Universidades Lusíada

Barros, Ana Filipa Franco de

O direito de audição e participação da criança em processos tutelares cíveis

http://hdl.handle.net/11067/6414

Metadata

Issue Date 2021

Abstract Este trabalho consiste na apreciação do direito de audição e participação da criança nos processos regulados no RGPTC, analisando o seu regime jurídico. A análise deste direito da criança leva-nos a uma apreciação sobre o que já foi feito e o que ainda está por fazer, sobre o ponto de vista da audição da criança. A criança e a sua conceção enquanto sujeito de direitos é muito recente e, como tal, ainda se encontra muito enraizada na sociedade a necessidade de proteção da criança, sendo que a me...

This work consists of ascertaining the child’s right of being heard and making part of the process regulated in the RGPTC, by analysing its legal regime. As far as the child’s hearing is concerned, the analysis of this child's right leads us to an appreciation of what has already been done and of what remains to be done. The child and his/her conception as an individual with rights is very recent, therefore the need for child’s protection is still deeply rooted in society. This, sometimes, mak...

Keywords Direito, Direito da família - Processos tutelares cíveis, Criança - Direito de audição e participação

Type masterThesis

Peer Reviewed No

Collections [ULP-FD] Dissertações

This page was automatically generated in 2025-04-18T17:22:55Z with information provided by the Repository

http://repositorio.ulusiada.pt

UNIVERSIDADE LUSÍADA DO NORTE-PORTO

O Direito de Audição e Participação da Criança em Processos Tutelares Cíveis.

Ana Filipa Franco de Barros

21508314

Dissertação para obtenção do grau de mestre

Orientador: Exma. Senhora Professora Doutora Sandra Passinhas

Porto, 2021

I. Agradecimentos

Agradeço à Exma. Sra. Professora Doutora Sandra Passinhas pela paciência e auxílio no decurso de todo este trabalho.

À minha Mãe, à minha Nelinha e à minha família mais próxima que me acompanhou e apoiou durante todo este longo percurso.

E a todos os meus amigos que durante esta jornada me deram apoio para continuar.

II. Índice

I. Agradecimentos I
II. Índice II
III. Resumo IV
IV. Abstrat. 1
V. Lista de abreviaturas 2
1. Introdução 3
2. Conceito de criança. 5
3. Evolução Histórica. 6
4. O Princípio da audição e participação 12
5. O direito de Audição e Participação da Criança. 13
5.1 Tipos de audição e participação da Criança. 20
5.1.1 Judicial 20
5.1.2 Familiar e social da criança. 33
5.2 Critérios para a realização da audição da criança. 36
5.2.1 O critério da maturidade 37
5.2.2 O critério da idade. 40
6. Classificação do direito de audição e participação. 43
6.1 Direito Autónomo 46
6.2 Direito Instrumental 48
6.2.1 O direito de audição e participação e o direito à liberdade de expressão e à palavra…… 48
6.2.2 O direito de audição e participação e o direito à informação. 50
6.2.3 O direito de audição e participação e o direito à não discriminação. 53
6.2.4 O direito de audição e participação e direito ao desenvolvimento da criança……. 54
7. O princípio do superior interesse da criança. 56
8. E quando não se procede ao direito de audição e participação da criança? 61
9. Questões relacionadas com o direito de audição e participação da criança. 70
9.1 Presença dos advogados. 72
9.2 A questão do sigilo da audição da criança. 74
9.3 Particularidades dos processos especiais. 76

10. As medidas necessárias para a observância do direito de audição e participação…. 81
10.1 A criança. 81
10.2 Audiência. 82
10.3 As informações sobre os resultados. 83
11. Direito Comparado: 84
11.1 Direito Espanhol. 85
11.2 Direito Alemão 87
11.3 Direito Brasileiro. 89
12. Conclusão 90
VI. Bibliografia 94

III. Resumo

Este trabalho consiste na apreciação do direito de audição e participação da criança nos processos regulados no RGPTC, analisando o seu regime jurídico. A análise deste direito da criança leva-nos a uma apreciação sobre o que já foi feito e o que ainda está por fazer, sobre o ponto de vista da audição da criança.

A criança e a sua conceção enquanto sujeito de direitos é muito recente e, como tal, ainda se encontra muito enraizada na sociedade a necessidade de proteção da criança, sendo que a melhor forma de o alcançar é através do exercício dos seus direitos. Na verdade, a criança é sempre o elo mais frágil de qualquer relação, pois é aquela que, pela sua parca experiência de vida, necessita de mais proteção. Contudo, esta não pode ser em demasia.

Em suma, dar voz ao que a criança considera ser fundamental para o seu bem-estar e para o seu superior interesse é imperativo, atendendo à nova conceção que o legislador internacional e nacional atribui à criança.

IV. Abstrat.

This work consists of ascertaining the child's right of being heard and making part of the process regulated in the RGPTC, by analysing its legal regime.

As far as the child's hearing is concerned, the analysis of this child's right leads us to an appreciation of what has already been done and of what remains to be done.

The child and his/her conception as an individual with rights is very recent, therefore the need for child's protection is still deeply rooted in society. This, sometimes, makes us to forget that children are always the weakest liaison in any relationship, so the best way to protect them is not the use of overprotection but the effective fulfilment of their rights.

Giving voice to what the child considers to be fundamental for his/her well-being, for his/her best interest is imperative, mainly because of the new conception that the international and national legislator assigns to the child.

V. Lista de abreviaturas

art. / arts.	Artigo / artigos
cit.	citado
CACRIC	Convenção sobre os Aspetos Civis do Rapto Internacional das Crianças
C.C.	Código Civil
DDC59	Declaração dos Direitos da Criança de 1959
C.H.	Convenção de Haia
CSDC	Convenção sobre os Direitos das Crianças
CESEDC	Convenção Europeia sobre o Exercício dos Direitos das Crianças
CRP	Constituição da República Portuguesa
DUDH	Declaração Universal dos Direitos do Homem
LPCJP	Lei de Proteção de Crianças e Jovens em Perigo
p. / pp.	página / páginas
s.	seguinte(s)
RGPTC	Regime Geral do Processo Tutelar Cível

1. Introdução

Os Direitos da criança são, atualmente, uma das principais preocupações mundiais. Entre estes, encontra-se o direito de audição e participação da criança, que traduz a mais recente e radical mudança de paradigma do século XXI, sendo o passo fundamental para a alteração da visão sobre a criança. Efetivamente, se até ao final do século XX, a criança era vista como um sujeito que se devia manter afastada do centro de conflito, parental ou de qualquer outra natureza, para sua própria proteção, agora a perspetiva é outra e completamente distinta. Assim, a nova realidade considera a criança como um sujeito de direitos, deixando totalmente de parte a perspetiva que a concebe como *"not-yet person",* tendo de esperar até à maioridade para tomar qualquer decisão sobre a sua vida.

Segundo a legislação nacional, adquire personalidade jurídica, no caso das pessoas singulares, o ser humano que tenha o nascimento completo e com vida, conforme o previsto no n.º 1 do art.º 66.º do Código Civil, doravante designado por CC. Assim, a criança detém personalidade jurídica a partir do seu nascimento, e é naturalmente considerada sujeito de direitos, sendo titular de direitos e obrigações, conforme prevê o art.º 67.º do CC, quer de direitos fundamentais ou personalidade como de outros, conforme prevê o art.º 70.º e seguintes do CC. Alguns dos direitos fundamentais consagrados são o direito à identidade pessoal, ao desenvolvimento da personalidade, ao bom nome e reputação, à imagem, à palavra, à reserva de intimidade da vida privada e familiar, dignidade pessoal e identidade genética, previstos no art.º 26.º da Constituição da República Portuguesa, doravante designada por CRP.

A personalidade jurídica traduz-se na faculdade de este sujeito ser titular ativo ou passivo de diversas relações jurídicas, nada mais do que a capacidade de gozo de direitos, como defendem vários autores como Galvão Telles[1] , Mota Pinto[2] e Baptista Machado[3] .

---

[1] "(…) a aptidão para se ser sujeito ativo e passivo de relações jurídicas." (Telles, 2010, p.281)

[2] "(…) a idoneidade para atuar juridicamente, exercendo direitos e cumprindo deveres, adquirindo direitos ou assumindo obrigações por ato próprio ou mediante um representante voluntário (…)" (Pinto, 2012, p.153)

Contudo, a lei distingue capacidade de gozo de capacidade de exercício de direitos. Segundo o art.º 123º CC, "Salvo disposição em contrário, os menores carecem de capacidade para o exercício de direitos". Deste modo, só detém capacidade de exercício de direitos os maiores dezoito anos, ficando excluídas as crianças, como afirmam Paulo Guerra e Helena Boleiro[4], necessitando, assim, de representação para o exercício destes direitos.

A questão que se impõe, poderá a criança exercer por si só, não tendo atingido a maioridade, o direito de audição e participação? Outras questões que se seguem e vamos tentar perceber no decurso deste trabalho, são as seguintes:

Em que consiste tal direito? Como? Quando? Onde é que a criança pode exercê-lo?

---

[3]"Capacidade de dispor dos direitos de que se é titular (de sobre ele tomar decisões) ou a competência de se intervir modeladoramente (através de negócios jurídicos ou quase negócios jurídicos) na constituição de situações ou relações jurídicas (capacidade negocial)" (Baptista, 2017, p. 87)

[4] "(…) as crianças e jovens (seres humanos que ainda não tenham completado 18 anos) têm uma capacidade-regra de gozo de direitos, mas uma incapacidade-regra de exercício de direitos, cessando tal incapacidade com a sua maioridade ou com a sua emancipação através do casamento entre os 16 e os 18 anos (…)." (Boleiro & Guerra, 2014, p.176)

2. Conceito de criança.

O ordenamento jurídico português não distingue o conceito de criança do conceito de menor. Aliás, o conceito de criança remete para o conceito de menor, conforme se pode verificar pela consulta do dicionário jurídico (Prata, 2008, p. 411 e 921). No entanto, se consultarmos os instrumentos internacionais, especificamente o CSDC, o art.º 1.º define criança como "todo o ser humano com menos de dezoito anos, exceto se a lei nacional confere a maioridade mais cedo. "Deste modo, percebemos que menor, tal como refere o art.º 122.º do CC, é a pessoa que ainda não completou os 18 anos de vida; consequentemente, não atingiu a maioridade e, por isso mesmo, não detém capacidade de exercício de direitos.

Por sua vez, a CRP, no n.º 1 do art.º 69.º, com a epígrafe infância, refere o conceito de crianças, quando afirma o seguinte "as crianças têm direito à proteção da sociedade e do Estado, com vista ao seu desenvolvimento integral (…)". Já o n.º 3 do mesmo art.º 69.º define os mesmos sujeitos como menores quando refere a proibição de trabalho dos menores em idade escolar: "É proibido (…) o trabalho de menores em idade escolar". Assim, reafirma-se mais uma vez o papel de proteção que o Estado desempenha na proteção das crianças.

Se verificarmos a Lei de Proteção de crianças e jovens em Perigo, doravante designada por LPCJP, no seu art.º 5.º, considera criança ou jovem "a pessoa com menos de dezoito anos ou a pessoa com menos de vinte e um anos que solicite a continuação da intervenção iniciada antes de atingir os dezoito anos, e ainda a pessoa até aos vinte e cinco anos sempre que existam, e apenas enquanto durem, processos educativos ou de formação profissional". Assim, a criança ou o menor é um ser em desenvolvimento que se encontra num período de especial carência, sendo que o sujeito em causa necessita de maior proteção devido à sua inexperiência.

Face ao exposto, neste trabalho, não iremos fazer distinção entre os conceitos de criança ou menor, considerando-os sinónimos.

3. Evolução Histórica.

O princípio da audição e participação da criança surgiu apenas na sociedade atual ou contemporânea, uma vez que só nos finais do século XX, em 1989, foi publicado o primeiro diploma internacional a atribuir direitos à criança, sendo este o primordial responsável pela mudança de paradigma que irá acontecer no plano do direito e no plano social, no início do século seguinte.

A atenção para os direitos das crianças só surgiu em meados do século XX, após a Segunda Guerra Mundial (1939-1945), considerando-a um sujeito de direitos capaz de formar as suas próprias opiniões e com um determinado grau de desenvolvimento para expressar autonomamente as suas convicções. Esta nova conceção da criança reafirmou-se nas várias alterações legislativas, que lhe passam a atribuir mais e melhores instrumentos para o exercício dos seus direitos.

Como mais à frente iremos abordar, a audição e participação da criança, além de direitos, são também instrumentos bastante úteis para a determinação do superior interesse daquela criança em específico e ainda para a concretização de outros direitos. Neste capítulo específico, abordaremos a evolução histórica dos direitos da criança.

Recuemos ao direito romano, quando havia uma preponderância do pai e marido, detentor de total poder sobre a mulher, sobre os filhos e todos os restantes que integrassem o seu agregado familiar, exercendo o poder paternal, sendo considerado o patria potestas.

Nesta sociedade, não existia uma distinta divisão entre os dois grandes planos da vida do ser humano, isto é, a menoridade e a maioridade[5], mas antes várias idades, às quais, atendendo ao desenvolvimento das aptidões psicológicas e físicas do indivíduo, iriam sendo atribuídas diferentes capacidades de agir. Assim, como refere (Martins R., 2008, p.20), essas diferentes fases seriam as seguintes: infantes, desde o nascimento até aos sete anos; infantes maiores ou impúberes, desde os sete anos até aos doze, para as raparigas, e quatorze, para os rapazes; púberes, desde dos doze ou quatorze anos,

[5] "(…), em Roma, não se operava uma distinção radical entre menoridade e maioridade. Na ordem jurídica romana não existia uma divisão estanque entre os dois estádios da vida do ser humano." (Martins R., 2008, p.20)

consoante o género, até aos vinte e cinco anos; e os maiores ou adultos. Deste modo, verificamos que a capacidade de agir só se adquiria aquando da puberdade, na fase de púberes. Os infantes careciam totalmente de capacidade de agir, isto é, não poderiam praticar qualquer ato jurídico, e os infantes maiores ou impúberes viam a sua capacidade limitada à prática de atos que resultassem num benefício de caráter patrimonial. Após os vinte e cinco anos, poderia existir um *filii sui iuris* ou um *filii alieni iuri.* Os primeiros consideravam-se completamente capazes; já os segundos consideravam-se dependentes do poder do patria potestas, conforme refere (Justo, 2000, p.134-136).

Apesar de este raciocínio de repartição da menoridade ser bastante positivo do ponto de vista teórico, pelo acompanhamento gradual e proporcional do desenvolvimento físico e psicológico da criança, com o seu estatuto jurídico ao longo deste período inicial da sua vida, do ponto de vista prático - por não se tratar de um sistema de simples verificação - foi abandonado.

Avançado um pouco no tempo, em plena Idade Média, séculos V (queda do império romano do Ocidente) a XV, sobretudo na baixa Idade Média[6], em que surge o feudalismo e as cruzadas, o Cristianismo ganha terreno e Deus torna-se o centro do mundo. A imagem de Deus na terra encontrava-se representada pelos membros do clero e pelos homens chefes de família. Assim, o chefe de família era o marido e pai, que, à semelhança de Deus, era o centro de todas as decisões, no primeiro caso sendo decisões familiares, e no segundo caso decisões relativas ao todo. A palavra de Deus impunha as regras e normas a seguir, assim como a palavra do pai e chefe de família impunha as obrigações e normas a cumprir quer pela mulher, quer pelos filhos e ainda pelos servos. As semelhanças eram tantas que (Campos & Campos, 2018, p. 49) afirmam que "(…) A família transforma-se, assim, na célula básica da igreja. Ela própria é Igreja em miniatura, com a sua hierarquia, com o seu local afetado ao culto (a capela das casas nobres, o crucifixo na parede das casas modestas), a sua hierarquia chefiada pelo pai. Veiculando, pela própria natureza das coisas, a doutrina da Igreja; submetida, através da autoridade do pai, à hierarquia eclesiástica."

[6] Séculos XI a XIII

Com a Idade Moderna, séculos XV a XVIII[7], surgem o conceito de autoritarismo e o culto do líder, através da implementação de políticas absolutistas fundadas no poder que Deus confere a determinado líder que lidera um país. O líder era o comando e centro de todas as decisões, ora à sua semelhança estaria o marido e pai, chefe de família que comanda "a casa", a mulher e filhos, assistindo-lhes, resumidamente, com proteção e sustento. A família era o primeiro sinal de poder do homem, e só este era considerado o membro "esclarecido".

Este período histórico mantém claramente a mesma estrutura e função para a família que a Idade Média, como afirmam (Campos & Campos, 2018, p.86-87) "A estrita hierarquia e dominação no interior da família terão mesmo sido acentuadas no decurso dos séculos XVII e XVIII em virtude das doutrinas políticas do absolutismo e do despotismo iluminado que assentavam na necessidade de uma rigorosa ordem tendo à cabeça um chefe esclarecido e de mandato divino. Chefe que, no caso da família, era o pai."

É em plena Idade Contemporânea, século XIX, que surgem movimentos de individualismo e de laicicidade do Estado, devido ao Protestantismo, que aceita a dissolução do matrimónio. No entanto, tal movimento não chegou à Península Ibérica. Apesar da agitação deste movimento, a realidade dos direitos das mulheres e das crianças pouco alterou, continuando a mulher a sujeitar-se ao poder do marido, e o filho ao poder do pai.

Tal situação é facilmente comprovada pelo art.º 137.º do Código de Seabra, que refere que competia aos pais reger os filhos menores, protegê-los e administrar os seus bens, determinando que a todos estes direitos se dava o nome de "poder paternal", expressão que, por si só, denota uma desigualdade, pois deriva da palavra pai, do poder do pai sobre o filho. Apesar dos séculos volvidos, o poder e a última palavra sobre a vida dos filhos continuavam sempre dependente da vontade do pai, demonstrando-se uma prevalência da autoridade masculina, relegando para segundo plano o direito de as mães participarem e serem ouvidas no que dizia respeito aos interesses dos filhos. Destinava-se, pois, à mulher uma função secundária e meramente consultiva no seio familiar, isto é,

[7] Em 1789, aquando da Revolução Francesa.

quando esta existia. Paralelamente, não cabia qualquer papel à criança na determinação dos seus próprios interesses.

Gradualmente, a partir de meados do século XX, surgem aos primeiros direitos das mulheres[8] e a sua independência relativamente ao marido. Dá-se, assim, a emancipação da mulher, através da sua entrada para o mercado de trabalho, o que a tornou independente[9], conferindo-lhe um novo e diferente estatuto, quer económico, quer social, quer cultural. O mesmo começa a acontecer com a criança[10], passando a ser vistas como um sujeito em si próprio, pondo-se de parte a visão da mesma como uma extensão da mulher, vivendo sobre o domínio do pai e chefe de família. A criança começa, consequentemente, a ganhar terreno enquanto sujeito que merece proteção e cuidado, mas também direitos que devem ser por ela exercidos.

Contudo, no plano nacional, tais transformações surgiram tardiamente relativamente ao resto da Europa Ocidental, devido ao período de regime ditatorial vivido entre 1933 a 1974, no qual o homem era ainda considerado como chefe de família, sendo que a mulher e os filhos se encontravam sobre o seu poder, o que se pode comprovar pela consulta do Código Civil de 1966, que mantinha a terminologia na epígrafe "Poder Paternal". Deste modo, o pai detinha plenos direitos sobre o menor e a mãe era vista como uma mera assistente. A mudança deste paradigma só viria a acontecer no século seguinte, depois de algumas décadas de contestação a tal epígrafe, em 2008, aquando da reforma da Lei n.º61/2008[11].

---

[8] "Temos de esperar pelo século XX para assistir à libertação da mulher e dos filhos do poder paternal." (Campos & Campos, 2018, p. 90)

[9] Cfr. afirma (Campos & Campos, 2018, p. 90) "O fator determinante terá sido o acesso da mulher ao mercado de trabalho, tornando-a independente dos ganhos auferidos pelo marido, até aí o principal sustentáculo da economia familiar."

[10] Com a criação UNICEF, Fundação das Nações Unidades para a Infância em 1946, que se inspirou para a sua criação na organização criada por Eglantyne Jebb. Em 1948, a UNICEF aprovou a Declaração Universal dos Direitos do Homem, e dez anos depois, em 1958, adotou e promulgou a Declaração Universal dos Direitos da Criança. Como este documento não detinha força vinculativa, houve a necessidade de criar um compromisso mais sério para a proteção da criança.

[11] Lei n.º 61/2008, de 31 de outubro – publicada no DR n.º 212/2008, Série I

É só no final do século XX, em 1989, que surge a Convenção dos Direitos da Criança, documento que foi ratificado por Portugal[12] e que obrigou a que todos os países que a ratificaram a adequar as normas jurídicas internas às que constavam neste documento. A Convenção concedeu um grau de reconhecimento oficial à ideia de que a criança deve estar envolvida nas decisões que dizem respeito ao seu bem-estar, condições de vida, participação nos assuntos que lhe digam respeito e ainda na sua liberdade física e psicológica. Segundo alguns autores[13], a Convenção representou, no plano teórico, um avanço gigantesco na construção de um estatuto próprio para as crianças (Soares, 2001). Contudo, tais alterações no plano nacional só se começam a verificar em 1995, quando se altera a norma do poder paternal, conferindo a ambos os pais o exercício das responsabilidades parentais[14]. Em 1999 consagra-se, pela primeira vez, o princípio da audição e participação da criança, através da Lei n.º 133/99 e outras[15].

Todas estas alterações legislativas auxiliaram a consubstanciar o novo conceito de criança enquanto sujeito de direitos e participantes ativos nos assuntos respeitantes à sua vida. Em muitos dos diplomas legais, retirou-se expressões como "poder paternal" ou "posse sobre a criança", substituindo-as por outras, como "estabelecimento de uma relação de confiança entre pais e filhos", atribuindo uma voz, ainda que ténue, à criança, colocando-a no centro do novo paradigma.

---

[12] Documento não vinculativo, ratificado por Portugal em 1990, através da Resolução n.º 20/90 da Assembleia da República, publicado no DR n.º 211, I série, de 12.09.90.

[13] (A Child Participation and Acess to the United Union Convention on the Rights of Child in the Council of Europe, 2008)

[14] Cfr. refere (Prata, 2008, p.1076), "poder funcional ou poder-dever é um direito, de exercício obrigatório, atribuído por lei a uma pessoa com a finalidade de realizar objetivos de carácter altruístico. Trata-se, muitas vezes, de um poder de intervenção na esfera de outrem, no interesse deste."

[15] Lei n.º 133/99, de 28 de agosto, publicada em DR N.º 201/1999, Série I-A, que veio alterar a OTM. A Lei n.º 166/99, de 14 de setembro publicada em DR N.º 215/1999, Série I-A, que deu origem à LTE. E, ainda, a Lei n.º 147/99, de 1 de setembro, publicada em DR N.º 204/1999, Série I-, que deu origem à LPCJP.

Pelo que podemos verificar, a referência aos direitos da criança são ainda recentes, com poucas décadas de existência. Consideramos que os direitos das crianças são uma realidade contemporânea. Só no início do novo século é que o direito de audição e participação da criança começou, aos poucos, a ser cumprido. Desde então, tem-se desenvolvido uma vasta reforma dos direitos dos menores (Ramião, 2018), como medidas legislativas, que possibilitam os profissionais a percecionar e relevar o superior interesse da criança (Perdigão & Pinto, 2009), como os psicólogos e juízes. Tendo-se assumido uma postura diferente relativamente às crianças, estas começam a ser entendidas como sujeitos capazes de desenvolver um processo complexo de interpretação e de atribuir significados à sua cultura e à sua participação na construção da mesma (Corsaro, 2005).

Contudo, ainda há um longo caminho a percorrer, pois há quem considere que a criança deve manter-se afastada do tribunal, por ser considerada um ser frágil e imaturo, que apenas necessita de proteção. Tal não traduz a realidade atual da criança, pois esta é um ser capaz, apesar da parca experiência de vida, de formar opiniões similares e perfeitamente possíveis de serem aceites pela sociedade. Isto é, a criança, que à primeira vista parece imatura, pode exprimir idênticos valores aos do adulto (Davis, 1998).

No final do século XX, a criança ganhou alguma importância na sociedade e passou a ser vista como um sujeito de direitos, não só devendo ser protegida, como também tendo o direito participar e ser ouvida, sem que a autoridade dos adultos a reprima. É neste contexto que se torna importante estudar o direito de audição e participação da criança.

4. O Princípio da audição e participação

O princípio da audição da criança traduz-se:

a) na concretização do direito à palavra e à expressão da sua vontade;

b) no direito à participação ativa nos processos que lhe digam respeito e de ver essa opinião tomada em consideração;

c) numa cultura da criança enquanto sujeito de direitos.

A alínea a) nada mais é do que a manifestação do direito à palavra por parte da criança, que se traduz na sua tomada de opinião no processo, ou, por outras palavras, no direito de audição, previsto no art.º 5 n. º1 do RGPTC. A alínea b) concretiza-se no direito de a criança ser chamada para os processos nos quais os assuntos sejam relevantes para si e afetem a sua vida, podendo, assim, concretizar o direito à audição se assim o entender, pois para o efetivo cumprimento do direito de participação, é requisito fundamental que a criança se encontre informada sobre o processo. Este direito traduz-se na necessidade de informação aquando da participação e audição da criança no processo e, quando seja necessário, de nomear advogado à criança para a defesa dos seus interesses, consubstancia-se o direito à participação.

Só assim, através da concretização correta das duas anteriores alíneas, efetivamente se atribui relevância à criança enquanto sujeito de direitos, e também enquanto sujeito interveniente nos processos que lhe digam respeito, devendo sempre tentar-se que tal audição e participação vá ao encontro do seu superior interesse. O facto de a criança e os seus direitos serem o centro de todo o processo, este direito não deve ser uma mera proforma[16], mas antes a efetiva consideração da opinião da criança, sobre todos os aspetos que esta considere relevantes, para o seu superior interesse.

---

[16] Tal preocupação, fica bem expressa na CDC, no artigo 12.º quando é referido que deve ser "tomada em consideração a opinião da criança.", uma preocupação de que a audição da criança não seja considerada e encarada pelas autoridades competentes com ligeireza, mas antes como um meio de lhe conceder uma voz ativa.

5. O direito de Audição e Participação da Criança.

A participação e audição da criança é um dos quatro princípios base da Convenção sobre os Direitos das Crianças, doravante designada por CSDC[17], a par do direito à vida, do desenvolvimento integral da personalidade da criança e da não discriminação. Este direito encontra-se previsto no art.º 12.º do diploma, tendo sido o mesmo pioneiro num tratado de direitos humanos, dando relevância à especial condição jurídica e social da criança. Isto é, socialmente considera que a criança é um ser dependente e vulnerável que necessita de cuidados e proteção de um terceiro, mais precisamente de quem detém as responsabilidades parentais, juridicamente considerando-a um sujeito com plena autonomia relativamente ao exercício dos seus direitos.

Percebemos, desde já, que este artigo põe em evidência a política dos "três pes" relativamente à criança: o primeiro "p" de providência, o segundo "p" de proteção e o terceiro "p" de participação. No primeiro parágrafo do já referido artigo[18], a CSDC obriga os Estados Parte a garantirem à criança o direito de expressarem as suas opiniões livremente, atendendo à sua idade e maturidade, desde que tenha capacidade de discernimento e manifeste a sua opinião livremente sobre determinado assunto. Mais, no seu segundo parágrafo[19], atribui-se à criança o direito à audição e participação em qualquer processo judicial ou administrativo que lhe diga respeito. Como refere a Recomendação CM/Rec (2012) 2 Comité dos Ministros aos Estados Membros, "O direito da criança a ser

---

[17] Adotada e aberta à assinatura, ratificação e adesão pela Resolução n.º 44/25 da Assembleia Geral das Nações Unidas, de 20 de novembro de 1989, e acolhida na ordem jurídica nacional pela Resolução da Assembleia da República n.º 20/90 de 8 de junho e pelo Decreto do Presidente da República nº 49/90, publicadas no Diário da República, I Série, 1º Suplemento, nº 211/90.

[18]"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 sua idade e maturidade."

[19] "Para este 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."

ouvida e levada a sério, é fundamental para a dignidade humana e para o desenvolvimento saudável de cada criança e jovem."

Em consonância com tal normativo, encontram-se os art. 3.º e 6.º da Convenção Europeia sobre o Exercício dos Direitos da Criança[20], doravante designada por CESEDC. Neste diploma, o legislador concretiza o direito de participação e audição da criança, como consta no art.º 3.º: " À criança que à luz do direito interno se considere ter discernimento suficiente deverão ser concedidos, nos processos perante uma autoridade judicial que lhe digam respeito, os seguintes direitos, cujo exercício ela pode solicitar: a) Obter todas as informações relevantes; b) Ser consultada e exprimir a sua opinião; c) Ser informada sobre as possíveis consequências de se agir em conformidade com a sua opinião, bem como sobre as possíveis consequências de qualquer decisão.". E, ainda nos termos do art. 6.º: "Nos processos que digam respeito a uma criança, a autoridade judicial antes de tomar uma decisão deverá: a) Verificar se dispõe de informação suficiente para tomar uma decisão no superior interesse da criança e, se necessário, obter mais informações, nomeadamente junto dos titulares de responsabilidades parentais; b) Caso à luz do direito interno se considere que a criança tem discernimento suficiente: — Assegurar que a criança recebeu toda a informação relevante; — Consultar pessoalmente a criança nos casos apropriados, se necessário em privado, diretamente ou através de outras pessoas ou entidades, numa forma adequada à capacidade de discernimento da criança, a menos que tal seja manifestamente contrário ao interesse superior da criança; — Permitir que a criança exprima a sua opinião; c) Ter devidamente em conta as opiniões expressas pela criança." Deve ainda considerar-se a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, doravante designada por CDFUE, que estabelece no n.º 1 do art.º 24.º o seguinte: "(…) Podem exprimir livremente a sua opinião, que será tomada em consideração nos assuntos que lhes digam respeito, em função da sua idade e maturidade".

[20] Adotada em Estrasburgo, em 25 de janeiro de 1996 e acolhida na ordem jurídica interna no ano de 2014, aprovada pela resolução da Assembleia da República n.º 7/2014, de 27/0, ratificada pelo decreto do Presidente da República n.º 3/2014, de 27/01 e publicada em Diário da República série I, n.º 18, de 27/01/2014

Todos estes diplomas internacionais foram fundamentais para a concretização do direito de participação e audição da criança no plano nacional, pois mesmo sem existirem normas no ordenamento jurídico nacional que o regulassem, pelo n.º 2 do art.º 8.º da CRP, "As normas constantes de convenções internacionais regularmente ratificadas ou aprovadas vigoram na ordem interna após a sua publicação oficial e enquanto vincularem internacionalmente o Estado Português". No n.º 4 do mesmo artigo, "As disposições dos tratados que regem a União Europeia e as normas emanadas das suas instituições, no exercício das respetivas competências, são aplicáveis na ordem interna, nos termos definidos pelo direito da União, com respeito pelos princípios fundamentais do Estado de direito democrático". Assim, a partir do momento que o Estado português ratificou a CSDC e CESEDC, em 1990 e 2014, respetivamente, tais normas passaram a vigorar no ordenamento jurídico interno.

No direito interno, a consagração deste direito fez-se primeiramente na LPCJP [21] e na Organização Tutelar de Menores, doravante designada por OTM[22]. Na LPCJP, encontra-se previsto este direito em dois artigos, na alínea j) art.º 4[23] e no n.º 1 do art.º 84[24], e no art.º 147.º-A da OTM. Neste último, apenas constava uma remissão direta para a

---

[21] Lei n.º 147/99 de 01 de setembro de 1999.

[22]A par destas, encontra-se também consagrada a audição da criança, entre os 12 e 16 anos, realizada pela autoridade judiciária competente em matéria penal, na Lei Tutelar Educativa, doravante designada por LTE. Lei n.º 166/99 de setembro de 1999. No n.º 1 do art.º 47.º, consagra-se o seguinte: qualquer ato praticado pelo menor com idade entre os 12 e 16 anos, e que seja considerado pela lei penal como facto ilícito que constitui crime, origina uma medida tutelar educativa.

[23] Inicialmente, encontrava-se prevista na alínea i), sob a epígrafe "princípios orientadores da intervenção", que dispõem o seguinte "Audição obrigatória e participação - a criança e o jovem, em separado ou na companhia dos pais ou de pessoa por si escolhida, bem como os pais, representante legal ou pessoa que tenha a sua guarda de facto, têm direito a ser ouvidos e a participar nos atos e na definição da medida de promoção dos direitos e de proteção".

[24] Este artigo, inicialmente sob a epígrafe, "Audição da criança e do jovem", no seu n.º1 previa: "As crianças e os jovens com mais de 12 anos, ou com idade inferior quando a sua capacidade para compreender o sentido da intervenção o aconselhe, são ouvidos pela comissão de proteção ou pelo juiz sobre as situações que deram origem à intervenção e relativamente à aplicação, revisão ou cessação de medidas de promoção e proteção." Atualmente, faz uma mera remissão para o RGPTC cfr.: "As crianças e os jovens são ouvidos pela

LPCJP, atualmente encontrando-se revogado. No entanto, é de ressalvar, desde já, que tal artigo previa a obrigatoriedade de audição das crianças acima de determinada idade, mais precisamente doze anos ou com idade inferior, que demonstrassem capacidade de compreensão dos assuntos em discussão.

Tal redação deixava a porta aberta para a exclusão das crianças com idade inferior a doze anos, com a justificação da falta de idade mínima ou pela falta de compreensão para a intervenção, colocando na mão do juiz a decisão final sobre se esta participação e audição da criança deveria ou não ser efetuada, nomeadamente no respeitante às crianças com idade inferior a doze anos.

A criação deste critério é manifestamente contrária às orientações internacionais, como se afere pelo normativo presente no art.º 12 da CSDC, no qual se estabeleceu apenas e tão só a participação e audição da criança sem quaisquer critérios. Efetivamente, quando o legislador neste normativo refere a idade e a maturidade é no sentido de percecionar em que fase do desenvolvimento intelectual se encontra a criança e, perante tal, adequar melhor a audição às suas capacidades, se a sua maturidade corresponde à idade ou se é superior ou inferior, estabelecendo aqui um parâmetro para uma melhor audição, mas nunca no sentido de afastar a criança deste seu direito, atendendo a um critério objetivo, como a idade.

O legislador português consagrava um critério objetivo e quantitativo para as crianças com mais de doze anos, e ainda um subjetivo e qualitativo para as crianças com idade inferior a doze anos, com a finalidade efetiva da realização deste direito. Quando o pretendido era a audição da criança, independentemente de qualquer faixa etária ou níveis de compreensão por ela desenvolvidos, o que se pretendia era ouvir tudo o que a criança poderia ter para dizer sobre determinado assunto e nunca pondo em causa o seu superior interesse.

---

comissão de proteção ou pelo juiz sobre as situações que deram origem à intervenção e relativamente à aplicação, revisão ou cessação de medidas de promoção e proteção, nos termos previstos nos artigos 4.º e 5.º do Regime Geral do Processo Tutelar Cível, aprovado pela Lei n.º 141/2015, de 8 de setembro".

Verificamos, assim, que o princípio de audição e participação da criança já não é novo no nosso ordenamento jurídico, já se encontrando previsto na OTM e na LPCJP. Agora, com a revogação da OTM e a consequente entrada do Regime Geral do Processo Tutelar Cível[25], doravante designado por RGPTC, surgem algumas alterações. A primeira é a inversão remissiva, pois se anteriormente era a LPCJP que previa expressamente a participação e audição da criança, e a OTM apenas efetuava uma remissão para esta lei, agora é o RGPTC que prevê expressamente a audição e participação da criança, sendo que a LPCJP efetua a remissão.

Tal aspeto, à vista desarmada, não terá grande importância. Porém, depois de analisarmos este aspeto com algum cuidado, percebemos que tal mudança se encontra em consonância com a evolução do conceito de criança. Na verdade, até à revogação da OTM, todas as medidas cíveis ou tutelares tinham como principal finalidade a proteção da criança, não devendo tais questões interferir com o seu desenvolvimento, considerando que a criança era um ser dependente em todos os seus aspetos e, como tal, desprotegida. Não obstante, com a entrada em vigor do RGPTC, este conceito é abandonado e a criança passa a ser considerada um sujeito de direitos, e que deve efetivamente participar no processo de decisão sobre os assuntos em que se vê envolvida, pois o novo paradigma faz ver a criança como um sujeito processual que deve participar ativamente para melhor proteger o seu superior interesse.

O segundo aspeto que se constata é o parcial abandono pelo critério objetivo do princípio de audição e participação da criança. A regra geral prevista no n.º 1 alínea c) do art.º 4 e no art.º 5 do RGPTC apenas consagra a audição e participação da criança com capacidade de compreensão dos assuntos em discussão. Tal normativo põe em evidência a intenção de o legislador promover e consagrar a audição e participação de qualquer criança independentemente da idade, e pela primeira vez seguindo as orientações das Diretrizes do Comité do Conselho de Ministros do Conselho da Europa, conforme se refere no ponto 47: "Uma criança não deve ser impedida de ser ouvida apenas em razão da idade. (…)". A real intenção do legislador era a efetiva promoção da audição e participação da criança,

[25] Lei n.º 141/2015, de setembro de 2015.

afastando o critério objetivo, anteriormente consagrado, e demonstrar uma certa evolução legislativa que vai ao encontro das orientações das Diretrizes.

Por outro lado, deu oportunidade a que as crianças maiores de 12 anos, fossem ouvidas e a sua opinião tida em consideração, o que anteriormente se encontravam abrangidas pela obrigatoriedade de audição e participação nos processos que lhe dissessem respeito como previa o art.º 84.º da LPCJP[26]. Agora, a letra da lei faz parecer que estas também poderiam ser afastadas, uma vez que os art.º 4.º e 5.º do RGPTC[27], apenas consagram a necessidade de compreensão dos assuntos em discussão. Ora, se esta capacidade de compreensão dos assuntos em discussão não fosse atribuída à criança, então esta não seria ouvida nem participaria no processo. Não nos parece aceitável que a nova lei deixe um espaço de interpretação tão vasto relativamente à anterior, que obrigatoriamente ouvia a criança com idade igual ou superior a 12 anos, e que com a nova redação da lei parece dar espaço para as afastar.

Desde já, ressalve-se o facto de as palavras utilizadas na anterior legislação e aquelas a que se recorre na atual não serem exatamente iguais. Enquanto no original art.º 84.º da LPCJP, o legislador refere "(…) quando a sua capacidade para compreender o sentido da intervenção o aconselhe (…)", já na atual legislação, mais precisamente nos n.º1 alínea c) do art.º 4.º do RGPTC, o legislador indica a "(…) a criança com capacidade de compreensão dos assuntos em discussão(…)". Contudo, apesar da alteração na redação,

---

[26] Art.º 84.º n.º 1 "As crianças e os jovens com mais de 12 anos, ou com idade inferior quando a sua capacidade para compreender o sentido da intervenção o aconselhe, são ouvidos pela comissão de proteção ou pelo juiz sobre as situações que deram origem à intervenção e relativamente à aplicação, revisão ou cessação de medidas de promoção e proteção.", redação da Lei n.º 147/99, de 01/09.

[27] Art.º 4 n.º 1 alínea c) "Audição e participação da criança - a criança, com capacidade de compreensão dos assuntos em discussão, tendo em atenção a sua idade e maturidade, é sempre ouvida sobre as decisões que lhe digam respeito, preferencialmente com o apoio da assessoria técnica ao tribunal, sendo garantido, salvo recusa fundamentada do juiz, o acompanhamento por adulto da sua escolha sempre que nisso manifeste interesse.", e ainda o n.º 2 do mesmo art.º :"Para efeitos do disposto na alínea c) do número anterior, o juiz afere, casuisticamente e por despacho, a capacidade de compreensão dos assuntos em discussão pela criança, podendo para o efeito recorrer ao apoio da assessoria técnica."

consideramos que ambas as expressões são sinónimas, uma vez que vão ao encontro do mesmo objetivo, que nada mais é que a audição da criança.

O direito de a criança exprimir livremente a sua opinião concretiza-se na sua participação, que pode efetuar-se através da audição ou da sua não audição, quando a criança pretenda não ser ouvida após ser informada do processo, ou ainda nos casos em que o seu superior interesse o desaconselhe. Ora, o direito à audição só se concretiza plenamente através da valorização da opinião da criança pelos terceiros, que a ouvem, não devendo depender da sua idade. De facto, ouvir a criança é atender ao que esta considera fundamental para si, é atribuir a devida relevância ao que é dito por esta. Conforme referem as Diretrizes do Comité de Ministro do Conselho da Europa sobre a justiça adaptada às crianças, "Deve ser respeitado o direito de todas as crianças a serem (…) ouvidas nos processos que lhes digam respeito (…). Tal inclui, dar o devido valor aos pontos de vista da criança (…) a fim de que a sua participação seja relevante." Valorar a opinião da criança é dar o devido valor ao seu direito de audição e participação, não o devendo considerar como um mero ato a cumprir, nem considerá-lo um ato isolado sem relevância, pois a autoridade judiciária poderá justificar a sua decisão neste ato.

Dar a devida relevância à opinião da criança traduz-se na concretização de "(…) uma relação dialogante entre a criança e o adulto, implicando que este reconheça aquela, como um outro, com uma voz, que tem de ouvir e considerar antes de tomar uma decisão que a afete."[28]. Assim, a criança tem um envolvimento ativo nos assuntos da sua vida, o que se traduz naquilo que esta sente ou que observa à sua volta, e na posição que decide tomar, consoante os seus próprios critérios do que é certo ou errado. Esta opinião pode ser concretizada através de atos[29], palavras ou falta destes. Tais formas exprimem a opinião da criança, e cabe a quem a rodeia estar atento a estes sinais. Estes atos são uma forma de a criança expressar as suas opiniões e a sua capacidade de compreensão do mundo que a rodeia.

---

[28] Cfr. afirma (Ribeiro A. C., 2015, p. 105).

[29] Como foi o caso de uma menina de três anos que doou o seu cabelo a outras, vítimas de cancro.

5.1 Tipos de audição e participação da Criança.

O direito de audição da criança concretiza-se em duas vertentes - na vertente judicial e na vertente familiar e social - sendo que, de seguida, analisaremos cada uma delas.

5.1.1 Judicial

Se atentarmos no n.º 1 alínea c), no n.º 2 do art.º 4.º e no n.º1 do art.º 5 do RGPTC, "Os processos tutelares cíveis regulados no RGPTC regem-se (…) pelo princípio da (…) Audição e participação da criança - a criança, com capacidade de compreensão dos assuntos em discussão, tendo em atenção a sua idade e maturidade, é sempre ouvida sobre as decisões que lhe digam respeito, preferencialmente com o apoio da assessoria técnica ao tribunal, sendo garantido, salvo recusa fundamentada do juiz, o acompanhamento por adulto da sua escolha sempre que nisso manifeste interesse." No n.º 2 do já referido artigo, afirma o legislador que "Para efeitos do disposto na alínea c) do número anterior, o juiz afere, casuisticamente e por despacho, a capacidade de compreensão dos assuntos em discussão pela criança, podendo para o efeito recorrer ao apoio da assessoria técnica". Ainda nos termos do n.º 1 do art.º 5.º, "A criança tem direito a ser ouvida, sendo a sua opinião tida em consideração pelas autoridades judiciárias na determinação do seu superior interesse."

A audição judicial da criança tem, à primeira vista, como finalidade a manifestação de vontades e opiniões relevantes perante um terceiro, mais precisamente a autoridade judiciária, Ministério Público ou Juiz, para a melhor e essencial tradução do que será o seu superior interesse. Desta forma, percebemos que a intenção do legislador foi a de tornar imperativo o direito de audição e participação da criança nos processos que lhe digam respeito, e ainda a de ressalvar a necessidade de restrição deste mesmo direito quando for contrário ao seu superior interesse. Sendo assim, nos casos de restrição, deverá constar que o direito de audição e participação foi restringido devido à proteção do superior interesse da criança.

Este direito de audição e participação da criança nos assuntos em discussão não se encontra limitado às providências tutelares cíveis[30], pois também possui consagração legal nos processos de adoção[31], nas situações em que se encontra exposta a qualquer tipo de perigo, de acordo com a LPCJP[32], e nos processos tutelares educativos[33].

Contudo, para a concretização efetiva da audição e participação da criança, é necessário que os ouvintes da mesma considerem este um verdadeiro direito[34], levando-a a expressar as suas opiniões e indo ao encontro do seu superior interesse, em consonância com a verdade material do caso concreto, o que significa que a audição da criança deve estar isenta de manipulações. O direito não deve ser considerado apenas quando não seja recomendado, ou seja, prejudicial para a criança, considerando-se que, neste caso, estaremos a salvaguardar o seu superior interesse. O que o legislador consagra como sendo o direito de audição e participação consiste no direito de a criança expressar a sua opinião, a qual se pretende que seja o menos alterada ou manipulada por qualquer adulto ao seu redor, o que significa que a criança não deve participar e ser ouvida no processo, nem ser influenciada, condicionada ou pressionada por qualquer das partes.

Assim, seguimos para o entendimento de outro dos instrumentos que nos ajudam a compreender e a considerar este princípio como um verdadeiro direito. Referimo-nos às Diretrizes do Comité de Ministros do Conselho da Europa sobre a Justiça adaptada às crianças, que afirma o direito de criança de "(…) ser ouvida e a exprimir a sua opinião (…)", no ponto 3 do capítulo IV-D. Já no ponto 46 afirma-se o seguinte: "o direito a ser ouvido é um direito, e não é um dever da criança."

---

[30] Previstas no elenco das alíneas do art.º 3.º do RGPTC.

[31] Quando previsto nos termos da alínea c) do art.º 3 da Lei n.º 143/2015, Regime jurídico do processo de Adoção.

[32] Qualquer situação que se encontre elencada no n.º 2 art.º 3.º da LPCJP.

[33] Quando a criança tenha entre 12 a 16 anos e lhe tenha sido imputado algum tipo de ilícito, que constitui crime, conforme prevê o art.º 1.º da LTE. Nos termos do art.º 45.º da LTE.

[34] Cfr. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça no processo n.º 268/12.0TBMGL.C1.S1: "A audição da criança num processo que lhe diz respeito – no caso, de promoção e proteção – não pode ser encarada apenas como um (mero) meio de prova, tratando-se antes de um direito da criança a que o seu ponto de vista seja considerado no processo de formação da decisão que a afeta."

Concluímos, portanto, que este direito deve ser afirmado e dado a conhecer à criança como tal, algo que a criança tem a faculdade de escolher ou não, nunca lhe devendo ser transmitido que se trata de um dever ou uma obrigação que tem de cumprir. Como refere (Guerra, et al., 2017, p. 22), "(…) um dos elementos do direito de participação é o da «liberdade» de exprimir uma opinião, expressão que, muito embora não conste na letra da lei, não pode, de todo, ser olvidada (…) por resultar da natureza pessoal do direito de exprimir uma opinião (…)".

Só com a explicação à criança de que este direito constitui uma faculdade que esta pode ou não usar é que se consegue alguma proteção perante manipulações por parte dos seus progenitores ou de quem detém as responsabilidades parentais. Nesta norma jurídica, o legislador expressa a sua preocupação, quando refere que deve ser "tomada em consideração a opinião da criança esta deve ser encarada pelas autoridades competentes de as recolher sem qualquer tipo de ligeireza, mas antes como uma verdadeira voz a dar à criança". Tal preocupação traduz-se na efetiva realização do direito de audição e participação da criança, não devendo este ser encarado como um mero cumprimento de uma norma processual[35]. Pretende-se, antes, que tal se reflita na decisão da causa e na sua concretização no quotidiano da criança, que só assim verá os seus direitos efetivamente protegidos, e a sua opinião efetivamente valorizada.

O Comité Nações Unidas dos Direitos das Crianças, no comentário geral n. º12, mais precisamente no ponto 79[36], afirma que a audição e a participação da criança configuram dois dos meios mais adequados para a evolução e desenvolvimento das capacidades da criança, conforme afirmam os art.º 6.º e 29.º da CSDC.

---

[35] Como refere o ponto 45. das Diretrizes do Comité de Ministros do Conselho da Europa sobre a justiça adaptada às crianças: "Devem ser tidos em devida conta os pontos de vista e opiniões da criança (…)".

[36] "(…) O Comité faz notar a importância de fomentar a possibilidade de a criança exercer o seu direito a ser ouvida, uma vez que a participação da criança é um instrumento para estimular o desenvolvimento integral da personalidade e as capacidades evolutivas da criança, em coerência com o artigo 6º e os objetivos de educação consagrados no artigo 29º." (Associação de Mulheres Contra a Violência, 2009, p. 20)

É atualmente intolerável que não se oiça o que a criança tem a dizer sobre os processos que lhe digam respeito, exceto nos casos em que o superior interesse o desaconselhe, independentemente da natureza do processo. Na verdade, é através deste direito de audição e participação que melhor se apura qual o conteúdo do superior interesse da criança[37]. Por isso, deve ser ouvida pelo juiz da causa, desde que tal audição não ponha em causa o seu bem-estar físico e psicológico, sempre que a sua capacidade de compreensão e maturidade o permitam, para apuramento do seu superior interesse. Desta forma, o fim último da audição terá sempre esse objetivo, não esquecendo que este fim nunca deve ser atingido em detrimento da falta de opção da criança de ser ouvida mediante a sua própria e exclusiva decisão[38] .

É importante fazer um pequeno reparo no que diz respeito à audição da criança, pois, apesar de se considerar o melhor meio para se perceber qual o conteúdo do superior interesse, tal mecanismo pode ultrapassar um outro limite, que será o da vontade da criança. Assim, apesar da primazia deste meio, não devemos desconsiderar outros métodos que possam ser atendidos na decisão final, e que vão ao encontro do mais próximo possível ao que a autoridade judiciária considera ser o conteúdo do superior interesse daquela criança em concreto, por exemplo através da análise de comportamentos descritos por alguém próximo da mesma, ou até um psicólogo.

Para a mais completa concretização do direito de audição e participação da criança, há que informá-la sobre que assuntos versa o processo, sobre o direito de ser ouvida e participar, mas também da possibilidade de não o fazer, dependendo a concretização deste direito da sua exclusiva vontade. Deve e ainda ser informada, que esta tomada de declarações é importante, mas não determina por si só a decisão do juiz.

---

[37] "O exercício do direito de audição, enquanto meio privilegiado de prossecução do superior interesse da criança, está, naturalmente, dependente da maturidade desta." – Cfr. Processo n.º 268/12.0TBMGL.C1. S1., Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 14 de dezembro de 2016.

[38] Como sustenta (Ramião T. D., 2018, p. 121) quando afirma que "Uma das concretizações do princípio do reconhecimento do superior interesse do menor é o seu direito a ser ouvido e a ser tida em consideração a sua opinião, conferindo-lhe a possibilidade de participar nas decisões que lhe dizem respeito, com a sua autonomia e identidade próprias".

É inequívoco que da análise do art.º 5.º do RGPTC resultam duas modalidades diferentes de audição e participação da criança[39]. A primeira é a chamada audição da criança propriamente dita, que serve apenas para colher quais as opiniões e vontades da mesma, com a finalidade de ir ao encontro do seu superior interesse, e que está prevista nos termos dos n.ºs 1 a 5 do art.º 5 do RGPTC. A segunda modalidade é a do depoimento da criança enquanto tomada de declarações, como meio probatório a ser tido em conta em sede de julgamento, como previsto nos termos dos n.ºs 6 e 7 do art.º 5 do já referido diploma. O que as distingue é o objetivo final de cada uma das audições, como esclarecem (Guerra, et al., 2019, p. 66).

A primeira modalidade tem como fim a audição da criança, para perceção da sua opinião e do seu superior interesse, conforme prevê o n.º 1do art.º 5 do RGPTC, sendo a regra a sua audição, exceto quando esteja prevista alguma exceção como a incompatibilidade desde direito com o superior interesse da criança, ou quando exista carência de capacidade de compreensão sobre os assuntos da causa. Aliás, é impossível não defender a audição da criança, exceto quando exista alguma das justificações supra referidas, atendendo à redação do n.º1 da alínea c) do art.º 4 do RGPTC, onde o legislador consagra a obrigatoriedade e não a possibilidade através da letra da lei, quando refere "(…) a criança é sempre ouvida (…)". Reforça-se esta posição aquando da análise do regulamento (CE) n.º 2201/2003, de 27/11[40], quando para a execução das nossas decisões a nível europeu seja condição necessária o efetivo cumprimento do direito de audição e participação da criança, como refere o n.º2 alínea c) do art.º 41.º e n.º 2 alínea a) do art.º 42. A segunda modalidade não tem caráter obrigatório, exceto quando o depoimento da criança fundamente a decisão da causa e/ou sirva como meio probatório.

A segunda diferença, nos termos do n.º 1 do art.º 5.º, é o facto de tal audição poder ser efetuada quer pelo juiz, quer pelo ministério público, isto é, se atentarmos na letra da lei, a mesma refere que "A criança tem direito a ser ouvida, (…) pelas autoridades judiciárias (…)". Com efeito, não serão só os juízes a ter na sua mão a realização da

[39] Tal como defendem (Guerra, et al., 2017, p. 21).

[40] Conforme defendem (Leal, et al., 2019, p. 68).

audição da criança, pois esta também pode ser realizadas pelo Ministério Público, como se poderá verificar pela Lei n.º 5/2017, de 2 de março, que veio determinar o regime da regulação do exercício das responsabilidades parentais por mútuo acordo, nas conservatórias do registo civil, para os casos de dissolução do casamento ou da união de facto, e ainda no caso da separação de pessoas e bens. Está presente no art.º 274.º-A do Código do Registo Civil, doravante designado por CRC, que após a receção dos documentos pelo Conservador, estes seguem para o Ministério Público para sua apreciação, promovendo a audição do menor nos exatos termos dos art.º 4.º e 5.º do RGPTC, conforme prevê o n.º 4 do art. 274.º-B do CRC[41].

A questão que se pode colocar é a seguinte: Neste processo que corre nas conservatórias, a quem compete proceder à audição da criança? Neste aspeto, seguimos a perspetiva de (Guerra, et al., 2019, p.73), que considera que o legislador expressamente atribuiu ao Ministério Público competência exclusiva para ouvir a criança em processos não judiciais, ou seja, administrativos. Efetivamente, se o legislador considerasse que o Conservador teria competências para o efetuar, ter-lhe-ia atribuído tal responsabilidade, o que não sucedeu. Logo, não consideramos que o legislador tivesse omitido tal poder da esfera do Conservador, mas antes que quisesse mantê-lo afastado deste poder[42].

A justificação para que este poder não seja conferido ao Conservador residirá em várias ordens de razão. A primeira é o facto de ser o Ministério Público, no limite, o responsável pela defesa dos direitos das crianças, conforme prevê o n.º 1 na alínea i) do

---

[41] "O Ministério Público promove a audição do menor para a recolha de elementos que assegurem a salvaguarda do superior interesse da criança, aplicando-se, com as necessárias adaptações, o disposto nos artigos 4.º e 5.º do Regime Geral do Processo Tutelar Cível, aprovado pela Lei n.º 141/2015, de 8 de setembro".

[42] "(…) não nos parece ser de forma alguma indiferente que o n.º 3 do artigo 274.º-A preveja que o Conservador possa praticar atos e produzir prova para fazer um juízo de conformidade dos termos do acordo com os interesses dos filhos e que o artigo 274.º-B, n.º4, atribua especificamente ao Ministério Público a responsabilidade de ouvir a criança para salvaguardar o seu superior interesse" (Leal, et al., 2019, p. 73a) .

art.º4, da Lei n.º 68/2019, de 27 de agosto, que nada mais é do que o Estatuto do Ministério Público[43].

A segunda razão prende-se com o que será o superior interesse da criança, pois é necessário perceber se para além de qualquer irregularidade, a criança se encontra satisfeita de acordo com o que se estipulou quanto a si e à sua convivência com os progenitores, no acordo de regulação das responsabilidades parentais. Para tal, é necessário ouvi-la, uma vez que só assim se perceciona qual o seu superior interesse. Mais uma vez, este controlo da conformidade do conteúdo dos acordos da regulação do exercício das responsabilidades parentais e o superior interesse da criança cabe ao Ministério Público[44].

A terceira razão prende-se com aquilo de que dispõe o legislador no n.º 6 do art.º 274.º-A[45], e que se reforça com a remissão prevista no n.º4 do art.º 274.º-B[46], ambos do CRC. Tendo esta decisão administrativa o mesmo efeito que as sentenças judiciais[47][48], gera-se aqui um reforço de confiança nestas decisões, que, ao serem equiparadas às sentenças judiciais, a que se associa o facto de o regime jurídico a aplicar ser o mesmo, geram a possibilidade de tal decisão administrativa ser objeto de reconhecimento de

[43] "Assumir, nos termos da lei, a defesa e a promoção dos direitos e interesses das crianças, jovens (…)".

[44] Conforme. prevê o art.º 274.º-A do CRC, nos seus n.ºs 3 e 4.

[45] "As decisões de homologação proferidas pelo conservador do registo civil produzem os mesmos efeitos das sentenças judiciais sobre idêntica matéria".

[46] "O Ministério Público promove a audição do menor para a recolha de elementos que assegurem a salvaguarda do superior interesse da criança, aplicando-se, com as necessárias adaptações, o disposto nos artigos 4.º e 5.º do Regime Geral do Processo Tutelar Cível, aprovado pela Lei n.º 141/2015, de 8 de setembro".

[47] Conforme consagra o direito internacional, mais precisamente como prevê o n.º 2 art.º 12.º da CSDC "(…) criança a oportunidade de ser ouvida nos processos judiciais e administrativos que lhe respeitem (…)".

[48] E, ainda, como refere o Regulamento (CE) n.º 2201/2003, no seu art. 23.º alínea b) "Se, exceto em caso de urgência, tiver sido proferida sem que a criança tenha tido a oportunidade de ser ouvida, em violação de normas processuais fundamentais do Estado-Membro requerido;" e no art. 41 n.º 2 alínea c) "A criança tiver tido a oportunidade de ser ouvida, exceto se for considerada inadequada uma audição, em função da sua idade ou grau de maturidade. A certidão é redigida na língua da decisão".

sentença estrangeira, conforme prevê o n.º 2 na sua alínea b) do art.º 23.º da Convenção de Haia, doravante designada por CH[49]. Face ao exposto, concordamos com (Guerra, et al., 2019, p.73-80) quando afirmam que não será só o juiz a proceder à audição da criança, também sendo possível que esta seja realizada pelo Ministério Público. Não obstante, o mesmo já não poderá ser afirmado quanto à sua realização por parte do Conservador.

Quando falamos na tomada de declarações como meio probatório, ou seja, no depoimento da criança, este deve ser sempre efetuado pelo juiz, não podendo o Ministério Público realizá-lo, mas apenas participar através da possibilidade de colocar questões, conforme prevê o n.º 7 na alínea b) do art.º 5.º do RGPTC.

A terceira diferença encontra-se prevista nos termos do n.º 2 do art.º 5.º: "(…) o juiz promove a audição da criança (…)". Esta audição terá de ser obrigatoriamente concretizada pelo juiz, isto é, o juiz não tem no seu poder decidir chamar ou não a criança[50], mas antes a obrigação de chamá-la, apenas havendo exceções quando esta não seja adequada ao superior interesse da mesma, ou quando esta não demonstre capacidade para decidir sobre os assuntos em causa. Já quanto à tomada de depoimento pela criança, esta fica nas mãos do juiz, desde que o seu conteúdo não seja considerado meio de prova e/ou de fundamentação da sua decisão, conforme consta no n.º 6 do art.5.º do RGPTC[51].

A quarta diferença encontra-se no n.º 7 na alínea c) do art.º 5.º do RGPTC[52]. Trata-se da obrigação de gravação audiovisual, exclusiva da tomada de depoimento, não sendo

---

[49] Também conhecida como Lei aplicável ao Reconhecimento, à Execução e à Cooperação em Matéria de Responsabilidade Parental e de Medidas de Proteção das Crianças de 1996, aprovada pelo Decreto n.º 52/2008, de 13/11, e publicada no Diário da República I, n.º 221, de 13/11/2008.

[50] Conforme referem as Diretrizes do Comité de Ministros do Conselho da Europa sobre a justiça adaptada às crianças, no seu ponto 44, "Os juízes devem respeitar o direito das crianças a serem ouvidas em todos os assuntos que lhe digam respeito, ou pelo menos, quando se considerar que têm compreensão suficiente dos assuntos em questão".

[51] "(…) o tribunal, a requerimento ou oficiosamente, pode proceder à audição da criança, em qualquer fase do processo, a fim de que o seu depoimento possa ser considerado como meio probatório (…)".

[52] "As declarações da criança são gravadas mediante registo áudio ou audiovisual, só podendo ser utilizados outros meios técnicos idóneos a assegurar a reprodução integral daquelas quando aqueles meios não estiverem disponíveis e dando-se preferência, em qualquer caso, à gravação audiovisual sempre que a natureza do assunto a decidir ou o interesse da criança assim o exigirem".

exigível aquando da audição da criança, nos termos dos n.ºs 1 a 4 do art.º 5 do RGPTC, uma vez que o legislador não consagrou, quanto a esta, quaisquer formalismos.

A quinta diferença encontra-se presente no n.º 7 na alinea b) do art.º 5.º do RGPTC[53], e ainda traz alguma controvérsia, pois tem como base a possibilidade da presença de advogados durante a audição, já que na simples audição apenas deverão estar presentes o juiz, o Ministério Público e, quando permitido, a assessoria técnica, o advogado e a própria criança.

Já relativamente à tomada de declarações como meio probatório, parece que o legislador quis abrir a possibilidade de estarem presentes na sala os advogados dos progenitores, dado que o advogado da criança tem a possibilidade de estar presente em ambas as audições, quer na de audição, quer na de tomada de depoimento. Pela letra da lei, parece não ser possível afastar a presença dos advogados dos progenitores, ainda que o juiz perceba que tal presença é desfavorável à criança. Mais, este é um requisito necessário para que a tomada de declarações, enquanto meio probatório, seja considerado válido, pois sem a presença dos advogados durantes as declarações da criança, estas não serão consideradas como um meio de prova, por não ser permitido assegurar o contraditório.

Contudo, e atendendo às caraterísticas da criança[54], o seu superior interesse, e ainda a possibilidade de os advogados pretenderem o constrangimento da mesma com o intuito de que não diga o que considera fundamental, parece importante que, neste caso, se adote uma postura de cautela, protegendo-se a criança deste tipo de contacto direto, pretendendo-se que as declarações sejam o mais próximas possível da verdade material.

Há necessidade de adaptar este normativo às necessidades especificas de cada criança. Neste contexto, destacamos a posição de (Guerra, et al., 2019, p. 65-71), sugerindo uma sala com um vidro unidirecional para uma sala anexa, que permite aos advogados assistirem à diligência, sem serem vistos pela criança e ainda com a possibilidade de participarem nesta sessão, para exercerem o contraditório relativamente a algo que seja

---

[53] "A inquirição é feita pelo juiz, podendo o Ministério Público e os advogados formular perguntas adicionais".

[54] Como a idade, a capacidade de expressão e o conteúdo das declarações da criança.

afirmado pela criança. Quando tal espaço não esteja disponível, os advogados assistem à diligência através de recurso audiovisual na sala de audiências do tribunal, onde estará a ser transmitido em direto e ficará registado no Citius, podendo colocar questões quando lhes for dada a palavra.

Estas duas formas cumprem os requisitos legais e ainda protegem e salvaguardam o superior interesse das crianças, que se encontram a ser ouvidas[55], e têm sido acolhidas em vários tribunais, como se pode verificar pelo Acórdão da Relação de Lisboa, no processo n.º 653/14.2TBPTM-J.L1[56]. No entanto, há quem tenham encontrado outra solução e proceda a duas audições, uma seguida da outra, uma para tomada de opinião da criança e outra apenas para produção de prova, e aqui já estando presentes os advogados, como é possível verificar pelo Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa no processo n.º 1168/08.1TBCSC-A.L1-1[57]. Na audição da criança propriamente dita, não é possível que os advogados ponham qualquer questão, pois além de não deverem ter acesso ao conteúdo da audição, também não devem estar presentes nesta, conforme prevê no n.º 1do art.º 5 RGPTC.

A sexta diferença será a confidencialidade das declarações da criança. Na audição da criança propiamente dita, é possível manter o caráter confidencial do conteúdo da audição, através da não gravação da audição ou não consignando em ata o seu conteúdo, ou restringindo o acesso a tais documentos, conforme preveem o n.º 1 e 2 do art.º 5 do RGPTC, ao afirmarem que a criança é ouvida pelas autoridades judiciárias, e por promoverem uma diligência própria para o efeito. O mesmo não nos parece possível[58] para

---

[55] Conformem entendem (Leal, et al., 2019, p.70).

[56] "(…) que entendeu que o contraditório foi observado, ainda que sem o imediatismo resultante da presença física dos advogados, dado que lhes foi facultada a gravação da diligência e puderam formular perguntas adicionais".

[57] "sem a companhia de terceiros, de forma a assegurar que a sua audição seria efetuada sem influências exteriores e a poder ter em consideração a sua opinião, em respeito ao direito de audição dos menores e ao princípio do reconhecimento do superior interesse de menor (…)".

[58] Conforme defendem (Leal, et al., 2019, p. 71) "(…) não me parece possível, sob pena de as declarações não poderem ser consideradas meio de prova." E considera ainda que "(…) estando as mesmas a

a tomada de declarações como meio probatório, pois aqui os advogados não poderão ser afastados da prestação de depoimento da criança, e tal situação já não garante o segredo ou confidencialidade solicitada pela criança. Também não se pode restringir o acesso a este meio de prova, porque tal poderia gerar uma situação de não exercício do contraditório e, consequentemente, uma impossibilidade de defesa por falta de acesso a esse meio de prova, o que, por sua vez, poria em causa a própria prova, desconsiderando-a como prova válida no processo.

Esta segunda modalidade da audição e participação da criança como meio de prova tem como objetivo essencial a produção de prova, para que a tomada de posição do juiz da causa se encontre devidamente justificada sobre o que considera ser o superior interesse da mesma sobre as suas decisões e o que a própria afirmou no decurso da sua tomada de depoimento. Aliás, se atendermos à letra da lei, parece claro que o legislador pretendia o aproveitamento deste depoimento para outros processos em que a criança tenha sido chamada a participar por se encontrar envolvida, isto é, pelo assunto em causa lhe dizer respeito, e no qual se tenha verificado o exercício do contraditório para que tal prova seja considerada válida[59], caso assim se mostrasse necessário, aplicando a este meio de prova o instituto das declarações para memória futura, previsto nos termos do art.º 271.º do CPP.

Contudo, foi o Conselho Superior da Magistratura, doravante designado por CSM, que no momento da emissão do seu parecer[60] incluiu tal disposição, no qual afirma que "(…) aos processos tutelares cíveis, se aplica subsidiariamente, as normas da lei processual civil, entendemos, salvo melhor opinião, que a declarações da criança prestadas antes do julgamento para nele valerem como meio de prova, se devem regular pelo Código de

---

ser visionadas pelos advogados, em tempo real, não vejo como se poderia efetivar tal confidencialidade, de modo a salvaguardar o segredo pretendido pela criança em pleno".

[59] Conforme prevê o n.º 7 alínea c) art.º 5 do RGPTC, "As declarações da criança são gravadas mediante registo áudio ou audiovisual, só podendo ser utilizados outros meios técnicos idóneos a assegurar a reprodução integral daquelas quando aqueles meios não estiverem disponíveis e dando-se preferência, em qualquer caso, à gravação audiovisual sempre que a natureza do assunto a decidir ou o interesse da criança assim o exigirem".

[60] Através do parecer da Proposta de Lei n.º 338/XII, redigida por Alcina Ribeiro, a 25 de junho de 2015.

Processo Civil(…)" (Ribeiro, 2021) , entendendo que este depoimento, independentemente do processo em que foi realizada a audição, deve ser regulado pelas normas presentes no processo civil, que podem sempre ser aproveitadas, como prevê o art.º 413 do Código de Processo Civil[61].

Assim, relativamente à situação em que a criança tenha prestado depoimento em processo de natureza cível, o que refere o n.º 7 na sua alínea e) do art.º 5, é algo vago, isto é, nada refere, exceto que pode ser considerado como meio de prova em processo tutelar cível[62]. No entanto, na alínea g) do mesmo artigo, o legislador considera que estaremos perante o instituto, previsto no art.º 419.º do Código Processo Civil, doravante designado por CPC, da prova antecipada. Deste modo, tal situação reforça-se ainda quando se prevê no n.º1 do art.º 33.º do RGPTC que quando não houver qualquer disposição legal específica, se aplicam as regras do processo civil, desde que não contrariem a jurisdição dos menores. Nestes casos, subsidiariamente se aplicará o CPC e o instituto da prova antecipada.

Quando se trate de um processo crime, em que tais declarações são consideradas s para memória futura, previstas nos termos do art.º 271 do Código do Processo Penal, doravante designado por CPP[63], também estas devem ser consideradas meio probatório, como prevê o legislador no RGPTC, no n.º 7 alínea e) do art.º 5.º[64], para o processo tutelar cível. Aplica-se, em ambos os casos, o regime para a prova antecipada, previsto no CPC e, como considera (Guerra, et al., 2019), tais depoimentos constituem um meio de prova

---

[61] "O tribunal deve tomar em consideração todas as provas produzidas, tenham ou não emanado da parte que devia produzi-las, sem prejuízo das disposições que declarem irrelevante a alegação de um facto, quando não seja feita por certo interessado".

[62] Conforme prevê o n.º 7 alínea e) do art.º 5 do RGPTC: "Quando em processo de natureza cível a criança tenha prestado declarações perante o juiz ou Ministério Público, com observância do princípio do contraditório, podem estas ser consideradas como meio probatório no processo tutelar cível".

[63]"1 - Aplica-se subsidiariamente às disposições deste título o Código de Processo Penal. 2 - Nos casos omissos observam-se as normas do processo civil que se harmonizem com o processo tutelar".

[64]"Quando em processo de natureza cível a criança tenha prestado declarações perante o juiz ou Ministério Público, com observância do princípio do contraditório, podem estas ser consideradas como meio probatório no processo tutelar cível."

legalmente admitido e a ser utilizado sempre que o superior interesse da criança o invoque[65].

A outra alteração efetuada pelo CSM à proposta de Lei foi a valoração extraprocessual desta prova, independentemente da natureza dos processos, conforme prevê o art.º 421.º do CPC. Perante um cumprimento dos requisitos, a possibilidade de aquela prova poder ser valorada noutro processo. Esta possibilidade de valoração extrajudicial da prova foi acolhida pelo legislador na versão final da lei e trouxe algumas vantagens.

A principal vantagem, e fundamental, é a possibilidade de a criança não estar a repetir a sua audição e participação várias vezes durante todo o processo, o que não será aconselhável, pois poderá fazê-la reviver momentos difíceis. Outra vantagem será a possibilidade de permitir à criança um depoimento mais próximo possível da realidade, e com mais pormenores a serem relatados pela própria, pois quanto mais próxima ocorrer a audição da criança, mais completa e precisa esta vai se tornar.

Por último, outro dos aspetos a ter em conta será a possibilidade de a criança não ter de prestar depoimento na audiência de julgamento, sempre com a finalidade de a proteger, relativamente ao seu bem-estar psicológico e físico.

É importante reconhecer esta ferramenta atribuída a este direito da criança, que, mais uma vez, valoriza a participação da criança sem que o seu superior interesse seja prejudicado. Um pouco diferente é quando as declarações da criança são meios de prova, isto é, quando são depoimentos. Aqui há que se considerar que não podem existir contradições, não se devendo atender apenas e só a ouvir o que a criança tem a dizer, e perceber qual o seu superior interesse, mas também ao seu conteúdo, à maturidade e à capacidade de compreensão que a mesma tem para percecionar o impacto de tais declarações na decisão final.

---

[65] "(…) constituem um meio de prova admitido, a produzir, quando o superior interesse da criança o exija, nos termos do art.º 413.º do Código de Processo Civil (ex vi art.º 33.º) (…)" (Guera, et al., 2017, p. 22)

5.1.2 Familiar e social da criança.

Até agora, atentamos sempre à audição judicial da criança. No entanto, há também que referir que antes de qualquer intervenção da criança em tribunal, é fundamental e necessário que a mesma, no seu dia a dia, esteja habituada a que a sua opinião seja valorada. Na verdade, é importante reconhecer no seio familiar, escolar e social no qual se enquadra a criança, que esta tem direito à sua opinião e que a mesma é importante e relevante. Aliás, faz parte do seu desenvolvimento integral estar ativa e participar nas decisões sobre os assuntos que lhe digam respeito.

Esta audição fomenta o desenvolvimento da criança e a sua melhor integração nos seus vários núcleos, desde familiar, escolar e social. De facto, ver que a sua opinião é ouvida e levada em consideração pelos outros à sua volta - como por exemplo, os pais, que, concordando ou discordando com a opinião da criança, e emitindo as suas próprias opiniões, permitem que esta se desenvolva através da aquisição de espírito crítico e de análise - tem como efeito o sentimento de integração e desenvolvimento da criança. Só assim se encontra efetivamente realizada esta audição, que contribui para o contínuo desenvolvimento e uma melhor perceção e concretização, para o superior interesse da criança em causa. Contudo, devemos sempre adequar esta audição às especificidades da criança em causa, tomando em atenção a sua maturidade e capacidade de compreensão dos assuntos em discussão.

Este tipo de audição é algo que o legislador já considera relevante há bastante tempo, pois encontra-se consagrado no Código Civil desde 1977[66], doravante designado por CC, nos termos do artigo 1878.º n.º 2, que "(…) de acordo com a maturidade dos filhos, devem ter em conta a sua opinião nos assuntos familiares importantes e reconhecer-lhes autonomia na organização da própria vida". Se atendermos ao conteúdo, o que se encontra previsto é a audição familiar da criança.

---

[66] DL n.º 496/77, de novembro de 22, tendo assumido Portugal um papel vanguardista na consagração da audição familiar da criança.

Perante tal norma, parece-nos que o legislador nacional quis dar a possibilidade de a opinião da criança ser tida em conta e ser relevante para o seu desenvolvimento e autonomia sobre a sua própria vida. Ora, o desenvolvimento da criança manifesta-se através da sua maturidade, que, por sua vez, se traduz na capacidade de gerir os seus assuntos pessoais, de organizar a sua vida e de formular através das suas opiniões pessoais, críticas positivas sobre os assuntos que a envolvem. O desenvolvimento da personalidade da criança, consagrado no artigo 26.º n.º 1 da CRP, é de suma importância, pois a não expressão das suas opiniões e aspirações pode comprometer todo o seu desenvolvimento, quer a nível social como a nível psíquico, como por exemplo, a parca capacidade de interação e de senso comum.

Tal atitude, por parte do legislador nacional, não deixa de ser curiosa de tão vanguardista que é, pois consagra a audição e participação da criança no seu seio familiar, quando ainda grande parte da Europa via a criança como um ser a proteger. O legislador português atribui aos pais, ou a quem detém responsabilidades parentais, o poder-dever de conferir à criança uma alguma autonomia, nos assuntos sobre os quais vai incidir a sua vida, impondo uma audição e participação efetiva da criança, desde que esta audição e participação seja efetuada com a supervisão dos pais, e quando alertada para os possíveis perigos e erros com os quais se vão defrontar. Origina-se, assim, um diálogo útil para o desenvolvimento da criança, contrastando com a conceção tradicional da doutrina de que a esta deve apenas obedecer às ordens dos seus pais, ou de quem detém as responsabilidades parentais.

Esta medida, de diálogo parental, promove o desenvolvimento integral da criança, melhor se determinando qual o superior interesse da criança. Na verdade, o diálogo parental diminui substancialmente o conflito parental[67], uma vez que a criança sente que a sua opinião é valorizada, permitindo uma maior aproximação na relação afetiva entre esta e

[67] Dúvidas não restam que quanto mais espaços os pais deixem para que as crianças sejam ouvidas e possam criar laços de profunda proximidade afetivo-emocional, mais valorizadas e apoiadas se sentem, propondo-se um sistema de regras conduzidas pelos pais, mas no qual estes estão dispostos a tomar em atenção e se possível atender à opinião da criança, conforme defendem alguns especialistas, como Rute Agulhas.

os seus progenitores, não comprometendo o seu desenvolvimento e futuro, e protegendo o seu desenvolvimento psicológico e social.

É também importante salientar a atuação dos pais, ou de quem detém as responsabilidades parentais, pois estes são os primeiros que devem assegurar a concretização deste direito. Como afirma o artigo 1878.º n.º 2 do CC, estes devem ser os principais impulsionadores da audição informal ou familiar da criança, uma vez que são os seus principais pilares emocionais.

Deixa-se, assim, de lado a perspetiva de que a criança tem de primeiro aprender e desenvolver-se, para e só depois, poder intervir nos assuntos que lhe digam respeito.

Torna-se, pois, manifestamente indispensável referir que quando afirmamos que a voz da criança deve ser ouvida, não estamos aqui a referirmo-nos a fazer todas as suas vontades, e muito menos de efetuar tudo o que esta considera melhor para si, mas antes de ouvi-la e fazê-la compreender, o que pode fazer e não fazer, atendendo ao que será o seu superior interesse. Excluímos qualquer tipo de manipulação que a criança queira efetuar através deste direito que lhe assiste, assim como qualquer birra ou exigência infundada.

O que se pretende é conferir um determinado grau de competências à criança para que ela a cada passo de avanço consiga ser mais autónoma e independente, com o fim de, em adulta, se tornar um ser totalmente independente, com a clara perceção das limitações e dos perigos existentes na sociedade. Esta mudança de paradigma, de que já aqui falamos, atribui voz à criança, mas não se pretende que se dê lugar a um monólogo da mesma, antes estabelecendo uma conversa com os pais, deixando para trás os tempos em que o monólogo era só dos pais e que a criança era apenas o sujeito a proteger.

Um exemplo prático, mas que não se aplicará necessariamente a toda a criança será o de a criança ter gosto e desejo de aprender a tocar um instrumento musical, o que lhe dá a possibilidade de aprofundar os seus conhecimentos técnicos numa determinada área. Tal situação pode ir ao encontro do seu superior interesse e, neste sentido, a criança deve ser ouvida, para se perceber se realmente pretende estudar determinado instrumento, ou se se trata de um mero capricho que passará com o tempo. Por aqui se vê a importância da audição referente aos assuntos que afetam diretamente a vida da criança, sendo também a forma mais específica e detalhada de se perceber qual o seu superior interesse.

Em jeito de conclusão temática, não importa tanto neste momento o conteúdo coerente das afirmações da criança quando se trata de uma audição familiar e social, mas antes de ouvir o que a mesma tem a dizer. Neste momento, é imprescindível perceber o que a criança considera importante na sua vida, ou seja, qual o seu superior interesse.

5.2 Critérios para a realização da audição da criança.

Os critérios do direito de audição e participação da criança encontram consagração legal em diversos instrumentos internacionais, como na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, doravante designada por CDFUE, que considera que para a concretização da audição da criança, mais precisamente no n.º 1 do art. 24.º, "As crianças (…). Podem exprimir livremente a sua opinião, que será tomada em consideração nos assuntos que lhes digam respeito, em função da sua idade e maturidade.". A nível nacional, o legislador consagrou estes critérios, no n.º 1 alínea c) do art.º 4 do RGPTC, onde se lê que "(…) a criança, com capacidade de compreensão dos assuntos em discussão, tendo em atenção a sua idade e maturidade, é sempre ouvida sobre as decisões que lhe digam respeito (…)". Tal direito de audição e participação é regulado por critérios, como a maturidade e a idade. De forma geral, este envolvimento da criança nos assuntos que a afetem deve ser progressivo, atendendo às capacidades que vai adquirindo.

Uma vez exprimida a opinião da criança, o peso que lhe é dado varia consoante alguns critérios, como a maturidade e capacidade de compreensão dos assuntos em discussão e a idade. Quando estes critérios são usados individualmente, não nos dão uma compreensão clara do nível em que a criança se encontra e qual o seu superior interesse.

Na verdade, para a determinação da relevância opinativa, a criança tem que exprimir a sua opinião e esta deve ser valorada pelo adulto, sempre atendendo à sua idade e maturidade.

5.2.1 O critério da maturidade

Antes de prosseguirmos, é importante deixar claro que a criança é um ser em desenvolvimento, num estádio da vida que diariamente aprende e evolui. A aprendizagem, é o conjunto de experiências e vivências novas que surgem constantemente na vida da criança, que, à medida que as adquire, acumula conhecimento, aproximando-se, com o passar do tempo, cada vez mais do estádio adulto.

O Comentário Geral n.º 12 (Comité dos Direitos da Criança, 2019, p. 11), concretiza o conceito de maturidade como "(…) a capacidade de compreender e avaliar as implicações duma determinada questão e deve, (…), ser levada em consideração ao identificar a capacidade individual duma criança. (…) é a capacidade que a criança tem de exprimir a sua opinião sobre uma questão de forma razoável e independente." Ora, quando refletimos sobre o conceito de maturidade, pensamos sempre em seres humanos que já detém uma vasta experiência de vida, que já atingiram um determinado grau de sabedoria e conhecimento. Aliás, quando olhamos para o Dicionário de Língua Portuguesa (Porto Editora), o mesmo atribui a este conceito o seguinte significado: "(…) condição de pleno desenvolvimento, (…) experiência ou ponderação própria da idade (…)" aqui chegados, tal conceito parece antónimo e desadequado ao conceito de criança. Contudo, quando abordamos estes dois conceitos em conjunto, devemos adequá-los um ao outro. Parece-nos que o legislador pretendia que, mediante o entendimento e desenvolvimento daquela criança, se atribuísse a devida relevância à sua opinião, isto é, seria importante ouvi-la e tomá-la em consideração mediante as suas próprias capacidades, nomeadamente a capacidade de entendimento e autonomia.

Na verdade, através das capacidades demonstradas pela criança, percebemos o grau de maturidade da mesma e, assim, podemos atribuir maior ou menor relevância às suas opiniões. Percecionamos que o critério da maturidade deve ser, então, entendido como um critério de qualificação da audição da criança, seja esta familiar, social, escolar, administrativa ou até mesmo judicial, como defende o ponto 1, do capítulo III, Princípios Fundamentais, A. Participação, das Diretrizes do Comité de Ministros do Conselho da

Europa sobre a justiça adaptada às crianças[68]. A maturidade vai-se desenvolvendo e depende de vários fatores, quer de experiências sociais e culturais, quer ao nível de apoio que a criança tem dos pais, familiares e escolar, o que contribui bastante para o seu desenvolvimento e para que se encontre apta a desenvolver a sua opinião, adequada à idade, à compreensão da sua intervenção e ao próprio direito.

A audição e participação da criança deve sempre acontecer. Como é referido nas Diretrizes no ponto 32 do capítulo III, A. participação, segunda parte[69] (Conselho da Europa, 2010, p. 52), o critério da maturidade é apenas um critério qualitativo, isto é, de apreciação da relevância, que deverá ter a opinião da criança em consideração, atendendo ao desenvolvimento demonstrado, para o processo em causa ou até para a decisão familiar.

Por isso, quando falamos em considerar a opinião da criança atendendo à sua maturidade, parece-nos que o legislador pretende que tenhamos em atenção a sua capacidade de perceber quais as questões importantes sobre as quais deve emitir essas mesmas opiniões, e não antes excluí-la do seu direito de audição e participação, por considerar que não detém maturidade. Deve, no entanto, recair sobre o adulto que ouve a criança a apreciação quanto à sua maturidade.

Um dos elementos que constitui o conceito de maturidade é a capacidade de discernimento, que vem referida no n.º 1 do art.º 12 do CSDC, que nada mais é que a possibilidade de, por si própria, a criança formular uma ideia ou um ponto de vista. Esta aptidão naturalmente nasce com o seu humano e vai sendo desenvolvida ao longo da sua vida, em complementaridade com outras aptidões desenvolvidas pela criança. Mais uma vez, o legislador internacional reforça a ideia de que este critério, mesmo que através de referência a apenas um elemento que constitui o próprio, é fundamental para a atribuição

---

[68] "Deve ser respeitado o direito de todas as crianças a (…) serem consultadas e ouvidas nos processos que lhes digam respeito ou que as afetam. Tal inclui dar o devido valor aos pontos de vista da criança, tendo em atenção a sua maturidade (…) a fim de que a sua participação seja relevante".

[69] "as crianças têm direito a dizer o que pensam e a manifestar os seus pontos de vista em todos os assuntos que lhes digam respeito (…). Embora tal não signifique que a sua opinião seja seguida, as diretrizes exigem que as opiniões sejam seriamente tidas em conta e devidamente respeitadas, de acordo com a sua idade e maturidade (…)".

da relevância opinativa da criança, mas nunca quartando o seu direito de audição e participação.

É importante referir que a valoração deste critério não depende da criança, sendo da responsabilidade dos pais ou de quem detém as responsabilidades parentais, ou ainda do juiz, pois estes é que vão ter de perceber quais as capacidades desenvolvidas pela mesma. Assim, quanto mais capacidades adquiridas, maior autonomia terão de reconhecer à criança, em qualquer decisão sobre a sua vida.

É o adulto que tem de considerar e valorar conforme o que foi expresso pela criança, e atendendo à sua maturidade e capacidade de compreensão qual o peso desta sua intervenção. Quando referimos que o juiz ou os pais devem valorar a opinião da criança, não estamos a aludir à questão da auscultação da opinião da criança, pois esta deve sempre ser efetuada, mas antes a mencionar a questão da relevância desta opinião.

Cabe, no entanto, ressalvar que existirá sempre uma interdependência entre este critério e o critério da idade. Não uma interdependência objetiva ou direta, pois a maturidade e a idade não são referências exatas uma da outra, mas podem ser indicadores relevantes, pois quando nos referimos a crianças com 5 anos, sabemos que estas terão uma maturidade inferior às crianças com 12 ou mais anos. No entanto, quando as crianças tenham idades próximas, 5 e 7 6 e 8 anos, ou outras, não conseguimos determinar o grau de maturidade através deste segundo critério.

5.2.2 O critério da idade.

O regime jurídico do RGPGTC, nas normas respeitantes à audição e participação da criança, consagra o critério da idade como objetivo. Contudo, o legislador não pretendeu afastar as crianças devido à sua pouca idade ou atribuir-lhes alguma incapacidade de exercício deste seu direito. Efetivamente, este critério não deve ser visto nem interpretado como limitador à audição da criança, uma vez que a idade não é um indicador, por si só, do grau de compreensão e maturidade da criança, daí que o legislador tenha considerado necessário, para a audição da criança, o estabelecimento dos dois critérios, - idade e maturidade - como defende (Ribeiro A. C., 2015, p. 112)[70].

A idade é um auxiliar do que a criança é capaz de atingir ou não, isto é, pode ser um bom indicador para perceber o grau a atribuir à relevância da sua opinião, pois quanto mais velha se torna, mais experiência e conhecimento detém, o que naturalmente se refletirá no seu desenvolvimento. A título de exemplo, uma criança de 4 ou 5 anos transmitirá informações básicas, limitadas[71] enquanto que uma criança de 10 ou 12 anos dar-nos-á respostas mais elaboradas e com mais perceção do que se passa à sua volta[72].

---

[70] Como refere (Agulhas, et al., 2018, p. 112), "A idade -doze anos- se, de um lado, constitui um limite acima do qual se confere a todos os sujeitos que a possuam capacidade para, por si, livre e autonomamente, exercerem os direitos de participação e audição que, expressamente, lhes são conferidos por lei, por outro, não constitui um limite abaixo do qual se deva presumir que os "menores de 12 anos" não possuem capacidade de discernimento para formar e emitir uma opinião sobre o objeto concreto de uma decisão que o afete." E ainda "Tanto justifica a ponderação cumulativa dos dois critérios e não apenas de um".

[71] Como refere (Agulhas, et al., 2018, p. 112), na criança existem "Dificuldades em pensar de forma abstrata", e "Emergem emoções que remetem para autoavaliação (culpa, orgulho). Assim, a criança fala das emoções que experiencia e das causas destas (atribuindo maior importância a fatores externos do que internos), e começa a perceber as emoções nas outras pessoas".

[72] "Aumenta a capacidade de compreender a perspetiva, necessidades e sentimentos dos outros" "Maior capacidade de processamento de informação (…)" "Progressiva capacidade para perceber a realidade para além da aparência" (Agulhas, et al., 2018, p. 114).

Paralelamente, quanto mais desenvolvida é a criança, mais os progenitores ou quem detém as responsabilidades parentais, no caso da audição social e familiar, devem transformar a direção e a orientação da mesma em conselhos e recomendações, para posteriormente tornar-se numa troca recíproca de troca de informações[73].

Contudo, é importante perceber que este é um indicador abstrato, sendo que só depois de ouvir a criança podemos perceber o grau de desenvolvimento em que esta se encontra. Não nos podemos esquecer de que quanto mais madura a criança é, mais a sua opinião vai ser relevante para a decisão final e, consequentemente, poderá produzir mais efeitos na sua vida, quer seja na audição familiar e social, quer na audição judicial, efetuada pelo juiz.

Sem o critério da idade, é necessário avaliar a capacidade da criança em formar a sua opinião com o maior grau de autonomia possível, e só assim é possível percecionar se a sua audição vai ao encontro do seu superior interesse. Como tal, nada melhor do que questionar a própria sobre qual considera ser a opção mais favorável à sua situação. O Comentário Geral n.º 12(2009), do Comité dos Direitos da Criança, ponto 29, "(…) deixa bem claro que a idade por si só não pode determinar a relevância da opinião da criança. Os níveis de compreensão das crianças não estão relacionados uniformemente com as idades biológicas" (Comité dos Direitos da Criança, 2019, p.10).

Em suma, estes dois critérios, maturidade e idade[74], constituem os elementos necessários para atribuir determinada relevância à opinião da criança, que, por sua vez,

---

[73] Tal posição é assumida pelo Comité no seu Comentário Geral n.º 12(2009), no seu ponto 84, quando refere o seguinte: "a criança tem direito a direção e orientação como forma de compensar a sua falta de conhecimento, experiência e compreensão, condicionados pelas suas capacidades evolutivas, como se afirma neste artigo. Quanto mais a criança sabe, conhece e compreende, mais devem os pais, os tutores ou outras pessoas juridicamente responsáveis por ela transformar a direção e orientação em sugestões e conselhos e, mais tarde, num intercâmbio em pé de igualdade".

[74] Como considera o Acórdão de 2018-04-05 no Processo n.º 17/14.8T8FAR.E1.S2, "(…) tendo a criança já 11 anos, idade em que é natural possuir já, não só um considerável grau de discernimento, mas ainda uma vontade própria, torna-se necessário, com vista à indispensável aferição de qual será o seu superior interesse, conhecer a sua vontade quanto ao projeto de vida que implicará a medida de confiança com vista à

nada mais é do que a ouvir e considerar os seus pontos de vista relativamente aos seus medos, ambições e desejos. É através da valorização[75] da opinião da criança que se vai poder entender quais as suas convicções e vontades, o que se traduzirá o seu superior interesse.

---

sua futura adoção e, bem assim, as consequências que para uma criança com o seu passado e idade poderão advir da total rotura com os elementos que compõem a sua família biológica. (…) Para tal deverá proceder-se à audição da criança e à realização de perícia psicológica à sua pessoa".

[75] "Deve ser respeitado o direito de todas as crianças a serem (…) ouvidas (…). Tal inclui dar o devido valor aos pontos de vista da criança (…) a fim de que a sua participação seja relevante." Conforme consta nas Diretrizes do Comité de Ministros do Conselho da Europa sobre a justiça adaptada às crianças, no ponto1. A. Participação, do Capítulo III.

6. Classificação do direito de audição e participação.

Aquando da vinculação de Portugal à CSDC, mais precisamente ao art.º 12.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 sua idade e maturidade. 2- Para este fim, é assegurada à criança a oportunidade de ser ouvida nos processos judiciais e administrativos que lhe respeitem, seja diretamente, seja através de representante ou de organismo adequado, segundo as modalidades previstas pelas regras de processo da legislação nacional.". Deste modo, fica garantido o direito exercício de audição e participação da criança, direito que impõe aos Estados Partes a inequívoca obrigação jurídica de reconhecer e assegurar a aplicação do mesmo.

Esta Convenção, não foi a única a consagrar tal direito. A partir deste diploma, muitos outros o consagraram como a Convenção de Haia Sobre os Aspetos Civis e Políticos do Rapto Internacional de Crianças[76], Convenção Relativa à Proteção das Crianças e à Cooperação em Matéria de Adoção Internacional[77], Convenção relativa à Competência, à

---

[76] Aprovada pelo Decreto do Governo n.º 33/83, de 11/05 e publicada em DR série I, n.º 108, de 11/05/1983, Art.º 13.º: "(…) a autoridade judicial ou administrativa do Estado requerido não é obrigada a ordenar o regresso da criança se a pessoa, instituição ou organismo que se opuser ao seu regresso provar:

a) Que a pessoa, instituição ou organismo que tinha a seu cuidado a pessoa da criança não exercia efetivamente o direito de custódia na época da transferência ou da retenção, ou que havia consentido ou concordado posteriormente com esta transferência ou retenção; ou

b) Que existe um risco grave de a criança, no seu regresso, ficar sujeita a perigos de ordem física ou psíquica, ou, de qualquer outro modo, a ficar numa situação intolerável.

A autoridade judicial ou administrativa pode também recusar-se a ordenar o regresso da criança se verificar que esta se opõe ao mesmo e que atingiu já uma idade e um grau de maturidade tais que levem a tomar em consideração as suas opiniões sobre o assunto. Ao apreciar as circunstâncias referidas neste Artigo, as autoridades judiciais ou administrativas deverão ter em consideração as informações respeitantes à situação social da criança fornecidas pela autoridade central ou por qualquer outra autoridade competente do Estado da residência habitual da criança."

[77] Aprovada para ratificação pela Resolução da Assembleia da República n.º 8/2003, de 25/02, ratificada pelo Decreto do Presidente da República n.º 6/2003, de 25/02 e publicada em DR na série I A, n.º 47, de 25/02/2003. Art.º 4.º "As adopções abrangidas por esta Convenção só se podem realizar quando as

Lei Aplicável, ao Reconhecimento, à Execução e à Cooperação em Matéria de Responsabilidade Parental e Medidas de Proteção das Crianças[78], o Regulamento (CE) 2201/2003[79], CESEDC[80] e ainda o Protocolo Facultativo à Convenção sobre os Direitos da Criança Relativo à Instituição de Um Procedimento de Comunicação[81].

---

autoridades competentes no Estado de origem: a) Tenham estabelecido que a criança está em condições de ser adoptada;

b) Tenham constatado, depois de adequadamente ponderadas as possibilidades de colocação da criança no seu Estado de origem, que uma adopção internacional responde ao interesse superior da criança;

c) Tenham assegurado que:

i) As pessoas, instituições e autoridades, cujo consentimento seja necessário para a adopção, foram convenientemente aconselhadas e devidamente informadas sobre as consequências do seu consentimento, especialmente sobre a manutenção ou ruptura dos vínculos jurídicos entre a criança e a sua família de origem, em virtude da adopção;

ii) Essas pessoas, instituições e autoridades exprimiram o seu consentimento livremente, na forma legalmente prevista e que este consentimento tenha sido manifestado ou seja comprovado por escrito;

iii) Os consentimentos não foram obtidos mediante pagamento ou compensação de qualquer espécie e que tais consentimentos não tenham sido revogados; e

iv) O consentimento da mãe, se ele for exigido, foi expresso após o nascimento da criança;

d) Tenham assegurado, tendo em consideração a idade e o grau de maturidade da criança, que:

i) Esta foi convenientemente aconselhada e devidamente informada sobre as consequências da adopção e do seu consentimento em ser adoptada, quando este for exigido;

ii) Foram tomados em consideração os desejos e as opiniões da criança;

iii) O consentimento da criança em ser adoptada, quando exigido, foi livremente expresso, na forma exigida por lei, e que este consentimento foi manifestado ou seja comprovado por escrito;

iv) O consentimento não tenha sido obtido mediante pagamento ou compensação de qualquer espécie".

[78] Aprovado pelo Decreto n.º 52/2008, de 13/11 e publicado em DR série I, n.º 221, de 13/11/2008. Art.º 23.º alínea b) do n.º 2 "Se a medida tiver sido tomada, salvo em caso de urgência, num contexto de um processo judiciário ou administrativo, sem se ter concedido à criança a possibilidade de ser ouvida, violando os princípios fundamentais dos procedimentos do Estado requerido".

[79] Art.º 11.º n.º 2 e 8; 23.º alínea b); 31.º n.º 2; 28.º n.º 1; 40.º; 41.º; 42 n.º1; e ainda no considerando 19 do preambulo do referido diploma

[80]Aprovada pela Resolução da Assembleia da República n.º 7/2014, de 27/01; ratificada pelo Decreto do Presidente da República n.º 3/2014, de 27/01, publicado em DR série I, n.º 18, de 27/01/2014.

Este é um direito reconhecido à criança, atribuindo-lhe o poder de decidir sobre se pretende exprimir a sua opinião ou não, de forma livre e que valorada por quem a ouve, sempre tendo em conta a sua idade e a maturidade da criança, sendo que só será chamada a pronunciar-se sobre os assuntos que a envolvem. Para tal, é necessário estabelecer uma conversa com a criança, na qual se estabeleçam condições para que a mesma fale abertamente, reconhecendo-a como uma voz ativa no processo.

Este direito de audição e participação constitui uma dualidade. Por um lado, estamos perante a audição da criança, que necessariamente implica a sua participação; por outro lado, a participação da criança no processo que lhe diga respeito. Tal dualidade promove a autonomia e o desenvolvimento intelectual da criança.

Deste modo, verificamos que, tal como defende (Ribeiro A. C., 2015, p. 106- 107), este direito de audição e participação é autónomo e instrumental.

---

[81]Aprovado pela Resolução da Assembleia da República n.º 134/2013, de 09/09; ratificado pelo Decreto do Presidente da República n.º 100/2013, de 09/09, publicado em DR série I, n.º 173, de 09/09/2013.

6.1 Direito Autónomo

Autónomo porque é necessário para que a criança, ao longo deste seu estádio, adquira valores fundamentais para o seu crescimento e a sua realização enquanto ser humano e enquanto cidadão. Como afirma o Comité das Nações Unidas dos Direitos da Crianças, no ponto n.º79 do seu Cometário Geral n.º12, "(…) a participação e audição da criança se configura como um dos meios mais adequando ao desenvolvimento da personalidade e das capacidades evolutivas da criança, consistentes com o seu desenvolvimento integral (art.º 6.º) e com os objetivos da educação (art.º29º)."

Os direitos que se destacam para o desenvolvimento integral da criança encontram-se descritos por Lansdown, Gerison (UNICEF - Save de Children, 2011), Child's Right to Be Heard, A resource Guide on the un Committee on the Rights of the Child General Comment, nº 12: "quais sejam: a) a participação promove o desenvolvimento pessoal da criança: Promove as competências das crianças, desenvolvendo a sua autoestima, as capacidades cognitivas sociais e o respeito pelos outros. A forma mais eficaz de adquirir autoconfiança é ser o próprio a conseguir o objectivo que se propõe e não observar o outro a consegui-lo por nós; b) a perspectiva das crianças constitui uma informação especial para a tomada da decisão do adulto: Ouvir as opiniões da criança permite ao adulto percepcionar as necessidades e preocupações da criança, sob o ponto de vista desta, que se revela única pela experiência que directamente vivencia individualmente ou em grupo. O ponto de vista da criança dá, assim, ao adulto uma informação de especial relevância, permitindo-lhe decidir, com maior acerto e adequação aos interesses da criança, sendo, assim, mais eficaz; c) a Participação é um meio de protecção das crianças: Informar a criança que tem direito a uma voz, incentivá-la a exercer esse direito e dando-lhe condições para que possa exprimir o que lhe está a acontecer, está a protegê-las dos actos de violência, abuso, ameaça, injustiça ou discriminação. Crianças que desconhecem que podem falar ou que não se sintam confiantes para o fazer, sujeitam-se, em silêncio, aos abusadores e/ou agressores. As crianças totalmente dependentes do apoio dos adultos correm o risco de serem abandonadas e ficarem indefesas quando a proteção adulta lhe é retirada; d) a participação contribui para o civismo, tolerância e respeito pelos outros: a participação das crianças nos assuntos da sua própria vida é um dos modos mais eficazes para aprenderem a acreditar em si mesmas, a ganhar confiança e a negociar com as outras pessoas as tomadas de decisões. O envolvimento das crianças em grupos e organizações

não-governamentais, propiciam à criança condições de participação, fortalecimento e desenvolvimento da sociedade civil, assim contribuindo para a consolidação dos valores de pertença, solidariedade, justiça responsabilidade, cuidado e atenção ao outro. Defender o direito de a criança ser ouvida nos seus anos iniciais é a forma de criar e desenvolver a cidadania a longo prazo, e) a participação fortalece a responsabilidade: se desde a infância, se incentivar a criança a tomar uma decisão com o outro, através do diálogo e do respeito, com conhecimento dos direitos de cada um, tal consolida a sua responsabilidade".

6.2 Direito Instrumental

Instrumental surge do exercício do direito da audição e participação da criança, que se concretiza através de outros direitos indissociáveis da pessoa enquanto sujeito de direitos, tais como o direito à palavra, à liberdade de expressão, direito à liberdade física, o direito de acesso à informação, direitos estes fundamentais e que encontram previsão constitucional, nos artigos 24.º, 25.º, 26.º, 37.º da Constituição da República Portuguesa, doravante designada por CRP.

Assim, consideramos um direito instrumental, porque ao realizar a sua função principal, que se traduz na audição da criança, realiza outros direitos e ainda o princípio básico do superior interesse, com concretização do direito à palavra e à liberdade de expressão da sua opinião e vontade.

É através da efetiva concretização destes direitos que se verifica a alteração do paradigma de uma cultura de proteção da criança por uma cultura da criança, enquanto sujeito de direitos.

6.2.1 O direito de audição e participação e o direito à liberdade de expressão e à palavra.

O direito à liberdade de expressão e à palavra são os dois direitos essenciais para a criança poder exercer de forma plena o direito à audição e participação.

O direito à liberdade de expressão está consagrado no art. 13.º da CSDC, assegurando à criança o direito de ter e poder exprimir as suas opiniões. Não deve existir qualquer tipo de limitação a este direito, por parte seja de quem for, e caso seja necessário, a autoridade competente deve intentar as medidas necessárias contra quem obstar ou interferir com este direito.

O direito de audição e participação previsto no n.º1 alínea c) e n.º2 do art.º 4 e 5.º do RGPTC, como já aqui foi referido, encontra consagração através de outros, como o direito à liberdade de expressão. Ora, para ser ouvida a criança tem de se expressar, através da fala, da demonstração de afetos ou da sua ausência, de escrita ou desenhos, entre outros meios, mas todos eles estão dependentes de uma premissa necessária, que é o direito a ser ouvida e ser a sua opinião considerada como a manifestação, do direito à palavra e à liberdade de expressão da criança.

Para a concretização do direito de liberdade e de audição e participação, primeiramente deve ser transmitido à criança conhecimento de que pode escolher falar ou não sobre o assunto em causa. No entanto, para a concretização quer do direito de audição e participação, quer do direito de liberdade de expressão, se efetuar da forma o mais completa possível, é necessário que existam meios legais adequados ao exercício dos mesmo por parte da criança.

Para tal, o legislador português forneceu os meios para que a criança possa acompanhar e exercer o seu direito de acordo como as suas capacidades, através da criação de alguns meios mais adequados à sua condição, como a criação de espaços próprios para a sua audição, a prestação de informações adequadas à criança, a possibilidade de acompanhamento técnico especializado, conforme prevê nos n.º 3 a 5 do art.º 5 do RGPTC, tendo o legislador português adotado as recomendações das Diretrizes do Comité de Ministros do Conselho da Europa sobre a justiça adaptada às crianças [82].

Se atentarmos ao n.º 1 do art.º 5.º do RGPTC, verificamos que o legislador aquando da consagração deste direito, redigiu-o pensando apenas e tão só na opinião da criança, sem quaisquer contributos de terceiros, pois como o já referido artigo afirma que "A criança tem direito a ser ouvida, sendo a sua opinião tida em consideração (…)". Através do pronome percecionamos que o legislador apenas quis a opinião original da criança, e não outra já mais elaborada e influenciada pela mentalidade dos adultos, isto é, a opinião não se deve encontrar condicionada por qualquer outra opinião dos adultos que rodeiam a criança, ou por qualquer tipo de manipulação. Desta opinião é (Ribeiro A. C., 2015, p. 109), quando afirma "(…) é necessário que sejam criadas todas as condições para que a opinião da criança se forme e exprima, sem pressões, manipulações ou influências de terceiros, assegurando que a opinião dada pela criança é sua e não dos outros."

É a própria CRP que prevê que a todos é reconhecido o direito à palavra, no n.º 1 do art.º 26.º, e o direito à liberdade de expressão e pensamento, nos termos do n.º 1 do art.º

---

[82] Conforme consta no ponto 44. do subcapítulo D. do capítulo IV, primeira parte, e no ponto 1 do subcapítulo A. do capítulo IV, da segunda parte das Diretrizes do Comité do Conselho de Ministros do Conselho da Europa, sobre a justiça adaptada às crianças.

37.º. Na verdade, a criança faz parte do "todos" enunciado nestes artigos e deve ser reconhecida como parte deste. Como refere o acórdão, "O direito de audição da criança surge como expressão do direito à palavra e à expressão da sua vontade, mas funciona igualmente como pressuposto de um efetivo direito à participação ativa da criança nos processos que lhe digam respeito no âmbito de uma cultura judicial que afirme a criança como sujeito de direitos"[83].

Assim, percebemos que da interligação destes dois direitos é possível à criança o exercício pleno do seu direito de audição e participação, através do cumprimento e respeito pelo direito à liberdade de expressão que assiste à mesma, criando as condições necessárias para a sua concretização.

O pleno exercício do direito de audição e participação da criança depende da concretização do direito à liberdade de expressão, através da tomada em consideração da sua opinião, independentemente de quaisquer outros fatores, como a idade ou a maturidade.

6.2.2 O direito de audição e participação e o direito à informação.

Já referimos que a criança, durante todo o processo sobre os assuntos que lhe digam respeito, se for chamada à efetiva concretização do seu direito de audição e participação, deve estar informada. Contudo, consideramos que mesmo antes de existir uma qualquer participação da criança no processo, esta deve ser informada dos seus direitos e percebê-los. Por conseguinte, consideramos que antes de qualquer outra intervenção da criança, e como refere o n.º 3 do art.º 5 do RGPTC, a primeira manifestação de liberdade de expressão da mesma deve ser a prestação de informações claras[84].

Num segundo ponto, deve ser dado a escolher à criança se pretende ou não participar no processo em causa, com a possibilidade de escolha de participação e audição da sua opinião, como prevê o n.º 3 do art.º 5 do RGPTC. Este artigo pressupõe que, em momento anterior à audição, deve ser explicado à criança do que sucederá nesse momento,

[83] Conforme Acórdão de 22 de novembro de 2016, Processo n.º 292/12.2TMMTS-A. P1.

[84] Como refere o ponto 25. do Comentário Geral n.º 12(2009), "(…) Este direito à informação é essencial por ser a pré-condição para uma decisão esclarecida por parte da criança" (Associação de Mulheres Contra a Violência, 2009, p.11).

quais os seus efeitos e que relevância poderá ter o exercício deste seu direito de audição e participação, elucidando-a sobre o facto do poder mesmo ser considerado elemento decisório para a causa. O direito à informação encontra também consagração no art.º 17.º da CSDC, e consagra o direito de ser informando e de procurar receber a informação. No entanto, cabe desde já ressalvar que a informação a dar à criança sobre a causa deve ser completa, mas não exaustiva, baseando-se no conhecimento suficiente sobre os assuntos centrais sobre os quais versa a causa, para que a criança possa formar um juízo adequado e próprio sobre o assunto.

É ainda referido este direito à informação nos termos da alínea c) do artigo 3.º do CSEDC, que determina o seguinte: "à criança que à luz do direito interno se considere ter discernimento suficiente deverão ser concedidos, nos processos perante uma autoridade judicial que lhe digam respeito, os seguintes direitos, cujo exercício ela pode solicitar: c) Ser informada sobre as possíveis consequências de se agir em conformidade com a sua opinião, bem como sobre as possíveis consequências de qualquer decisão".

Consideramos assim que, só depois de concretizado este direito de informação, poder-se-á exercer plenamente o direito à audição e participação. Contudo, e como refere a alínea a) do art.º 3.º do CSEDC, as informações a prestar devem ser em conformidade com a idade e a capacidade de compreensão da criança, sendo apenas prestadas as informações necessárias e relevantes.

O direito de informação é fundamental, pois vai dar à criança o conteúdo sobre o qual esta deve expressar a sua opinião, explicando-lhe que pode ou não participar e ser ouvida. Paralelamente, vai dar à criança a possibilidade de interromper ou desistir da sua participação a qualquer momento, e atribuir-lhe criança a possibilidade de acompanhamento por um adulto da sua confiança e de acompanhamento técnico especializado. permitindo-lhe também o acompanhamento do processo, mesmo após a sua audição, até ao fim do mesmo. O exercício do direito de informação mais não é do que a explicação à criança dos seus direitos no processo e dos factos essenciais para a sua tomada de opinião.

A não prestação de qualquer informação à criança antes da audição e participação no processo pode derrubar o pretendido com a mesma, pois esta falta de acompanhamento pode levar a que se sinta pressionada, amedrontada ou desconsiderada pelos adultos à sua volta, o que pode consubstanciar-se num processo de revitimização.

É importante perceber que é da fusão destes direitos (à liberdade, à palavra, à informação) que se justifica que a opinião da criança seja avaliada atendendo ao caso

concreto[85] e, por isso mesmo, protegida quando se considere necessário, devendo ainda promover a sua autonomia e desenvolvimento quando se veja que tal não vai prejudicar o seu superior interesse[86].

É, no entanto, necessário também perceber que este direito à informação não deverá colocar em causa o exercício do direito de audição e participação. Por isso mesmo, consideramos que a informação a prestar deve ser a necessária e não a total, pois este direito deve ser tão restrito quanto o necessário, para não prejudicar o exercício do direito principal, que, neste caso, é a audição e participação da criança.

Outra questão que se levanta é sobre quem deve prestar estas informações à criança, uma vez que a lei nacional é omissa no RGPTC. Contudo, é no n.º 1 da alínea b) do art.º 6 da CSEDC que o legislador refere quem deve assegurar que a criança recebeu as informações necessárias: "Nos processos que digam respeito a uma criança, a autoridade judicial antes de tomar uma decisão deverá: b) (…) Assegurar que a criança recebeu toda a informação relevante". Apesar de não ficar a autoridade judiciária obrigada a prestar as informações à criança, deve assegurar que esta as recebeu. Logo, percecionamos que poderá ser um funcionário judicial, ou até um técnico especializado a prestar tais informações.

(Ramião T. D., 2018, p. 28), apenas considera relevante que a criança receba a informação, pois este é um direito que lhe assiste e não uma obrigação. Na verdade, considera esta antes uma obrigação da autoridade judiciária, nos termos do n.º 3 do art.º 5.º do RGPTC, defendendo que a não realização deste direito de informação da criança não poderá funcionar contra si própria, isto é, não poderá excluir a atribuição de relevância à sua opinião relativamente ao seu direito de audição e participação. Contudo, a falta da concretização do direito de informação deverá estar sujeita a uma proteção extra, pois a

---

[85] Como refere (Ribeiro A. C., 2015, p. 113), "Estes motivos justificam que a opinião da criança seja considerada casuisticamente, em função dos dois critérios cumulativos: a sua idade e maturidade"

[86] "(…) de um lado, concede à criança o direito a se envolver na decisão que a afete, formando e exprimindo a sua opinião, de acordo com as suas naturais capacidades e, de outro, protege-a do possível desajustamento da sua opinião com o seu real interesse, através da ulterior valoração da opinião que lhe será dada pelo decisor".

escassa informação sobre o significado e alcance da audição deve levar a que se desconsidere tudo o que a criança disser e que possa prejudicá-la.

É também relevante referir que a falta do cumprimento do direito de informação pode gerar que as declarações da criança deixem de ser importantes. De facto, a falta do cumprimento do direito de informação pode gerar a nulidade do ato. Por outro lado, quando se considere que esta prestação de informação é contrária ao superior interesse da criança, a mesma não será efetuada. Como tal, não poderá ter como consequência a nulidade do ato.

6.2.3 O direito de audição e participação e o direito à não discriminação.

O direito de audição e participação está também relacionado com o direito à não discriminação, pois, como já aqui afirmamos, é necessário estabelecer uma proteção e assistência especificas para a criança.

Esta proteção e assistência deve ser dada e estabelecida na exata medida do necessário, pois não pode, de maneira nenhuma, afastar a criança do processo de decisão. Este afastamento só deve acontecer quando vá ao encontro do seu superior interesse. O afastamento da criança do processo decisivo leva a que seja tratada de forma manifestamente diferente das outras que se encontram em similares situações.

Este direito à não discriminação é fundamental e encontra-se assegurado em vários diplomas dos direitos do Homem, como é o caso da Declaração Universal dos Direitos do Homem, doravante designada por DUDH, como é o caso da CSDC, mais precisamente no n.º 1 do art. 2.º da CSDC, na qual se afirma que "Os Estados Partes comprometem-se a respeitar e a garantir os direitos previstos na presente Convenção a todas as crianças que se encontrem sujeitas à sua jurisdição, sem discriminação alguma, independentemente de qualquer consideração de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou outra da criança, de seus pais ou representantes legais, ou da sua origem nacional, étnica ou social, fortuna, incapacidade, nascimento ou de qualquer outra situação".

Há, portanto, necessidade de garantir o cumprimento do direito de audição e participação, o que só será possível através da chamada da criança ao processo. É importante que a criança seja ouvida e não seja afastada do processo, tomando as medidas necessárias para garantir o cumprimento de todos os seus direitos e afastar qualquer tipo de discriminação, considerando cada criança em pé de igualdade com as restantes, desde que se encontrem em similares circunstâncias. Deste modo, afastando uma criança de um

processo que lhe diga respeito, estaremos a criar um grau de desigualdade entre esta e outra que manifestamente se encontre em iguais circunstâncias.

Dos fatores mais relevantes para o afastamento das crianças, como referem as Diretrizes do Comité de Ministros do Conselho da Europa sobre a justiça adaptada às crianças, no seu ponto 44. D. do capítulo III da primeira parte, são a idade e a capacidade de compreensão dos assuntos em discussão, que, segundo (Lansdown, 2005) não são motivos suficientes, pois é necessário ter alguns cuidados, como a restrição deste direito devido à idade. De facto, vários estudos demostram que, desde muito cedo, a criança é capaz de formar as suas próprias convicções, apesar de poder não conseguir expressá-las verbalmente (Lansdown, 2005), reconhecendo, assim, outras formas de expressão, como o desenho, a pintura, a expressão corporal e facial. Paralelamente, crianças mais pequenas demostram as suas preferências e a sua capacidade de compreender.

É importante ressalvar que este cuidado deve ser reforçado quando estas crianças sofram de algum tipo de incapacidade fisica ou psicológia, ou pertençam a minorias étnicas migrantes, que não falem o idioma do país.

6.2.4 O direito de audição e participação e direito ao desenvolvimento da criança.

O direito de audição e participação da criança estabelece uma interligação importante com o direito ao desenvolvimento da criança, pois a manifestação da sua opinião perante os pais ou a autoridade judicial faz com que esta expresse o que entende sobre o assunto em questão. O art.º 6.º da CSDC, consagra exatamente este direito ao desenvolvimento da criança: "1 - Os Estados Partes reconhecem à criança o direito inerente à vida. 2 - Os Estados Partes asseguram na máxima medida possível (…) e o desenvolvimento da criança."

Como defendem (Oliveira & Coelho, 2001, p. 51), este direito ao desenvolvimento consagra simultaneamente uma "tutela geral da personalidade" e consagra uma "liberdade geral de ação", podendo, assim, deter uma liberdade de comportamento no sentido de autodeterminar o seu trajeto de vida. Todos os cidadãos são titulares deste direito, nos termos do art.º 26.º da CRP; contudo, dá-se mais relevância a este princípio no que diz respeito aos jovens e crianças, conforme se prevê nos termos do art.º 70.º e 69.º da CRP, "este direito (…) ao livre desenvolvimento d: personalidade devem ser ponderados no quadro da discussão de alguns temas relevantes".

Ora, a melhor forma de assegurar e fomentar este direito ao desenvolvimento da criança é através da sua participação ativa nos assuntos da sua vida, isto é, sendo ouvida e

dando a oportunidade de se manifestar relativamente aos assuntos do seu interesse, estimulando o seu crescimento e as suas capacidades cognitivas e evolutivas. A manifestação da sua opinião faz com que a criança questione o porquê de determinada opinião, e ainda obriga a que manifeste algum poder de argumentação perante as questões que lhe sejam colocadas.

É, no entanto, necessário perceber em que fase do desenvolvimento natural das crianças, aquela se encontra. Para tal, a melhor forma de o perceber é ouvi-la e perceber quais as suas preocupações, pois, mais uma vez, o desenvolvimento da criança apenas se perceciona através do seu contacto direto consigo própria. Apesar de haver traços gerais que auxiliam na determinação do nível de desenvolvimento, como refere (Agulhas, et al., 2018, p.110-116), devemos ter sempre em conta que cada criança tem perspetivas e experiências totalmente diferentes umas das outras.

Podemos mesmo afirmar que uma das formas de se assegurar o desenvolvimento das crianças é a possibilidade de as mesmas serem ouvidas e de as suas opiniões serem valoradas durante o processo, concretizando o direito de audição e participação em simultâneo com o direito ao desenvolvimento integral da sua personalidade.

7. O princípio do superior interesse da criança.

A criança, enquanto ser em desenvolvimento, é simultaneamente sujeito de direitos e um ser a proteger perante a sociedade. Por isso mesmo, merece uma jurisdição especial para a sua condição, com mecanismos próprios.

Este novo paradigma considera a criança como um sujeito capaz de exercer os seus direitos. Contudo, quando se mostrar que o exercício destes direitos vai contra o superior interesse da criança, é importante mantê-la afastada, pois a satisfação dos seus direitos não pode interferir com a proteção do seu superior interesse, que terá como fim o seu desenvolvimento integral. Na verdade, o mais importante é a criança, não o que esta quer, mas antes o que é mais relevante para o seu bem-estar, saúde, formação e desenvolvimento.

O conceito de superior interesse da criança é a satisfação do desenvolvimento e formação, devendo ser este o critério determinante para a sua audição e participação no processo[87]. Conforme prevê o art.º 2.º da Declaração dos Direitos da Criança de 1959, doravante designada por DDC59, "A criança gozará de proteção especial e deverão ser-lhe dadas oportunidades e facilidades através da lei e outros meios para o seu desenvolvimento psíquico, mental, espiritual e social num ambiente saudável e normal e em condições de liberdade e dignidade. Na elaboração das leis com este propósito, o superior interesse da criança constituirá a preocupação fundamental (…)".

Percecionamos que tal conceito é vasto, abrangente e indeterminado[88]. No entanto, é exatamente o que se pretende, no caso[89], pois o que precisamos é que este conceito seja moldável à realidade concreta daquela criança em particular[90].

---

[87] Diretrizes do Comité de Ministros do Conselho da Europa sobre a justiça adaptada às crianças, no capítulo III, subcapítulo B. no seu ponto 1: "Os Estados membros devem garantir a aplicação efetiva do direito das crianças a que o seu superior interesse seja a consideração primordial em todos os assuntos que lhes digam direta ou indiretamente respeito" (Comité de Ministros do Conselho da Europa, 2010, p.11).

[88] Conforme o Acórdão de 2017-11-02, no processo n.º 996/16.0T8BCL-C.G, "O superior interesse do menor é um conceito vago e indeterminado, uma orientação para o julgador perante o caso concreto, com a primazia da criança como sujeito de direitos (…)".

Este conceito indeterminado é imprescindível para abranger o maior número de situações possíveis que a vida proporciona à criança, também como resposta à impossibilidade de a lei enquadrar todas as situações concretas, e ainda tentando dar uma resposta mais adequada à causa, indo ao encontro do superior interesse da criança, de acordo com as especificidades de cada caso[91].

Além da dificuldade de determinação do conteúdo[92] deste princípio, há também a questão que se prende com saber quando este princípio colide com outros, tentando que o princípio do superior interesse da criança não ponha em causa os restantes princípios ou direitos, e que estes também não coloquem em causa o primeiro, sendo esta uma das grandes dificuldades do decisor da causa.

Por isso mesmo, coloca-se aqui uma questão: deve-se prosseguir sempre o superior interesse da criança ou deve haver um equilíbrio entre o superior interesse e os restantes direitos e princípios da criança?

Como considera (Ribeiro A. C., 2015), o direito de audição e participação da criança é importante para percebermos qual o seu superior interesse, sendo que este

---

[89] Conforme prevê o Acórdão de 08/05/2019 no processo n.º 148/19. 8T8CNT-A.C1, "conceito genérico, o interesse superior da criança deve ser apurado/encontrado em cada caso concreto, embora tendo sempre presente a ideia do direito da criança ao seu desenvolvimento são e normal, no plano físico, intelectual, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e dignidade, ou seja, a ideia de que, dentro do possível, tudo deverá ser feito de modo a contribuir para desenvolvimento integral da criança em termos harmoniosos e felizes".

[90] Para interpretar este conceito, admitimos a interpretação do Comité dos Direitos da Criança, doravante designado por CDC, como um conceito flexível e adaptável, devendo ser ajustado e definido atendendo à situação concreta e necessidades especificas daquela criança.

[91] Este conceito indeterminado, como defende (Prata, 2008, p. 327), "(…) é destinado a ser preenchido valorativamente pelo intérprete e, em particular, pelo julgador (…) às particularidades relevantes do caso ou situação em concreta (…) sendo esta a principal razão de ser a vantagem, deste tipo de norma (…)".

[92] O Acórdão de 2018-04-05, no processo n.º 17/14.8T8FAR.E1.S2, no seu ponto VII define "interesse superior da criança" como "o direito do menor ao desenvolvimento são e normal no plano físico, intelectual, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e dignidade".

princípio deve ter primazia sobre os restantes direitos[93]. É necessário ressalvar que salvaguardar e dar primazia ao superior interesse da criança muitas vezes colide com outros direitos e interesses em causa, tornando-se uma tarefa difícil para o decisor ponderar qual deverá prevalecer.

Apesar desta relevância de concretização dos direitos da criança, o seu superior interesse não deve ser visto como fim absoluto, mas antes como um fator de ponderação e indispensável para a causa[94]. (Ramião T. d., 2018, p. 23), considera que o princípio do superior interesse da criança só se encontra respeitado quando "(…) o interesse superior da criança só será respeitado quando esteja salvaguardado o exercício efetivo dos seus direitos. Por isso, o conceito de "superior interesse da criança" está relacionado como o exercício dos seus direitos, o que significa que no confronto dos vários interesses em presença, porventura legítimos, deve prevalecer "o superior interesse da criança", deve dar-se preferência e prevalência à solução que melhor garanta o exercício dos seus direitos", só depois garantindo-se os restantes interesses das partes existentes. O juiz deve ter fundamental atenção aos interesses prioritários da criança e só depois aos restantes interesses da causa. Não obstante, apesar de poder comprimir os direitos das restantes partes, é necessária a salvaguarda de outros, neste caso os da criança: "O interesse superior da criança só será respeitado quando esteja salvaguardado o exercício efetivo dos seus direitos. Por isso, o conceito de "superior interesse da criança" está relacionado com o exercício dos seus direitos. Este conceito deve ser determinado de acordo com as circunstâncias do caso concreto, atendendo às perceções, os sentimentos e a vontade da criança", como refere (Guerra, et al., 2019) "A relevância da vontade da criança tem como fundamento o seu superior interesse, sendo este também o seu limite", conforme defende

[93] Conforme refere o Acórdão de 17 de dezembro de 2019 do Supremo Tribunal de Justiça no processo n.º 1431/17.2T8MTS.P1.S1, "O interesse superior da criança define-se como o interesse que se sobrepõe a qualquer outro interesse legítimo, seja o dos pais, seja o dos adultos terceiros".

[94] Conforme refere o Acórdão de 17 de dezembro de 2019 do Supremo Tribunal de Justiça no processo n.º 1431/17.2T8MTS.P1.S1, "Mas o superior interesse da criança não é incompatível com a satisfação de interesses legítimos de qualquer dos progenitores desde que não sejam meros interesses egoístas e a pensar exclusivamente no bem-estar do progenitor".

(Ramião T. D., 2018, p. 21), devido à multiplicidade de situações concretas que justificam a participação e audição da criança ou não, atendendo ao que revela o seu superior interesse, este sendo aquele que articula a situação concreta da criança com o menor número de interesses que possa interferir. Isto é, o julgador deverá decidir quais os interesses e direitos da criança que deverão ser comprimidos, sem lesar o direito da mesma, ou lesando no mínimo necessário.

Ouvir a criança, deixar que esta tenha uma participação ativa nos assuntos que lhes digam respeito, deixar que seja informada sobre em que consiste esta participação e audição, e mais ainda os seus efeitos processuais, deixar que esta tome em consideração a sua opinião, tornando-a numa ótima ferramenta para tentar decifrar e concretizar o seu superior interesse, conforme refere o Acórdão de 08 de maio de 2019 no processo n.º 148/19. 8T8CNT-A.C1, "(…) é precisamente com vista a alcançar esse interesse superior da criança que, além de outros, se consagrou o direito da criança a ser ouvida e a exprimir a sua opinião em processos que lhe digam respeito e a afetem, tendo em conta a sua idade e a sua capacidade de compreensão/discernimento dos assuntos em discussão".

Consideramos, portanto, que o conteúdo do superior interesse da criança é todo aquele que lhe seja benéfico, isto é, sempre a pensar no seu melhor e mais benéfico futuro, desde o seu bem-estar físico e psicológico, cabendo aos adulto e ao juiz da causa avaliar e decidir qual o superior interesse da criança. Conforme refere (Sottomyor, 2000, p. 36-37), o conteúdo do princípio do superior interesse da criança é "(…) constitui um conceito vago e genérico utilizado pelo legislador, por forma a permitir ao juiz alguma discricionariedade, bom senso e alguma criatividade, e cujo conteúdo deve ser apurado em cada caso concreto".

Parece-nos que se pretendeu uma ponderação entre princípios e direitos presentes na causa[95], isto é, o superior interesse da criança tem uma relevância importante para a determinação dos seus interesses. Contudo, não se pode pôr de parte os restantes princípios

[95] Conforme refere o Acórdão de 08/05/2019 no processo n.º 148/19. 8T8CNT-A.C1, "(…) não significa que na decisão a tomar se exija que ela respeite integralmente essa opinião, mas tão só, pelo menos, que ela seja considerada na ponderação dos interesses em causa, e tendo sempre em vista o interesse superior da criança".

e direitos, conforme se prevê do n.º 1 do art.º 5 do RGPTC: “A criança tem direito a ser ouvida, sendo a sua opinião tida em consideração pelas autoridades judiciárias na determinação do seu superior interesse”. Já daqui se percebe que o superior interesse da criança é ponderado e relevante, mas não é o único a ser tido em conta, pois aqui é manifesto o equilíbrio com o direito de audição e participação.

8. E quando não se procede ao direito de audição e participação da criança?

Existem casos em que a criança não é ouvida? Há motivos que justificam a não audição? E quando não houver justificação para o afastamento da criança do processo, e mesmo assim a criança não for ouvida? Quais são as consequências? Apesar de o direito de audição e participação de todas as crianças no processo ser a regra geral, a verdade é que poderá haver necessidade de normas excecionais para situações excecionais, como a não audição da criança em algumas situações, como quando a audição vai contra o superior interesse da criança, ou a própria manifeste vontade de não ser ouvida.

Tentando dar resposta às duas primeiras questões por nós colocadas, há casos em que a criança não é ouvida, e os motivos podem ser diversos.

Este direito da audição e participação da criança apresenta três vertentes: a primeira é a concretização do direito à palavra e expressão da criança; a segunda trata-se do direito à participação ativa nos processos que lhe dizem respeito, sendo a sua opinião tida em consideração; a terceira estabelece a criança enquanto sujeito de direitos[96].

Há casos em que a criança poderá não ser ouvida, como quando, após informada, não quer ser ouvida no processo, isto é, por sua livre vontade, manifesta o interesse em não usar da faculdade que detém, na sua esfera jurídica, de participar ativamente no processo de decisão, através da sua audição. Contudo, parece-nos fundamental que quando a criança não queira usar o seu direito, conste tal decisão na sentença, assim como a explicação e informação que lhe foi transmitida, para a sua tomada de posição.

Outros dos motivos que podem conduzir ao afastamento da criança, e tido como influenciadores na não audição da mesma, é o facto de esta audição ser considerada

---

[96] Como defende (Pereira, 2018)., no seu parecer à Ordem dos Advogados, datada de 11 de outubro de 2018, "Trata-se de um direito autónomo com valor em si mesmo e, simultaneamente, instrumental à efetivação de outros direitos e princípios, entre os quais o do superior interesse da criança, traduzindo-se o princípio da audição da mesma (i) na concretização do direito à palavra e à expressão da sua vontade, (ii) no direito à participação ativa nos processos que lhe digam respeito e de ver essa opinião tomada em consideração, e (iii) numa verdadeira e desejada cultura da criança enquanto sujeito de direitos". Disponível para consulta no site https://portal.oa.pt/advogados/pareceres-da-ordem/conselho-geral/2018/processo-de-parecer-n%C2%BA-29pp2018-g/

inconveniente no que toca a determinados assuntos, ou ainda quando for reconhecido que a criança não detém maturidade para que se proceda à sua tomada de opinião sobre os assuntos em causa.

Consideramos que quando não se proceda à efetiva concretização do direito de audição e participação da criança, para que esta seja tida como válida, será necessário um despacho fundamentado, por parte da autoridade judiciária decisora, no qual se descreva os motivos da não audição, considerando-a, desse modo, justificada.

Tentado responder às duas últimas questões por nós colocada, e no ensejo do que considera (Guerra, et al., 2019, p. 81), a falta de audição da criança quando é devida ou a falta de justificação para a não audição afetam a subsistência da decisão que não a admitiu ou que não a justificou. Na verdade, se a letra da lei considera que a criança deve ser ouvida pela autoridade judiciária decisora e caso não sejam cumpridas as formalidades previstas na lei, podemos estar sujeitos ao regime da nulidade, conforme o regime previsto no artigo 195.º do Código do Processo Civil por remissão do n.º 1 do artigo 33.º do RGPTC? (Casanova, 2016, p. 236), refere que "(…) as razões que permitem a audição de uma criança em juízo (…) são de "ordem substantiva" e que se devem ao superior interesse da criança, e "assim, onde determinada diligência processual colida com tal interesse, há-de prevalecer este", pois "sujeitar por exemplo, em audiência de julgamento a criança a um confronto, a interrogatórios e contra-interrogatórios, a um desfiar de questões atinentes às mais íntimas questões de convívio familiar, constitui uma prática totalmente desaconselhável e de uma crueldade judicial que não pode ser admitida". "Esta não audição da criança, não justificada, configura, assim, uma falta processual, mas também a clara violação de regras de direito material, (…), não devendo um tribunal limitar-se a ver esta omissão numa restrita visão processual, reconduzindo, antes, a falta a uma violação inegável da sua intrínseca validade substancial, ao dito «princípio geral com relevância substantiva, e, por isso mesmo, processual»".

(Guerra, et al., 2019, p. 85), considera que a criança goza do direito de ser ouvida em tribunal e de a sua opinião ser tida em consideração. Logo, não proceder à sua audição é como retirar este direito, intrinsecamente ligado à criança: "Em metafísica, a essência (do termo latino essentia) de uma coisa é constituída pelas propriedades imutáveis da mesma, que caracterizam a sua própria natureza. O oposto da essência são os acidentes da coisa, isto é, aquelas propriedades mutáveis da coisa. Ouvir uma criança em tribunal não é um acidente de percurso – é um direito inalienável de toda a criança, para o exercício do qual, nesta sede, não tem de ser representado por terceira pessoa. Isso faz parte da essência dos

seus direitos" (Guerra, 2019, p. 88). Logo, consideramos que este direito é intrínseco à própria criança.

É importante relembrar que, por regra, a criança não tem capacidade de exercício de direitos, como estabelece o artigo 123.º do Código Civil. Deste modo, necessita de alguém que a represente, como o próprio regime do suprimento de incapacidades o estabelece, sendo que este direito está intrinsecamente ligado à sua pessoa, logo só ela o pode exercer. Ademais, parece que, quer pela letra da lei nas diversas disposições já referenciadas, quer pelo espírito do legislador, este direito apenas pode ser exercido pela própria criança. Por isso, apenas é necessária a capacidade de gozo, como defende Paulo Guerra quando afirma que "(…) se é verdade que a criança não tem, em regra, capacidade de exercer sozinha os seus legais direitos também o é que haverá certos direitos ligados à substância de o «ser» da criança que só podem gozados por ela própria, de viva voz, sem interferência de terceiros. E aí basta-lhe a sua capacidade regra de gozo de direitos" (Guerra, 2019, p.85).

Cunha Gonçalves[97] defende que "Sendo todos os homens capazes de adquirir direitos, nem todos os podem exercer, mas apenas aqueles que podem exprimir uma vontade consciente ou aqueles cuja vontade não tem embaraços legais. Mas, para que uma questão de tamanha importância não fique sujeita à incerteza e variedade dos casos individuais, a capacidade civil ou de agir está conexa a factos objetivos de fácil verificação: a maioridade (…)". Logo, segundo este autor, percecionamos que a criança que não atingiu os 18 anos de idade carece de capacidade de exercício. Para suprir esta incapacidade, é necessário que os progenitores exercem as responsabilidades parentais.

Esta norma tem como finalidade proteger a criança das suas fragilidades, sendo de cariz pessoal e patrimonial. Por um lado, continua a considerar a criança como um sujeito de direitos que deve ter proteção do ponto de vista patrimonial e de alguns direitos pessoais, o que não é negativo. Mas, por outro lado, o desenvolvimento integral, progressivo e a dignidade enquanto pessoa é fundamental para a participação e audição da criança nas decisões sobre a sua vida. Aliás, o próprio n.º2 do artigo 1878.º do Código Civil atribui à criança, consoante a sua maturidade, a possibilidade de intervir nos assuntos

[97] Tratado de Direito Civil em Comentário ao Código Civil, volume I, página 169.

da sua vida, conferindo-lhe cada vez mais autonomia e capacidade de decisão sobre a mesma. Promove ainda o novo paradigma, no qual a criança é considerada sujeito de direitos, o presente em vários normativos, como o artigo 1.º da Convenção sobre os Direitos da Criança e o artigo 1.º da Convenção Europeia sobre o Exercício dos Direitos da Criança.

Este direito de audição e participação constitui um direito pessoal, intransmissível e fundamental, que só deve ser exercido pelo seu titular, e só deve ser limitado nos termos que a lei expressamente o considerar.

Constata-se que há, na doutrina, uma divisão entre quem considera que o direito de audição e participação é um mero direito processual, e quem o considera um princípio geral com relevância substantiva. Contudo, no que toca ao tipo de vício que se invoca, já são ambas mais cautelosas.

Quando a criança não é ouvida, de que vício falamos? Na tentativa de respondermos a esta questão, verificaremos que há jurisprudência que refere apenas a solução[98], isto é, que manda anular a decisão e efetuar audição da criança e ordenar a realização de novo julgamento, mas não invocando qualquer vício ou nulidade processual[99][100] .

Muitos Acórdãos não se têm pronunciado sobre o vício atendível nestes casos de falta da audição e participação da criança, como se poderá verificar pelos seguintes exemplos, claros de tal vazio: os Acórdãos da Relação de Lisboa, processos n.º 1869/11.9TMLSB.L1-2 de 11 de setembro de 2014, o processo n.º 897/12.1T2AMD-F. L1-1 de 04 de outubro de 2017, e ainda o processo n.º 805/12.0TMFAR-B. E1 de 25 de maio de 2017, do Tribunal da Relação de Évora.

Os que consideram que o vício a invocar é de natureza processual, sendo uma nulidade processual[101], afirmam que tal nulidade não se encontra tipicamente prevista na lei, podendo apenas referir-se a esta como uma nulidade secundária. Contudo, para poder

---

[98]Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, processo n.º 17/14.8T8FAR.E1.S2. de 05.04.2018.

[99]Acórdão da Relação de Lisboa, processo n.º 3473/05.1TBSXL-D.L1-8 de 17.11.2011.

[100] Acórdão da Relação do Porto, processo n.º 292/12.2TMMTS-A.P1.

[101] Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, processo n.º 316/TBFND-B.C1 de 27.04.2017.

ser atendível, deverá ser relevante. O regime da nulidade encontra-se previsto nos termos do n.º 1 do artigo 195.º do Código do Processo Civil, que refere que estão sujeitos à nulidade "(…) a prática de um ato que a lei não admita, bem como a omissão de um ato ou de uma formalidade que a lei prescreva, só produzem nulidade quando a lei o declare ou quando a irregularidade cometida possa influir no exame ou na decisão da causa", não sendo uma nulidade concretamente prevista resta o regime geral previsto no artigo referido.

Para (Varela, p. 373), a nulidade de processo consiste num vício de natureza formal, que se pode traduzir num dos três tipos (a) a prática de um ato proibido; (b) a omissão de um ato prescrito por lei; (c) a realização de um ato imposto ou permitido por lei, mas sem as formalidades requeridas, consistindo sempre num desvio entre o formalismo prescrito por lei e o formalismo efetivamente seguido nos autos.

Para (Freitas, 2013, pp. 22-28), neste artigo, existem "(…) irregularidades suscetíveis de integrar invalidade processual, a prática dum ato que a lei não admita e a omissão dum ato ou de uma formalidade que a lei prescreva. Não se trata de vícios que respeitem ao conteúdo do ato, mas tão-só de vícios atinentes à sua existência ou formalidades. Para determinar a sua ocorrência, há que verificar se a forma do processo em que o ato foi praticado ou omitido o consentia (no primeiro caso) ou exigia (no segundo), no momento sequencial da prática ou da omissão; se não o permitia e ele foi praticado, se o exigia e ele não foi praticado, se sem prejuízo da preclusão das faculdades processuais das partes, foi praticado fora do momento processual adequado ou se, na sua prática, não foram observadas as formalidades que a lei prescreve, o vício verifica-se. Verificado o vício, se a lei não prescrever expressamente que ele tem como consequência a invalidade do ato, segue-se verificar a influência que a prática ou a omissão concreta pode ter no exame ou na decisão da causa, isto é, na sua instrução, discussão e julgamento, (…), os efeitos da invalidade do ato repercutem-se nos atos subsequentes da sequência processual que dele forem absolutamente dependentes. Sempre, por isso, que um ato da sequência pressuponha a prática dum anterior, a invalidade deste tem como, efeito indireto, mas necessário, a invalidade do ato subsequente que porventura, entretanto tenha sido praticado (…). É assim, em grande parte, verdadeira a asserção de que a invalidade do ato processual é mais uma invalidade do ato enquanto elemento da sequência do que do ato em si mesmo considerado. Tal não impede, porém, que, não obstante a imprecisão da terminologia legal, o regime de invalidade do ato processual caracterize, em regra, não tanto a nulidade propriamente dita como a figura da anulabilidade:(…) O regime-regra da invalidade do ato

processual, sendo mais próximo do regime da anulabilidade de direito substantivo, não deixa de revestir aspetos do regime da nulidade, pelo que constitui um misto de ambas as figuras".

Neste sentido, surge um acórdão da Relação de Lisboa, que defende que a não audição da criança originou a omissão de uma formalidade prevista na lei. No entanto, considerou também que tal omissão só seria considerada uma nulidade se fosse suscetível de influir no exame e na decisão da causa, e no caso concreto entendeu-se que tal não acontecia[102]. Já um acórdão de 2014 considerou que a inobservância da formalidade da audição da criança no processo tem influência na decisão da causa e determina a sua nulidade, e nessa medida foi anulada a decisão[103] para que fosse realizada a audição da criança, e posteriormente se proferisse nova decisão, entendendo-se estarmos perante uma formalidade obrigatória que gerava uma nulidade processual[104]. Na verdade, houve o entendimento de que se estava perante uma omissão de uma diligência probatória imposta por lei, nos termos do art.º 411.º do CPC, quando se refere que cabe ao juiz realizar, mesmo que oficiosamente, todas as diligências necessárias para o apuramento da verdade, e da justa composição dos litígios, quanto a factos que lhe é lícito conhecer.

Ora, como se prevê pelo n.º2 do artigo 35.º do RGPTC e ainda pelo disposto nos n.º2 e 3 do art.º 1901.º, é necessário proceder à audição da criança, sendo que a não realização deste ato em concreto para estes processos, assim como para os processos tutelares cíveis comuns, que estipulam a audição da criança na regra geral prevista no art.º 5.º do RGPTC, constitui uma omissão da prática de um ato que é exigido por lei. Não obstante, a lei não prevê expressamente a sua consequência legal e, assim sendo, atendendo à teoria apresentada por (Freitas, 2013, pp. 22-28), cabe verificar a influência que tal

[102] Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 14 de abril de 2005, no processo n.º 1634/2005-6.

[103] O mesmo resultado de anular a decisão, se verificou noutros processo, como é o caso do processo n.º 537/08.3TBFND-G.C1, de 28 de outubro de 2018, ou ainda a decisão no processo n.º 148/19.8T8CNT-A.C1, de 8 de maio de 2019, no acórdão da Relação de Lisboa no processo n.º 24889/19.0T8LSB-A.L1-6 de 14 de julho de 2020.

[104] Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães de 20 de novembro de 2014, no processo n.º 43/13.4TMBRG.G1.

omissão pode repercutir na decisão final. Os efeitos da invalidade do ato repercutem-se nos seguintes, os atos seguintes são totalmente dependentes deste, pois a omissão da audição da criança gera efeitos na decisão e em todos os atos que sucederem a esta omissão. Tal orientação doutrinária entende que esta formalidade é obrigatória e, quando incumprida, gera uma nulidade processual, um vício. Assim, estamos perante uma diligência imposta por lei e que foi incumprida, gerando, assim, uma violação por omissão de um ato que se entende com fundamental para a boa decisão da causa.

No processo n.º 268/12.0TBMGL.C1.S1, do acórdão do STJ datado de 14 de dezembro de 2016, primeira vez se afirma que a falta da audição da criança afeta a validade das decisões finais, por corresponder a um princípio geral com relevância substantiva, não sendo adequado aplicar-lhe o regime das nulidades processuais[105]. Segundo (Casanova, 2016, p. 236), este direito de audição e participação nestes processos é de ordem substantiva, devendo-se ao superior interesse da criança. Assim, sempre que esta diligência colida com o seu superior interesse, deverá prevalecer este último. Por estes motivos, a não audição e participação da criança constituirá uma falta processual e, ainda uma violação de regras de direito material, não devendo o tribunal restringir o direito de audição e participação da mesma a uma visão de nulidade processual, mas antes a uma violação ao princípio geral de relevância substantiva e processual, pois é uma violação do direito de audição e participação da criança em si mesmo e, em simultâneo, a violação das normas imperativas previstas no ordenamento jurídico português.

Como refere, (Guerra, 2019, pp. 81-90) o regime das nulidades processuais não é o mais adequado para a catalogação do vício da falta de audição e participação da criança. Contudo, e se por regra, as crianças não têm capacidade de exercício de direitos, por outro lado também há direitos que são inseparáveis, intrínsecos[106] da criança, e que só por ela poderão ser exercidos, um deles sendo o direito à palavra. Para tal, bastará a capacidade de

[105] "Não é adequado aplicar o regime das nulidades processuais à falta de audição. Entende-se antes que essa falta afeta a validade das decisões finais dos correspondentes processos, por corresponder a um princípio geral com relevância substantiva e, por isso mesmo, processual (…)".

[106] Acórdão do STJ de 14 de dezembro de 2016, que considera que tal direito "(…) é pessoal/ humano, com relevância de natureza substantiva cuja omissão viola não apenas o exercício, mas o gozo do mais elementar de todos os seus direitos que é o direito à palavra"

gozo de direitos, para poderem ser exercidos, e a afirmação desta essência e substância[107]. Por isso, consideramos seguir a orientação de (Guerra, 2019, pp. 81-90), e considerar que o tribunal apenas deve declarar que a omissão deste ato afeta a substância da decisão que não a admitiu, não por força de uma nulidade expressa no Código de Processo Civil, mas antes por inaplição de um princípio básico de direito, que vai influenciar a vida de uma criança, que não teve oportunidade de ver o seu superior interesse devidamente protegido.

A nova conceção de criança, como sujeito do processo e de direitos, capaz do exercício dos mesmos, só excecionalmente incapaz para a prática de certos atos (v.g. artigos 123.º e 127.º CC), é o entendimento em sede tutelar cível. É verdade que a criança, por ser menor de idade, goza de uma capacidade de gozo de direitos e, por regra, de uma concomitante incapacidade de exercício desses direitos. Contudo, nesta sede, até por inerência do próprio direito comunitário, à criança com discernimento e maturidade deve ser reconhecido o direito de exprimir em juízo as suas opiniões e defender os seus interesses de forma veemente e efetiva, ou seja, de gozar de um direito sem que seja representada por terceiro.

Para dar mais força ao que já se encontra aqui exposto, há ainda que considerar o Regulamento Bruxelas II bis, no qual a ausência de audição e participação da criança nos processos em que deva ser ouvida é um dos fundamentos para a recusa de executoriedade de decisões de outros Estados-Membros, a nível nacional. No Regulamento Bruxelas II bis[108], conforme resulta designadamente (i) da sua alínea b) do artigo 23º: «uma sentença de um tribunal português que tenha sido proferida, sem que a criança tenha tido a oportunidade de ser ouvida (ou inexistência de um despacho que fundamente a não audição da criança) levará a que esta mesma sentença não seja reconhecida em outro Estado-

[107] "E bastará ao tribunal afirmar essa essência e substância para declarar que a omissão da audição de uma criança com maturidade para o efeito, quando conveniente, afeta a subsistência da decisão que não a admitiu, não por força da constatação de uma nulidade processual civil de natureza secundária, mas por aplicação direta do princípio básico (de essência) da existência de uma criança – ter direito a ser ouvida por quem vai decidir relevantes aspetos da sua vida".

[108] Regulamento (CE) n.º 2201/2003 do Conselho, de 27 de novembro de 2003, relativo à competência, reconhecimento e à execução de decisões em matéria matrimonial e em matéria de responsabilidade parental.

Membro, por consubstanciar um fundamento de não reconhecimento ao abrigo do referido regulamento»; (ii) do artigo 41.º, n.º 2, alínea c) (emissão de certidão relativa ao direito de visita se a criança tiver tido oportunidade de ser ouvida, exceto se a audição for considerada inadequada, em função da sua idade ou grau de maturidade); (iii) do artigo 42.º, n.º 2, alínea a) (emissão de certidão relativa ao regresso da criança se esta tiver tido oportunidade de ser ouvida, exceto se a audição for considerada inadequada, em função da sua idade ou grau de maturidade). Mais uma vez, se reforça tudo o que aqui defendemos, uma vez que, sem a audição da criança e sem despacho fundamentado da sua não audição, poderá qualquer Estado-Membro recusar reconhecer a sentença proferida em tribunal português. No entanto, se não se verificar qualquer dos casos suprarreferidos, parece-nos existir um vício, uma vez que a audição deveria ter sido admitida ou deveria ter sido junto uma justificação para a não audição, pelo que a inexistência de qualquer uma das hipóteses afeta a substância da decisão tomada.

Em suma, nestes casos não atribuímos ao vício uma nulidade processual, mas antes, como defende (Guerra, 2019, pp. 81-90), apenas entendemos que existe a omissão de um ato que afeta a substância da decisão, que não admitiu a audição da criança, não por força de uma nulidade, mas antes por inaplição de um princípio básico de direito nacional e internacionalmente consagrado[109], e que pode alterar a vida de uma criança, que não viu o seu direito reconhecido.

---

[109] Conforme o Acórdão de 08/05/2019 no processo n.º 148/19. 8T8CNT-A.C1, "A não audição de uma criança em processo que lhe diga diretamente respeito, por visar a tomada de medida suscetível de a poder afetar no futuro, não pode ser encarada apenas como um meio de prova, mas antes como a violação de um direito daquela, e como tal podendo vir a conduzir à nulidade da decisão que vier a ser proferida. (…) É de anular a decisão tomada (ainda que provisoriamente) pelo tribunal a quo na qual, ao regular do exercício dessas responsabilidades, fixou a residência dos menores, por períodos temporais alternados, em casa de cada um dos seus pais separados, sem que previamente tenha ouvido, a tal propósito, esses menores (com idade da qual transparece disporem capacidade/maturidade mínima suficiente para compreender o alcance dessa medida tutelar), e sem que, ao menos, se revele nessa decisão a ponderação das razões dessa não audição".

9. Questões relacionadas com o direito de audição e participação da criança.

Esta nova abordagem da criança, como sujeito de direitos e ainda como interveniente processual[110], é o que obrigatoriamente faz com que estes processos tenham de ser adaptados à criança.

Como já aqui abordamos, o direito de audição e participação é um dos princípios orientadores do processo tutelar cível, conforme se prevê nos termos do n.º 1 na sua alínea c) do art.º 4.º, este princípio está afirmado em diversos instrumentos internacionais[111], de âmbito e força diversos, revelando um consenso generalizado na comunidade internacional quanto ao relevo do direito de audição e à sua aptidão enquanto instrumento de prossecução do superior interesse da criança (Beleza, 2014, p.399). Este princípio consubstancia-se no direito de a criança participar e de ser ouvida nos processos que lhe digam respeito, conforme prevê o art.º 5 do RGPTC. Contudo, parece importante perceber se este direito é apenas um direito presente nos processos de jurisdição voluntária[112], ou se

---

[110] Conforme referem (Agulhas & Pereira, Conversas Connosco #20: Audição da Criança - bem ouvir para bem proteger!, 2020).

[111] Instrumentos vinculativos universais como é o caso da Convenção dos Direitos das Crianças, instrumentos vinculativos de âmbito regional Convenção Europeia sobre o Exercício dos Direitos da Criança, instrumentos vinculativos de direito comunitário, o Regulamento nº 2201/2003, do Conselho, de 27 de Novembro de 2003, relativo à competência, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria matrimonial e em matéria de responsabilidade parental, e ainda encontramos recomendações ou formulação de princípios ou de linhas Orientadoras, como é o caso das Diretrizes.

[112] (Fialho, 2017, p.16) entende que os processos de jurisdição voluntária tinham em vista a constituição de novas relações jurídicas ou que cooperava no próprio desenvolvimento de relações existentes. Contudo, estes próprios processos de jurisdição voluntária não estabelecem exclusivamente mudanças na ordem jurídica existente. Mais, nos casos de conflito de interesses, a jurisdição contenciosa presume duas partes, sendo que uma delas impõe à outra um certo efeito jurídico, enquanto que na jurisdição voluntária existem apenas requerentes. Exclui-se o termo "partes", que procura constituir um estado jurídico distinto do anterior, o que, necessariamente, exige a intervenção do Estado. No entanto, esta definição não é a mais correta, pois a inexistência de conflito não é exclusiva dos procedimentos de jurisdição voluntária. Entende (Silva, 2019, p.77) que a definição que mais se adequará ao processo de jurisdição voluntária será a que reflete que, nestes casos, existe apenas um interesse comum aos intervenientes, e que o importante é regulado, podendo haver posições diferentes sobre o modo como deve ser definido.

também se encontra presente na jurisdição contenciosa. Nos processos de jurisdição voluntária, como se afere do art.º 12 do RGPTC, como nos outros, existem regras que têm de ser respeitadas, que têm de ser cumpridas por lei, e uma delas é a obrigatoriedade de audição e participação da criança. É, no entanto, um processo mais flexível, mas que deve ver como fim o bem-estar da criança, e neste sentido, há algumas questões que se colocam, como a presença dos advogados na audição, e ainda a questão da possibilidade do sigilo.

9.1 Presença dos advogados.

A criança que tenha decidido participar deve ser ouvida diretamente. Contudo, deve ser apresentada à criança a possibilidade de escolher ser representada, quer por um advogado, quer por um dos progenitores, ou uma outra pessoa à sua escolha. Tal situação deve atentar à situação concreta daquela criança. Não nos deve ser indiferente que a possibilidade de conflito de interesse entre a criança e um dos seus progenitores, ou até de ambos, é uma situação comum e que não pode ser desconsiderada.

A possibilidade de presença dos advogados na diligência depende de um aspeto: se o advogado é nomeado à criança ou se são os advogados dos pais. Ora, se é o advogado nomeado à criança, poucas dúvidas restam quanto à necessidade da sua presença em qualquer ato do julgamento onde a criança intervenha, como refere (Agulhas & Pereira, Conversas Connosco #20: Audição da Criança - bem ouvir para bem proteger!, 2020).

Já os advogados dos pais, por uma questão de a criança ver nestes o seu progenitor, têm-se entendido que não deveriam estar presentes na sala de audiência, tal como defendem vários acórdãos[113].

Seguimos esta orientação, no que diz respeito à simples audição da criança, enquanto tomada de opinião. Diferente será quando estamos perante a tomada de declarações para efeitos probatórios, prevista nos n.sº 6 e 7do art.º 5.º do RGPTC. Nestes casos, somos da mesma opinião que (Guerra, et al., 2019, p. 65-71) no sentido de afirmar que os advogados de todos os intervenientes não podem ser afastados, nomeadamente os advogados dos progenitores. Contudo, e para dar cumprimento ao disposto nas alíneas b) e c) do artigo suprarreferido, os advogados deverão ter acesso à audição da criança, através de algum meio, que, para além de fazer cumprir o previsto no artigo já referido, também garanta o exercício do princípio do contraditório de todos os intervenientes, p.ex. através de gravações a que os advogados tenham acesso pelo citius, ou através de uma sala anexa, na qual consigam visualizar e ouvir todo o que sucede durante a audição. O contraditório

[113] Processo n.º 3573/14.7T8FNC-C.L1-6, de 6 de junho de 2019.

fica, assim, garantido através dos meios já referidos, e ainda da possibilidade de os advogados colocarem questões adicionais sem que a criança se aperceba da sua presença.

Conforme referem diversos acórdãos, como é o caso do acórdão da Relação de Lisboa de 1 de junho de 2017, no processo n.º 653/14.2tbptmJ.L1, o contraditório encontra-se verificado, uma vez que foi facultada a gravação da diligência da audição da criança e puderam formular-se as perguntas consideradas necessárias.

A falta de presença do advogado numa diligência probatória gera a nulidade do ato[114], tendo como fundamento a impossibilidade de defesa por falta do contraditório. Contudo, consideramos que apenas a não presença física e visível do advogado para a criança não se enquadrará nestes casos, como refere o acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 1 de junho de 2017, no processo n.º 653/14.2tbptmJ.L1, e o acórdão da Relação do Porto, de 19 de maio de 2020, no processo n.º 2148/15.8T8GDM-D.P1[115].

---

[114] Acórdão da Relação de Lisboa no processo n.º 9195/10.4TBCSC-F.L1-7, de 24 de setembro de 2019.

[115]"A observância do princípio do contraditório, essencial para essa consideração, encontra-se devidamente assegurada com a gravação das declarações da menor e com a sua imediata disponibilização aos mandatários das partes, que depois da respetiva audição, sempre podem, através do juiz, formular perguntas adicionais. A ausência de presença física dos mandatários dos progenitores nesta diligência justifica-se, até porque o antagonismo existente entre os pais, facilmente transponível para os seus advogados, se configura como fortemente intimidante para a própria criança".

9.2 A questão do sigilo da audição da criança.

A questão do sigilo relativamente ao que a criança diz em audiência também tem sido alvo de alguma controvérsia, mas também aqui há que distinguir duas situações, quando esta audição serve para atender à opinião da criança, ou quando tem como objetivo a tomada de declarações como meio probatório.

No primeiro caso, isto é, quando as declarações servem apenas como tomada de opinião, a criança pode requerer o sigilo e deverá este ser respeitado, devendo apenas estar presentes o juiz, o Ministério Público e a criança, ou ainda caso tenha sido requisitada a assessoria técnica especializada. Paralelamente, para fazer valer este direito de sigilo, tais declarações não poderão servir como meio probatório, tal como defende o acórdão da Relação de Lisboa, no processo n.º 3162/17.4T8CSC.L1-7, de 10 de novembro de 2020: "A criança tem as faculdades de requerer que a sua audição (…) de optar pela confidencialidade das declarações que prestar no exercício daquele direito. (…) Quando a criança exerça ambas as faculdades (…) não podem as suas declarações servir como meio de prova" . Por isso mesmo, somos do entender que é possível manter a confidencialidade das declarações da criança, quando falamos em tomar em consideração a opinião da criança, tal como defendem (Guerra, et al., 2019, p. 71)[116]e (Pereira, 2015, p. 15)[117]. Aliás, existem países que, neste aspeto, vão mais longe, como é o caso da Alemanha, em que a audição é realizada pelo juiz, mas todos os dados colhidos têm carácter secreto, com a finalidade de não violar a relação de confiança estabelecida com a criança, não podendo constar na decisão proferida a sua opinião.

---

[116] "(…) é possível manter a confidencialidade das declarações da criança, não consignado em ata o que ela disser, determinando que a ata não pode ser consultada (…) ou, no caso de se proceder à gravação áudio das declarações, negando o acesso à mesma pelas partes" (Guerra, et al., 2019, p. 71).

[117]"O princípio da confidencialidade do depoimento, que não é uso no nosso sistema jurídico, levaria igualmente a que o depoimento da Criança não fosse reduzido a escrito, evitando as habituais repercussões nas relações com os pais quando estes têm acesso ao que foi dito pela Criança" (Pereira, 2015, p. 15).

No segundo caso, isto é, quando falamos da tomada de declarações para efeitos probatórios, é difícil perceber como se equilibram e asseguram tais declarações com o critério de confidencialidade. Apesar de, como já neste trabalho foi referido, não ser obrigatório nem necessário a presença física dos advogados, na sala em que a criança se encontra a prestar declarações, podendo apenas visualizar tal depoimento através de registo audiovisual, a verdade é que não nos parece possível afastar os advogados, mesmo que seja através de meios tecnológicos desta audição, pois tal afastamento constituiria a violação do princípio do contraditório, o que geraria um problema de nulidade de prova[118].

Também aqui seguimos o entendimento de (Guerra et al., 2019, p. 71), quando considera: "(…) não lhe parece possível, sob pena de as declarações não poderem ser consideradas meio de prova. (…) estando as mesmas a serem visionadas pelos advogados, em tempo real, não vejo como se poderia efetivar a confidencialidade, de modo a salvaguardar o segredo pretendido pela criança. (…)" E, quando (Guerra et al., 2017, p. 23) afirma que "Devem estar presentes os advogados se for nos termos do art.º 5.º n.º 6 e 7, sob pena de nulidade."

[118] "(…) audição da criança se assuma como uma diligência probatória, a mesma deverá efectuar-se na presença dos mandatários dos progenitores, sob pena de nulidade", conforme refere o acórdão da Relação de Lisboa, no processo n.º 9195/10.4TBCSC-F.L1-7 de 24 de setembro de 2019.

9.3 Particularidades dos processos especiais.

Analisando, o caso concreto da regulação das responsabilidades parentais, previsto na alínea c) do art.º 3 do RGPTC, existem algumas particularidades, pois o legislador, neste caso, consagrou o direito de audição e participação da criança na conferência de pais[119], aditando mais um critério, o da idade[120].

Assim, verificamos que no respeitante ao direito de audição e participação, que encontra consagração legal no art.º 5 do RGPTC, o legislador foi mais longe, incluindo um segundo critério, neste caso objetivo, uma vez que no artigo referido não existia referência objetiva a qualquer idade.

Do conteúdo n.º 3 do art.º 35.º do RGPTC resulta o critério objetivo da idade, consagrando o limite dos doze anos, o que parece poder ser interpretado de duas formas: ou o legislador quis consagrar que não é possível impedir o direito da criança com doze ou mais anos de participar e de ser ouvida no processo; ou pretendeu limitar o exercício deste direito à participação e audição da criança com doze anos ou mais quando esta não detenha capacidade de compreensão dos assuntos em discussão, relativamente a certas providências especiais, como é o caso da regulação das responsabilidades parentais e dos alimentos que lhe são devidos.

É necessário, desde já, ressalvar que esta consagração do critério da idade contraria as orientações que constam das Diretrizes do Comité de Conselho de Ministros do Conselho da Europa sobre a justiça adaptada às crianças. Na verdade, as orientações quiseram salvaguardar o direito da criança à audição e participação independentemente da idade. Há, no entanto, na doutrina portuguesa, divergências quanto a esta consagração do critério da idade dos doze anos[121]. Efetivamente, há quem entenda que a criança deve ser

---

[119] Prevista no art.º 35 n.º 3 do RGPTC.

[120] "A criança com idade superior a doze anos ou com idade inferior, com capacidade para compreender os assuntos em discussão, tendo em atenção a sua idade e maturidade, é ouvida pelo tribunal, nos termos previstos na alínea c) do artigo 4.º e no artigo 5.º, salvo se a defesa do seu superior interesse o desaconselhar".

[121] Conforme defendem (Guerra, et al., 2019, p. 67).

ouvida a partir do momento em que tenha atingido os oito anos de idade[122], como é afirmado no n. º2 do art.º 488 CC, acerca da inimputabilidade dos menores de oito anos. Contudo, parece-nos que tal critério não deve ser seguido, uma vez que a presumível inimputabilidade em termos de responsabilidade civil é completamente distinta da possível imaturidade das crianças com idade inferior a sete anos para ser ouvida em tribunal. O que facilmente se comprova é que, atendendo à situação específica, a criança, mesmo com pouca idade, pode perfeitamente ser ouvida e ter uma opinião própria. Não obstante, se o legislador nacional pretendeu estabelecer este critério como um limite acima do qual se confere à criança a capacidade de, por si só, livre e autonomamente, exercer os seus direitos de audição e participação, é porque entende que a criança, nesta idade, já detém capacidade de compreensão suficiente para ser ouvida.

Ademais, a mesma criança que se encontra privada do exercício do direito de audição e participação é a mesma com igual critério objetivo de idade, e que pode intentar, por sua livre iniciativa, uma ação[123]. Tal situação pode gerar uma contradição do próprio legislador, uma vez que a criança que pode exercer o seu direito enquanto sujeito processual de direitos, de ser parte na ação, não recaindo sobre ela nenhum ónus de demonstração de capacidade de compreensão do assunto em discussão. No entanto, não pode participar posteriormente na mesma se não demonstrar a capacidade de compreensão dos assuntos em causa, recaindo, neste caso, um ónus de prova da sua capacidade de compreensão dos assuntos em discussão, quartando-lhe o seu direito de audição e participação.

Ora, apesar de pouco compreensível, esta opção do legislador, se atentarmos à letra da lei, parece ser possível. Contudo, como defende (Ribeiro A. C., 2015, p. 117), não parece que tal pudesse efetivamente suceder. No entanto, se atendermos à norma do art.º 35 do RGPTC, a criança, com idade inferior a doze anos, terá de ilidir a presunção de que não possuem capacidade de compreensão dos assuntos em discussão, no caso dos processos especiais, pois, anteriormente, havia jurisprudência que considerava que seria a

---

[122] Como defendem (Leal, et al., 2019, p. 67).

[123] Art.º 17 n.º 1 "(…), a iniciativa processual (…) à criança com idade superior a doze anos (…)".

criança que teria de ilidir a presunção[124] sobre deter capacidade de discernimento sobre os assuntos em causa, logo o mesmo é dizer que estas crianças não terão o direito de pessoalmente participarem e ser ouvidas diretamente nos processos. Ora, se assim fosse, estaríamos a retirar à criança com idade inferior a doze anos a sua nova condição de interveniente processual, tal como refere (Ribeiro A. C., 2015, p. 118)[125]. Por outro lado, este critério não deve constituir um limite abaixo do qual se presuma a incapacidade, pois o mesmo artigo que consagra o critério da idade concede uma alternativa para quando este não se encontre verificado, sendo este o critério subjetivo da capacidade de compreensão à crianças com idade inferior a doze anos.

Ficamos, assim, na dúvida se o legislador não quis deixar alguma abertura para o afastamento da criança com capacidade de compreensão dos assuntos em discussão. A verdade é que a idade dos doze anos não é nova e parece não ter sido escolhida por acaso pelo legislador, pois parece que mesmo seguiu a norma que já existia para a Lei de Proteção de Crianças e Jovens em Perigo, no art.º 5 alínea f); art.º 10.º n.º 1; art.º 105 n.º 2; art.º 114.º n.º 1. Se assim for, poderemos considerar que é apenas um lapso legal que o legislador deveria ter afastado aquando da realização desta lei, e considerar que tal critério apenas se aplica aos casos em que a criança tenha tido a iniciativa processual.

Ora, vemos que a consagração do critério objetivo pode ser limitadora, uma vez que pode haver quem entenda que nos casos de responsabilidades parentais e alimentos devidos à criança, apenas as que tenham idade igual ou superior a doze anos, ou demonstrem deter capacidade de compreensão para os assuntos em discussão, encarregando a criança deste ónus de prova, devam ser ouvidas.

Por outro lado, parece aplicar a regra geral, prevista no art.º 5.ºdo RGPTC, da audição da criança, apenas atendente ao critério subjetivo e dispensando o critério objetivo

---

[124] Conforme o Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 29 de maio de 2011.

[125] "Tal interpretação traduz-se, ao fim e ao cabo, numa presunção de incapacidade de discernimento para formar e emitir uma opinião sobre determinado assunto. Se a esta ideia, aliarmos a falta de norma concreta definidora da participação da criança, tal poderá na prática, reduzir o direito de participação e audição a um não direito, melhor dizendo, a um direito juridicamente reconhecido, mas esvaziado de todo o seu conteúdo"

relativamente a questões como a inibição parcial ou total dos progenitores relativamente às responsabilidades parentais de entrega judicial da criança.

Parece-nos que se a criança tiver mais maturidade e capacidade de compreensão dos assuntos em causa, então deve aplicar-se um critério objetivo, uma vez que os assuntos em causa poderão ter implicações mais prolongadas ou até definitivas na sua vida, sendo certo que esta perspetiva não significa que sejamos defensores da aplicação do critério objetivo, pois, como já aqui foi referido, cremos este poderá ser limitador do acesso da criança aos seus direitos. Por isso mesmo, consideramos que a regra geral deveria ser aplicada a todas as providências tutelares cíveis, independentemente de o processo ser especial ou comum. Como defende (Ribeiro A. C., 2015), parece existir aqui um certo retrocesso legislativo que incide sobre a letra da lei, referente ao art.º 4 n.º 1 alínea c) e ao art.º 35 n.º 3 ambos do RGPTC, o que pode prejudicar gravemente a vida da criança e a determinação do que se considera o seu superior interesse, que, como já referido, só se determina pela audição e participação da mesma no processo.

Há, no entanto, desde já, que fazer uma ressalva: quando o superior interesse da criança o desaconselhar ou exista manifesta incapacidade de compreensão e maturidade para ser ouvida, a criança deve manter-se afastada. Uma das situações em que consideramos que o afastamento pode ser facilmente considerado será no caso das providências de autorização do representante legal da criança à prática de certos atos, na confirmação dos que tenham sido praticados sem autorização e de aceitação de liberalidades, ou na determinação da caução que os pais devam prestar a favor dos seus filhos, ainda crianças.

Nestes casos, parece-nos que a criança poderá ser afastada, pela regra geral do regime nos termos do n.º 1 da alínea c) do artigo 4.º do RGPTC, se não tiver maturidade ou capacidade de compreensão. Contudo, se tiver doze anos idade, e considerando a possibilidade da iniciativa processual já poder ser sua, conforme o previsto no art.º 17, consideramos importante que se pondere a audição da mesma, recorrendo, assim, à interpretação sistemática da lei, pois que estas situações só sucedem quando os pais são responsáveis pelos filhos, e recai sobre os mesmos a regulação das responsabilidades parentais que mais não é que o poder-dever de cuidar da criança e do seu património.

Uma questão interessante será a que se levanta quanto à providencia de averiguação oficiosa da maternidade e da paternidade. Esta providência tutelar cível é considerada um processo especial dos artigos 60.º e seguintes do RGPTC. Contudo, esta providência tem

algo que a distingue das anteriores, o fator distintivo, que é o facto de poder ser intentada antes do nascimento da criança.

Desta forma, se ação correr antes do nascimento da criança, esta não será ouvida e não terá o direito de participar na mesma. Contudo, se a ação correr posteriormente ao nascimento da criança e a mesma já se encontrar numa fase do desenvolvimento que permita uma participação ativa no processo, isto é, que permita que seja ouvida e que a sua opinião seja levada em consideração. Neste caso, este direito de participação vai ser apenas o de ser informada das diligências efetuadas e da conclusão do processo, pouca mais participação tendo a criança.

Já relativamente ao seu direito de audição, este também poderá existir, mas também se encontrará bastante reduzido, pois será apenas sobre os motivos pelos quais se realizou a averiguação. Aqui, a criança não pode considerar que determinada escolha é melhor que outra, isto é, p.ex. não pode escolher os pais biológicos. Mais, se a criança tem, por um lado, direito à identidade genética prevista nos termos do art.º 26.º n. º3 da CRP, que nada mais é que saber qual a sua família biológica de origem, nestes casos o direito de participação e audição da criança é quase nulo, uma vez que, apesar da sua audição, nada muda a sua origem biológica.

10. As medidas necessárias para a observância do direito de audição e participação.

Os direitos da criança, e em particular o direito de audição e participação, como já aqui referimos, necessitam de especiais cuidados, os quais devem ser sempre atendidos para que esta audição e participação corra da melhor forma possível, não gerando ou minimizando qualquer possibilidade de revitimização. Para um melhor cumprimento deste direito, houve necessidade de adotar medidas de e adaptar determinados espaços à criança, como de seguida explanaremos.

Neste capítulo, seguimos as recomendações de Rute Agulhas sobre os aspetos fundamentais para que a audição seja "amiga da criança".

10.1 A criança.

O primeiro aspeto a ter em conta é o facto de cada criança ser única e distinta de qualquer outra, pois as suas experiências e o seu desenvolvimento vão depender das suas vivências e experiências. O segundo aspeto é o facto de a idade ser apenas e tão só um mero indicador da maturidade que a criança possa deter. O terceiro aspeto refere-se ao facto de os juízes e técnicos que ouçam a criança devem sempre assegurar que esta sabe que detém o direito de ser ouvida e a participar. Devem fazer a criança compreender que este é um direito, uma faculdade que pode ou não exercer, seja em que processo for.

Mais, a criança deve ter plena consciência de que tem o direito de ser ouvida e expressar a sua opinião sobre todos os aspetos que lhe digam respeito, não devendo a mesma, em qualquer momento, ser limitada neste seu direito.

10.2 Audiência.

A audiência em que se vai ouvir a criança não deve ser, de todo, similar à audição dos adultos. Efetivamente, o espaço no qual a criança vai ser ouvida, deve estar preparado e apetrechado de acordo com as necessidades da mesma, independentemente da sua idade. Estas instalações devem estar prontas para acolher crianças de idades bastante diversas; logo, este espaço não deve tratar-se de uma sala de audiências normal, devendo o ambiente ser resguardado e previsto para situações de confidencialidade, transmitindo também, assim, uma sensação de segurança à criança.

É importante que a criança se sinta segura de que o responsável por ouvi-la vai escutar e tomar em consideração a sua opinião, podendo este ser um assistente social, um juiz, um técnico especializado(psicólogo). O juiz que ouve crianças tem de deter capacidades específicas e trabalhadas para o fazer, desde formação a preparação adequada para a realização desta audição, pois se assim não for, o resultado não será o pretendido, nem pela criança nem pelo próprio juiz[126].

A audição deve ser bem preparada pelo juiz, e a criança expressar-se ao longo da mesma, não sendo coagida a dar respostas concretas e diretas, antes podendo exprimir-se sobre o que considera importante, não havendo lugar a perguntas diretas e imperativas.

O juiz deve efetuar uma breve explicação inicial, na qual deve constar toda a informação necessária, mas de forma sucinta. Paralelamente, deve tentar estabelecer uma relação de confiança com a criança, ao longo da entrevista. Na conclusão, deverá resumir à criança o que foi dito no decurso da audiência, dando-lhe uma explicação final do que irá suceder nas próximas sessões, se estas existirem.

---

[126] (Agulhas, et al., 2018, p. 92-93) refere a necessidade dos juízes: "Aprofundar técnicas facilitadoras de comunicação com crianças e adolescentes (…)" e "Conhecer técnicas de entrevista (…) com possibilidade de acesso a guiões ou outros instrumentos relevantes para o efeito."

10.3 As informações sobre os resultados.

Após a audição da criança, não devem os intervenientes no processo julgar que nada mais há a comunicar à mesma, dado que a criança deve acompanhar todo o processo, devendo ser-lhe dado a conhecer todos os tramites que o processo vai seguir até aos resultados.

O direito de audição e participação da criança não se extingue, pois, após a audição em si. Ao consideramos a criança um sujeito de direitos e que se encontra no centro do processo, não devemos atender apenas ao direito de ser ouvida e participar no processo em sentido estrito. Devemos entender que o direito de audição e participação, em sentido lato, estende-se além de ouvir a opinião e de a mesma ser valorada. Isto é, ao considerarmos a criança um sujeito que detém o direito a ser ouvida e a participar nos processos que lhe dizem respeito, temos de a ir informando do desenrolar dos mesmos e respetivos resultados. Não podemos simplesmente, após a sua audição, descartá-la, mas considerá-la como a qualquer outro interveniente no processo e comunicar-lhe por meios próprios e adaptados a si qual a decisão e causa da mesma. Nesta comunicação, deve ser informado à criança os resultados do processo e em que medida tiveram em conta a sua opinião. A criança deve estar informada do seu direito à audição e participação em qualquer procedimento, sempre que a criança deva ser chamada a participar no processo.

No caso de este direito ter de ser afastado, deve ser dado à criança e ao seu advogado ou representante, no caso de existirem, a faculdade de denunciar tal violação de direitos, e de intentar um recurso por violação de uma norma jurídica. Contudo, quando o denunciante é a criança, e para assegurar o cumprimento do direito após a violação do mesmo, é necessário preveni-la de situações de risco e violência.

11. Direito Comparado:

Neste capítulo, vamos realizar uma análise comparativa do direto de audição e participação da criança no direito português, e de outros países que o tenham também consagrado, para assim podermos concluir quais as deficiências e virtudes do nosso ordenamento jurídico relativamente a este direito, e percecionarmos se nos encontramos num caminho próximo ou afastado dos restantes. Começamos, assim, esta análise por Espanha.

11.1 Direito Espanhol.

O legislador espanhol optou por consagrar o direito de audição e participação da criança, no Código Civil Espanhol, mais precisamente no seu art.º 9.º [127] e, no caso

[127] "Artículo 9. Derecho a ser oído y escuchado.

1. El menor tiene derecho a ser oído y escuchado sin discriminación alguna por edad, discapacidad o cualquier otra circunstancia, tanto en el ámbito familiar como en cualquier procedimiento administrativo, judicial o de mediación en que esté afectado y que conduzca a una decisión que incida en su esfera personal, familiar o social, teniéndose debidamente en cuenta sus opiniones, en función de su edad y madurez. Para ello, el menor deberá recibir la información que le permita el ejercicio de este derecho en un lenguaje comprensible, en formatos accesibles y adaptados a sus circunstancias.

En los procedimientos judiciales o administrativos, las comparecencias o audiencias del menor tendrán carácter preferente, y se realizarán de forma adecuada a su situación y desarrollo evolutivo, con la asistencia, si fuera necesario, de profesionales cualificados o expertos, cuidando preservar su intimidad y utilizando un lenguaje que sea comprensible para él, en formatos accesibles y adaptados a sus circunstancias informándole tanto de lo que se le pregunta como de las consecuencias de su opinión, con pleno respeto a todas las garantías del procedimiento.

2. Se garantizará que el menor, cuando tenga suficiente madurez, pueda ejercitar este derecho por sí mismo o a través de la persona que designe para que le represente. La madurez habrá de valorarse por personal especializado, teniendo en cuenta tanto el desarrollo evolutivo del menor como su capacidad para comprender y evaluar el asunto concreto a tratar en cada caso. Se considera, en todo caso, que tiene suficiente madurez cuando tenga doce años cumplidos.

Para garantizar que el menor pueda ejercitar este derecho por sí mismo será asistido, en su caso, por intérpretes. El menor podrá expresar su opinión verbalmente o a través de formas no verbales de comunicación.

No obstante, cuando ello no sea posible o no convenga al interés del menor se podrá conocer la opinión del menor por medio de sus representantes legales, siempre que no tengan intereses contrapuestos a los suyos, o a través de otras personas que, por su profesión o relación de especial confianza con él, puedan transmitirla objetivamente.

3. Siempre que en vía administrativa o judicial se deniegue la comparecencia o audiência de los menores directamente o por medio de persona que le represente, la resolución será motivada en el interés superior del menor y comunicada al Ministerio Fiscal, al menor y, en su caso, a su representante, indicando explícitamente los recursos existentes contra tal decisión. En las resoluciones sobre el fondo habrá de hacerse constar, en su caso, el resultado de la audiencia al menor, así como su valoración.

específico da regulação das responsabilidades parentais, encontra-se prevista na lei 15/2015 de 2 julho[128], no n.º 1 do art. 85.º[129] e ainda na Lei Orgânica 1/1996 de proteção jurídica do menor, no seu 1.º parágrafo, do n.º1 do art.º 9[130], e se repararmos no seu conteúdo, este é bastante similar ao consagrado nos artigos 4.º alínea c) do n.º1 e 5º n.º ambos do RGPTC, havendo, no entanto, uma ligeira diferença: o legislador espanhol não consagrou o critério objetivo da idade, ao contrário do legislador português, no art.º 35.º do RGPTC.

Outra das diferenças do direito espanhol refere-se ao facto de a capacidade de compreensão e maturidade da mesma ser avaliada por um técnico especializado, enquanto que no direito português será o juiz, que poderá encontrar-se apoiado pela assessoria técnica especializada.

Da análise efetuada ao direito de audição e participação da criança existente no ordenamento jurídico espanhol, conclui-se que pouco muda relativamente ao português.

---

[128] A que designam como Ley de la Jurisdicción Voluntaria, publicada no Boletín Oficial del Estado a 03-07-2015, e que entrou em vigor a 30- 07-2015.

[129] "CAPÍTULO II. De la intervención judicial en relación con la patria potestad. 1. En los expedientes a que se refiere este Capítulo, una vez admitida la solicitud por el Secretario judicial, éste citará a la comparecencia al solicitante, al Ministerio Fiscal, a los progenitores, guardadores o tutores cuando proceda, a la persona con capacidad modificada judicialmente, en su caso o al menor si tuviere suficiente madurez y, en todo caso, si fuere mayor de 12 años. Si el titular de la patria potestad fuese un menor no emancipado, se citará también a sus progenitores y, a falta de éstos, a su tutor. Se podrá también acordar la citación de otros interesados".

[130] Ley Orgânica 1/1996 de Protección Jurídica del Menor.

11.2 Direito Alemão

De acordo com o n.º1 do artigo 159.º, gesetz über das verfahren in familiensachen und angelegenheiten der freiwilligen gerichtsbarkeit[131], assim que a criança tenha quatorze anos de idade, é obrigatório proceder à audição da criança nos processos que lhe digam respeito. Mais uma vez, e contrariamente às recomendações das Diretrizes do Conselho da Europa sobre a justiça adaptada às crianças, o legislador nacional alemão consagra um critério objetivo.

A criança com idade inferior a quatorze anos terá de se aferir se a audição é recomendável para a mesma, isto é, vai ao encontro do seu superior interesse, desde que a criança manifeste vontade em exercê-lo. No caso de o superior interesse da criança desaconselhar, o tribunal pode dispensar esta audição, justificando-se esta decisão numa tomada de posição.

Percebemos que existe uma diferença entre a legislação portuguesa e alemã: o limite acima do qual se presume que a criança tem maturidade e capacidade de compreensão e de participação nos processos, que para o caso português será os doze anos e o alemão será os quatorze anos.

A grande diferença do direito alemão para o direito português, no respeitante ao direito de audição e participação da criança nos processos, é que no alemão o depoimento da criança é confidencial, logo ninguém terá acesso a este depoimento. O legislador justifica esta decisão com o fundamento da confiança que a criança depositou no juiz, ao falar com este abertamente sobre assuntos da sua vida privada, conforme defende (Pereira, 2015, p.10). Já no direito português, atendendo ao princípio do contraditório, não se verifica esta confidencialidade, pois quando o juiz decide e justifica tal decisão, tem de a fundamentar, e dar a possibilidade de defesa à contraparte, sendo que esta defesa passa pela visualização das declarações da criança, só assim assegurando a oportunidade de defesa e contraditório às pessoas em causa.

---

[131] Lei sobre o procedimento em questões de família e de jurisdição voluntária.

Uma questão que surge é se a confidencialidade tem como consequência a não tomada de declarações por escrito ou até a gravação desta. Para (Pereira, 2015, p.10), parece que sim, pois considera-a relevante e a única que previne quaisquer repercussões nas relações entre pais e filhos quando os progenitores sabem o que os últimos disseram em tribunal.

Contudo, e não desconsiderando a perspetiva de Rui Alves Pereira, parece-nos que tal situação poderá ser vista de outro prisma, e até poderá ser uma boa forma de não sujeitar a criança a duas ou mais audições, que poderão não ser recomendáveis ou necessárias. De facto, apesar de haver sempre o risco de aceder ao conteúdo destas declarações, a verdade é que a redução a escrito poderá ter algumas vantagens se pensarmos que poderá ser utilizada noutro processo em que a criança se encontre envolvida.

Neste caso, o facto de o juiz possuir uma base de sustentação para saber como a criança é, quais os seus interesses, o que esta já referiu na sua audiência, e o que poderá ser importante ainda ouvir se a tiver que sujeitar a nova audição parece-nos importante para que a criança não seja sujeita a muitas repetições de audições, evitando a revitimização.

Relevante também é a redução a escrito ou a gravação das declarações da criança, para que este mecanismo continue a ser confidencial, como defesa do direito de audição e participação da mesma e a ressalva do seu superior interesse.

11.3 Direito Brasileiro.

O Código Civil Brasileiro, no seu artigo 1740.º no seu n.º III, o Estatuto da Criança e do Adolescente, nos termos dos n.º 1e 2 do artigo 28.º, considera que a criança com mais de doze anos deve ser ouvida, consagrando apenas o critério objetivo, e não considerando a possibilidade de a criança com idade inferior a doze anos poder participar e ser ouvida nos processos que lhe digam respeito, sendo-lhe, assim, retirado um dos seus direitos, o que colide contra a CSDC, que tem como objetivo que todos os direitos sejam aplicados a todas as crianças, e não apenas àquelas que já tenham atingido determinada idade.

Contudo, de acordo com (Pereira, 2015, p.9), este critério teria como objetivo facilitar a decisão do magistrado sobre ouvir ou não a criança no processo. Parece-nos importante saber a idade da criança para perceber qual o nível normal de capacidade de compreensão e maturidade para a mesma. No entanto, é necessário que se encontre temperada pelo critério subjetivo da capacidade de compreensão e maturidade, que afira a necessidade e aproveitamento desta audição, pois a mesma poderá não ser recomendada pelos especialistas, independentemente da sua idade.

Vários especialistas brasileiros já contestaram esta opção do legislador, considerando que tal postura vai contra o pensamento do legislador internacional, nomeadamente através dos instrumentos internacionais, como é o caso da CSCD.

12. Conclusão

O direito de audição e participação foi inovador no direito interno português, encontrando-se consagrado na legislação nacional, à frente de alguns países quanto à concretização do mesmo. O facto de consagrar tantas especificidades garante a proteção da criança.

Fica desde já a ressalva de que, atendendo à evolução natural do direito, será necessário acompanhá-lo, pois atendendo às constantes mutações sociais, será necessário adaptar este direito à sociedade, e encontrar novos objetivos e definir novas metas. Quantos mais e melhores mecanismos para a concretização deste direito de audição e participação, mais protegido se encontrará o superior interesse da criança.

Este princípio tem como um dos principais objetivos o de descodificar o superior interesse da criança, conceito indeterminado, que carece de alguma concretização para cada caso, e para tal é a audição e a participação da criança a ferramenta fundamental para a sua descoberta, como admite (Ramião T. d., 2018, p.107).

Aliás, vai ao encontro do pretendido pelas Diretrizes do Comité de Ministros do Conselho da Europa sobre a justiça aplicada às crianças, no seu capítulo III, ponto B no n.º 2.

O objeto do estudo foi o princípio da audição e participação da criança, que, antes de mais, começa em contexto familiar e social, no sentido em que os seus pais e os que a rodeiam a ouçam e respeitem a sua opinião, nos termos do n.º 2 do artigo 1878.º CC. Para tal, deve ser estabelecida com a criança uma relação de confiança e de entreajuda, para maior facilitação do diálogo e de uma boa comunicação, devendo ser concedida à criança a oportunidade para manifestar o que em cada momento está a sentir. Só caminhando a par com a criança se conseguirá a integração da mesma, e estabelecer o elo de confiança e entreajuda, ressalvando-se, que isto não quer significa que a vontade da criança deva prevalecer, mas que apenas se deverá dar espaço a que esta tenha a sua opinião.

A audição e participação da criança, nos processos em que ela seja envolvida, ou seja, quando seja uma audição realizada pelo juiz, é um direito que se encontra consagrado e que assiste à criança exercer. Através do mesmo, vai exprimir a sua vontade e o juiz irá relevar o que é expresso por esta, dando-lhe, assim, a devida relevância, e determinando o que melhor irá de encontro ao seu superior interesse.

Este direito está previsto quer a nível internacional, em várias convenções, quer a nível nacional, em diplomas como o RGPTC ou LPCJP. Contudo, parece que o principal

problema do mesmo é o seu critério de aferição, uma vez que, com a atual consagração da lei, só existe um critério objetivo para os casos em que o mesmo se encontra expressamente previsto. De facto, a regra geral é a predominância do critério subjetivo que depende de conceitos indeterminados, como "capacidade de compreensão", "maturidade" e "discernimento", que, como já aqui referimos, em nada beneficiam o conceito de criança, o que, como consequência, atribui ao direito uma vasta subjetividade, que acaba por limitar a sua aplicação.

Por isso, acompanhando também um pouco o que a doutrina já realiza, e bem, este critério subjetivo não deverá ser entendido de acordo com os conceitos de "maturidade" e "discernimento", que se encontram definidos nos vários dicionários, mas antes em conceitos temperados pela "maturidade" e "discernimento", concretos para a idade da criança. Por outro lado, como as orientações das diretrizes do Comité de Conselhos de Ministros para a justiça adaptada às crianças e jovens defendem, o conceito de compreensão é suficiente, sendo esta uma capacidade de compreensão relativa, assente no caso concreto de cada criança e atendendo à sua idade.

Atualmente, pode parecer que uma criança com doze anos pode ser afastada da audição, atendendo apenas ao critério subjetivo, considerando-se que não tem compreensão suficiente para esta audição, ou por ser contrária ao seu superior interesse, o que não deixa de ser incongruente com a lei anterior e com a proposta de lei n.º 338/XII, que deu origem à presente lei, na qual um dos objetivos chave era o de colocar em prática aquilo que há muito já se encontrava consagrado no papel: a audição da criança. Tal não é concretizado na presente lei, pois a regra é a do critério subjetivo, apesar de em algumas providências ainda existir um resquício da lei anterior, ao determinar-se a audição da criança com idade superior a doze anos.

Atendendo ao critério subjetivo, o qual atribui a possibilidade de qualquer criança, com idade para compreender suficientemente a questão, de participar no processo, tendo o juiz de averiguar a sua capacidade de compreensão e o que se encontra de encontro com o seu superior interesse.

Relativamente à não audição da criança, ou quando não existe justificação para tal, o que a jurisprudência tem entendido é que existe uma falta de validade da decisão, o que gera uma anulação da mesma. Ou seja, tem de se realizar a audição da criança, caso assim se entenda, ou deve justificar-se a não audição recorrendo-se a justificações médicas e despacho do juiz.

A reforma de 2015 permitiu, no entanto, um avanço significativo, no que toca à valoração extraprocessual do depoimento da criança, uma vez que as declarações para memória futura prestadas pela mesma, independentemente da natureza do processo (crime ou cível), poderão ser consideradas para outro qualquer processo, o que permite que não necessite novamente de ser ouvida, evitando-se a vitimização secundária. Atendendo à fragilidade da criança e ao ambiente vivido em tribunal, dever-se-á evitar a presença constante da mesma. Este tipo de prova poderá ser ainda mais útil do que a audição da criança em tribunal, uma vez que foi feita em momento anterior, quando a criança tinha as lembranças mais presentes.

Tivemos também de efetuar a distinção entre tomada de declarações, para que a criança expresse a sua opinião, e tomada de depoimento, para que este possa ser utilizado como meio probatório. No primeiro caso, é obrigatória a audição, sendo que aqui existe um verdadeiro direito de audição e relevância de opinião. No segundo caso, não é obrigatória o depoimento, mas sim a sua gravação.

Não podemos deixar de considerar as declarações ou os depoimentos das crianças excecionais, pois apesar de tal mecanismo ser o que melhor descodifica o seu superior interesse, a verdade é que não deixa de ser um procedimento delicado, com um ser que ainda se encontra em formação. Por todas estas suas especificidades dever-se-á realizar uma maior proteção, e privilegiar uma audição o mais adequada possível à criança, através de condições mais favoráveis para esta, respeitando-se as suas características pessoais, físicas e psicológicas assim, como a situação concreta em que se encontra. Se, por um lado, a lei ajuda-nos com alguma concretização, proporcionando um meio físico mais adequado à criança, entre outros aspetos, por outro lado atribui grande discricionariedade ao juiz da causa para averiguar o que será melhor para a criança. Daí a necessidade de equipas multidisciplinares, que deverão trabalhar em conjunto com o juiz da causa, e com os juízos de família e menores, para que seja mais fácil para o juiz percecionar o que melhor irá de encontro com o superior interesse da criança e qual deverá ser a atitude a tomar perante o caso concreto.

Paralelamente, o legislador estabeleceu que os operadores judiciários (juízes, magistrados do ministério público) deverão ter formação adequada, para que melhor possam intervir na audição da criança, e também nas decisões que sobre a mesma incidam.

Esta formação será no sentido de conseguir estabelecer uma ligação com a criança, de atender às situações concretas da causa, e tentar ser mais sensível, estabelecendo um

diálogo de pares, através da utilização do eu e do tu, por fim de adequar a conversa à idade e capacidade de compreensão demonstrada pela criança da causa.

O direito de audição da criança está intrinsecamente ligado a outro direito, à prestação de informação, que se concretiza na seguinte situação: em momento anterior à sua audição, deverá o menor ser informado sobre todas as consequências e todas as opções que terá durante a mesma, isto é, sobre o sentido e alcance da sua decisão. Contudo, deveremos ser cautelosos na informação que damos pois não queremos causar pressão sobre a criança nem que esta se sinta desconfortável ou a ser analisada, com medo de a realizar.

Ao longo desta investigação, tentamos encontrar alguns sistemas em que este direito se encontra consagrado. Da análise que elaboramos, depreendemos que Portugal se encontra em posição muito similar à da Alemanha, da Espanha e do Brasil, apesar de algumas nuances dos regimes aplicados em cada país.

Em suma, o direito de audição e participação da criança é um direito inegável e que deve ser concretizado por todas as partes envolvidas. É em direito fundamental para o desenvolvimento integral da criança respeitando assim a sua opinião e o seu superior interesse.

VI. Bibliografia

Associação de Mulheres Contra a Violência. (20 de novembro de 2009). Convenção sobre os Direitos da Criança. *Tradução do Comentário Geral n.º 12 (2009) - O direito da criança a ser ouvida*, pp. 1-32.

Baptista, J. M. (2017). *Introdução ao direito e ao discurso legitimador* (ed.). Coimbra : Almendina .

Boleiro, H., & Guerra, P. (2014). *A Criança e a Família - Uma Questão de Direito(s)* (2.ª Edição ed.). Coimbra: Coimbra Editora.

Bolieiro , H., & Guerra, P. (2009). *A criança e a família - uma questão de direitos. Visão prática dos principais institutos do direito da família e das crianças e jovens* . Coimbra Editora.

Campos, D. L., & Campos, M. M. (2018). *Lições de Direito da Família* (4.ª ed.). Coimbra: Almedina.

Corsaro, W. A. (2005). *The sociology of chidlhood.* Londres: Pine Forge Press.

Davis, J. (12 de 1998). Children e Society. *Understanding the Meanings of Children: A Reflexive Process*, pp. 325-335.

Guerra, P., Perquilhas, M., Vaz, M., Massena, A., Silva, J. B., Faria, P., & San-Bento, M. (2017). *Família e Crianças: As novas Leis - Resolução de questões práticas.* Lisboa: Centro de Estudos Judiciários.

James, A., & James, A. (2008). *Key Concepts and Reconstructing Childhood Studies.* Londres: Sage Publications.

Jenks, C. (1992). *The Sociology of Childhood: Essential Readings.* Gregg Revivals.

Justo, A. S. (2000). *Direito Privado Romano, Parte Geral (Introdução. Relação Jurídica. Defesa dos Direitos)* (Vol. I). Editora: Coimbra Editora.

Lansdown, G. (2005). *The evolving capacities of the child.* UNICEF Innocenti.

Leal, A. T., Pereira, A. P., Francisco, C., Morgado, F., Silveira, F., Lamas, H., . . . Silva, S. S. (2019). *Questões do Regime Geral do Processo Tutelar Cível.* Lisboa: Centro de Estudos Judiciários.

Martins, R. (2008). *Menoridade, (In)capacidade e Cuidado parental.* Coimbra: Coimbra Editora.

Perdigão, A., & Pinto, A. S. (2009). *Guia dos Direitos da Criança* . Lisboa : Instituto de Apoio à Criança .

Pinto, C. A. (2012). *Teoria Geral do Direito Civil* (4ª Edição ed.). Coimbra: Coimbra Editora.

Prata, A. (2008). *Dicionário Jurídico* (5.ª ed., Vol. I). Coimbra: Almendia.

Ramião, T. D. (2018). *Regime Geral do Processo Tutelar Cível. Anotado e Comentado* . Quid Juris? .

Ribeiro, A. d. (29 de janeiro de 2021). *Conselho Superior da Magistratura* . Obtido de Conselho Superior da Magistratura: https://www.csm.org.pt/estudos-e-pareceres/

Sani, A. I., & Gonçalves, R. A. (2007). Psychologica. *As crenças e as perceções das crianças sobre a violência: conceptualização de um estudo empírico*, pp. 79-95.

Soares, N. F. (2001). *Outras infâncias... A situação social das crianças atendidas numa Comissão de Proteção de Menores* . Centro de Estudos da Criança.