º 6) e as recusas para efeitos dos n.ºs 3 e 5, não determinam a perda ou prejuízo de quaisquer direitos daquele, nomeadamente no âmbito dos sistemas públicos de mediação.

Sem prejuízo, do disposto no n.º 3 do art. 5.º, o mediador de conflitos não pode ser testemunha, perito ou mandatário em qualquer causa relacionada, ainda que indirectamente, com o objecto do procedimento de mediação, ao abrigo do art. 28.º.

O art. 29.º explicita que a remuneração é acordada entre o mediador de conflitos e as partes, responsável pelo seu pagamento e fixada no protocolo de mediação celebrado no início de cada procedimento, tal como o art. 16.º, n.º 3, alínea *h*) o exige.

O Capítulo V — Sistemas públicos de mediação — aborda o seu regime na Secção I e o art. 30.º fornece-nos o seu objectivo e conceito, que são nomeadamente, o fornecimento aos cidadãos formas céleres de resolução alternativa de litígios, através de serviços de mediação criados geridos por entidades públicas. O art. 31.º enuncia a forma organizatória da entidade gestora — cada sistema público de mediação é gerido por uma entidade pública, identificada no respectivo acto constitutivo ou regulatório cabendo à entidade gestora, o funcionamento e a monitorização do respectivo sistema público de mediação (n.ºs 1 e 2)⁽²⁰⁾. Nos termos da Lei de Protecção de Dados Pessoais⁽²¹⁾, os dados recolhidos dos procedimentos de mediação, podem ser utilizados para fins de tratamento estatístico, de gestão dos sistemas de mediação e de investigação científica (n.º 3). O n.º 4 prevê que quaisquer reclamações decorrentes da utilização de um sistema público de mediação devem ser dirigidas à respectiva entidade gestora⁽²²⁾. No art. 32.º determina-

⁽²⁰⁾ Cf. *infra*, n.º 14.

⁽²¹⁾ Decreto-Lei n.º 67/98 de 26 de Outubro, publicada no Diário da República, 1.ª Série — N.º 247, rectificado pela Declaração de Rectificação, n.º 22/98 de 28 de Novembro, publicada no Diário da República, 1.ª Série — N.º 276.

⁽²²⁾ Cf. *infra*, n.º 14.

-se que aqueles são competentes para mediar os litígios que se enquadrem no âmbito das suas competências em razão da matéria, tal como estão definidas nos respectivos actos constitutivos ou regulatórios, independentemente do local de domicílio ou de residência das partes, sendo que aqueles também prevêm a fixação das taxas devidas, suas reduções e eventuais isenções (art. 33.º).

O início do procedimento de mediação cabe às partes, tribunal, Ministério Público ou conservatória do registo civil solicitá-lo, sem prejuízo, do encaminhamento de pedidos de mediação para as entidades gestoras dos sistemas públicos de mediação por outras entidades públicas ou privadas — art. 34.º. O artigo seguinte determina que a duração máxima daquele é fixada nos actos constitutivos ou regulatórios dos sistemas públicos de mediação, aplicando-se na falta da sua fixação, o disposto no art. 21º, cabendo aqui notar que só nesta situação se aplicará este artigo, uma vez que o art. 10.º refere expressamente no n.º 2, que o Capítulo III — Mediação civil e comercial — não é aplicável aos litígios passíveis de serem objecto de mediação familiar, laboral e penal, ou seja aos sistemas públicos de mediação existentes.

As partes poderão ter de comparecer pessoalmente nas sessões de mediação, não sendo possível a sua representação (ao contrário do que sucede no art. 18.º, n.º 1 — Mediação civil e comercial, que a permite), se tal estiver determinado nos actos constitutivos ou regulatórios dos sistemas públicos de mediação (art. 36.º).

O artigo seguinte, consagra o princípio da publicidade relativamente à mediação pública, estabelecendo que a respectiva informação prestada ao público, é disponibilizada através dos sítios electrónicos das entidades gestoras dos sistemas públicos de mediação e o seu n.º 2 exemplifica as modalidades da sua prestação.

Tal como no art. 17.º, n.º 1 para a mediação civil e comercial, também nos sistemas públicos de mediação — art. 38.º — permite-se a indicação pelas partes do mediador pretendido, mas aqui será de entre os inscritos nas listas de cada um deles e o n.º 2 contempla a situação de que se não for indicado pelas partes, a designação será realizada de modo sequencial, de acordo com a ordem resultante da lista onde se encontre inscrito.

Os requisitos necessários para o exercício das funções de mediador de conflitos em cada um dos sistemas públicos de mediação, são definidos nos respectivos actos constitutivos ou regulatórios, tal como o art. 39.º determina. A inscrição nas listas também é efectuada de acordo com um procedimento de selecção definido naqueles e que estabelecem também o regime de inscrição de mediadores nacionais de Estados-Membros da União Europeia ou do espaço económico europeu provenientes de outros Estados-Membros. Essa inscrição não configura uma relação jurídica de emprego público, nem garante o pagamento de qualquer remuneração fixa pelo Estado, tal como esclarece o art. 40.º.

Quando o mediador se encontrar numa das situações previstas no art. 27.º — Impedimentos e escusa do mediador de conflitos — deve comunicar imediatamente, esse facto à entidade gestora do sistema público de mediação, a qual, nos casos em que seja necessário, procede, ouvidas as partes, à nomeação de novo mediador de conflitos.

A remuneração do mediador de conflitos (art. 42.º) é estabelecida nos termos previstos nos actos constitutivos ou regulatórios de cada sistema público de mediação, ao contrário do que acontece na mediação civil e comercial, à qual o art. 29.º se aplica.

A fiscalização do exercício da actividade de mediação pertence às entidades gestoras dos sistemas públicos de mediação, na sequência ou seguimento de queixa ou reclamação apresentada contra o mediador de conflitos, e após a sua audição, caberá ao dirigente máximo da entidade gestora, a emissão da decisão, fundamentando as razões de facto e de direito, indicando a medida a aplicar, se for o caso, conforme a gravidade do acto em causa como indica o art. 43.º. Elas envolvem a repreensão, suspensão ou exclusão das listas ao abrigo do artigo seguinte, e nos casos de violação do dever de confidencialidade — se a conduta se subsumir ao disposto no art. 195.º (Crime de violação de segredo) do Código Penal⁽²³⁾, a entidade gestora do sistema público de mediação participa às entidades competentes a infracção.

⁽²³⁾ Lei n.º 59/2007 de 4 de Setembro, publicada no Diário da República, 1.ª Série — N.º 170.

No Capítulo VII constam as disposições complementares e finais, com o art. 45.º que determina que o acordo celebrado, em processo remetido nos termos do art. 279.º-A do Código de Processo Civil (ainda em vigor à data do início de aplicação da Lei da Mediação), é homologado nos termos do art. 14.º.

Também o disposto na Lei da Mediação, se aplica à mediação de conflitos colectivos de trabalho, apenas e na medida em que não seja incompatível com o disposto nos arts. 526.º a 528.º que abordam a mediação do Contrato de Trabalho, aprovado pelo Código de Trabalho⁽²⁴⁾, como determina o art. 46.º.

O direito subsidiário a ser aplicável aos sistemas públicos de mediação, será o disposto nos respectivos actos constitutivos ou regulatórios — art. 47.º.

O artigo seguinte, estabelece o prazo de três meses para regulamentação de um mecanismo legal de fiscalização do exercício da actividade da mediação privada.

O art. 49.º determina a revogação das seguintes disposições legais:

- Os arts. 249.º-A a 249.º-C do Código de Processo Civil — nomeadamente os relativos à Mediação pré-judicial e suspensão dos prazos, à homologação do acordo obtido naquela sede e à confidencialidade do mesmo, matérias que passam a ser objecto de tratamento pela presente lei;
- O n.º 6 do art. 10.º da Lei n.º 21/2007 de 12 de Junho — que remete para o n.º 6 do art. 33.º da Lei n.º 78/2001 de 13 de Janeiro (Lei dos Julgados de Paz) e que regulava a fiscalização da actividade dos mediadores;
- O art. 85.º da Lei n.º 29/2009 de 29 de Julho (Regime Jurídico do Processo de Inventário), alterada pelas Leis n.º 1/2010 de 15 de Janeiro e 44/2020, de 3 de Setembro — que contemplava o Regime dos mediadores públicos;

⁽²⁴⁾ Lei n.º 7/2009 de 12 de Fevereiro, publicada no Diário da República, 1.ª Série — N.º 30.

- A alínea *c*) do n.º 3 do art. 4.º da Portaria n.º 68-C/2008 de 22 de Janeiro (Regulamento do Sistema de Mediação Penal), alterada pela Portaria n.º 732/2009 de 8 de Julho — que estabelecia a supervisão e coordenação da prestação de serviços dos mediadores penais;
- A Portaria n.º 203/2011 de 20 de Maio — que procedia à definição dos sistemas de mediação pré-judicial cuja utilização suspende os prazos de caducidade e prescrição dos direitos, assim como a Regulamentação do Regime e dos Sistemas de mediação judicial que suspendiam a instância.

De acordo com o art. 50.º a lei entrou em vigor 30 dias após a sua publicação, ou seja, no dia 19 de Maio de 2013.

Entretanto, surgiu a Lei n.º 54/2013 de 31 de Julho, que veio proceder a diversas alterações à Lei n.º 78/2001 de 13 de Julho, sendo que as que se relacionam directamente com a Lei da Mediação, resultam nomeadamente, dos seguintes artigos:

- Art. 16.º, n.º 3 — alargamento das competências para a mediação, que passa a poder ser de quaisquer litígio que dele possa ser objecto, ainda que excluídos da competência dos Julgados de Paz;
- Art. 21.º, n.º 3 — a aplicação do regime de impedimentos e escusa estabelecido na Lei da Mediação, aos mediadores a exercerem funções nos Julgados de Paz;
- Art. 30.º, n.º 2 — no desempenho da sua função, o mediador deve actuar de acordo com o disposto no estatuto do mediador — arts. 23.º a 29.º da Lei da Mediação;
- Art. 31.º, alínea *d*) — a frequência e aproveitamento em curso ministrado por entidade formadora certificada pelo Ministério da Justiça, nos termos da Lei da Mediação, no art. 24.º;
- Art. 51.º, n.º 1 — a celebração de um protocolo de mediação, se as partes estiverem de acordo em passar à fase da mediação e só depois é que é marcada a data da primeira sessão de mediação, o que não acontecia antes;

- Art. 53.º — dispõe que ao processo de mediação é aplicável o disposto na Lei da Mediação (com as especificidades previstas na Lei n.º 54/2013 de 31 de Julho), tendo os restantes números do artigo sido revogados;
- Apesar de a lei ter entrado em vigor no dia 1 de Setembro de 2013, as alterações acima enumeradas, produzem efeito na data de entrada em vigor, da Lei da Mediação, ou seja, no dia 19 de Maio de 2013, conforme estabelecem, nomeadamente, os n.ºs 1 e 2 do art. 8.º.

Em jeito de conclusão, podemos afirmar que a Lei n.º 29/2013 de 19 de Abril, procedeu a um enquadramento jurídico da mediação realizada no nosso país, seja realizada por entidades públicas ou por privadas, define um estatuto dos mediadores de conflitos, consagra regras específicas para a mediação civil e comercial, define um regime geral aplicável a todos os sistemas públicos de mediação⁽²⁵⁾, esforços que desejamos, ajudem na sua divulgação e esperemos também utilização, como via alternativa e complementar à judicial.

II. Mediação Familiar: enquadramento jurídico internacional e nacional e o seu modo de funcionamento em Portugal

A mediação tem como princípios — base de actuação — a voluntariedade (não se impondo a sua utilização às partes, mas sempre com base num pedido por elas efectuado), a flexibilidade, a confidencialidade, a consensualidade, a celeridade, o carácter pessoal (a proximidade é um elemento fundamental na mediação

⁽²⁵⁾ Mantendo, de momento, inalterados os diplomas que procederam à criação dos sistemas públicos de mediação, continuaremos a acompanhar o processo legislativo na matéria.

familiar), a prestação de informação jurídica e assessoria técnica (por um terceiro, a pedido do mediador se, este após avaliação da situação, entender que é necessária), a extrajudicialidade e o auxílio de um terceiro imparcial — o mediador — elementos caracterizadores, que a Lei da Mediação acolheu no enquadramento jurídico da actividade.

Os objectivos da mediação familiar são: reduzir os conflitos, na medida em que visa minorar os efeitos negativos do conflito, facilitar a comunicação, identificar e clarificar os pontos específicos em questão, uma melhor utilização do sistema legal pela sua celeridade de actuação e alcançar um acordo escrito das questões discutidas⁽²⁶⁾.

O enquadramento jurídico da mediação familiar pode ser efectuado a nível internacional com a Recomendação n.º R (98)⁽²⁷⁾, na qual se apontam as vantagens do recurso à mediação, com base na investigação científica e nas experiências realizadas em vários países, destacando-se nomeadamente a melhoria de comunicação entre os membros da família, a redução dos conflitos entre as partes, a manutenção das relações pessoais entre pais e filhos, a redução dos custos económicos e sociais dos processos de divórcio e separação para as partes e para os Estados e a celeridade do processo de mediação. A Recomendação enumera ainda os Princípios sobre Mediação Familiar, nomeadamente o seu campo de aplicação, a sua organização, o processo de mediação, o estatuto dos acordos de mediação, a relação entre a mediação e os processos a cargo da autoridade judicial ou de uma outra autoridade competente, a promoção da mediação e acesso à mediação, as outras formas de resolução de litígios e as questões internacionais.

Também é relevante a nível internacional, a Directiva 2008/52/CE⁽²⁸⁾, relativa a certos aspectos da mediação civil e comercial, que fazendo referência à mediação como procedimento que

⁽²⁶⁾ Cf. J. LÉVESQUE, *Méthodologie de la médiation familiale*, 1998, Canada, Edisem/Eres.

⁽²⁷⁾ Do Comité de Ministros do Conselho da Europa aos Estados Membros sobre Mediação e adoptada em 21 de Janeiro de 1998.

⁽²⁸⁾ Do Parlamento Europeu e do Conselho de 21 de Maio de 2008.

possibilita uma solução extrajudicial rápida e pouco onerosa nessas matérias, por meio de procedimentos adaptados às necessidades das partes e em que os acordos assim obtidos mais provavelmente serão cumpridos voluntariamente, e originando também uma relação amigável e estável entre elas. Também, no mesmo documento, se refere o Regulamento (CE) n.º 2201/2003 do Conselho, de 27 de Novembro de 2003, em vigor em Portugal, desde 13 de Março de 2005, relativo à competência, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria matrimonial e em matéria de responsabilidade parental, o qual prevê especificamente que os acordos obtidos entre as partes pela via da mediação em matéria do direito da família, têm imperativamente que gozar de força executória no Estado-Membro em que foram celebrados, para poderem ter força executória noutro Estado-Membro. Este Regulamento consagra o direito da criança a ser ouvida no art. 11.º, n.º 2 — em situações da sua deslocação ilícita, em virtude da aplicação dos arts. 12.º e 13.º da Convenção de Haia de 1980 sobre os aspectos civis do Rapto Internacional de Crianças. Serviu-lhe de base, 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 de medidas de protecção dos filhos e que constitui um importante contributo para a protecção das crianças a nível internacional, vinculando 32 Estados Contratantes e que se encontra em vigor desde 1 de Janeiro de 2002, e em Portugal desde 1 de Agosto de 2011⁽²⁹⁾. Na Convenção de Haia está previsto no Capítulo V — art. 31.º alínea *b*) o recurso à mediação (tal como à conciliação ou outro meio análogo) para alcançar uma solução de mútuo acordo para a protecção da pessoa ou dos bens da criança em situações abrangidas por aquela.

Também o Regulamento (CE) n.º 4/2009 do Conselho, de 18 de Dezembro de 2008, relativo à competência, à lei aplicável, ao reconhecimento e à execução das decisões e à cooperação em matéria de

(29) No nosso país, a Convenção já tinha sido aprovada pelo Decreto n.º 52/2008 de 13 de Novembro, mas o depósito do respectivo instrumento de aprovação manteve-se em suspenso por determinação da Decisão do Conselho da União Europeia de 5 de Junho de 2008.

obrigações alimentares, estabelece no Capítulo VII — Cooperação entre autoridades centrais — n.º 2 — devem tomar em relação aos pedidos das partes, previstos no art. 56.º, todas as medidas adequadas para tal, como prevê a alínea *d*) incentivar soluções amigáveis com finalidade de obter o pagamento voluntário dos alimentos, se oportuno, utilizando a mediação, a conciliação ou processos análogos.

Em matéria de obrigações alimentares, foi adoptada na mesma data — 18 de Dezembro de 2008 — a Convenção de Haia de 2007 sobre alimentos, de 23 de Novembro, assim como, o Protocolo, concluído igualmente na mesma data, no âmbito da Conferência de Haia de Direito Internacional Privado, sobre a lei aplicável às obrigações alimentares.

A Convenção de Haia de 2007, visa a criação de um regime jurídico comum entre a União Europeia e os países terceiros que a ratifiquem, de modo a facilitar a cobrança internacional de alimentos a menores e outros membros da família e estando em questão, casos de alimentos a menores na maioria dos casos, contemplando-se também a atribuição de apoio judiciário, em quase todas as situações previstas, visa-se desse modo, a sua protecção. O Protocolo destina-se a reforçar a segurança e a previsibilidade jurídicas para os credores e devedores de alimentos e pela mesma razão, tal como com a Convenção, está em causa a protecção dos menores. A Convenção foi assinada a 6 de Abril de 2011 pela Presidência Húngara, em nome da União Europeia⁽³⁰⁾, e aprovada pelo Conselho da União Europeia de 9 de Junho de 2011 — Decisão 2011/432/EU — tendo sido publicada no Jornal Oficial da União Europeia de 22 de Julho de 2011, o que após o seguimento dos respectivos trâmites legais, a Convenção entrará em vigor. O Regulamento (CE) n.º 4/2009 do Conselho e o acima referido Protocolo aplicam-se entre os Estados-Membros da União Europeia desde 18 de Junho de 2011.

Ainda a nível internacional, não podemos deixar de realçar a Convenção sobre os Direitos das Crianças de 20 de Novembro de

⁽³⁰⁾ As questões regidas pela Convenção, são também abrangidas pelo Regulamento (CE) n.º 4/2009 de 18 de Dezembro de 2008, tendo por essa razão a União decidido assinar sozinha e declarar-se competente em relação a todas as matérias daquele. Cf. <www.gddc.pt>.

1989, que foi ratificada por Portugal a 21 de Setembro de 1990 e que sendo um tratado fundamental sobre os direitos humanos — civis, culturais, económicos, sociais e políticos, assenta em quatro pilares fundamentais relacionados com todos os outros direitos das crianças — a não discriminação (igualdade de oportunidades), o interesse superior da criança, a sobrevivência e de desenvolvimento e a opinião da criança — plasmado no art. 12.º — direito de participação (direito de exprimir a sua própria opinião nos assuntos que lhe digam respeito), assunto a que voltaremos mais à frente.

Também cabe incluir, no enquadramento jurídico da medição familiar a nível internacional, a Convenção Europeia sobre o Exercício dos direitos da Criança (STE 160) de 25 de Janeiro de 1996 e assinada por Portugal em 6 de Março de 1996, e que prevê medidas destinadas a promover os direitos das crianças, nomeadamente em processos judiciais de regulação do exercício das responsabilidades parentais e em particular o direito de visita e a residência, assim como, a sua protecção contra os tratamentos cruéis e degradantes e tratamentos médicos. Desse modo, estão previstas no Capítulo II — Medidas processuais para promover o exercício dos direitos das crianças — A — Direitos processuais da criança no art. 3.º — Direito a ser informado e a exprimir a sua opinião no processo, no art. 4.º — Direito a requerer um representante seu e no art. 5.º — Outros direitos processuais criança, assim como E. — Estados Parte — art. 12.º — Devem promover dentro dos objectivos traçados no número 2, a promoção e o exercício dos direitos das crianças e que são, fazer propostas no sentido de reforçar a lei nesse sentido, assim como fornecer opiniões na preparação de novas leis, providenciar informação sobre o tema aos meios de comunicação social, ao público, às pessoas e instituições que actuem com assuntos relacionados com crianças e ainda obter as opiniões das crianças, assim como, fornecer-lhes a informação relevante. E quanto à mediação familiar está prevista em F., sob a epígrafe — Outros assuntos — art. 13.º — Com o objectivo de prevenir ou resolver litígios ou evitar procedimentos judiciais que envolvam crianças, deve ser estimulada a sua actuação ou outro tipo de processos de resolução de litígios para chegar a um acordo nos casos apropriados, que os Estados Parte determinem.

No enquadramento jurídico da mediação familiar a nível nacional, cabe à Constituição da República Portuguesa, cujo Decreto de Aprovação da Constituição de 10 de Abril de 1976, foi actualizado pela Lei Constitucional n.º 1/2005 de 12 de Agosto, nomeadamente, no art. 36.º — Família, casamento e filiação, no art. 67.º — Família e no art. 69.º — Infância, a protecção destes direitos e que também orientam a mediação familiar na sua actuação.

Foi com o Despacho n.º 18778/2007 de 13 de Julho⁽³¹⁾, que foi instituído o Sistema de Mediação Familiar em Portugal cujos princípios constam do art. 2.º e que são a voluntariedade, a celeridade, a proximidade, a flexibilidade e a confidencialidade e possibilita-se a realização da mediação em qualquer local adequado ao efeito e que tenha sido disponibilizado por entidades públicas ou privadas ou ainda pelas partes. O art. 3.º estabelece que o Sistema de Mediação Familiar funciona com base em listas de mediadores familiares, inscritos por circunscrição territorial, cabendo o seu funcionamento ao GRAL, ao qual incumbe o registo e a triagem

(31) Publicado no Diário da República, 2.ª Série — N.º 161, de 22 de Agosto e que entrou em vigor em 16 de Julho do mesmo ano, teve como objectivo era a promoção dos meios de resolução alternativa de litígios, favorecendo desse modo o desenvolvimento de estruturas de justiça de proximidade, as quais proporcionassem aos cidadãos e empresas esses meios mais céleres e próximos, sendo a mediação um deles, na qual um terceiro imparcial — o mediador — promove a aproximação das partes com vista à obtenção de um acordo. A prioridade do Ministério da Justiça foi também a de alargar a utilização deste meio de modo a descongestionar os tribunais ao qual adicionou a introdução da mediação penal, a criação de um sistema de mediação laboral e a criação de novos julgados de paz (de modo a alargar a mediação aí realizada a mais zonas do país), assim como através do sistema de custas judiciais, visando incentivar a utilização deste tipo de meios de resolução alternativa de litígios. O Despacho em termos de mediação familiar, visou a regulamentação e desenvolvimento desse tipo de mediação com o alargamento a novas zonas do país (até aí circunscrito a Lisboa e nove Comarcas limitrofes), proceder ao alargamento a outro tipo de conflitos familiares susceptíveis de serem resolvidos nessa sede e a adopção de uma estrutura flexível de mediação familiar organizada em sistemas de lista, com a possibilidade de actividade em diversas zonas do país, com suporte e coordenação do GRAL (Gabinete de Resolução Alternativa de Litígios), cabendo a fiscalização da actividade daqueles à comissão prevista no n.º 6 do art. 33.º da Lei n.º 78/2001 de 13 de Julho, publicada no Diário da República I Série-A, n.º 161, entretanto alterado pela Lei n.º 54/2013 de 31 de Julho, publicada no Diário da República, 1.ª Série — N.º 146, passando a ser da competência do serviço do Ministério da Justiça definido por portaria do Governo responsável pela área da justiça.

dos pedidos, a disposição do mediador responsável por cada caso e a indicação dos locais onde se realizam as sessões de formação⁽³²⁾. No art. 4.º é definida a competência material do Sistema de Mediação Familiar, a competência territorial no art. 5.º e o modo de intervenção no art. 6.º (o qual será analisado, mais à frente).

A caracterização dos mediadores familiares, a descrição das suas funções e os seus impedimentos constam do art. 7.º e gostaríamos de salientar, o modo neutro e imparcial da conduta do mediador, assim como o dever de esclarecimento dos direitos e deveres às partes, e que após o consentimento destas, aquele desenvolve a mediação, com a finalidade de obtenção de um acordo justo e equitativo, que ponha termo ao conflito (n.º 1).

O mediador familiar deve obedecer aos deveres de imparcialidade, independência, confidencialidade e diligência, devendo em qualquer fase do processo de mediação, mal verifique que por razões legais, éticas ou deontológicas, a sua independência imparcialidade ou isenção possam ser afectadas, solicitar a sua substituição, ao abrigo do n.º 2. Não lhe é permitido intervir, por qualquer forma, como testemunha, perito ou mandatário, em quaisquer procedimentos subsequentes à mediação familiar, independentemente da forma como haja terminado o processo de mediação e mesmo que a referida intervenção só indirectamente esteja relacionada com a mediação realizada. Nos arts. 8.º e 9.º estão previstos, nomeadamente, o modo de selecção (constituído por um procedimento de selecção e a observância de um conjunto de requisitos, para que os mediadores possam estar inscritos nas lista de mediadores) e a fiscalização da sua actividade⁽³³⁾.

(32) O Regulamento do procedimento de selecção de mediadores de conflitos para a prestação de serviços no âmbito do sistema de mediação familiar, mas também no sistema de mediação laboral e nos serviços de mediação dos julgados de paz, consta da Portaria n.º 282/2010 de 25 de Maio publicada no Diário da República, 1.ª Série — N.º 101.

(33) O art. 8.º remete para o n.º 6 do art. 33.º da Lei n.º 78/2001, que foi revogado pela Lei da Mediação, mas a Lei n.º 54/2013 de 31 de Julho, introduziu um novo n.º 6, determinando que a fiscalização da actividade dos mediadores que exerçam funções nos julgados de paz, é da competência do serviço do Ministério da Justiça definido por portaria do membro do Governo responsável pela área da justiça.

O art. 10.º refere-se à remuneração dos mediadores familiares cabendo a coordenação e supervisão do Sistema de Mediação Familiar ao GRAL (Gabinete para a Resolução Alternativa de Litígios)⁽³⁴⁾ como prevê o art. 11.º, devendo elaborar relatórios anuais, sobre o seu funcionamento.

O Despacho n.º 18778/2007 de 13 de Julho, surgiu na sequência do aparecimento de três entidades fundamentais na década de 1990, na área da mediação familiar: o Instituto Português de Mediação Familiar em 1993, a Associação Nacional para a Mediação Familiar — Portugal em Janeiro de 1997 e o Gabinete de Mediação Familiar pelo Despacho n.º 12 368 de 25 de Novembro de 1997, publicado no Diário da República, II Série, n.º 283, de 9 de Dezembro⁽³⁵⁾.

Também a Organização Tutelar de Menores⁽³⁶⁾, contempla a intervenção da mediação familiar no art. 147.º-D, em processos de regulação do exercício das responsabilidades parentais, como se descreverá mais à frente.

A Lei Tutelar Educativa⁽³⁷⁾, prevê a mediação familiar no art. 42.º, no âmbito do processo tutelar, sendo determinada a sua cooperação pela autoridade judiciária e tendo lugar por iniciativa desta, do menor, dos seus pais, do seu representante legal, da pessoa que tenha a sua guarda ou ainda do seu defensor.

⁽³⁴⁾ O GRAL cuja Lei Orgânica — Decreto-Lei n.º 127/2007 de 27 de Abril, publicado no Diário da República, 1.ª Série —, n.º 82 — foi revogada pelo Decreto-Lei n.º 163/2012 de 31 de Julho, publicado no Diário da República, 1.ª Série — N.º 149, e ficou integrado na DGPI (Direção Geral da Política da Justiça — entidade de administração directa do Estado, no âmbito do Ministério da Justiça — art. 4.º e com as atribuições constantes do art. 10.º, ambos do Decreto-Lei n.º 123/2011 de 29 de Dezembro, publicado no Diário da República, 1.ª Série — N.º 249) sucedendo-lhe esta entidade nas suas atribuições — art. 11.º. Ver também supra n.º 14.

⁽³⁵⁾ Cf. HELENA BOLIEIRO, PAULO GUERRA, *A Criança e a Família — Uma Questão de Direito(s) — Visão prática dos Principais Institutos do Direito da Família e das Crianças e Jovens*, p. 269, Coimbra Editora, Coimbra, 2009.

⁽³⁶⁾ Decreto-Lei n.º 314/78 de 27 de Outubro, publicado no Diário da República, I Série — N.º 248.

⁽³⁷⁾ Lei n.º 166/99 de 14 de Setembro, publicado no Diário da República, I Série — N.º 215.

O Código Civil⁽³⁸⁾, no art. 1774.º prevê a obrigatoriedade de comunicação da existência e objectivos da mediação familiar por parte das entidades aí enumeradas.

A mediação familiar aplica-se a todas as situações em que as partes possuam a livre disponibilidade dos seus direitos, as condições de equilíbrio e plena igualdade entre si, em que a capacidade plena, abrange a capacidade jurídica, (que é uma capacidade de gozo de direitos) e a capacidade de exercício de direitos, ao abrigo nomeadamente dos arts. 67.º e 130.º do Código Civil⁽³⁹⁾ de forma a que além de os assumir, possam depois cumprir os acordos obtidos.

No entanto, em situações de violência doméstica, maus-tratos infantis, alcoolismo, doenças do foro psicológico e mental e desinteresse do casal em resolver o conflito, não é aconselhável a utilização da mediação familiar⁽⁴⁰⁾.

E o Código de Processo Civil, que contempla no art. 273.º o sistema de mediação e suspensão da instância.

A mediação familiar pode ser global, aplicando-se a processos de divórcio e separação de pessoas e bens, à conversão da separação de pessoas e bens em divórcio, à reconciliação dos cônjuges separados, a situações de regulação, alteração e incumprimento do exercício das responsabilidades parentais, nos casos de atribuição e alteração de alimentos ao cônjuge, na privação do direito ao uso dos apelidos do outro cônjuge e autorização do uso dos apelidos do ex-cônjuge, em partilhas de bens e nas situações em que está em causa o destino da casa de morada de família.

Pode ser também parcial, aplicando-se a situações de conflitos emergentes da regulação, incumprimento e alteração do exercício das responsabilidades parentais.

A mediação familiar tem o seguinte modo de funcionamento: em situações de divórcio está previsto no art. 1774.º do Código

(38) Decreto-Lei n.º 47 344 de 25 de Novembro de 1966, publicado no Diário da República, I Série — N.º 274.

(39) *Idem*.

(40) Cf. HELENA BOLIEIRO, PAULO GUERRA, *A Criança e a Família — Uma Questão de Direito(s) — Visão prática dos Principais Institutos do Direito da Família e das Crianças e Jovens*, p. 274, Coimbra Editora, Coimbra, 2009.

Civil, que antes do início do respectivo processo, cabe à conservatória do registo civil (de acordo com o art. 14.º, n.º 3 do Decreto Lei n.º 272/2001 de 13 de Outubro) ou ao tribunal o dever de informar os cônjuges acerca da existência e dos objectivos dos serviços da mediação familiar. Este artigo surge da transposição da Directiva 2008/52/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 21 de Maio de 2008, na Lei n.º 61/2008 de 31 de Outubro, que alterou o regime do divórcio, à qual pertence aquele artigo.

Quer a mediação global, quer a mediação parcial podem ocorrer antes da via judicial surgir — art. 6.º do Despacho n.º 18778/2007 de 13 de Julho — voluntariamente e a pedido das partes mas, nestes casos, devem os acordos delas resultantes serem judicialmente homologados, como está previsto no art. 273.º, n.º 5 do Código de Processo Civil.

Em qualquer estado do processo judicial, o art. 147.º-D da Organização Tutelar de Menores, em processos de regulação do exercício das responsabilidades parentais, prevê que a mediação familiar ocorra a requerimento dos interessados ou oficiosamente com o seu consentimento (art. 6.º do Despacho n.º 18778/2007 de 13 de Julho), mediante determinação da autoridade judiciária competente. Neste caso, suspende-se a instância judicial de acordo com o art. 273.º, n.º 1 do Código de Processo Civil que se aplica por remissão do art. 161.º da Organização Tutelar de Menores, actuando aquela com a finalidade da obtenção de um acordo. Havendo este, deve ser homologado pelo juiz, após parecer do Ministério Público, se satisfizer o interesse do menor.

Há que realçar que mesmo durante o processo de mediação, o tribunal pode proceder à tomada de decisões urgentes sobre a protecção das partes, dos seus filhos ou do seu património, de acordo com o art. 157.º da Organização Tutelar de Menores⁽⁴¹⁾.

Também após o processo judicial, pode a mediação familiar igualmente intervir, nomeadamente em situações de incumprimento dos acordos assumidos, como meio de as prevenir ou remediar⁽⁴²⁾ e

⁽⁴¹⁾ *Idem*, p. 275.

⁽⁴²⁾ *Ibidem*.

também em situações de alteração dos acordos estabelecidos, mais frequentemente, em sede de responsabilidades parentais, regime de visitas e obrigação de alimentos.

A mediação familiar salvaguarda o exercício dos direitos das partes, uma vez que faz suspender os prazos de caducidade e de prescrição daqueles — art. 273.º do Código de Processo Civil — no caso de iniciativa do juiz, o envio do processo para mediação, pode ser efectuado em qualquer estado da causa e sempre que o entenda conveniente, salvo se alguma das partes expressamente se opuser a isso (n.º 1). Sem prejuízo do estabelecido no n.º 1, as partes podem em conjunto optar por resolver o litígio por mediação, acordando na suspensão da instância⁽⁴³⁾, e radicando na sua vontade, o que constitui uma expressão do princípio da disponibilidade do processo, ganha autonomia face à determinada pelo juiz, nos termos e pelo prazo máximo previsto no n.º 4 do art. 272.º, ou seja três meses⁽⁴⁴⁾. Esta suspensão verifica-se automaticamente e sem necessidade, por isso de despacho judicial, bastando a comunicação por qualquer das partes do recurso a sistemas de mediação (n.º 3) e na situação de impossibilidade de acordo, cabe ao mediador dar conhecimento desse facto ao tribunal, cessando automaticamente e sem necessidade de qualquer acto do juiz ou da secretaria, a suspensão da instância (n.º 4).

Na situação contrária, ou seja, chegando-se a um acordo, o mesmo é remetido ao tribunal, seguindo os termos da lei para a homologação dos acordos de mediação (n.º 5).

A mediação familiar proporciona uma alternativa ao tribunal, sendo por isso, mais célere e informal, é confidencial (característica que a lei portuguesa e comunitária ressaltam como fundamental) e salvaguarda as crianças, assim como preserva as relações familiares.

⁽⁴³⁾ Cf. JOÃO CORREIA, PAULO PIMENTA, *et al.*, *Introdução ao Estudo e à Aplicação do Código de Processo Civil de 2013*, p. 37, Almedina, Coimbra, 2013.

⁽⁴⁴⁾ Com reforma do Código de Processo Civil, operada com a Lei n.º 41/2013 de 26 de Junho, este artigo correspondendo ao anterior art. 279.º revogado, veio reduzir o prazo de suspensão de seis para três meses, sendo que os vários períodos de suspensão não podem ultrapassar os três meses. Cf. ANTÓNIO MARTINS, *Código de Processo Civil*, p. 136, Almedina, Coimbra, 2013.

III. No âmbito da Mediação Familiar, enquadramento jurídico do Direito à Participação pelas crianças nos assuntos que lhe dizem respeito, ao abrigo da Convenção sobre os Direitos das Crianças, documento matriz a nível internacional para a sua protecção

Em relação às crianças, quanto ao modo de se saber o que pensam e de que forma participam no processo de mediação familiar, é a Convenção sobre os Direitos da Criança, adoptada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, através da Resolução n.º 44/25 de 20 de Novembro de 1989 e ratificada por Portugal a 21 de Novembro de 1990⁽⁴⁵⁾, o documento matriz nessa matéria e que constitui um tratado fundamental sobre os seus direitos humanos civis, culturais, económicos, sociais e políticos.

A evolução do reconhecimento dos direitos das crianças foi marcada por diversos e muito importantes momentos, mas não gostaríamos de deixar de salientar o da Declaração dos Direitos da Criança, de 26 de Setembro de 1924, também conhecida como Declaração de Genebra, a qual foi adoptada por unanimidade pela Assembleia Geral da Sociedade das Nações, o da Declaração dos Direitos da Criança de 1959 proclamada por unanimidade pela Assembleia Geral das Nações Unidas (sucessora da Sociedade das Nações, em 1945) e ainda o do Ano Internacional da Criança (1979) quando se comemorou o 20.º Aniversário da Declaração dos Direitos da Criança e se iniciou o processo de elaboração da Convenção sobre os Direitos da Criança⁽⁴⁶⁾.

Este instrumento jurídico de elevada relevância a nível internacional para a protecção dos direitos da criança, assenta em quatro princípios fundamentais relacionados com todos os outros direitos das crianças e que são: o de não discriminação (e conse-

⁽⁴⁵⁾ A comemoração do Vigésimo Aniversário (1990-2010) da ratificação por Portugal da Convenção sobre os Direitos da Criança, foi por nós referida, durante a exposição da presente comunicação, como forma de homenagem a tão importante data, para a efectivação dos direitos das crianças no nosso país.

⁽⁴⁶⁾ Cf. A. REIS MONTEIRO, *Direitos da Criança: Era uma vez...*, pp. 29-30, Almeida, Coimbra, 2010.

quente princípio da igualdade de oportunidades) consagrado no art. 2.º, o do interesse superior da criança no art. 3.º, o do direito à vida, à sobrevivência e ao desenvolvimento no art. 6.º e o da opinião da criança no art. 12.º⁽⁴⁷⁾.

A Convenção sobre os Direitos da Criança tem uma estrutura composta pelo Preâmbulo⁽⁴⁸⁾ (no qual são referidas a Declaração de Genebra — 1924, a Carta das Nações Unidas — 1945, A Declaração Universal dos Direitos Humanos — 1948, a Declaração dos Direitos da Criança — 1959, o Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos — 1966, o Pacto Internacional sobre os Direitos Económicos, Sociais e Culturais — 1966, assim como a função da família como elemento natural e fundamental da sociedade, realça os valores que devem nortear a educação e as necessidades da criança e a importância quer das tradições e valores culturais de cada povo, quer da cooperação internacional para a melhoria das condições de vida das crianças) e pelas Parte I — arts. 1.º a 41.º — Definição da criança e seus direitos (onde está integrado o art. 12.º — Direito à opinião), Parte II — arts. 42.º a 45.º — Aplicação da Convenção e Parte III — arts. 46.º a 54.º — Mecanismos jurídicos — assinatura, ratificação, adesão, entrada em vigor, propostas de emendas, reservas, denúncia, depositário e línguas oficiais da Convenção⁽⁴⁹⁾.

Na Parte I, onde estão contemplados os direitos da criança temos quatro categorias de direitos: os direitos à sobrevivência (por exemplo, os direitos a cuidados adequados), os direitos relativos ao desenvolvimento (tal como o direito à educação), os direitos relativos à protecção (entre outros, o direito a ser protegida contra a exploração) e os direitos de participação (o direito de exprimir a sua própria opinião)⁽⁵⁰⁾.

⁽⁴⁷⁾ Cf. UNICEF, <<http://www.unicef.pt/artigo.php?mid=18101111&m=2>>.

⁽⁴⁸⁾ Cf. Procuradoria Geral da República — Gabinete de Documentação e Direito Comparado — *Ficha Informativa sobre os Direitos Humanos — Os direitos das crianças*, pp. 19-20, n.º 10, Rev. I, Lisboa, 2002, <<http://www.gddc.pt>>.

⁽⁴⁹⁾ Cf. A. REIS MONTEIRO, *Direitos da Criança: Era uma vez...*, pp. 37-39, Coimbra, Almedina, 2010.

⁽⁵⁰⁾ Cf. *A Convenção sobre os Direitos da Criança*, pp. 6-27, Comité Português para a UNICEF, Lisboa, 2000.

Relativamente a estes últimos, a Convenção divide-os em quatro artigos e desse modo, está previsto no art. 12.º o direito à liberdade de opinião, no art. 13.º o direito à liberdade de expressão, no art. 14.º o direito à liberdade de pensamento, de consciência e de religião e no art. 15.º o direito à liberdade de associação e de reunião.

Relativamente aos direitos de participação, foi adoptada uma Recomendação sobre “O direito da criança a ser ouvida” em 2006⁽⁵¹⁾ e um Comentário Geral 12⁽⁵²⁾ CRC/C/GC/1 de Julho de 2009 sob o mesmo título, ambos pelo Comité dos Direitos das Crianças (entidade criada por força do art. 43.º e cuja função é a de controlar a aplicação da Convenção), nos quais são descritos os requisitos básicos para a implementação do direito da criança a ser ouvida por intermédio de procedimentos que devem ser: transparentes e informativos, voluntários, respeitadores das opiniões da criança, relevantes para a sua vida, amigos das crianças (o ambiente e o método de trabalho devem ser adaptados às suas necessidades), inclusivos, apoiados por uma formação de adultos em técnicas de apoio para facilitar a sua participação de forma efectiva, seguros e sensíveis ao risco (de modo a minimizar a possibilidade de ocorrência de violência, exploração ou outro efeito negativo da participação) e mensuráveis (o seu acompanhamento e avaliação são essenciais)⁽⁵³⁾.

O art. 12.º⁽⁵⁴⁾, como acima se afirmou, consagra o direito à liberdade de opinião da criança e decidimos transcrevê-lo, pela particular importância que assume no contexto da mediação familiar: N.º 1 — “Os Estados Partes garantem à criança com capacidade de discernimento o direito de exprimir livremente a sua opinião sobre as questões que lhe respeitem, sendo devidamente tomadas em consideração as opiniões da criança, de acordo com a

⁽⁵¹⁾ Cf. A. REIS MONTEIRO, *Direitos da Criança: Era uma vez...*, p. 42, Coimbra, Almedina, 2010.

⁽⁵²⁾ *Idem*, p. 44.

⁽⁵³⁾ *Ibidem*, pp. 83-86.

⁽⁵⁴⁾ Cf. *A Convenção sobre os Direitos da Criança*, pp. 10-11, Comité Português para a UNICEF, Lisboa, 2000.

sua idade e maturidade. N.º 2 — Para esse fim, é assegurada à criança a oportunidade de ser ouvida nos processos judiciais e administrativos que lhe respeitem, seja directamente, seja através de representante ou de organismo adequado, segundo as modalidades previstas pelas regras de processo da legislação nacional”⁽⁵⁵⁾.

Em Portugal, a legislação aplicável nesta matéria abrange 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, o qual prevê no art. 41.º, n.º 1, alínea *c*) a audição da criança em função da sua idade ou grau de maturidade relativamente ao direito de visita e no art. 42.º, n.º 2, alínea *a*), quanto ao direito de regresso, está também contemplada a audição da criança, tendo em conta a sua idade ou grau de maturidade. Também o Código Civil, no art. 1901.º, n.º 3 consagra a audição da criança, não havendo limite de idade⁽⁵⁶⁾, salvo quando circuns-

⁽⁵⁵⁾ A 9 de Setembro de 2013 foi publicado no Diário da República, 1.ª Série — N.º 173 — o Decreto do Presidente da República n.º 100/2013, que ratifica o Protocolo Facultativo à Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos das Crianças, adoptado em Nova Iorque em 19 de Dezembro de 2011, e aprovado pela Resolução da Assembleia da República n.º 134/2013 de 24 de Julho e que institui um procedimento de comunicação, permitindo queixas individuais por violação dos direitos das crianças, aos menores de 18 anos ou dos seus representantes legais pelo Estado, depois de esgotadas as vias de recurso internas, ao Comité dos Direitos das Crianças (como órgão encarregue de controlar a aplicação da Convenção e seus Protocolos Facultativos) e no exercício das funções que lhe são confiadas pelo Protocolo, guiar-se pelo princípio do superior interesse da criança, tendo também em consideração os seus direitos e opiniões, atribuindo-lhes o devido peso, em função da idade e do grau de desenvolvimento que possui, tal como o art. 2.º prevê. O Protocolo depois de depositado junto do Secretário-Geral das Nações Unidas, em Nova Iorque, o que ocorreu a 24 de Setembro de 2013, passará após a sua décima ratificação (Portugal foi o sétimo país a fazê-lo, depois da Albânia, Alemanha, Bolívia, Espanha, Gabão e Tailândia e o terceiro Estado membro da União Europeia) a vigorar em Portugal, e passa a ser parte de todos os Protocolos Facultativos à Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos das Crianças, < www.portugal.gov.pt>.

⁽⁵⁶⁾ Sendo que “a obrigação de audição do menor em processo judicial pode ser executada em todos os casos, podendo vislumbrar-se as seguintes vias:

- permanente convocação dos menores para as conferências de pais;
- Audição em diligência judicial especialmente agendada;
- Solicitação de audição por organismo de avaliação social (actualmente a Segurança Social) ou psicológica que, nesse caso, faria constar do respectivo relatório o teor das declarações do menor, na íntegra ou em resumo.” — Cf. HELENA

tâncias ponderosas o desaconselhem, a Lei Tutelar Educativa, que no âmbito do processo tutelar nomeadamente no art. 45.º, sob a epígrafe Direitos de menor, contempla no n.º 2 a sua audição oficiosa ou por si requerida, a Organização Tutelar de Menores, no art. 184.º, e a Lei de Protecção de Crianças e Jovens em Perigo, que no art. 4.º, alínea *i*) consagram nomeadamente, a audição obrigatória e participação da criança e do jovem, e no art. 84.º a audição da criança e do jovem com mais de 12 anos ou com idade inferior quando a sua capacidade para compreender o sentido da intervenção o aconselhe.

Também não gostaríamos de deixar de realçar, que o n.º 7 do Preâmbulo da Convenção sobre os Direitos da Criança, refere a importância de preparar a criança para viver uma vida individual na sociedade e ser educada no espírito da paz, dignidade, tolerância, liberdade e solidariedade.

A Convenção sobre os Direitos da Criança, serviu de base para o surgimento de vários diplomas jurídicos internacionais nos quais a criança é vista como sujeito de direitos, entre os quais: a Convenção Europeia sobre o Exercício dos Direitos das Crianças do Conselho da Europa, (1996), que entrou em vigor em 2000 e que garante às crianças um conjunto de direitos processuais e a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (2000), nomeadamente o art. 14.º — Direito à educação, o art. 24.º — Direitos das crianças, o art. 32.º — Proibição do trabalho infantil e protecção dos jovens no trabalho e o art. 33.º — Vida familiar e vida profissional⁽⁵⁷⁾.

GOMES DE MELO/JOÃO VASCONCELOS RAPOSO, *et al.*, *Poder paternal e responsabilidades parentais*, p. 38, Quid Iuris, Lisboa, 2009.

(57) Cf. UNICEF, <<http://www.unicef.pt>>.

IV. A participação das crianças na mediação familiar: suas vantagens e desvantagens

A participação das crianças na mediação familiar traduz diversas vantagens, na opinião de diversos autores com experiência como mediadores familiares⁽⁵⁸⁾, tais como: dá-se cumprimento ao art. 12.º da Convenção sobre os Direitos das Crianças (que contempla também o acesso a todos os outros tipos de direitos), as crianças sendo escutadas, sentem-se protegidas porque estão informadas (Estudos de Jill Goldson⁽⁵⁹⁾ na Nova Zelândia, confirmam-no), sendo as principais interessadas, sentem-se envolvidas nas decisões que lhes dizem respeito (P. Beck & N. Biank⁽⁶⁰⁾ que, como mediadores e co-fundadores do serviço de aconselhamento e mediação “Parceiros em Transição” a operar nos EUA, salientam a qualidade dos acordos obtidos pelo facto das crianças serem participantes activas na sua obtenção, Fiona Garwood que realça também a qualidade dos acordos com base em experiências que incluíram a participação de crianças na mediação em Edimburgo na Escócia e ainda Jennifer McIntosh, cuja experiência na Austrália, baseada em dois tipos de actuação nos quais a criança, por um lado, está focalizada na defesa dos seus interesses pelos pais e por outro a criança está envolvida e participa no processo de mediação, foram obtidos melhores resultados nesta última modalidade o que originou uma maior qualidade dos acordos obtidos)⁽⁶¹⁾, os pais passam a ver os filhos como indivíduos com autonomia própria, direitos e deveres e apercebem-se dos seus legítimos interesses e desejos (K.K. Irvin nos EUA, sublinha esta vantagem), é-lhes dada

⁽⁵⁸⁾ Cf. RACHEL BIRNBAUM, *The voice of the child in Separation/Divorce — Mediation and Other Alternative Dispute Resolution Processes: A Literature Review*, Department of Justice, Canada, 2009, <<http://www.justice.gc.ca>>.

⁽⁵⁹⁾ Cf. JILL GOLDSON, *Hello, I'm a voice, let me talk: Child-inclusive mediation in family separation*, 2006, <<http://www.idahoadr.com>>.

⁽⁶⁰⁾ Cf. British Columbia. Ministry of Attorney General. Justice Services Branch. (2003). *The Involvement of Children in Divorce and Custody Mediation: A Literature Review*, 2.1.2. <<http://www.ag.gov.bc.ca/justiceservices/publications/fjsd/children/Media tion/pdf>>.

⁽⁶¹⁾ *Idem*.

a oportunidade de dizerem uma palavra sobre a sua vida, o que melhora a sua auto-estima e controlo do seu destino, as crianças revelam os seus sentimentos mais facilmente a um terceiro neutro, do que a seus pais e ainda a sua participação ajuda a manter as linhas de comunicação abertas⁽⁶²⁾, entre os pais e as crianças.

Entre os processos familiares de especial interesse para a criança, estão os relativos à guarda, residência, direito de visita, questões de filiação, adopção, tutela, administração de bens e regulação do exercício das responsabilidades parentais, como os diversos estudos, aos quais tivemos acesso e que constam da bibliografia deste artigo, o evidenciam.

Quanto às desvantagens da participação das crianças na mediação familiar, devemos salientar que pode conduzir à intensificação dos seus sentimentos de culpa e ansiedade (R. Drapkin e F. Bienenfeld⁽⁶³⁾, com experiências como mediadores familiares no Tribunal Superior de Los Angeles nos EUA, assim como pode levar a que a criança não exponha os seus sentimentos verdadeiros com receio dos pais), pode contribuir para desvalorizar e desqualificar os pais, devem ser protegidas e haver limites à sua liberdade, uma vez que o exercício dos seus direitos que são ilegítimos, requer capacidades como a razão, racionalidade e autonomia que não possuem, os pais tem o direito de tomar decisões no melhor interesse daquelas, nem que para tal se restrinja a sua liberdade, as crianças podem ser manipuladas por um dos pais ou serem levadas a tomar partido e dizerem o que o pai/mãe quer ouvir, as crianças ficam com a responsabilidade de tomar decisões (Donald Saposnek é contrário à participação da criança, a não ser que haja um pedido seu ou dos pais no sentido de ser entrevistada — Califórnia — EUA) e por último há uma exposição da criança ao conflito parental.

⁽⁶²⁾ Cf. CAROLE BROWN, *Involving children in decision making without making them the decision makers*, Association of Family and Conciliation Courts Northwest Regional Conference, Skamania Lodge, 2.nd to 4.th, p. 2, Australia, 1995, <http://www.familycourt.gov.au/wps/wcm/resources/file/eb9da00247423b4/Involving_children_in_decisions.pdf>.

⁽⁶³⁾ Cf. R. DRAPKIN, F. BIENENFELD, *The power of including children in custody mediation*, C.A. Everett (Ed.), *Divorce Mediation: Perspectives on the field*. New York: Haworth, 63-95, 1985.

V. Como a Participação das Crianças tem sido concretizada pela Mediação Familiar, através da utilização de diversos métodos e experiências, em países como o Reino Unido, Canadá, Austrália, Estados Unidos da América ou Nova Zelândia e análise dos respectivos resultados

A mediação familiar, é uma modalidade extrajudicial de resolução alternativa de litígios emergentes de relações familiares e surgiu nos Estados Unidos da América tendo nos anos 70, passado a ser utilizada na Austrália, Nova Zelândia e Canadá. Na Europa, surge no Reino Unido, e nos anos 80 em França, Áustria, Alemanha, Bélgica, Finlândia, Itália, Polónia, Espanha, Eslovénia, Noruega, Suécia e Andorra com a criação de Serviços de Mediação Familiar, nesses países⁽⁶⁴⁾.

Os objectivos da mediação familiar são para J. Lévesque: reduzir os conflitos, ou seja minorar os seus efeitos negativos, de modo a evitar o seu testemunho pelas crianças, facilitar a comunicação entre o casal, identificar e clarificar os aspectos específicos em causa, uma melhor utilização do sistema legal (uma vez que lhe cabe a homologação dos acordos assumidos pelas partes) e por fim alcançar um acordo escrito das questões discutidas⁽⁶⁵⁾.

L. Laurent-Boyer identificou os seus princípios base, que funcionam de acordo com as seguintes directrizes: em caso de conflito a maioria das pessoas quer chegar a um acordo, a negociação alcança melhores resultados se for efectuada pelas próprias pessoas envolvidas, a mediação deve restringir-se ao presente sem deixar de orientar-se para o futuro, deve fazer-se a diferença entre o parental e o conjugal durante a separação, a mediação não cons-

⁽⁶⁴⁾ Cf. PAULA LUCAS RIOS, *Mediação Familiar — Estudo Preliminar para uma regulamentação legal da Mediação Familiar em Portugal*, p. 4, Verbo Jurídico, 2005, <<http://www.verbojuridico.com/doutrina/familia/mediacaofamiliar.pdf>>.

⁽⁶⁵⁾ Cf. ELIEDITE MATTOS ÁVILA, CHRISTIANE MONIQUE CALADO SILVA, *et al.*, — *Mediação Familiar; Formação de Base*, p.44. Tribunal de Justiça de Santa Catarina, Serviço de Mediação Familiar, Santa Catarina, 2004, Brasil, <<http://www.tj.sc.gov.br/institucional/mediacaofamiliar/apostila.pdf>>.

titui uma terapia e ainda, devem ser tidas em conta as necessidades e as condições de vida das crianças e dos pais a partir da separação⁽⁶⁶⁾.

Com base em estudos realizados em vários países onde a mediação familiar é aplicada há alguns anos, aqueles mostram que relativamente aos requisitos para a participação das crianças eles são: maturidade da criança — 5 anos⁽⁶⁷⁾(Inglaterra — 5 a 12 anos, na Austrália — idade escolar, em Edimburgo — 8 anos e nos EUA — 6 anos), em função da sua idade e maturidade assim também vão ser utilizados métodos diferentes — com crianças mais novas, os métodos indirectos como o jogo, o desenho da “minha família”⁽⁶⁸⁾, pedindo à criança para expor os seus sentimentos, enquanto que com crianças mais velhas, por meio de questionários — a sua idade e nível de desenvolvimento (cognitivo e emocional), a sua dependência de um ou outro pai, a natureza do relacionamento com os seus pais antes e depois da separação, o nível de conflito familiar e se culpa um ou ambos os pais.

Assim, também as técnicas utilizadas com crianças em Mediação variam: a utilização da terapia de jogo — uso do desenho e brincar com bonecos por meio de livros, desenhos e brinquedos são úteis para relaxar as crianças pequenas e servem de base ao diálogo. Os bonecos e desenhos podem ser usados e interpretados pelo mediador. Num estudo de guarda conjunta, para famílias em situação de divórcio e intervenção de um psicólogo e uma sessão com os pais, as sessões decorreram numa sala equipada com jogos usando técnicas de terapia de jogo. Também experiências demonstram que as crianças ao serem juntas para diálogos informais,

⁽⁶⁶⁾ *Idem*, p. 27.

⁽⁶⁷⁾ Cf. British Columbia. Ministry of Attorney General. Justice Services Branch, (2003). *The Involvement of Children in Divorce and Custody Mediation: A Literature Review*, 2.2.1, <<http://www.ag.gov.bc.ca/justiceservices/publications/fjsd/children/Mediation/pdf>>.

⁽⁶⁸⁾ Cf. CAROLE BROWN, *Involving children in decision making without making them the decision makers*, Association of Family and Conciliation Courts Northwest Regional Conference, Skamania Lodge, 2.nd to 4.th, p. 4, p. 5, Australia, 1995, <http://www.familycourt.gov.au/wps/wcm/resources/file/eb9da00247423b4/Involving_children_in_decisions.pdf>.

devem ter uma idade próxima, sob pena de as mais novas não entenderem o que dizem as mais velhas⁽⁶⁹⁾. As crianças mais pequenas, comunicam melhor por meio de um jogo do que por meio de um diálogo directo (Joan Kelly psicóloga, mediadora e investigadora na Califórnia, EUA, esteve envolvida na formação de profissionais no programa Hear the Child Interviews⁽⁷⁰⁾, em Kelowna, British Columbia, Canadá e na formação do projecto piloto de mediação da inclusão da criança também em British Columbia, sendo também consultora para a mediação da inclusão da criança num projecto piloto na Austrália).

Em relação ao melhor momento, em que deve a criança participar no processo de mediação familiar colocam-se várias alternativas: as crianças podem ser trazidas no final da sessão, para serem informadas dos acordos dos pais ou podem ser consultadas pelo mediador e pais depois dos acordos serem obtidos para saber a sua opinião, podem ainda ser entrevistadas pelo mediador no início do processo de mediação para recolha das suas opiniões, sentimentos e preferências o que pode ser feito individualmente, com os irmãos, com um ou os dois pais. O mediador introduz estes dados nas negociações dos pais e vai defender os seus direitos. Podem ainda ser trazidas às sessões periodicamente, sempre que se levantar uma questão que as envolva, podem estar presentes ao longo do processo de mediação e participar da decisão em igualdade de circunstâncias (adolescentes). E em alguns casos, podem ser incluídas na pré-mediação ou fase de orientação em situações de classes de educação de divórcio e grupos de crianças. Todos estes métodos envolvem uma implícita ou explícita fase de envolvimento da criança. Em geral, a maioria dos investigadores entende que é preferível incluir a criança, antes de serem tomadas

⁽⁶⁹⁾ Cf. British Columbia. Ministry of Attorney General. Justice Services Branch, (2003). *The Involvement of Children in Divorce and Custody Mediation: A Literature Review*, 2.2.2, <[http://www.ag.gov.bc.ca/justiceservices/publications/fjsd/children/Media tion/pdf](http://www.ag.gov.bc.ca/justiceservices/publications/fjsd/children/Media%20tion/pdf)>.

⁽⁷⁰⁾ Cf. *Hear the Child Interviews, Kellowna Pilot Evaluation: May 2007*, International Institute for Child Rights and Development (IRRCD) Victoria, British Columbia, Canada, <http://www.iircd.org/system/files/HearTheChildrenInterviewEvaluation_0.pdf>.

todas as decisões, de modo a que a sua opinião esteja reflectida no acordo⁽⁷¹⁾.

A forma como as crianças devem ser incluídas na mediação também pode variar⁽⁷²⁾: separadamente dos pais, o que as libertaria de qualquer pressão (Fiona Garwood⁽⁷³⁾ — Escócia, Reino Unido — pediu comentários às crianças sobre a sua participação e 24 das 28 crianças entrevistadas disseram que beneficiaram da mediação e que inclusivamente melhorou a comunicação com os progenitores. Também questionados sobre a possibilidade de participarem de uma sessão, a conversar com outras crianças da sua idade, cujos pais também eram separados, três quartos concordou com a ideia. Acharam que deviam ter recebido mais informação sobre a mediação, nomeadamente sobre o modo do seu funcionamento, assim como saber antecipadamente se um ou ambos os pais estariam presentes na sessão e nem sempre entenderam o que o mediador disse). Quando existem irmãos podem ser juntos ou separados, com os pais, desde o início do processo, pode constituir um factor intimidativo, sem eles, só entrando na sala quando tiverem chegado a um acordo, pois desse modo, remove-se a tomada de decisão sobre as crianças, podendo ainda ser entrevistadas e avaliadas pelo mediador e as suas opiniões serem depois ouvidas. Pode-se, ainda, incluir a criança periodicamente no processo (por exemplo: entrevistas separadas podem aumentar o sentimento de cada criança em ser valorizada e pode evitar o domínio das crianças mais velhas, por outro lado, as entrevistas com irmãos juntos

(71) Cf. British Columbia. Ministry of Attorney General. Justice Services Branch, (2003). *The Involvement of Children in Divorce and Custody Mediation: A Literature Review*, 2.3.1, <<http://www.ag.gov.bc.ca/justiceservices/publications/fjsd/children/Mediation/pdf>>.

(72) Cf. British Columbia. Ministry of Attorney General. Justice Services Branch, (2003). *The Involvement of Children in Divorce and Custody Mediation: A Literature Review*, 2.3.4, <<http://www.ag.gov.bc.ca/justiceservices/publications/fjsd/children/Mediation/pdf>>.

(73) Cf. CAROLE BROWN, *Involving children in decision making with out making them the decision makers*, Association of Family and Conciliation Courts Northwest Regional Conference, Skamania Lodge, 2.nd to 4.th, p. 4, Australia, 1995, <http://www.familycourt.gov.au/wps/wcm/resources/file/eb9da00247423b4/Involving_children_in_decisions.pdf>.

podem estimular a discussão, revelar facetas das suas interacções que podem ser reveladoras para as decisões como a guarda separada, e permite aos irmãos dividirem sentimentos e promover o apoio mútuo. A flexibilidade é necessária, nestes casos e alguns autores sugerem encontros entre irmãos juntos ou separados, o que mostra que cada criança tem as suas opiniões, que são igualmente importantes). Na maior parte dos casos estudados, é o mediador que entra em contacto com a criança, noutros, o psicólogo infantil, terapeuta ou entrevistador, tenham formação em desenvolvimento infantil, mas noutras situações pode ser um mediador ou terapeuta, com as funções de avaliar e mediar, sendo que os pais confiam num mediador com ambas as funções. Por fim, se o mediador for o mesmo para crianças e pais isso é benéfico (Jill Goldson⁽⁷⁴⁾ num estudo como mediadora sendo assistente social na Nova Zelândia, concluiu que o mesmo mediador para as crianças e pais é importante).

Relativamente ao tipo de questões que não são discutidas pelas crianças, realçamos: o regime de exercício das responsabilidades parentais, os seus sentimentos acerca do divórcio, as suas tensões, os seus desejos e receios e as suas relações com os pais e/ou o novo companheiro/a daqueles (Fiona Garwood relata que questões relacionadas com aspectos financeiros e com bens imóveis ou decisões acerca do fim do casamento, como exemplos de questões, que não devem ser abordadas e Jennifer McIntosh — EUA — notou uma melhoria do relacionamento quando relativamente aos bens imóveis, os pais tinham consultado os filhos sobre outros assuntos, inclusivamente metade dos pais esclareceu que o processo de mediação em conjunto, ajudou-os a terem mais facilidade em resolver esse tipo de questões de forma mais cooperante)⁽⁷⁵⁾.

(74) Cf. JILL GOLDSON, *Hello, I'm a Voice, let me talk — Inclusive mediation in family separation*, Centre for Child and Family Policy Research, Auckland University, Innovative Practice Report NO 1/2006, 2006, <<http://www.thefamilymatterscentre.co.nz/Portals/1/SiteDocs/IP-hello-im-a-voice.pdf>>.

(75) Cf. British Columbia. Ministry of Attorney General. Justice Services Branch, (2003). *The Involvement of Children in Divorce and Custody Mediation: A Literature Review*, 2.3.2, <<http://www.ag.gov.bc.ca/justiceservices/publications/fjsd/children/Media tion/pdf>>.

Quanto aos requisitos aplicados a adultos e crianças antes de se envolverem as crianças na mediação, eles são⁽⁷⁶⁾: que a criança quer participar e nessa situação, o seu consentimento informado, com base na avaliação de idade adequada e os preparativos (que consistem no fornecimento de informação e explicação — quando, onde e como a consulta/envolvimento vão ocorrer), dependendo da sua idade, poderá ser conveniente fornecer um folheto ou providenciar uma explicação. O direito da criança a pensar e a faculdade de aceitar ou recusar são essenciais (Joan Kelly⁽⁷⁷⁾ — estudos e experiências feitas em British Columbia no Canadá e na Austrália revelaram que a segurança da criança é a principal prioridade), assim como que a autorização dos pais seja obtida. É fundamental que o mediador clarifique e obtenha o acordo quanto ao âmbito da participação da criança.

Mesmo que a criança não participe no processo de mediação, ela deverá estar consciente da situação, devendo ser informada, de acordo com a sua idade e capacidade compreensiva, dos motivos da separação⁽⁷⁸⁾.

Outros requisitos são⁽⁷⁹⁾: a adequação do local (acolhedor, não estigmatizante), a cultura, religião e etnicidade da família, o estágio de desenvolvimento da criança, o estado emocional e psicológico da criança, o nível de conflito familiar, o modo de a família tomar decisões e os aspectos e contenções financeiras (no Reino Unido, o College of Family Mediators⁽⁸⁰⁾ recomenda um conjunto de guias de actuação).

⁽⁷⁶⁾ Cf. British Columbia. Ministry of Attorney General. Justice Services Branch, (2003). *The Involvement of Children in Divorce and Custody Mediation: A Literature Review*, 2.3.3, <<http://www.ag.gov.bc.ca/justiceservices/publications/fjsd/children/Mediation/pdf>>.

⁽⁷⁷⁾ *Infra*, n.º 67.

⁽⁷⁸⁾ Cf. ELIEDITE MATTOS ÁVILA, SILVA, CHRISTIANE MONIQUE CALADO SILVA, *et al.*, *Mediação Familiar, Formação de Base*, pp.19-20. Tribunal de Justiça de Santa Catarina, Serviço de Mediação Familiar, Santa Catarina, Brasil, 2004, <<http://www.tj.sc.gov.br/institucional/mediacaofamiliar/apostila.pdf>>.

⁽⁷⁹⁾ *Infra*, n.º 73.

⁽⁸⁰⁾ Cf. UK College of Mediators — *Children, Young people and Family Mediation: Policy and Practise Guidelines*. Bristol, Setembro 2002, <<http://www.ukcfm.co.uk>>.

O grupo de trabalho de crianças⁽⁸¹⁾, constitui uma forma alternativa de envolver as crianças na mediação, o que pode ser efectuado juntamente em paralelo com grupos de pais. Depois de preparar ambos, os três grupos — dois grupos de pais e um de crianças — são juntos e nessa sessão mista, as crianças passam as suas mensagens aos pais por intermédio de leitura de histórias, vendo um vídeo pré-gravado, fazendo um jogo de papéis, recitando um poema ou apresentando um espectáculo de marionetas. Desta forma, a mensagem da criança é apresentada de forma anónima, aos pais.

Há situações, nas quais as crianças não devem participar no processo de mediação⁽⁸²⁾: se as crianças não quiserem, em situações de grande conflituosidade entre os pais ou se os pais não quiserem que as crianças participem, se os pais discutem porque não desejam ter a responsabilidade da criança, quando os pais descrevem as mesmas necessidades da criança e têm ideias similares quanto ao plano que melhor assegura os seus interesses.

A participação das crianças na mediação familiar cabe ao mediador⁽⁸³⁾: partindo do pressuposto que as crianças têm direitos e devem ser ouvidas, aquele deve possuir as habilitações e formação adequadas (em dinâmica familiar e desenvolvimento infantil), deve analisar o contexto de cada situação, assim como analisar e compreender as capacidades de desenvolvimento das crianças e deve avaliar as necessidades individuais das crianças e pais por meio de entrevistas e avaliações (Ronda Bressner⁽⁸⁴⁾ — Canadá e Donald Saponesk — Califórnia e Joan Kelly que apontam para a inclusão das crianças se expressam preferência por um tipo específico quanto à partilha de tempo com um dos pais e o outro discorda, se pedem

⁽⁸¹⁾ *Supra*, n.º 59.

⁽⁸²⁾ *Idem*.

⁽⁸³⁾ Cf. British Columbia. Ministry of Attorney General. Justice Services Branch. (2003). *The Involvement of Children in Divorce and Custody Mediation: A Literature Review*, 2.4.2, <<http://www.ag.gov.bc.ca/justiceservices/publications/fjsd/children/Mediation/pdf>>.

⁽⁸⁴⁾ Cf. RONDA BESSNER, *The Voice of the Child in Separation/Divorce Mediation and Other Alternative Dispute Resolution Processes — A Literature Review*, Family, Children and Youth Section, Department of Justice, Canada, 2002, <<http://www.justice.gc.ca>>.

especificamente para falar com o mediador, quando ambos os pais precisam de ouvir dos seus filhos sobre o impacto que a disputa está a ter sobre eles, quando as crianças têm a capacidade de transmitir as suas opiniões e desejos a um mediador, normalmente na faixa etária entre os 6 a 16 anos. Admitem a exclusão, quando ambos os pais podem acordar sobre as necessidades da criança e desenvolver um plano de parentalidade mútua, quando as crianças são muito pequenas e sem capacidade cognitiva, nomeadamente, tratando-se de menores de 3 anos, ou apresentam queixas emocionais e comportamentos sobre uma reunião com o mediador para expressar as suas próprias opiniões e quando as crianças estão sendo manipuladas por um dos pais⁽⁸⁵⁾. O Colégio de Mediadores Familiares do Reino Unido possui um conjunto de Directrizes que envolvem habilitações e competências para pautarem a conduta dos mediadores quando procederem à entrevista directa com as crianças.

O leque de potenciais funções do mediador que incluir crianças no processo de mediação pode ser a de educador, na medida em que explica o processo de mediação, o processo de divórcio, as consequências de ambos, nos adultos e crianças e os sentimentos em questão, pode servir também de apoio, encorajando e compreendendo as ideias e sentimentos das crianças, realçando os aspectos positivos das alterações que ocorreram na família, pode ser um confidente das crianças, um mensageiro delas junto dos pais e um defensor dos seus interesses, ou ainda ser fonte de informação das crianças, assim como avaliador, sobre se estas estão a adaptar-se à separação ou divórcio dos pais e também um terapeuta na medida em que ajuda a restabelecer o equilíbrio, centrando-se nos sentimentos das crianças e na melhoria das relações familiares (K.K. Irvin, refere o mediador como um conselheiro ou terapeuta, enquanto o College of Family Mediators no Reino Unido, Jennifer McIntosh, e Steven E. Zemelmann — distinguem entre os papéis de mediador e de psicólogo e por outro lado, de entrevistador de crianças ou de tera-

⁽⁸⁵⁾ O Colégio de Mediadores Familiares do Reino Unido (tradução nossa), possui um conjunto de Directrizes que envolvem habilitações e competências para pautarem a conduta dos mediadores, quando procederem à entrevista directa com as crianças.

peuta e P. Beck & N. Biank de mediador terapeuta treinado para ambas as funções)⁽⁸⁶⁾.

Para a maioria dos autores, o mediador não deve ser um advogado da criança (Donald Saposnek, e College of Family Mediators) ou tem uma função de advogado em termos mais neutrais, ou seja de “confidente não-alinhado” (R. Drapkin e F. Bienenfeld) ou simplesmente ajudar a manter a orientação nos pais e na criança (Jennifer McIntosh)⁽⁸⁷⁾.

A informação fornecida pela criança é usada pelo mediador e pelos pais do seguinte modo: deve resumir a perspectiva da criança com toda a família presente, permitir à criança exprimir-se perante os pais com o mediador, partilhar as preocupações da criança com cada um dos pais, sendo o objectivo permitir aos pais obterem informação acerca das necessidades do seu filho para a formulação do acordo parental (R. Drapkin e F. Bienenfeld com base em experiências como mediadores familiares no Tribunal Superior de Los Angeles, nos EUA)⁽⁸⁸⁾.

A criança não é parte activa da tomada de decisão do processo, mas sim os pais, devendo informá-la disso, e se não concordarem, o mediador salientará a posição da criança, podendo colocar-se a questão da existência de uma sessão com ambos⁽⁸⁹⁾. A única excepção vem de Donald Saposnek⁽⁹⁰⁾ cuja experiência

⁽⁸⁶⁾ Cf. British Columbia. Ministry of Attorney General. Justice Services Branch, (2003). *The Involvement of Children in Divorce and Custody Mediation: A Literature Review*, 2.3.5, <<http://www.ag.gov.bc.ca/justiceservices/publications/fjsd/children/Mediation/pdf>>.

⁽⁸⁷⁾ Cf. British Columbia. Ministry of Attorney General. Justice Services Branch, (2003). *The Involvement of Children in Divorce and Custody Mediation: A Literature Review*, 2.3.6, <<http://www.ag.gov.bc.ca/justiceservices/publications/fjsd/children/Mediation/pdf>>.

⁽⁸⁸⁾ Cf. R. DRAPKIN, F. BIENENFELD, The power of including children in custody mediation, C.A. Everett (Ed.), *Divorce Mediation: Perspectives on the field*. New York: Haworth, pp. 63-95, 1985

⁽⁸⁹⁾ Cf. British Columbia. Ministry of Attorney General. Justice Services Branch, (2003). *The Involvement of Children in Divorce and Custody Mediation: A Literature Review*, 2.3.7, <<http://www.ag.gov.bc.ca/justiceservices/publications/fjsd/children/Mediation/pdf>>.

⁽⁹⁰⁾ Cf. D. T. SAPOSNEK, *The value of children in mediation: a cross cultural perspective*, pp. 325-342, *Mediation Quarterly*, Vol. 8, n.º 4, 1991.

lhe indica que, um em cada cinco métodos da participação das crianças na mediação, em particular dos adolescentes, o devem fazer em todo o processo, assim como de igual modo, na tomada de decisão.

Na questão da confidencialidade das opiniões da criança o mediador deve-a deixar explícita previamente às crianças e aos pais. A criança deve falar sozinha com o mediador (R. Drapkin e F. Bienenfeld salientam este aspecto), às crianças mais novas, deve aquele ir sumariando aquilo que será dito aos pais e pedir a concordância ou não da criança, se algum dos dois, não concordar com a confidencialidade deve o mediador avisar a criança disso⁽⁹¹⁾.

Relativamente às habilitações e formação do mediador, estudos revelaram profissionais das ciências sociais com prévia experiência de trabalho com crianças, curso de formação em mediação familiar e ter competências para relacionar-se com a criança, criando um ambiente de confiança, explicando-lhe a função de cada um no processo de mediação, decidir se deve ser ouvida separada ou juntamente com os irmãos, estudar as suas opiniões e preocupações, aperceber-se das suas dores e sentimentos violentos e dar-lhe apoio e segurança, utilizar questionários apropriados para perceber aquilo que pensa e sente, gerir a tensão de forma sensível e encorajar a criança a resolver os seus próprios problemas, registar de forma precisa os seus desejos e opiniões, ajudá-la a entender os pontos de vista dos pais e estes a entenderem que mensagens dar aos filhos e da forma como isso pode ser feito (guias de actuação que o College of Family Mediators possui)⁽⁹²⁾.

As crianças devem ser as protagonistas dos seus direitos, porque se lhes forem ensinadas as técnicas da mediação, poderão vir a utilizá-las para as suas vidas.

⁽⁹¹⁾ Cf. British Columbia. Ministry of Attorney General. Justice Services Branch, (2003). *The Involvement of Children in Divorce and Custody Mediation: A Literature Review*, 2.3.9, <[http://www.ag.gov.bc.ca/justiceservices/publications/fjsd/children/Media tion/pdf](http://www.ag.gov.bc.ca/justiceservices/publications/fjsd/children/Media%20tion/pdf)>.

⁽⁹²⁾ Cf. British Columbia. Ministry of Attorney General. Justice Services Branch, (2003). *The Involvement of Children in Divorce and Custody Mediation: A Literature Review*, 2.3.4, <[http://www.ag.gov.bc.ca/justiceservices/publications/fjsd/children/Media tion/pdf](http://www.ag.gov.bc.ca/justiceservices/publications/fjsd/children/Media%20tion/pdf)>.

O melhor interesse das crianças é vê-las como pessoas reais, com as suas próprias identidades, talentos e características individuais o qual será atingido, se as crianças forem educadas, informadas acerca dos seus direitos e encorajadas a exercê-los em todos os aspectos da sua vida em casa, na escola, em organizações não governamentais, nos partidos políticos, na comunicação social, no sistema judicial (adaptado às suas necessidades), nas instâncias governamentais (políticas familiares, escolares, de saúde e ocupacionais) tal como defende Thomas Hammarberg, Comissário para os Direitos Humanos do Conselho da Europa nos seus discursos — CommDH/speech 2009/11⁽⁹³⁾ e Viewpoint — 19/11/2007⁽⁹⁴⁾ e com o qual não podíamos estar mais de acordo.

Como visão para o futuro, quanto à participação das crianças nos assuntos que lhes dizem respeito, somos também da opinião que deve-se aliar a teoria e a prática, de modo a promover uma permanente formação dos diferentes profissionais envolvidos no processo de mediação.

Deve ainda existir uma agenda de pesquisas coordenadas, de modo a que a sua participação seja uma constante, tendo como prioridade a sua segurança, mas nunca esquecendo que a sua “voz” é essencial.

O debate e coordenação entre os profissionais, investigadores, crianças e as suas famílias e decisores políticos devem ser promovidos com a finalidade de que a participação das crianças seja um processo democrático permanente, na defesa dos seus interesses e salvaguardando, desse modo o seu futuro.

Porto, Novembro de 2013

⁽⁹³⁾ Cf. THOMAS HAMMARBERG, “*Children must be the actors of their rights*”, CommDH/speech, (2009)11, <<http://www.wcd.coe.int>>.

⁽⁹⁴⁾ Cf. THOMAS HAMMARBERG, “*Listen carefully to the views of children*”, Viewpoint — 19/11/2007, The 2007 Council of Europe Koczack, Warsaw, <<http://www.wcd.coe.int>>.