



UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA

O direito das crianças a serem ouvidas nos processos que lhes respeitam como concretização do princípio do superior interesse da criança

Catarina da Silva Dias Duarte

Faculdade de Direito | Escola do Porto
2018

UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA

Escola de Direito do Porto

**O direito das crianças a serem ouvidas
nos processos que lhes respeitam como
concretização do princípio do superior
interesse da criança**

Catarina da Silva Dias Duarte

Dissertação de mestrado em Direito Privado, elaborada sob a orientação da
Professora Doutora Maria Elisabete Ferreira

Faculdade de Direito | Escola do Porto
2018

*Aos meus pais
e à minha Avó Teresa*

*“Quando vejo uma criança, ela inspira-me dois sentimentos:
ternura pelo que é e respeito pelo que pode vir a ser.”*

Louis Pasteur

AGRADECIMENTOS

Aos meus Pais, por todo o apoio que me dão e pelo seu amor incondicional.

À minha orientadora, Professora Doutora Elisabete Ferreira, por toda a disponibilidade e apoio que me concedeu ao longo da realização deste trabalho.

Aos meus amigos, pelo incentivo incansável e por me fazerem querer ser melhor em tudo o que faço.

À minha Avó Teresa, por todo o amor e pelo exemplo que sempre foi para mim.

A todos, o meu mais sincero obrigado.

RESUMO

O princípio da participação e audição da criança, que se traduz no direito das crianças a serem ouvidas e a terem a sua opinião valorada nos processos que lhes dizem respeito, encontra-se consagrado no direito internacional, nomeadamente no art.12º da Convenção sobre os Direitos da Criança.

A presente dissertação parte de uma análise ao princípio do superior interesse da criança para mostrar a ligação entre este e o princípio da participação e da audição da criança, prosseguindo depois para o estudo pormenorizado deste último e da sua implementação no direito interno português. Assim, com este trabalho o nosso objetivo foi ver de que modo o direito das crianças a serem ouvidas se encontra previsto no nosso direito interno e se está a ser devidamente aplicado pelos nossos tribunais.

Após termos visto que o legislador nacional acolheu bem o direito da participação e audição da criança no novo modelo de justiça das crianças e jovens, concluímos que ainda existe alguma dificuldade em aplicar esse direito na prática.

Deste modo, e apesar da evolução positiva que se tem verificado nos últimos anos no que toca a esta matéria, entendemos ser necessário investir na adequação dos espaços onde se realiza a audição da criança e assegurar a todos os profissionais que contatem com crianças formação específica em Direitos das Crianças.

Palavras-chave: Direitos da Criança; Superior Interesse da Criança; Audição da Criança; Participação da Criança; Convenção sobre os Direitos da Criança.

ABSTRACT

The participation of the child, which can be defined as the child's right to be heard and have his or hers views taken seriously in matters that affect them, is established in international law, particularly in article 12 of the Convention on the Rights of the Child.

The present dissertation starts from an analysis of the principle of the child's best interests to demonstrate its connection to the child's right to be heard, and then proceeds to a detailed study of the latter and of its implementation in portuguese national law.

Thus, our main purpose with this work was to see how the right of the child to be heard is guaranteed in our internal law and to check if it is being properly applied by our courts.

After verifying that the right of the child to participate and to be heard was well received by our national legislator in the new justice system for children, we came to the conclusion that there are still some difficulties when it comes to putting that right of the child into practise.

Therefore, and in spite of the positive evolution that has taken place in the last few years regarding this matter, it is necessary to invest in creating the proper places and environments to inquire children and to make sure that every professional that contacts with children receives specific training in Children's Rights.

Keywords: Rights of the Child; Child's Best Interests; Hearing of the child; Child Participation; Convention on the Rights of the Child.

ÍNDICE

Advertências	1
Lista de Siglas e Abreviaturas:	2
INTRODUÇÃO.....	3
I.O princípio da participação e audição da criança como manifestação do princípio do superior interesse da criança.....	5
II.O PRINCÍPIO DA PARTICIPAÇÃO E AUDIÇÃO DA CRIANÇA	10
1. Conteúdo e Fundamento.....	10
2. Os conceitos indeterminados do art.12º da CDC: “capacidade de discernimento” e “maturidade”	14
3. Da audição das crianças nos processos que lhes dizem respeito. Diretrizes do Conselho da Europa sobre Justiça Amiga das Crianças	17
III.O PRINCÍPIO DA PARTICIPAÇÃO E AUDIÇÃO DA CRIANÇA NO DIREITO NACIONAL	20
1.A participação e audição da criança nos processos tutelares cíveis	20
1.1 A audição das crianças no processo de regulação do exercício das responsabilidades parentais	24
1.2. A participação da criança na constituição da relação de apadrinhamento civil.....	27
2. A participação e audição da criança nos processos de promoção e proteção.....	29
2.1. A participação da criança no processo de adoção	32
3. A participação e audição da criança no processo tutelar educativo.....	34
4. A participação da criança no processo penal.....	37
CONCLUSÃO.....	41
BIBLIOGRAFIA	43

Advertências

Na presente dissertação adotamos, nas notas de rodapé, o sistema abreviado autor, data, página. As referências completas podem ser consultadas na bibliografia final.

Lista de Siglas e Abreviaturas:

Ac. – Acórdão

al. – alínea

art. – artigo

arts. – Artigos

CC – Código Civil

CDC – Convenção sobre os Direitos da Criança

CEDH – Convenção Europeia dos Direitos do Homem

CEJ – Centro de Estudos Judiciários

CP – Código Penal

CPCJ – Comissão de Proteção das crianças e jovens

CPP – Código de Processo Penal

CRP – Constituição da República Portuguesa

LPCJP – Lei de Proteção das Crianças e Jovens em Perigo

LTE – Lei Tutelar Educativa

MP – Ministério Público

nº - número

ONU – Organização das Nações Unidas

p. – página

pp. - páginas

RGPTC – Regime Geral do Processo Tutelar Cível

RJPA – Regime Jurídico do Processo de Adoção

ROA – Revista da Ordem dos Advogados

STJ – Supremo Tribunal de Justiça

TRC – Tribunal da Relação de Coimbra

TRE – Tribunal da Relação de Évora

TRL – Tribunal da Relação de Lisboa

TRP – Tribunal da Relação do Porto

Vol. - Volume

INTRODUÇÃO

O trabalho que aqui apresentamos dedica-se ao estudo do princípio da audição e participação das crianças nos processos judiciais e administrativos que lhes respeitam, com especial enfoque na sua aplicação no ordenamento jurídico português, e visa demonstrar como esse mesmo princípio é fundamental para a concretização de um outro, transversal a toda a legislação em Direito das Crianças: o do superior interesse da criança.

A escolha deste tema prende-se com a importância e centralidade de tal princípio no âmbito deste ramo do Direito e à contrastante deficiente aplicação prática do mesmo que ainda se verifica.

Efetivamente, o direito da criança a exprimir a sua opinião e a ser ouvida encontra-se, desde logo, consagrado no art.12º daquele que é o documento internacional mais relevante em matéria de Direito das Crianças: a Convenção sobre os Direitos da Criança.

No entanto, apesar do reconhecimento internacional do princípio e da sua implementação na legislação nacional, a verdade é que na prática judiciária a sua aplicação está ainda aquém do desejável, pois muitas são as vezes em que o direito das crianças a dar a sua opinião é desrespeitado com o uso de pretextos como o risco de traumatizar a criança.

Por esse motivo, e esperando contribuir para uma melhor aplicação do direito das crianças a serem ouvidas nos processos que lhes digam respeito, iniciamos o nosso estudo com uma análise do princípio do superior interesse da criança, realçando a ligação entre este e o princípio da participação e audição da criança.

Em seguida, procedemos a uma análise pormenorizada do artigo 12º da Convenção sobre os Direitos da Criança e a alguns conceitos indeterminados nele utilizados, mais concretamente à maneira como tais conceitos têm sido entendidos no campo da Psicologia, salientando assim a interdisciplinaridade inerente ao Direito das Crianças

Continuamos o nosso trabalho examinando a forma como o princípio da participação e audição da criança tem sido implementado na legislação nacional e olhando para a aplicação dessa legislação pelos tribunais portugueses.

Assim, veremos de que modo o direito das crianças a serem ouvidas está assegurado nos processos tutelares cíveis, nos processos de promoção e proteção, no processo de adoção, nos processos tutelares educativos e, por fim, no processo penal.

Analisamos também algumas decisões dos nossos tribunais sobre estas matérias, procurando responder à questão que está subjacente a este nosso trabalho: será que o princípio da participação e audição das crianças está a ser devidamente aplicado em termos práticos no sistema de justiça português?

I. O PRINCÍPIO DA PARTICIPAÇÃO E AUDIÇÃO DA CRIANÇA COMO MANIFESTAÇÃO DO PRINCÍPIO DO SUPERIOR INTERESSE DA CRIANÇA

“O princípio do «interesse superior da criança» é fundamental no sistema jurídico do nosso País e consta dos textos convencionais mais relevantes sobre a criança”.¹ Com efeito, após o art.1º da Convenção sobre os Direitos da Criança definir criança como todo o ser humano com menos de 18 anos, o nº1 do artigo 3º desse diploma diz-nos que “Todas as decisões relativas a crianças, adotadas por instituições públicas ou privadas de proteção social, por tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, terão primacialmente em conta o interesse superior da criança”.

Da leitura do artigo citado podemos retirar a centralidade de tal princípio no âmbito dos Direitos da Criança. Afinal, importa recordar que a CDC consiste no “instrumento internacional de direitos humanos com o maior número de Estados Partes”² e que o superior interesse da criança constitui um dos quatro princípios basilares em que a mesma assenta³.

De facto, não se pode falar naquele que é o tema central do nosso trabalho – o direito das crianças a serem ouvidas nos processos que lhes dizem respeito – sem falar no princípio do seu superior interesse, uma vez que os dois têm funções complementares. Aliás, o princípio do respeito pelas opiniões da criança (art.12º da CDC) tem em vista a prossecução do superior interesse da mesma, pois como bem esclarece o Comentário Geral nº14 do Comité da ONU dos Direitos das Crianças, “o artigo 3.º, parágrafo 1, não pode ser corretamente aplicado se não se cumprirem os requisitos do artigo 12º”.⁴

Torna-se, portanto, imperativo fazer uma breve análise a este princípio antes de avançarmos para o estudo pormenorizado do princípio da participação e audição das crianças.

Assim, convém, desde logo, referir que o “superior interesse da criança” não é uma criação original da CDC de 1989, tendo antes já sido referido em diversos diplomas, entre os quais se destaca a Declaração de Genebra de 1924 (primeiro instrumento

¹ ROCHA (2008), p.1.

² ALBUQUERQUE (2013), p.25.

³ *Comentário geral nº 14 do Comité dos Direitos da Criança (2013)*, p.9.

⁴ *Comentário geral nº 14 do Comité dos Direitos da Criança (2013)*, pp.19 e 20. No mesmo sentido, RAMIÃO (2018), pp.25 e 26. Defende este autor que “uma das caracterizações 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”.

internacional a referir-se expressamente aos “direitos da criança”⁵) e a Declaração dos Direitos da Criança de 1959.

O surgimento deste princípio prende-se com uma nova noção de criança, que surge não como objeto, mas como sujeito de direitos fundamentais⁶.

Na legislação portuguesa, o princípio do interesse da criança tem acolhimento em diversas normas do CC, nomeadamente no nº1 do art.1878º, no art.1905º, nos nº2, 5 e 7 do art.1906º, no nº2 do art.1919º, no nº1 do art.1974º e no nº2 do art.1978º. Também nos art.4º, al. a) da LPCJP, art.5º, nº1, art. 35º, nº3 e art.40º do RGPTC e art.6º, nº3 da LTE vemos que o superior interesse da criança foi eleito como principal critério a considerar em todas as decisões relativas a menores de 18 anos.

Quanto à sua natureza jurídica, o Comentário Geral nº14 defende que o superior interesse da criança tem natureza tripla, sendo simultaneamente um direito substantivo (direito das crianças a que o seu superior interesse seja a consideração primacial em todas as decisões que lhes respeitem), um princípio jurídico interpretativo (havendo várias interpretações possíveis para uma norma jurídica, deve ser sempre escolhida a que vá mais ao encontro do superior interesse da criança) e uma regra processual (pois na tomada de decisões relativas a crianças deve ser sempre explicado de que forma o superior interesse destas foi ponderado)⁷.

Efetivamente, a doutrina e a jurisprudência são unânimes em considerar o superior interesse da criança como princípio interpretativo e critério orientador⁸.

Todavia, CATARINA DE ALBUQUERQUE e JOSÉ DE MELO ALEXANDRINO negam a classificação deste princípio como um “direito stricto sensu”⁹, considerando-o antes “uma norma impositiva, que ordena ao juiz e à administração (e até

⁵ MARTINS (2008), p. 30.

⁶ SOTTOMAYOR (2014), p.42 e MARTINS (2008), pp.25 a 34. No mesmo sentido, RUI ASSIS (2003, p.144), afirma que “no centro de todo o sistema estão crianças e jovens que devem ser considerados sujeitos de direito”,

⁷ *Comentário geral nº 14 do Comité dos Direitos da Criança (2013)*, p.10. No mesmo sentido, LEANDRO (2015), p.13.

⁸ ALBUQUERQUE (2013), p.33 e SOTTOMAYOR (2014), p.49. Também JOSÉ DE MELO ALEXANDRINO classifica o superior interesse da criança como um “princípio jurídico-formal que actua como critério orientador” (ALEXANDRINO, 2008, p.308). Já no que toca à jurisprudência, veja-se, a título de exemplo, o Ac. do STJ de 4-02-2010, que entende o superior interesse da criança como “critério orientador” que “nor-teia toda a regulação do poder paternal”, bem como o Ac. do TRP, de 10-07-2013, ao afirmar que “O interesse da criança (ou jovem) constitui o parâmetro material básico de qualquer política de protecção de crianças e jovens”.

⁹ ALBUQUERQUE (2013), p.33 e ALEXANDRINO (2008), p.308.

aos pais) que, na tomada de uma decisão que respeite ao menor, não deixem nunca de recorrer (...) à ponderação do(s) interesse(s) superior(es) do menor”.¹⁰

Sendo, porém, indiscutível tratar-se de um princípio jurídico, vai ser necessária a sua concretização por outras normas jurídicas e pela atividade do juiz.

Com efeito, o superior interesse da criança traduz-se num conceito indeterminado, que carece de preenchimento valorativo, pois “dado o seu estreito contacto com a realidade, não é suscetível de uma definição em abstrato que valha para todos os casos”¹¹. Pelo contrário, haverá tantos interesses superiores da criança quanto crianças, cabendo ao julgador a tarefa de preencher valorativamente o conceito, com base na análise sistémica da situação de cada menor¹².

O facto deste princípio se traduzir num conceito vago e flexível apresenta vantagens e desvantagens. A vantagem principal é a de permitir uma melhor adaptação à realidade de cada criança e à consciência jurídica geral, as quais não são, evidentemente, suscetíveis de serem englobadas numa definição fechada, uma vez que evoluem ao longo do tempo¹³. E é precisamente por variar no tempo e no espaço que se classifica o interesse da criança como um conceito relativo e dinâmico¹⁴.

No entanto, essa abertura do conceito tem sido largamente criticada por dar aos juízes a possibilidade de exprimirem as suas convicções pessoais sob a veste do superior interesse da criança e, desse modo, gerar opiniões divergentes sobre o conteúdo do mesmo, pondo em causa a segurança jurídica¹⁵.

A propósito desta indefinição, CLARA SOTTOMAYOR faz a distinção entre o núcleo do conceito, que considera poder ser preenchido através de valorações objetivas, e o halo do conceito, sendo este último a comportar um maior grau de incerteza e a gerar elevado subjetivismo judiciário¹⁶.

Assim, atendendo ao que foi dito sobre os perigos da flexibilidade do conceito, acreditamos que a melhor solução será a de uma maior concretização do mesmo, feita

¹⁰ ALEXANDRINO (2008), p.309.

¹¹ SOTTOMAYOR (2014), p.42.

¹² AMORIM (2009), p.88.

¹³ Recordamos aqui a configuração, elaborada por RUI EPIFÂNIO e ANTÓNIO FARINHA, de interesse da criança como “uma noção cultural, intimamente ligada a um sistema de referências vigente em cada momento, em cada sociedade, sobre a pessoa do menor, sobre as suas necessidades” (EPIFÂNIO e FARINHA, 1992, pp.326 e 327).

¹⁴ *Comentário geral nº 14 do Comité dos Direitos da Criança (2013)*, p.11 e ALBUQUERQUE (2013), p.33.

¹⁵ SOTTOMAYOR (2008), pp.48 e 49. Também JOSÉ PEREA diz que essa amplitude do conceito de interesse do menor traz desvantagens porque pode dar lugar a desvios notáveis (PEREA, 2009, p.25).

¹⁶ SOTTOMAYOR (2014), p.43.

pelo legislador através da indicação de fatores que o julgador terá de considerar na tomada de decisão, à semelhança do que se verificou no direito inglês, com o Children Act de 1989¹⁷.

Neste ponto, não podemos deixar de louvar a reforma da LPCJP, levada a cabo pela Lei nº142/2015, que na al. a) do art.4º estabeleceu a necessidade de atender às “relações de afeto de qualidade” para aferir o interesse superior da criança e que, na al.g) do mesmo artigo, introduziu o princípio do primado da continuidade das relações psicológicas profundas. Estas alterações consagram expressamente o direito da criança à continuidade das suas relações afetivas mais significativas, direito esse que tem sido fortemente defendido pela doutrina¹⁸ e que contribui para a concretização do princípio do superior interesse da criança.

Ainda relativamente a esta almejada concretização, não podemos deixar de lembrar a importância de recorrer à prática judicial para observar quais os critérios que têm orientado os Tribunais nesta matéria.

Da análise da jurisprudência distinguem-se uma série de fatores que têm servido, com maior frequência, para determinar o interesse da criança. Estes podem ser divididos em fatores relativos à criança (tais como as suas necessidades afetivas e materiais e o seu grau de desenvolvimento físico e psíquico) e em fatores relativos aos pais (como a sua saúde física e mental e o tempo disponível para cuidar dos filhos)¹⁹.

Posto isto, e subscrevendo a proposta apresentada por CATARINA DE ALBUQUERQUE²⁰, defendemos que na tomada de qualquer decisão relativa às crianças devem ser avaliadas:

- As necessidades físicas, emocionais e psicológicas da criança, tendo em conta a sua idade e o seu estágio de desenvolvimento;
- A opinião e as preferências da criança;
- A educação e herança cultural, linguística e religiosa ou espiritual da criança;

¹⁷ No direito inglês, a indeterminação do critério do interesse da criança foi substituída, no Children Act de 1989, pela indicação de elementos que o julgador deve ter em conta na investigação e na decisão de cada caso, com vista a obter uma maior clareza da lei e ajudar os pais e as crianças a compreender quais os critérios que servem de base às decisões judiciais. O mesmo se passou no Canadá com o projeto de revisão do “Divorce Act” de 1985.

¹⁸ ROCHA (2008), p. 18 e SOTTOMAYOR (2008), p.56. Ainda no mesmo sentido JÚLIO BARBOSA E SILVA diz que “essas relações, independentemente da forma como podem aparecer, são determinantes para a forma como a criança cresce e se relaciona com os outros no futuro” (BARBOSA E SILVA, 2015, p.125).

¹⁹ SOTTOMAYOR (2014), p.48.

²⁰ ALBUQUERQUE (2013), p.45.

- A natureza, força e estabilidade da relação entre a criança e cada um dos pais, avós ou qualquer outra pessoa relevante na sua vida²¹;
- A capacidade da(s) pessoa(s) a quem a decisão se aplique de cuidar da criança e responder às necessidades desta;
- Os planos apresentados para cuidados e educação da criança;
- A existência de cadastro criminal relevante para a segurança ou bem-estar da criança²²;
- O historial de violência familiar.

Atendendo ao exposto, sugerimos que estes elementos sejam acrescentados, sempre a título meramente exemplificativo, ao nº5 do art.1906º do CC (como alíneas deste nº5, após a expressão “designadamente”) e à al. a) do art.4º da LPCJP (após a palavra “nomeadamente” da redação atual, podendo ser elencadas como subalíneas).

Sobre o princípio do superior interesse da criança resta ainda dizer que este não pode ser confundido com o interesse dos pais ou da família da criança²³ e que tem um carácter finalístico²⁴, já que visa assegurar o bem-estar e o pleno desenvolvimento das capacidades da criança²⁵. Efetivamente, a “prosecução do interesse do menor (...) tem sido entendida em estreita conexão com a garantia de condições materiais, sociais, morais e psicológicas que possibilitem o seu desenvolvimento estável”²⁶.

Finalmente, não podemos deixar de, mais uma vez, realçar a importância de auscultar a opinião da criança para aferir qual é o seu superior interesse, uma vez que o seu ponto de vista dá ao adulto uma informação de especial relevância, permitindo-lhe decidir com maior acerto²⁷. Na realidade, nem nos parece que seja possível apreciar devidamente qual é o superior interesse de uma criança sem ouvir, nas suas próprias palavras, quais são os seus desejos e anseios.

Assim, podemos afirmar que a audição e participação da criança constitui um dos melhores meios para materializar o superior interesse da criança.

²¹ Importa, nomeadamente, determinar quem é/são a(s) pessoa(s) de referência da criança, isto é, quem são os adultos que têm desempenhado as tarefas relacionadas com o cuidado diário da criança, tais como, alimentação, cuidados de saúde, ensino de regras de etiqueta e de higiene, assistência nos trabalhos de casa, etc. (SOTTOMAYOR, 2008, p.56 e LOBO XAVIER, 2008, pp.18 e 19).

²² Podendo a condenação no crime de violência doméstica implicar a inibição do exercício das responsabilidades parentais (FERREIRA, 2016, p.376).

²³ LEANDRO (2004), p.111.

²⁴ SOTTOMAYOR (2014), p.50.

²⁵ PEREA (2009), p.27 e 28.

²⁶ EPIFÂNIO e FARINHA (1992), pp.326 e 327.

²⁷ LANSDOWN (2011), p.5

II. O PRINCÍPIO DA PARTICIPAÇÃO E AUDIÇÃO DA CRIANÇA

1. Conteúdo e Fundamento

O princípio da participação e da audição da criança, consagrado no art.12º da CDC, é um dos quatro princípios fundamentais deste diploma, juntamente com o direito à não discriminação, o direito à vida e ao desenvolvimento e a consideração do superior interesse da criança. Isso faz com que este artigo 12º seja não apenas um direito em si mesmo, mas também um princípio orientador a ter em conta na interpretação e aplicação de todos os restantes direitos da Convenção²⁸.

A consagração deste princípio é fruto da nova conceção, já abordada no capítulo anterior, de criança enquanto sujeito de direitos, dotada de capacidade para formar os seus próprios pontos de vista.

Mas não é só no art.12º da CDC que este direito das crianças a darem a sua opinião nos assuntos que lhe respeitam se encontra consagrado. Na verdade, considerando também o art. 24º da Carta Europeia dos Direitos Fundamentais da União Europeia, os arts. 3º e 6º da Convenção Europeia sobre o Exercício dos Direitos das Crianças e o art.10º da CEDH, não restam dúvidas sobre a extrema relevância do direito aqui em apreço.

Também o Regulamento (CE) N.º 2201/2003 do Conselho, atendendo às motivações 19, 20 e 21, bem como ao disposto no n.º 2 do art.11º, na al. b) do art. 23º, na al. c) do n.º2 do art. 41º e na al. a) do n.º 2 do art. 42.º, permite concluir que “os princípios do exercício do contraditório e da audição da Criança são os alicerces jurídicos do Regulamento Bruxelas II BIS”²⁹, uma vez que se um tribunal português proferir decisão sem ouvir a criança (e sem fundamentar a sua não audição), essa decisão não será reconhecida noutro Estado-Membro.

Podemos, então, afirmar que “o direito de participação e audição da criança em todas as questões que lhe dizem respeito, constitui, assim, um direito supranacional que se impõe no direito interno”³⁰.

Nas palavras de ALCINA COSTA RIBEIRO, “participação (do latim *participare*) consiste no ato de a criança tomar parte nos assuntos que lhe dizem respeito, exprimindo

²⁸ *Comentário Geral nº12 do Comité dos Direitos da Criança (2009)*, p.5.

²⁹ ALVES PEREIRA (2015), p.6.

³⁰ COSTA RIBEIRO (2015), p.105.

livremente a sua opinião, sendo esta valorada e tida em conta pelo adulto”³¹. E como bem explica a autora, sempre que esses assuntos são decididos em processos administrativos ou judiciais³², “o direito de participação da criança no processo corresponde à posição que neles assume, enquanto sujeito autónomo em relação aos demais intervenientes”³³.

Este direito da criança traduz-se num direito complexo, composto pelo direito de participação e pelo direito de audição, cujas vertentes se complementam³⁴.

Segundo a autora citada, o direito de participação e audição da criança pode até ser decomposto em três elementos: o direito da criança a exprimir livremente a sua opinião, o direito à valoração dessa opinião em função da idade e maturidade da criança³⁵ e a audição da criança. Os dois primeiros elementos são constitutivos do direito de participação, enquanto a audição (terceiro elemento) constitui uma garantia daqueles, visto que ouvir a opinião da criança é um meio adequado ao exercício do direito da participação³⁶.

Quanto às razões que levaram à consagração deste direito, começamos por lembrar que o seu exercício contribui para a maior autonomia das crianças e jovens. Efetivamente, a participação promove a autonomia e o desenvolvimento integral da criança, pois esta, ao sentir que a sua opinião é ouvida e valorizada, desenvolve a sua autoestima e as suas capacidades cognitivas, bem como a tolerância e o respeito pelos outros³⁷. Trata-se de um exercício de cidadania, que se não for praticado durante a infância, também não o será repentinamente aos 18 anos³⁸.

Deste modo, enquanto manifestação do direito ao desenvolvimento integral, o direito da criança a participar nos assuntos que lhe respeitam assume a natureza de direito pessoal e fundamental (art. 26º e 69º da CRP)³⁹.

³¹ COSTA RIBEIRO (2015), p.133.

³² Com efeito, como diz ANA TERESA LEAL, “A opinião da criança deve ser levada em consideração não só nos processos judiciais, mas também nos processos de natureza administrativa onde se incluem, por exemplo, as decisões sobre saúde, educação ou ambiente” (LEAL, 2014, p.173).

³³ COSTA RIBEIRO (2015), p.133.

³⁴ PIRES (2016), p.68. No mesmo sentido, COSTA RIBEIRO (2015), p.136.

³⁵ Também ROSA MARTINS entende que o direito de participação da criança deve ser visto como direito a saber que os actos de quem participa serão tidos em conta, “pois só assim se assegura à criança o direito de influenciar as decisões que lhes respeitem” (MARTINS, 2008, p.34).

³⁶ COSTA RIBEIRO (2015), pp.137 e 138.

³⁷ LANSDOWN (2011), pp.5 e 9.

³⁸ SOTTOMAYOR (2008), p.59

³⁹ GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, (2007), pp. 463, 464, 869 e 870. Na anotação ao art.69º da CRP, os autores dizem expressamente que “a noção constitucional de desenvolvimento integral (nº1, *in fine*) deve ser aproximada da noção de «desenvolvimento da personalidade» (art.26º)” e que este desenvolvimento integral de que fala o nº1 do art.69º da CRP deve ter em consideração a criança enquanto “pessoa em formação, (...) cujo desenvolvimento exige o aproveitamento de todas as suas virtualidades”.

Além disso, relembramos que a perspectiva das crianças constitui uma informação especial para a tomada da decisão do adulto, uma vez que este, ao ouvir as opiniões da criança, vai poder perceber melhor quais são as suas necessidades e preocupações e, então, tomar decisões mais acertadas. Não nos podemos esquecer que as crianças têm um conhecimento único, que deriva da sua experiência pessoal, relativamente aos assuntos a serem decididos pelos adultos.

Há ainda um outro motivo a considerar, que é o da participação permitir uma melhor proteção das crianças. De facto, ao dar às crianças a oportunidade de verbalizarem os seus pontos de vista acerca do que lhes acontece, torna-se mais fácil a exposição de eventuais violações dos seus direitos⁴⁰.

Assim, este princípio atende à natureza dicotómica da criança: necessidade de proteção e necessidade de promoção da sua autonomia.

Apesar deste direito da criança a dar a sua opinião nos assuntos que lhe respeitam já ter sido consagrado há muito tempo no nosso ordenamento jurídico⁴¹ e das recomendações do Conselho da Europa e da ONU visarem facilitar a sua integração, a realidade é que a área da participação da criança é aquela em que a aplicação prática tem sido mais deficiente.

Vejam-se, a este propósito, as Observações Finais do Comité da ONU dos Direitos da Criança sobre o terceiro e quarto relatórios periódicos de Portugal de 2014, onde o Comité se mostra preocupado “com o facto de a opinião da criança não ser na prática devidamente respeitada em todas as áreas relevantes, a nível nacional e local” e com “a formação insuficiente dos profissionais que trabalham com e em prol das crianças”⁴².

Efetivamente, tem sido apontado pela maior parte dos autores que “é entendimento frequentemente expandido nos tribunais, seja sustentado por magistrados ou advogados, seja pelos próprios pais, que os menores devem ser deixados de fora do

⁴⁰ LANSDOWN (2011), p.7.

⁴¹ Antes até da ratificação da CDC, visto que o artº 1878º nº2 do Código Civil, na sua redação de 1977, já estabelecia que os pais, "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". Assim, como indicam PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, “os pais devem “ouvir a opinião dos filhos, logo que estes estejam em condições de formar um juízo fundamentado (...) E devem ouvi-los de acordo com a sua maturidade” (LIMA e VARELA, 1995, p.333).

⁴² Comité dos Direitos da Criança, *Observações finais sobre o terceiro e quarto relatórios periódicos de Portugal de 2014*, 2016, pp.9 e 10. No mesmo sentido, GERISON LANSDOWN indica que pesquisas recentes sobre a aplicação do art.12º da CDC mostram que está ainda longe do normal as crianças serem ouvidas em tribunal, mesmo nos países com legislação onde o direito das crianças a serem ouvidas está expressamente previsto (LANSDOWN, 2011, p.45).

tribunal”⁴³. E a verdade é que muitos magistrados relataram, num trabalho realizado em 2016, que sentiam falta de preparação para a audição de crianças e adolescentes⁴⁴.

Esta realidade deve-se, em grande parte, à ideia de infância como vulnerabilidade, e carência de proteção, que “tem servido para restringir o envolvimento das crianças nos processos de decisão das questões relevantes para a sua vida”⁴⁵. É, portanto, necessária uma mudança de mentalidades na hora de aplicar este princípio, de modo a que a prática judiciária esteja conforme com os princípios internacionais e legais em vigor⁴⁶.

Além do mais, é preciso ter em atenção que ouvir a opinião da criança não implica passar para ela o peso da decisão⁴⁷, nem fazer-lhe a vontade⁴⁸. É o adulto que, antes de tomar qualquer decisão sobre a vida da criança, considera e valora a opinião por ela manifestada. O peso dado à opinião da criança irá variar de acordo com vários fatores, como a idade e a maturidade daquela.

⁴³ AA.VV. (2010), p.39.

⁴⁴ RODRIGUES (2016), pp. 28 a 32.

⁴⁵ SOTTOMAYOR (2014), p.58.

⁴⁶ AA.VV. (2010), p.39.

⁴⁷ MARTINS (2008), p.35. Como diz a autora “Não se pretende que seja a criança a decidir, mas tão-somente envolvê-la no processo de decisão”.

⁴⁸ Ac. do TRP, de 31/01/2012: “A atendibilidade da preferência manifestada pelos menores (...) radica na ponderação de que, geralmente, tal preferência coincidirá com o critério norteador da decisão. Não se verificando tal coincidência entre o interesse do menor e a sua declarada preferência, esta não se apresentará como decisiva”.

2. Os conceitos indeterminados do art.12º da CDC: “capacidade de discernimento” e “maturidade”

Diz o nº1 do art.12º da CDC que “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”.

Já anteriormente afirmámos que a opinião dada pela criança se distingue da valoração que dela é feita pelo adulto e que essa valoração tem de considerar a idade e a maturidade da criança.

Parece-nos, por isso, pertinente olhar com mais atenção para os conceitos de “capacidade de discernimento” e “maturidade”, utilizados no artigo citado, de modo a perceber melhor como os adultos encarregados de tomar decisões relativas a crianças devem ponderar as opiniões por elas manifestadas.

Para que se possa dizer que uma criança tem capacidade de discernimento é necessário que ela tenha um certo grau de autonomia de raciocínio, que lhe permita formar e expressar um ponto de vista próprio. Afinal, é preciso ver que o referido art.12º, ao dizer que a criança tem o direito de exprimir “a sua opinião”, implica que, para uma criança ter direito a participar num qualquer assunto que lhe diga respeito, ela tem de ser capaz de ter a sua própria maneira de ver, independente da visão do adulto⁴⁹.

Fatores como a capacidade para compreender e comunicar informação relevante, a capacidade para fazer escolhas com alguma independência, a capacidade para avaliar consequências de certas ações e a existência de um conjunto firme de valores que sirvam de base para a tomada de decisões têm sido considerados elementos centrais da capacidade de discernimento⁵⁰. O discernimento remete, então, para a capacidade de analisar de forma crítica e racional⁵¹.

Portanto, a determinação da capacidade de discernimento da criança irá depender de uma avaliação casuística “do desenvolvimento físico e psíquico da criança para formar e exprimir a sua ideia sobre um concreto aspeto”⁵².

A este propósito, vários estudos têm demonstrado que mesmo as crianças mais novas são capazes de formar a sua própria opinião, ainda que não sejam capazes de a

⁴⁹ COSTA RIBEIRO (2015), p.110.

⁵⁰ LANDSDOWN (2005), p.56.

⁵¹ Instituto da Segurança Social, *Manual da Audição da Criança - Direito a ser ouvida*, 2017.

⁵² COSTA RIBEIRO (2015), p.113.

verbalizar⁵³. Daí que o artigo 12º da CDC requeira o reconhecimento e o respeito por formas de comunicação não verbal como jogos, linguagem corporal, expressões faciais, desenhos e pinturas, através dos quais as crianças podem demonstrar compreensão⁵⁴.

É também por isso que tanto o Comité da ONU dos Direitos da Criança, como o Conselho da Europa aconselham os Estados-Partes a não estabelecerem, nos seus ordenamentos jurídicos, uma idade mínima para a criança ter o direito a ser ouvida, defendendo que “em vez de partir do princípio, demasiado simplista, de que a criança é incapaz de formar uma opinião, os Estados devem presumir que uma criança tem, de facto, essa capacidade. Não cabe à criança prová-lo”⁵⁵.

Posto isto, parece-nos correto afirmar que a capacidade de discernimento constitui uma "formulação abstracta a concretizar pelo legislador nacional, permitindo uma amplitude de critérios (...) aferidores da capacidade natural da criança para formar e exprimir a sua opinião”⁵⁶. Entre esses critérios, encontram-se a idade e a maturidade da criança.

A fixação da idade como fator a ter em conta é fácil de compreender. Afinal, as teorias desenvolvidas por psicólogos como PIAGET, que identificam algumas idades-charneira e estádios definidos no desenvolvimento da criança, tiveram um enorme impacto na psicologia moderna e são defendidas por muitos. Com efeito, há determinadas características que estão associadas a certas idades e é pacificamente aceite que algumas mudanças significativas nas capacidades físicas e cognitivas ocorrem no segundo ano de vida, por volta dos 6 ou 7 anos e, novamente, na puberdade⁵⁷. Além do mais, a idade “é uma das circunstâncias que influencia de forma decisiva o estado das pessoas”, desde logo por ser o critério usado pelo Direito para distinguir a menoridade e a maioridade⁵⁸.

De modo geral, antes dos 6 anos de idade, não se atribui à criança capacidade de discernimento, enquanto que depois dos 12 anos tal capacidade já se encontra pressuposta, havendo vários estudos a demonstrar que as crianças, a partir dos 14 anos, têm a capacidade para tomar decisões informadas tão desenvolvida quanto os adultos⁵⁹.

⁵³ *Comentário Geral nº7 do Comité dos Direitos da Criança (2005)*, p.7. Também DULCE ROCHA indica que “Mesmo que ainda não saiba verbalizar, a criança saber expressar os seus afectos” (ROCHA, 2004, p.20).

⁵⁴ *Comentário Geral nº12 do Comité dos Direitos da Criança (2009)*, p.9.

⁵⁵ *Diretrizes do Comité de Ministros do Conselho da Europa sobre a justiça adaptada às crianças (2010)*, p.53 e *Comentário Geral nº12 do Comité dos Direitos da Criança (2009)*, p.9.

⁵⁶ COSTA RIBEIRO (2015), p.129.

⁵⁷ GERISON LANDSDOWN (2005), p.23 e J. PIAGET e B. INHELDER (1995), p.33.

⁵⁸ MARTINS (2008), p.14.

⁵⁹ LANDSDOWN (2005), p. 24.

Todavia, e apesar de ser certo que a idade é um elemento a ter em conta na avaliação do discernimento da criança, há muitos outros fatores que influenciam a maneira como a criança se desenvolve⁶⁰.

A própria letra do art. 12º da CDC estabelece que atender apenas à idade da criança é insuficiente⁶¹. O contexto familiar, o contexto social e cultural, o modelo educativo, o funcionamento psicológico individual, as suas vivências quotidianas de contacto com regras e as diferentes experiências de vida são alguns dos elementos que influenciam o processo de desenvolvimento⁶². Por isso, duas crianças da mesma idade podem ter níveis de capacidade de discernimento diferentes.

Olhando agora para o conceito de maturidade, deparamo-nos logo com a dificuldade de se tratar de um conceito indeterminado. De facto, não há uma definição universal ou exata de maturidade. De um modo geral, a maturidade está associada à capacidade para compreender e medir as implicações e consequências de determinado assunto ou ação⁶³.

Por norma, à medida que a idade da criança e correspondente experiência de vida vão aumentando, aumenta também a sua maturidade. No entanto, a maturidade é algo tão difícil de definir e tão dependente de inúmeras variáveis (como características individuais da personalidade da criança, sua experiência de vida e seu contexto familiar), que tem de ser objeto de análise casuística, não se podendo fazer generalizações. Aliás, o Comentário Geral nº12 indica que quanto maior for o impacto de determinada matéria na vida da criança, mais importante se torna fazer uma averiguação cuidada da sua maturidade⁶⁴.

Esta pequena análise aqui realizada revela a multidisciplinidade inerente ao Direito das Crianças, especialmente a ligação entre o Direito e a Psicologia. Posto isto, torna-se muito evidente a necessidade de existirem equipas técnicas multidisciplinares que prestem apoio aos tribunais, quando se trata de decisões relativas a crianças⁶⁵.

⁶⁰ AGULHAS e ALEXANDRE (2017), p.38. As autoras alertam para o facto de, apesar de certas transformações serem esperadas em determinada idade, “as mesmas podem não ocorrer necessariamente na mesma idade para todas as crianças, por dependerem do seu desenvolvimento maturacional. A idade é, assim, um indicador, mas não um critério de referência exclusivo”.

⁶¹ *Comentário Geral nº12 do Comité dos Direitos da Criança (2009)*, p.11.

⁶² LANDSDOWN (2005), p.3, 9, 12 e *Comentário Geral nº12 do Comité dos Direitos da Criança (2009)*, p.11.

⁶³ *Comentário Geral nº12 do Comité dos Direitos da Criança (2009)*, p.11.

⁶⁴ *Comentário Geral nº12 do Comité dos Direitos da Criança (2009)*, p.11.

⁶⁵ E, quanto a isto, diga-se que “a decisão de um juiz não deixará de ser jurídica mesmo que inclua elementos proporcionados por profissionais não juristas” (LOBO XAVIER, 2008, p.21).

3. Da audição das crianças nos processos que lhes dizem respeito. Diretrizes do Conselho da Europa sobre Justiça Amiga das Crianças

Nos últimos anos, diversos documentos – de entre os quais se destacam as Diretrizes do Conselho da Europa sobre Justiça Amiga das Crianças – têm sido elaborados com o propósito de indicar quais os principais aspetos a considerar quando se trata de ouvir uma criança e que técnicas podem ser utilizadas para ultrapassar eventuais obstáculos de comunicação.

Consistindo a audição da criança no ato de entrevistar crianças e jovens, há aqui uma série de variáveis que podem interferir na qualidade e acuidade das informações obtidas. Têm sido apontadas variáveis ambientais, variáveis da criança, variáveis do entrevistador e variáveis da entrevista.

No que toca às variáveis ambientais, quando se trata de ouvir uma criança (seja nos Tribunais, nas Comissões de Proteção ou noutros locais apropriados) deve ser assegurado que o ambiente onde decorre a audição é informal, privado e não-intimidatório, de modo a transmitir segurança e confiança à criança. É conveniente que, antes do início do processo, as crianças estejam familiarizadas com a configuração do tribunal ou de outras instalações e ainda com os funcionários envolvidos⁶⁶. É também recomendado o uso de mobiliário adaptado à criança, com material para desenho e alguns brinquedos, especialmente para crianças mais novas.⁶⁷

As variáveis da entrevista dizem respeito à forma como esta é preparada e conduzida, sendo desejável que decorra por etapas e que a linguagem usada seja adequada à idade e ao nível de desenvolvimento da criança⁶⁸. A audição deve dividir-se em cinco momentos: preparação, audiência, avaliação da capacidade da criança, informação sobre o valor atribuído às opiniões da criança e recursos⁶⁹. As perguntas feitas à criança não devem ser diretas, sugestivas ou formuladas sobre forma negativa⁷⁰. Com efeito, “A utilização de questões abertas como metodologia central na entrevista forense é um aspeto consensual e recomendado na literatura especializada”, pois está comprovado que estas

⁶⁶ *Diretrizes do Comité de Ministros do Conselho da Europa sobre a justiça adaptada às crianças* (2010), p.30.

⁶⁷ RODRIGUES (2016), p.7.

⁶⁸ *Diretrizes do Comité de Ministros do Conselho da Europa sobre a justiça adaptada às crianças* (2010), p.30.

⁶⁹ *Comentário Geral nº12 do Comité dos Direitos da Criança* (2009), pp.13 e 14 e LANSDOWN (2011), pp.51 a 62.

⁷⁰ MARQUES (2018), p.26.

são as que estimulam a produção de um relato mais fiável e com maior quantidade de detalhes⁷¹.

As variáveis da criança, por sua vez, prendem-se com o seu desenvolvimento cognitivo, linguístico e emocional, devendo ser sempre tidas em conta a sua idade e maturidade. As Diretrizes defendem que as crianças devem poder ser acompanhadas pelos pais ou por adulto da sua escolha e que as sessões de tribunal nas quais elas participem devem ser adaptadas ao seu ritmo e capacidade de atenção. Assim, “devem estar previstas pausas regulares e as audiências não devem ser demasiado longas. Para permitir que as crianças participem com todas as suas capacidades cognitivas e a fim de preservar a sua estabilidade emocional, devem reduzir-se ao mínimo as interrupções e as distrações durante as sessões de tribunal”⁷².

Por fim, o entrevistador deve “ter conhecimento dos processos de desenvolvimento típicos das várias faixas etárias, por forma a facilitar a compreensão das necessidades específicas de cada criança em particular”⁷³. Ao longo da entrevista, o entrevistador deve estar atento aos estados emocionais e aos comportamentos não verbais da criança, designadamente às expressões faciais, ao tom de voz, à postura corporal e ao contacto visual.

Quanto a este aspeto, convém lembrar que os profissionais de direito não têm, na sua formação de base, formação específica para entrevistar crianças. Daí que as Diretrizes do Conselho da Europa recomendem que os interrogatórios e a recolha de depoimentos de crianças sejam, tanto quanto possível, conduzidos por profissionais qualificados e que todos os profissionais relevantes que contactem com crianças a nível dos sistemas de justiça (nomeadamente os advogados e os magistrados) recebam apoio e formação adequados, bem como orientação prática⁷⁴.

É aqui importante atentar na Diretriz 59, ao dizer que “Na audição, métodos como, nomeadamente, gravações vídeo ou áudio ou audiências preliminares à porta fechada, devem ser utilizados e considerados provas admissíveis”. Efetivamente, a gravação audiovisual apresenta a enorme vantagem de, para além de reproduzir integralmente as palavras da criança e as perguntas feitas, permitir recuperar as atitudes não verbais, as

⁷¹ ALBERTO, PEIXOTO e RIBEIRO (2013), pp.159 e 160.

⁷² *Diretrizes do Comité de Ministros do Conselho da Europa sobre a justiça adaptada às crianças* (2010), pp.30 e 31.

⁷³ AGULHAS e ALEXANDRE (2017), p.45.

⁷⁴ *Diretrizes do Comité de Ministros do Conselho da Europa sobre a justiça adaptada às crianças* (2010), pp.31, 34 e 35.

hesitações ou os silêncios, por vezes tão significativos e reveladores. Além disso, esta gravação dá aos entrevistadores a possibilidade de reverem o seu desempenho, como exercício de autoavaliação e forma de melhorar em entrevistas futuras.

O número de interrogatórios deve ser tão limitado quanto possível, e quando seja necessário mais do que um interrogatório, é preferível que seja conduzido pela mesma pessoa a fim de assegurar o interesse superior da criança⁷⁵.

Em jeito de síntese, deixamos aqui os requisitos básicos indicados pelo Comité dos Direitos da Criança para a devida implementação do princípio da participação e audição da criança, segundo os quais a participação deve ser⁷⁶:

- a) Transparente e informativa;
- b) Voluntária: a criança não deve ser obrigada a expressar opiniões;
- c) Respeitadora das opiniões da criança;
- d) Relevante: os assuntos sobre os quais a criança se possa expressar devem ser relevantes na sua vida e poder beneficiar do seu conhecimento específico;
- e) Adaptada às crianças: os ambientes e métodos de trabalho devem ser adaptados à criança;
- f) Inclusiva: deve ser evitado qualquer tipo de discriminação.
- g) Apoiada por pessoas adultas devidamente preparadas;
- h) Segura e sensível ao risco;
- i) Responsável: é essencial um compromisso de acompanhamento após a audição, tendo a criança direito a que seja tornada clara a influência da sua participação em quaisquer resultados.

⁷⁵ *Diretrizes do Comité de Ministros do Conselho da Europa sobre a justiça adaptada às crianças* (2010), p.31

⁷⁶ *Comentário Geral nº12 do Comité dos Direitos da Criança* (2009), pp.29 e 30 e LANSDOWN (2011), pp.152 a 157.

III. O PRINCÍPIO DA PARTICIPAÇÃO E AUDIÇÃO DA CRIANÇA NO DIREITO NACIONAL

1. A participação e audição da criança nos processos tutelares cíveis

Tendo em mente que a finalidade da audição varia consoante o tipo de processo em causa, começaremos então por analisar a concretização desse princípio na Lei nº141/2015, de 8 de setembro, que aprova o Regime Geral do Processo Tutelar Cível (RGPTC), o qual regula o processo aplicável às providências tutelares cíveis. Essas providências encontram-se elencadas no art.3º do diploma, encontrando-se entre elas, nomeadamente, a regulação do exercício das responsabilidades parentais, a instauração da tutela e a constituição da relação de apadrinhamento civil.

É logo no nº1 do art.4º deste diploma que se manda aplicar aos processos tutelares cíveis os princípios previstos na LPCJP, entre os quais se encontra o princípio da participação e audição da criança.

Para além disso, na alínea c) deste nº1 do art.4º está especificamente consagrado o princípio da audição e participação da criança, aí se estabelecendo 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”, só não o sendo se houver recusa fundamentada do juiz. O legislador, ao elaborar esta alínea c), quis reforçar a participação da criança como princípio orientador, não se bastando com a remissão para os princípios da LPCJP.

Podemos, portanto, afirmar que “O direito da criança a ser ouvida em todas as questões que lhe digam respeito é, assim, uma directiva essencial em matéria de RGPTC”⁷⁷.

De acordo com o disposto no nº2 do artigo em análise, a capacidade da criança para compreender os assuntos em discussão é aferida casuisticamente, por despacho do juiz, em função da idade e maturidade da criança, podendo o juiz recorrer ao apoio da assessoria técnica para este efeito. No nosso entender, onde o preceito prevê “podendo”, deveria estar “devendo para o efeito recorrer ao apoio da assessoria técnica”.

O art.5º do RGPTC concretiza e regula o modo como se realizará a audição, fixando as regras a observar. Houve aqui um bom acolhimento das recomendações internacionais e uma preocupação em obter um relato inequívoco e espontâneo por parte

⁷⁷ CONFRARIA e BARBOSA E SILVA (2015), p.111.

da criança, na medida em que o n.º4 deste artigo exige expressamente que a audição seja realizada num ambiente tranquilo e não hostil e que os operadores judiciais intervenientes no processo tenham formação adequada⁷⁸.

No entanto, a norma não esclarece o conceito de “operadores judiciais” nem de “formação adequada”. Quanto a este ponto, entendemos que se devem considerar abrangidos pelo conceito de “operadores judiciais” a quem se exige “formação adequada” não apenas os assessores técnicos externos e os profissionais que compõem as equipas técnicas multidisciplinares que apoiam as secções de família e menores (arts.20º e 22º do RGPTC), mas também os próprios magistrados e advogados.

Não se exigindo, evidentemente, que os juizes e os advogados sejam psicólogos, lembramos aqui as Diretrizes do Conselho da Europa, que sugerem a criação de um sistema de juizes e advogados especializados em Direitos das Crianças e que lembram a necessidade de oferecer formação específica e orientações práticas a todos os profissionais relevantes que contactem com crianças, de forma a garantir o interesse superior da criança⁷⁹.

Assim, consideramos imperativa a formação contínua destes profissionais. A este propósito, notamos com agrado que os planos de formação contínua realizados pelo CEJ nos últimos anos têm ido ao encontro destas orientações.

Sobre o art.5º, é ainda importante notar que este prevê duas modalidades distintas de audição da criança, conforme a finalidade a que se destinam: uma para exprimir a opinião da criança (art. 5º, n.ºs 1 a 5) e outra para tomada de declarações como meio de prova (art. 5º, n.º 6 e 7)⁸⁰.

Com efeito, já na Proposta de Lei n.º 338/XII o art.5º do RGPTC era decomposto em seis números, sendo os cinco primeiros destinados a regular a audição da criança meramente destinada a exprimir a sua opinião, enquanto o n.º 6 estipulava que “Se o interesse superior da criança ou do jovem o justificar, a sua audição pode ser prestada, com as necessárias adaptações, nos termos previstos do art. 271.º, do Código de Processo Penal”, tendo em vista o aproveitamento futuro do depoimento oral pela criança⁸¹.

Os n.ºs 1 a 5 da Proposta, relativos à audição obrigatória para todas as crianças com capacidade de compreensão dos assuntos em questão, foram aprovados praticamente

⁷⁸ RAMIÃO (2018), pp.30 e 31.

⁷⁹ *Diretrizes do Comité de Ministros do Conselho da Europa sobre a justiça adaptada às crianças* (2010), pp.34 e 35.

⁸⁰ COSTA RIBEIRO (2015), p.142.

⁸¹ *Família e Crianças: As novas Leis - Resolução de questões práticas* (2017), pp.21 e 22.

sem alterações. Já quanto ao nº 6, o Conselho Superior da Magistratura entendeu, no seu parecer sobre a Proposta de Lei, que “Considerando que aos processos tutelares cíveis se aplica subsidiariamente as normas da lei processual civil, entendemos (...) que as declarações da criança prestadas antes do julgamento para nele valerem como meio de prova se devem regular pelo Código de Processo Civil, e não pelo Código de Processo Penal”⁸².

O Conselho Superior da Magistratura sugeriu ainda a valoração extraprocessual probatória dessas declarações, tendo sido esta a orientação acolhida na lei atualmente em vigor⁸³. Assim, as alíneas d) a g) do nº7 deste art.5º constituem uma inovação importante, permitindo o aproveitamento futuro das declarações para memória futura prestadas pela criança em processo-crime, bem como das declarações por ela prestadas em processo de natureza cível (não tutelar cível)⁸⁴.

A audiência prevista no nº6 do art.5º não é obrigatória, pode é ser realizada pelo tribunal sempre que o interesse da criança o justificar. A entidade competente para esta tomada de declarações da criança não é a autoridade judiciária, mencionada no n.º 1, mas o tribunal. Além disso, para que o depoimento da criança possa ser considerado como meio de prova, têm que ser observadas as regras enunciadas no n.º 7 do mesmo artigo⁸⁵ (designadamente, a inquirição pelo Juiz, gravada mediante registo áudio ou áudio visual e com eventuais perguntas adicionais pelo Ministério Público e advogados), cuja observância não é exigida para a audiência sem fins probatórios⁸⁶.

Mas não são só os arts.4º e 5º que revelam uma integração do princípio da participação da criança no RGPTC. Na realidade, há todo um conjunto de direitos processuais que lhe asseguram essa participação, nomeadamente, a iniciativa processual (art.17º), o contraditório (art.25º) e a nomeação obrigatória de patrono à criança ou jovem quando os seus interesses e os dos seus pais, representante legal ou quem tenha a guarda de facto sejam conflituantes, ou quando a criança com maturidade suficiente a solicitar (art.18º, nº2).

⁸² Parecer do Conselho Superior da Magistratura sobre Proposta de Lei n.º 338/XII/4ª (GOV), disponível em www.parlamento.pt

⁸³ *Família e Crianças: As novas Leis - Resolução de questões práticas* (2017), pp.21 e 22.

⁸⁴ RAMIÃO (2018), p.32.

⁸⁵ *Família e Crianças: As novas Leis - Resolução de questões práticas* (2017), pp.21 e 22.

⁸⁶ COSTA RIBEIRO (2015), p.144. A autora diz mesmo que a audiência a que se referem os nº6 e 7 do preceito em análise “constituem um meio de prova legalmente admitido (...) e não o meio adequado para que a criança possa livremente exprimir a sua opinião”.

De acordo com este conjunto de normativos a criança ou jovem com capacidade de discernimento assume “uma posição autónoma em relação à dos seus pais, representante legal ou guardião de facto, podendo, pessoal e livremente, exercer os direitos processuais que lhe são expressamente conferidos”⁸⁷.

De facto, o nº1 do art.17º do RGPTC atribui à criança a iniciativa processual para instaurar qualquer providência tutelar cível, mas apenas à criança com idade superior a 12 anos. No entanto, o art.18º, nº2, ao impor a nomeação obrigatória de advogado à criança “com a maturidade adequada” que o solicite (alínea b) do referido preceito), não menciona nenhuma idade específica.

Ora, é evidente que se deve considerar que toda a criança com mais de 12 anos tem “maturidade adequada”, pois se tem poder para iniciar o processo, também deve ter direito de solicitar a nomeação de advogado⁸⁸. Quanto às crianças com idade inferior, entendemos que a maturidade deve ser aferida casuisticamente, não devendo ser recusado o pedido de nomeação de advogado feito pela criança, só por esta não ter idade superior a 12 anos.

É de louvar a consagração, no art.20º do RGPTC, da assessoria técnica juntos dos tribunais de família e menores. Esta assessoria é prestada por equipas técnicas multidisciplinares, que apoiam a instrução dos processos tutelares cíveis, nomeadamente prestando apoio às crianças que intervenham nos processos⁸⁹.

Criticamos apenas o facto da lei ser omissa quanto à composição dessas equipas técnicas, mesmo tendo em conta que a assessoria técnica aos tribunais é enquadrada em termos legislativos pelo Decreto-Lei 83/2012, de 30 de março, que aprova a orgânica do Instituto da Segurança Social, IP e que na alínea p) do artigo 3º refere que cabe às equipas técnicas multidisciplinares do sistema de segurança social “Assegurar, nos termos da lei, assessoria técnica aos tribunais em matéria de promoção e proteção de crianças e jovens em perigo e tutelar cível”⁹⁰.

Defendemos, por isso, que o RGPTC devia indicar expressamente que profissionais compõem essas equipas técnicas multidisciplinares. Entendemos ainda ser aconselhável que alguns dos elementos dessas equipas tenham formação na área da

⁸⁷COSTA RIBEIRO (2015), p.135.

⁸⁸ Neste sentido, RAMIÃO (2018), p.71.

⁸⁹ RAMIÃO (2018), p.72.

⁹⁰ RAMIÃO (2018), p.73.

psicologia, para um melhor acompanhamento da criança e melhor interpretação das opiniões por ela declaradas.

Claro que se poderia considerar isto desnecessário, uma vez que o art.22º já possibilita ao juiz fazer-se assessorar por técnicos com outros conhecimentos (como psicólogos, sociólogos ou pedopsiquiatras). Porém, o art.22º deixa tudo na esfera da possibilidade, o que não vai, no nosso entender, ao encontro do superior interesse da criança. O ideal seria que os magistrados ouvissem e inquirissem a criança sempre com o apoio da assessoria técnica.

1.1 A audição das crianças no processo de regulação do exercício das responsabilidades parentais

Há ainda um outro preceito do RGPTC que é preciso ter presente em matéria de participação e audição da criança. Trata-se de uma norma relativa ao processo especial de regulação do exercício das responsabilidades parentais, o qual se destina a fixar a residência dos filhos, fixar os alimentos devidos e forma da respetiva prestação e ainda fixar o regime de visitas quanto ao progenitor com quem os filhos não residam habitualmente (arts.1905º e 1906º do CC).

Falamos do nº3 do art.35º, que estabelece que “A criança com idade superior a 12 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”.

Assim, o nº3 impõe a audição de toda a criança com idade superior a 12 anos, bem como das crianças com idade inferior, desde que estas tenham capacidade para compreender os assuntos em discussão, só se excepcionando os casos em que se entenda que a audição prejudica o superior interesse da mesma. É ao juiz que cabe apreciar, por despacho fundamentado, se a defesa do superior interesse da criança desaconselha a sua audição⁹¹.

No que toca às responsabilidades parentais, é de salientar que o direito das crianças a serem ouvidas também se encontra previsto no Código Civil.

De facto, não só o art.1878º do CC estabelece, no seu nº2, que os pais devem considerar a opinião dos filhos nos assuntos familiares importantes, como o nº3 do

⁹¹ COSTA RIBEIRO (2015), p.147.

art.1901º prevê, no caso de desacordo dos progenitores quanto ao exercício das responsabilidades parentais na constância do casamento, a audição dos filhos nas questões que lhes digam respeito (sendo que desde 2008 não se exige, para tal, a idade mínima de 14 anos⁹²). Também o art.1904º-A, nº3, estabelece que “O tribunal deve, sempre que possível, ouvir o menor”. O facto de já não se estabelecer uma idade mínima para o direito do filho a ser ouvido nestas matérias prende-se com a consideração do menor de dezoito anos como titular de direitos de personalidade⁹³.

A propósito da regulação do exercício das responsabilidades parentais, coloca-se ainda a questão de saber qual a entidade competente para ouvir e valorar a opinião da criança quando essa regulação é proferida no âmbito de um processo de divórcio por mútuo consentimento, visto que este é, nos termos do art.14º do Decreto-Lei nº272/2001 de 13 de outubro, competência da Conservatória do Registo Civil.

Uma vez que compete ao Conservador do Registo Civil decretar ou não a decisão do divórcio por mútuo consentimento, poder-se-ia pensar que é também a ele que cabe ouvir e valorar a opinião da criança. Porém, de acordo com o disposto no nº4 do referido art.14º, quando for apresentado acordo sobre o exercício das responsabilidades parentais, o processo é enviado ao Ministério Público junto do tribunal de 1ª instância competente, para que este se pronuncie sobre o acordo no prazo de 30 dias (nº4, do art.14º, do DL nº272/2001). “Daqui resulta que compete ao Ministério Público e não ao Conservador ouvir e valorar a opinião da criança na determinação do interesse desta, como estipula o artigo 5º, nº1 do RGPTC”⁹⁴.

Todavia, como alertam ANA MASSENA e MARGARIDA PAZ, mesmo que a criança tenha idade e maturidade para exprimir a sua opinião, “o magistrado do Ministério Público, antes de emitir o parecer a que alude o nº4 do artigo 14º do citado diploma (DL 272/2001), em regra, não fornece à criança a informação necessária, nem a convoca para audição pessoal”, verificando-se “uma sobrevalorização da obtenção de uma solução consensual, por acordo entre os progenitores, sem que, previamente, a criança ou o jovem tenha podido exprimir a sua opinião”⁹⁵.

A propósito desta sobrevalorização do acordo entre os pais sobre o exercício das responsabilidades parentais em relação à opinião da criança, CLARA SOTTOMAYOR

⁹² LOBO XAVIER (2009), p.64.

⁹³ LOBO XAVIER (2009), p.64.

⁹⁴ COSTA RIBEIRO (2015), pp.144 a 146.

⁹⁵ MASSENA e PAZ (2015), p.189.

alerta para o facto de nem todos os acordos serem elaborados por pais que revelam maturidade e preocupação com os filhos⁹⁶, o que reafirma a importância de se ouvir a criança e reforça a “responsabilidade decisória do Tribunal, sendo o acordo dos pais remetido para segundo plano”⁹⁷. Afinal, não podemos esquecer que o acordo de regulação do exercício das responsabilidades parentais deve guiar-se pelo superior interesse do filho e nunca pelo dos pais⁹⁸.

Todavia, verifica-se que alguma jurisprudência assume que “uma criança com pouca idade não tem capacidade para ser ouvida, mesmo sem exames psicológicos que comprovem a sua falta de maturidade”⁹⁹

Veja-se, a este propósito, o Ac. do STJ de 5-11-2009. Neste caso, embora a decisão de não realizar a audição da menor não possa ser apreciada pelo STJ (tendo em conta o disposto no art.988º, nº 2 do Código de Processo Civil e que o critério utilizado para decidir é o da adequação em função da idade e maturidade), o que se retira deste acórdão é que nem o Tribunal da 1ª instância, nem o Tribunal da Relação ouviram a criança para averiguar dos sentimentos desta, justificando a ausência dessa audição apenas com base na idade da menor¹⁰⁰. No entanto, no processo não constam quaisquer exames, pareceres médicos ou psicológicos a confirmar a falta de maturidade da mesma.

Também o Ac. do TRL, de 13-07-2017, nos mostra que ainda há muitos magistrados que não aplicam devidamente o direito de participação da criança ou jovem. Com efeito, o acórdão diz respeito a um caso em que o juiz da 1ª instância indeferiu a pretensão da criança de 13 anos que, invocando discordar do conteúdo do acordo de regulação do exercício das responsabilidades parentais a que os seus progenitores chegaram, solicitou que lhe fosse nomeado um advogado, nos termos do art.18º, nº2 do RGPTC, para poder recorrer da sentença que homologou o acordo. Parece-nos que o Tribunal de 1ª instância não fez uma correta interpretação dos arts.18º e 32º do RGPTC e entendemos que bem decidiu o Tribunal da Relação em revogar a sentença por aquela proferida¹⁰¹.

⁹⁶ SOTTOMAYOR (2014), p.40.

⁹⁷ LOBO XAVIER (2009), p.65.

⁹⁸ FERREIRA (2016), p.371.

⁹⁹ SOTTOMAYOR (2014), p.113.

¹⁰⁰ O acórdão do TRP, de 3 de Fevereiro de 2009, do qual se recorreu para o STJ, apenas limitava-se a dizer que a criança “deverá ser sempre ouvida, pelo tribunal a quem o pedido de regresso é dirigido, a não ser que se considere inadequado em função da sua idade ou grau de maturidade (...) No caso, em apreço, verifica-se que tal audição não teve lugar, o que se compreende, face à idade da menor”.

¹⁰¹ O Ac. TRL, de 13-07-2017.

Relembramos que, no âmbito do processo de regulação do exercício das responsabilidades parentais, é particularmente importante realizar essa audição quando a criança recusa as visitas de um dos progenitores, de modo a apurar os seus motivos¹⁰².

Assim, aplaudimos a posição tomada pelo Tribunal da Relação de Lisboa, no Ac. de 4-10-2007, ao entender que “O interesse do menor é o primeiro e o mais importante factor a levar em consideração na definição do seu estatuto e esse interesse revela-se e concretiza-se também no seu direito a ser ouvido sobre as questões de regulação do poder paternal”¹⁰³.

As decisões judiciais mais recentes parecem demonstrar uma maior consciencialização, por parte dos magistrados, da relevância do princípio da participação e audição da criança.

Neste sentido, veja-se o Ac. do TRE, de 7-06-2018, que revela, no relatório, que as menores foram ouvidas pelo tribunal de 1ª instância, tendo a juíza dessa instância defendido que “se impõe a audição prévia da criança nas situações de regulação das responsabilidades parentais ou a sua alteração”¹⁰⁴. E o Tribunal da Relação, a nosso ver corretamente, manteve a decisão recorrida, tendo em conta a opinião manifestada pelas crianças. Também o Ac. do TRL, de 25-01-2018, ao afirmar que “A audição do menor não é dispensável pelo facto dos pais terem manifestado no processo qual era a posição do menor” revela que cada vez mais os juízes reconhecem a importância de ouvir as crianças nos processos que diretamente lhes dizem respeito.

1.2. A participação da criança na constituição da relação de apadrinhamento civil

Ainda quanto aos processos tutelares cíveis, não podemos deixar de realçar a importância da audição de criança relativamente ao apadrinhamento civil, outra das medidas tutelar cíveis que se encontram previstas no art.3º do RGPTC.

O apadrinhamento civil é uma “medida tutelar cível, a meio caminho entre a tutela e a adoção restrita”¹⁰⁵, que tem, como principal objetivo, a desinstitucionalização de crianças e jovens, mas que não se confunde nem pretende concorrer com a adoção.

¹⁰² SOTTOMAYOR (2014), p.114. A este propósito, defendendo que “só uma adequada perícia psicológica, (...) irá contribuir para clarificar as resistências às visitas”, *vide* PAULINO (2018), p.98.

¹⁰³ Ac. do TRL, de 4-10-2007. No mesmo sentido, o Ac. do TRL, de 15-02-2018 afirma “Constitui elemento decisivo para a formação da convicção do Tribunal a leitura feita pela própria criança dos afectos e das condições e perspectivas da sua vida futura”.

¹⁰⁴ Ac. do TRE, de 7-06-2018.

¹⁰⁵ ALFAIATE e RIBEIRO (2013), p.117.

Ao invés, o apadrinhamento “pretende ocupar um lugar próprio no sistema das medidas tutelares cíveis, dando resposta às situações em que a manutenção dos vínculos com a família biológica a par de outros vínculos afectivos se revela a melhor solução para o interesse da criança”¹⁰⁶. Aliás, a designação deste instituto deve-se precisamente ao facto de as expressões “padrinho” e “madrinha” serem entendidas pela generalidade da população como “substitutos dos pais no cuidado das crianças e dos jovens, sem pretenderem fazer-se passar por pais”¹⁰⁷.

Precisamente por visar responder com flexibilidade aos interesses das crianças e jovens, a Lei nº103/2009, de 11 de setembro (que aprova o regime jurídico do apadrinhamento civil e para a qual o art.66º do RGPTC remete), assegura a participação da criança no art.10º, nº1, alínea e), ao conferir à criança ou jovem maior de 12 anos legitimidade para dar iniciativa ao apadrinhamento civil¹⁰⁸.

Além disso, o art.11º, nº6, da referida lei prevê expressamente que “A escolha dos padrinhos é feita no respeito pelo princípio da audição obrigatória e da participação no processo da criança ou do jovem”, o que mostra bem que, quanto a esta escolha, a opinião da criança deve ser sempre tomada em conta, sendo obrigatória a sua audição independentemente da idade¹⁰⁹.

A isto acresce ser necessário o consentimento da criança maior de 12 anos¹¹⁰, nos termos da al.a) do nº1 do art.14º do diploma, devendo aquela, conseqüentemente, subscrever o compromisso de apadrinhamento civil. E, sendo subscritora, terá ainda poder para encetar o processo de revogação do mesmo, de acordo com o disposto no art.25º, nº1 da lei em questão¹¹¹.

¹⁰⁶ *Regime Jurídico do Apadrinhamento Civil Anotado* (2011), p.14.

¹⁰⁷ FERREIRA (2016), p.383.

¹⁰⁸ Sobre a legitimidade de iniciativa reconhecida à criança ou jovem, ANA RITA ALFAIATE e GERALDO RIBEIRO dizem que há o “reconhecimento de um direito de participação e audição qualificado” (ALFAIATE e RIBEIRO, 2013, p.128).

¹⁰⁹ AA.VV. (2010), p.238.

¹¹⁰ Apesar de só ser exigido o consentimento da criança maior de 12 anos, tal não significa que se devam ignorar as manifestações de vontade da criança de idade inferior. Significa apenas que, quanto às crianças de idade inferior a 12 anos, as suas opiniões devem ser tomadas em conta nos termos gerais, de acordo com a idade e maturidade. A necessidade da auscultação da opinião das crianças mais novas para avaliar a sua disponibilidade para aceitar o apadrinhamento, é a solução mais conforme ao art.12º da Convenção sobre os Direitos da Criança. Neste sentido, *Regime Jurídico do Apadrinhamento Civil Anotado* (2011), p.42.

¹¹¹ GUIMARÃES (2012), p.5.

2. A participação e audição da criança nos processos de promoção e proteção

No sistema jurídico português, o interesse da criança justifica sempre uma intervenção quando a criança se encontra em perigo para a sua formação, educação, desenvolvimento, segurança e saúde¹¹².

Assim, a Lei nº147/99, de 1 de setembro, que aprova a LPCJP, aplica-se sempre que a criança ou o jovem se encontrar em “situação de perigo induzida pelos pais, representante legal ou por quem tenha a sua guarda de facto, ou sempre que esse perigo resulte de ação ou omissão de terceiros, da criança ou do jovem e aqueles não atuem adequadamente para o afastar”¹¹³. Essa situação de perigo tem de ser atual, bastando a criação de um real ou muito provável perigo, ainda que não se tenha verificado dano.

Esta intervenção tutelar do Estado tem fundamento, desde logo, no artigo 69º da CRP, que confere à sociedade e ao Estado o dever de proteger as crianças e jovens contra todas as formas de abandono, de discriminação e opressão, com vista ao seu desenvolvimento integral¹¹⁴. E, de acordo com a alínea k) do art.4º da LPCJP, a intervenção compete, em primeira linha, às entidades públicas e privadas com atribuições em matéria de infância e juventude e às comissões de proteção, cabendo aos tribunais só em última instância.

A LPCJP foi a primeira lei interna a consagrar o direito da criança a participar nos processos que lhe dizem respeito¹¹⁵. De facto, os princípios orientadores desta intervenção vêm consagrados no mencionado art.4º e entre eles encontra-se, na alínea j), o da audição obrigatória e participação da criança, segundo o qual, a criança ou jovem, em separado ou na companhia dos pais ou de pessoa por si escolhida, tem o direito a ser ouvida e a participar na definição da medida de promoção e proteção. É à criança que cabe a escolha de ser ouvida sozinha ou acompanhada¹¹⁶.

Mas o direito de participação da criança nos processos de promoção e proteção encontra-se previsto em muitos outros preceitos do diploma aqui em apreço. Logo no art.10º, consagra-se o direito da criança ou do jovem com idade igual ou superior a 12 anos a não autorizar ou consentir a intervenção das entidades com competência em

¹¹² GUERRA (2017), p.15

¹¹³ RAMIÃO (2017), p.31.

¹¹⁴ Exposição de Motivos da Proposta de Lei nº265/VII, a qual deu origem à Lei de Proteção de Crianças e Jovens em Perigo, *in* Diário da Assembleia da República, II Série A, nº 54, de 17 de Abril de 1999.

¹¹⁵ CLEMENTE (2009), p.57.

¹¹⁶ BORGES (2011), p.295.

matéria de infância e juventude e das CPCJ. Como afirma PAULO GUERRA, “Esta é a manifestação mais ostensiva do princípio ínsito na alínea j) do artigo 4º”¹¹⁷.

Também o art.58º, nº1, relativo à medida de acolhimento residencial, prevê, na sua alínea d), que a criança ou jovem acolhido em instituição ou que beneficie de acolhimento familiar tem o direito a “Ser ouvido e participar ativamente, em função do seu grau de discernimento, em todos os assuntos do seu interesse, que incluem os respeitantes à definição e execução do seu projeto de promoção e proteção”.

Em seguida, destaca-se o art.84º da LPCJP, que, remetendo para os arts.4º e 5º do RGPTC quanto à forma e termos da audição da criança ou jovem, também “concretiza o princípio norteador da intervenção plasmado no art.4º, alínea j)”¹¹⁸.

Também o art.86º se refere a este princípio, ao reafirmar que esta audição deve decorrer de forma compreensível para a criança ou jovem, considerando a idade e o grau de desenvolvimento intelectual e psicológico¹¹⁹. Ademais, este preceito, ao possibilitar a intervenção de médicos, psicólogos ou outros técnicos para dar apoio à criança, permite que esta tenha “uma participação plena e consciente nos actos processuais, que contribuirão para definir as medidas aplicáveis e adequadas para afastar a situação perigosa”¹²⁰.

O art.88º, nº4 da LPCJP prevê a possibilidade da criança ou jovem, atendendo à sua maturidade, consultar o processo e o art.123º, nº2 confere à criança ou jovem legitimidade para recorrer de decisões, através do respetivo advogado.

Além dos artigos mencionados, também asseguram a participação da criança nos processos de promoção e proteção os artigos 93º, alínea a) e 105º, nº2 (iniciativa processual da criança), o art.94º (direito de audição e informação, no âmbito de processo na CPCJ), os nº2 e 3 do art.98º, o art.103º, nº2 (nomeação obrigatória de patrono à criança ou jovem), o art.104º (contraditório) e o art.107º (audição obrigatória da criança em sede de processo judicial de promoção e proteção).

Posto isto, não restam dúvidas de que a LPCJP acolheu bem o princípio da participação e audição da criança consagrado no art.12º da CDC, podendo dizer-se que o

¹¹⁷ GUERRA (2017), p.50. Todavia, em relação a este art.10º, ROSA CLEMENTE critica, a nosso ver com razão, a falta de densificação do conceito de “não oposição” e das suas formas de manifestação (CLEMENTE, 2009, p.60).

¹¹⁸ RAMIÃO (2017), p.193.

¹¹⁹ RAMIÃO (2017), p.198.

¹²⁰ BORGES (2011), pp. 298 e 299.

atendimento deste princípio se traduz numa atividade essencial para aferir da adequação da medida de proteção ao caso concreto¹²¹.

Todavia, a questão que se coloca é se o direito à expressão da opinião das crianças e dos jovens está a ser levado em consideração e a ser executado em termos práticos nos nossos tribunais. Procederemos, então, à análise de alguma jurisprudência para tirar as nossas conclusões.

Por exemplo, da leitura do Ac. do STJ de 14-12-2016 retira-se que o Tribunal da Relação de Coimbra, de cujo acórdão se recorreu, decidiu sem ter ouvido as crianças. Com efeito, os recorrentes alegaram, no recurso de apelação, que não houve audição dos menores em 1ª instância. O Tribunal da Relação, apesar de reconhecer o direito de audição das crianças consagrado na legislação nacional e internacional, considera que os apelantes não arguíram a falta de audição em tempo oportuno de acordo com o regime das nulidades processuais e, então, decide não realizar essa audição, argumentando que “a realização, mesmo oficiosa, pela Relação de novos meios de prova só pode efectivar-se em caso de dúvida fundada sobre a prova realizada” e que “a análise crítica da prova efectuada (documental, pericial e testemunhal) não suscita dúvida fundada”.

Ora, é nosso entendimento que a posição tomada pela Relação no caso *sub judice* não é a que melhor acautela o interesse da criança. Deste modo, parece-nos que bem decidiu o STJ ao anular o acórdão recorrido, defendendo que “A audição da criança num processo que lhe diz respeito – no caso, de promoção e protecção – não pode ser encarada apenas como um 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 afecta” e que a “falta de audição da criança afecta a validade das decisões finais dos correspondentes processos por corresponder a um princípio geral com relevância substantiva”.

Contudo, como se retira da decisão da 1ª instância do caso em apreço, ainda há muitos magistrados que tomam as suas decisões sem sequer procurar auscultar a opinião das crianças.

O mesmo se pode dizer da decisão de 1ª instância apreciada no Ac. do TRL, de 09-03-2004. Aqui, apesar do Tribunal da Relação ter ido no sentido de assegurar o direito da jovem a participar no seu processo de promoção e protecção, dando provimento ao

¹²¹ FERREIRA (2016), p.321.

recurso interposto pelo MP, vemos que o Juiz na decisão recorrida não ouviu a posição da jovem¹²².

Já no Ac. do TRL, de 13-07-2017, o direito da audição das crianças foi devidamente aplicado, afirmando o Tribunal que “A audição da criança, no âmbito de processo de promoção e proteção – e para lá da sua obrigatoriedade enquanto ato de instrução, nos quadros do artigo 107º, n.º 1, alínea a), da LPCJP – sendo um direito daquela (...) é também (...) um instrumento legítimo na aferição dos pressupostos de aplicação de medida de promoção e proteção”¹²³.

Contudo, da leitura deste último acórdão retiramos que ainda existe a forte convicção de que as crianças devem manter-se afastadas dos tribunais, uma vez que a progenitora tentou evitar ao máximo que os menores participassem, alegando que “essa participação desestabiliza as crianças”¹²⁴.

E a verdade é que não se pode dizer que o receio, sentido pelos pais, de que a participação das crianças nos tribunais seja para elas uma experiência negativa, é totalmente irrazoável.

Efetivamente, convém ter em conta que nas Conclusões do I Congresso Europeu sobre uma justiça amiga das crianças, realizado em Lisboa nos dias 24 e 25 de Maio de 2016, embora se tenha notado “uma evolução positiva ao nível do trabalho desenvolvido nesta área, nomeadamente quanto à maior consciencialização dos profissionais para a audição/informação (...) das crianças/jovens”, também se constatou que ainda “Existem em Portugal muitos obstáculos que as crianças enfrentam no sistema judiciário, tais como os interrogatórios repetidos, os ambientes e procedimentos intimidatórios, a ausência de formação particularmente especializada dos profissionais que as entrevistam”¹²⁵.

2.1. A participação da criança no processo de adoção

Uma das medidas de promoção e proteção previstas no art.35º da LPCJP é a confiança a pessoa selecionada para a adoção ou a instituição com vista à adoção.

Sobre a adoção, convém referir que esta se traduz num instituto que visa o superior interesse da criança e que encontra, entre nós, consagração constitucional (art. 36º, nº 7

¹²² No acórdão referido, o Tribunal segue o entendimento do MP, que alega: “Considerando, pois, o direito da criança ou do jovem de participar na definição do tipo de intervenção judicial de que é alvo, outra solução não restaria ao Juiz *"a quo"* se não aguardar pela resposta da jovem (A) e conhecer a sua posição”.

¹²³ Ac. do TRL, de 13-07-2017.

¹²⁴ Ac. do TRL, de 13-07-2017

¹²⁵ GUERRA (2017), pp. 269 e 275.

da CRP). A adoção, prevista no art.1586º do CC, “não é, apenas, mais uma forma de proteger uma criança”¹²⁶, pois o adotante assumirá uma posição jurídica que faz recair sobre si as responsabilidades parentais¹²⁷.

No início de 2015, a comissão constituída para rever o regime jurídico da adoção, concluiu que se verificavam, no sistema então em vigor, inúmeras fragilidades, tais como a dispersão em vários diplomas de matéria procedimental relativa à adoção e a inutilidade da coexistência de duas modalidades de encaminhamento judicial para a adoção (a providência tutelar cível de confiança judicial e a medida de promoção e proteção prevista na alínea g) do n.º.1 do art.35º. da LPCJP)¹²⁸.

Outro dos aspetos que a comissão notou que carecia de alteração consistia no facto de a audição da criança apenas se realizar na fase final do processo de adoção, “sem que previamente lhe fosse assegurada a preparação necessária para entender o que é a adopção e quais os seus efeitos”, o que a impedia de ser “participante efectiva num processo que directamente lhe diz respeito”¹²⁹.

Da Lei n.º143/2015, que aprovou o novo RJPA, resultou a consagração legal do momento indicado para ouvir a criança sobre o seu futuro, nos termos dos arts. 36º, n.º1 (relativo à fase preliminar da confiança administrativa) e da al. c) do n.º1 do art.54º (relativo à fase final do processo) do RJPA.

Por sua vez, no art.3º deste diploma enunciam-se como princípios orientadores do processo de adoção a audição obrigatória (al. c) do art.3º) e a participação da criança (al. d) do mesmo artigo), “dando concretização ao direito de participação nas decisões que a afectem, mediante a reflexão sobre as suas expectativas em relação à família onde será integrada”¹³⁰.

A participação da criança no processo de adoção é ainda assegurada pela al. a) do n.º1 do art.1981º do CC, ao exigir-se o consentimento do adotando maior de 12 anos.

¹²⁶ GONÇALVES (2013), p.65.

¹²⁷ BARROSO (2013), p.53.

¹²⁸ GAGO (2015), p.69.

¹²⁹ GAGO (2015), p.74.

¹³⁰ GAGO (2015), p.89.

3. A participação e audição da criança no processo tutelar educativo

A intervenção tutelar educativa ocorre quando um menor com idade compreendida entre os 12 e os 16 anos pratica um facto qualificado pela lei como crime (art.1º da LTE) e traduz o dever público do Estado de “intervir correctivamente (...) sempre que a criança ou jovem, ao ofender normas criminais, revele uma personalidade hostil ou indiferente ao dever-ser jurídico básico, que torna então necessário educá-lo onde a família falhou”¹³¹.

Embora esta intervenção do Estado implique restrições dos direitos da criança (como o direito à liberdade), tais restrições encontram-se justificadas pelo próprio interesse da criança na educação para o Direito (art.2º, nº1 da LTE) e pela prossecução de outros interesses constitucionalmente protegidos, como o “desenvolvimento da personalidade dos jovens, a criação de condições para a sua efetiva integração na vida ativa e o sentido de serviço à comunidade” (art.70º, nº2 da CRP)¹³².

De facto, como a personalidade do jovem naquelas idades ainda se está a formar, o Estado pode e deve intervir corretivamente nessa formação, sempre que aquele ofenda valores vistos pela comunidade como essenciais. Procura-se, com isto, dar ao jovem a oportunidade de “consertar o que fez de errado, de forma a partir depois para o futuro reconciliado com a sociedade”¹³³.

Como esclarecem HELENA BOLIEIRO e PAULO GUERRA, a LTE tem mecanismos que permitem perceber as razões que estão por detrás dos comportamentos desviantes dos jovens e encontrar formas de os corrigir. Um desses mecanismos é justamente a audição obrigatória do jovem prevaricante, que fica obrigado a enfrentar o seu próprio erro¹³⁴.

Já na Exposição de Motivos da Proposta de Lei 266/VII estava patente a importância dessa audição, aí se afirmando que “O menor deve ser visto como sujeito activo, capaz de participar na transformação do ambiente em que ocorre o seu próprio desenvolvimento” e que “A participação constitutiva no processo só pode realizar-se se

¹³¹ CASCÃO (2015), p.153.

¹³² BOLIEIRO e GUERRA (2014), pp.109 e 110. Como diz CHANDRA GRACIAS, “É, precisamente, este interesse público na reeducação do pré-adolescente ou do jovem com idade compreendida entre os 12 e os 16 anos, para o Direito e para a sua (re)inserção, digna e responsável, na vida em comunidade (...) que explica e sustenta a compressão dos seus direitos fundamentais” (GRACIAS, 2017, p.177).

¹³³ GERSÃO e CAMPOS (2008).

¹³⁴ BOLIEIRO e GUERRA (2014), p.145.

for conferido ao menor o direito de ser ouvido”¹³⁵. Vejamos, então, de que forma o princípio da participação e audição da criança ou jovem se encontra previsto na LTE.

Nesta senda, constatamos que logo no art.45º, nº2, al.a) da LTE se encontra especialmente previsto o direito a ser ouvido pela autoridade judiciária, oficiosamente ou por requerimento. Como afirma JÚLIO BARBOSA E SILVA, “Este artigo, em resumo, consagra sem margem para dúvidas o jovem enquanto sujeito de direitos”¹³⁶.

O art.47º, nº1 também trata da audição do menor, estabelecendo que esta só pode ser realizada pela autoridade judiciária. Este nº1, conjugado com o disposto no artigo 45º, nº2, al. a), reflete a importância dessa audição e o carácter protetor da LTE, já que demonstra uma preocupação com as garantias prestadas ao jovem no momento da sua audição, ao dispor que esta será nula se não for levada a cabo pelo Ministério Público ou pelo Juiz¹³⁷.

Concordamos com o entendimento do autor citado, ao defender que o nº2 do art.47º, que prevê a possibilidade de a autoridade judiciária designar um técnico que acompanhe o jovem e lhe proporcione apoio psicológico, devia ser uma regra e não mera faculdade na audição dos jovens¹³⁸. Como já dissemos em relação ao RGPTC, também aqui entendemos que o acompanhamento do jovem por um técnico especializado é a melhor forma de assegurar o superior interesse da criança.

Quanto à audição do menor na fase do inquérito, o art.77º da LTE constitui um dos casos em que a audição é realizada oficiosamente e apenas prevê a sua dispensa em caso de arquivamento liminar. Não havendo arquivamento, o art.77º estabelece que só é possível o adiamento da audição, já que “a audição do menor no inquérito tutelar educativo é um acto obrigatório, uma formalidade essencial, que não pode ser afastada”¹³⁹. Por isso, não é admissível a aplicação subsidiária do art.272º, nº1, do CPP, que prevê a dispensa de interrogatório de pessoa determinada em relação à qual haja

¹³⁵ Proposta de Lei nº266/VII, *in* Diário da Assembleia da República, II série A, nº54, de 17 de Abril de 1999.

¹³⁶ BARBOSA E SILVA (2013), p.159. No mesmo sentido, RODRIGUES e DUARTE-FONSECA (2000), p.144 e LABORINHO LÚCIO (2005), p.45.

¹³⁷ BARBOSA E SILVA (2013), p.165. Criticando esta obrigatoriedade de inquirição das testemunhas menores de 16 anos pela autoridade judiciária, com base no escasso tempo de que os Magistrados dispõem e na ausência de igual garantismo em caso de processo-crime, *vide* AMORIM (2015), p.182.

¹³⁸ BARBOSA E SILVA (2013), p.166.

¹³⁹ MAXIMIANO (2014), pp.166 e 167.

suspeita fundada da prática de crime quando não seja possível notificá-la¹⁴⁰. Além disso, o adiamento só tem lugar quando o interesse do jovem o justificar¹⁴¹.

Com efeito, a audiência da criança ou jovem, além de ser um direito de defesa, constitui um meio de prova e a sua falta consubstancia uma nulidade, por insuficiência do inquérito (por não ter sido praticado ato legalmente obrigatório, nos termos dos arts. 118º, nº1 e 120º, nº1 e 2, al. d) do CPP, aplicáveis por força do art.128º, nº1, da LTE)¹⁴².

No art.82º, nº1 da LTE confirma-se o direito do jovem a participar no processo tutelar educativo, permitindo-se que esteja presente na sessão conjunta de prova e, se assim o desejar, prestar declarações.

Já na fase jurisdicional, a participação do jovem é assegurada pelo art.101º, nº2, al. a) da LTE, que prevê a convocação daquele para a audiência prévia. E parece-nos que, se assim o desejar, o jovem pode comparecer à diligência, mesmo estando dispensado de o fazer (nos termos do art.101º, nº3 da LTE)¹⁴³. Portanto, a presença do jovem na audiência prévia, embora não seja obrigatória, é um direito seu.

Também na al.a) do nº2 do art.104º e no nº1 do art.107º da LTE se consagra o direito do jovem a dar a sua opinião, o qual, em sede de audiência prévia, “ganha importância acrescida, devendo então, o que é referido pelo jovem ser tido em conta, quer na aceitação da proposta, quer na sua rejeição, quer, na generalidade, na busca de consensos”¹⁴⁴. O nº2 do art.109º deste diploma é outra concretização do direito do jovem a ser ouvido, consagrado no mencionado art.45º, nº2, al.a) e o art.123º, al. b), ao estabelecer a legitimidade do menor para recorrer das decisões, também demonstra que a LTE encara o jovem como um verdadeiro ator processual.

O direito de participação e audiência do jovem está ainda salvaguardado pelos arts.134º, nº1, 137º, nº1, 171º, nº3, al. m), 189º, nº2 e 201º da LTE.

¹⁴⁰ Com efeito, apesar do art.128º, nº1 da LTE prever a aplicação subsidiária do CPP, como a audiência do jovem está especificamente prevista no art.77º da LTE, não há lugar à aplicação subsidiária do CPP nesta matéria. Neste sentido, MAXIMIANO (2014), p.164.

¹⁴¹ BARBOSA E SILVA (2013), p.270.

¹⁴² MAXIMIANO (2014), p.167.

¹⁴³ Neste sentido, BARBOSA E SILVA (2013), p.343.

¹⁴⁴ BARBOSA E SILVA (2013), p.348. O autor diz mesmo que é “imperioso ter em atenção o que o jovem possa ter a dizer acerca da proposta de aplicação de medida tutelar educativa pelo Ministério Público (...), para obter os seus pontos de vista e aceitação de uma outra medida”.

4. A participação da criança no processo penal

Por fim, importa fazer uma breve análise de como essa participação acontece nos casos em que a criança é vítima de crimes.

A este propósito, convém notar que “dar a oportunidade à criança para se pronunciar, para revelar a sua experiência pode, em certas circunstâncias, ser reparador e ser percebido como uma garantia dos seus direitos”¹⁴⁵, na medida em que confere uma sensação de maior controlo sobre os acontecimentos e diminui a sensação de impotência sentida pelas vítimas.

A qualidade da participação da criança no processo penal depende muito da abordagem dos adultos, podendo algumas limitações associadas ao nível de desenvolvimento daquela ser contornadas através de uma abordagem mais adequada e especializada¹⁴⁶, nomeadamente com a utilização de técnicas e protocolos de entrevista que tenham em conta as especificidades do desenvolvimento da criança¹⁴⁷.

Com efeito, lembramos que são necessárias regras específicas para a inquirição das crianças vítimas, para o registo dos seus depoimentos e para o exercício do contraditório, de modo a equilibrar os direitos da criança e os direitos do arguido¹⁴⁸.

Assim, o CPP contém um conjunto de normas especificamente dirigidas a menores intervenientes no processo, a quem é reconhecida a capacidade de testemunhar. Vejamos:

Logo no art.67º-A do CPP, considera-se “Vítima especialmente vulnerável”, a vítima cuja especial fragilidade resulte, nomeadamente, da sua idade. Portanto, a lei processual penal prevê a possibilidade de a vulnerabilidade da vítima resultar da sua diminuta idade, o que traduz uma maior protecção da criança no âmbito do processo penal.

Também o art.26º, nº2 da Lei n.º 93/99, de 14 de Julho (Lei de protecção de testemunhas) e o art.2º, al. b) da Lei nº112/2009, de 16 de Setembro (regime jurídico aplicável à prevenção da violência doméstica, à protecção e à assistência das suas vítimas) estabelecem que a especial vulnerabilidade da testemunha pode resultar da sua diminuta idade.

Importa, aqui, ter em conta as regras previstas na Lei nº130/2015, de 4 de setembro (Estatuto da vítima), que logo no art.7º, nº6 se refere aos casos em que a vítima é uma

¹⁴⁵ RIBEIRO (2009), pp.103 e 129.

¹⁴⁶ RIBEIRO (2009), pp.118 e 119.

¹⁴⁷ ALBERTO, PEIXOTO e RIBEIRO (2013), p.151.

¹⁴⁸ CARMO, ALBERTO e GUERRA (2003), p.70.

criança. Além disso, o art.21º e seguintes desse diploma prevêm um conjunto de direitos conferidos às vítimas especialmente vulneráveis, estabelecendo o art.22º, nº1, que “Todas as crianças vítimas têm o direito de ser ouvidas no processo penal, devendo para o efeito ser tomadas em consideração a sua idade e maturidade”.

Mas voltando às normas do CPP especialmente dirigidas às crianças e jovens, o art.68º do CPP estabelece que os menores de 16 anos só poderão constituir-se assistentes através dos seus representantes legais ou das entidades referidas nas alíneas c) e d) do artigo. O art.91º do diploma, por sua vez, determina que os menores de 16 anos não têm de prestar juramento, enquanto o art.131º, nº3, relativo à capacidade para testemunhar, diz que “Tratando-se de depoimento de menor de 18 anos em crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual de menores, pode ter lugar perícia sobre a personalidade”¹⁴⁹.

Muito importante no que toca à participação de menores no processo penal é o art.271º do CPP, relativo às declarações para memória futura, uma vez que este preceito legal assegura uma abordagem especializada no caso de a testemunha ser menor.

De facto, o nº2 do art. 271º prevê que “No caso de processo por crime contra a liberdade e autodeterminação sexual de menor, procede-se sempre à inquirição do ofendido no decurso do inquérito”. Assim, as declarações para memória futura são, neste caso, uma diligência obrigatoriamente efetuada na fase de inquérito¹⁵⁰, procurando-se atender ao princípio da urgência, que deve ser aplicado em todos os processos que digam respeito a crianças.

Não há dúvidas de que a assunção de medidas para que a tomada de declarações das crianças vítimas deste tipo de crimes se realize no mais curto espaço de tempo após a ocorrência ou o conhecimento dos factos é extremamente necessária, pois só assim se pode assegurar que o depoimento é recolhido nas melhores condições e a que a vítima é protegida¹⁵¹.

Também o nº4 do art.271º do CPP tem em conta a especial condição da criança, ao prever que a tomada de declarações do menor é realizada num ambiente informal e reservado, sendo o menor assistido e acompanhado por técnico especialmente habilitado, de modo a obter respostas espontâneas e sinceras.

¹⁴⁹ Esta perícia não visa avaliar a veracidade do conteúdo do depoimento, que está sempre sujeito ao princípio da livre apreciação da prova, mas sim o conhecimento das características psicológicas de quem o presta.

¹⁵⁰ CARMO (2013), p.125.

¹⁵¹ CARMO (2013), pp.122 e 123.

A inquirição da criança para memória futura é um ato jurisdicional da competência do juiz de instrução, sendo obrigatória a presença do MP e do defensor do arguido nesta diligência (art.271º, nº3 do CPP). Aplica-se aqui o art.349º do CPP, de acordo com o qual a inquirição da testemunha menor de 16 anos é levada a cabo apenas pelo juiz de instrução, podendo os outros intervenientes pedir-lhe “que formule à testemunha perguntas adicionais”¹⁵².

O regime previsto na lei acolhe as orientações do Comité de Ministros do Conselho da Europa sobre a proteção das crianças contra a exploração sexual, designadamente a previsão de medidas especiais que evitem a repetição das inquirições e minimizem o seu impacto negativo.

No entanto, vários autores alertam para o facto de, na prática dos nossos tribunais, a inquirição judicial da criança ser frequentemente realizada numa fase avançada da investigação e após a criança já ter sido ouvida várias vezes (seja, no decurso da investigação criminal, pelos órgãos de polícia criminal ou pelo MP, seja por entidades com responsabilidades na proteção e promoção dos seus direitos)¹⁵³.

Aliás, CATARINA RIBEIRO, no seu estudo de 2009, verificou que “as crianças contaram, em média, 8 vezes os factos em investigação”¹⁵⁴, sendo esta repetição aquilo que identificavam como o aspeto mais penoso relativamente à sua participação no processo judicial.

Esta prática coloca em causa a qualidade do relato, contrariando a tese cientificamente comprovada de que a realização de entrevistas múltiplas e a existência de um grande intervalo de tempo entre o acontecimento e o depoimento aumentam o risco de erros no relato da criança. Sem falar no risco de vitimação secundária que esta repetição de entrevistas acarreta para a criança.

Mais uma vez, verifica-se uma certa incongruência entre o direito positivo e a prática judicial.

Outro problema que se identificou é a “falta de preparação específica dos interventores judiciais para inquirir a criança”¹⁵⁵, que para além de terem dificuldade em adequar o discurso à idade da criança e interpretar o que a criança diz, também revelam

¹⁵² CARMO (2013), p.135.

¹⁵³ CARMO (2013), p.129. No mesmo sentido, ALBERTO, PEIXOTO e RIBEIRO (2013), p.163: “Apesar da existência de uma diligência processual, como as declarações para memória futura, as crianças continuam a ser inquiridas várias vezes e por diferentes pessoas”.

¹⁵⁴ RIBEIRO (2009), p.180.

¹⁵⁵ RIBEIRO (2009) p.118.

ainda uma grande desconfiança acerca da competência e da credibilidade das crianças para prestar depoimento¹⁵⁶.

Por exemplo, no Ac. do TRP, de 29-04-2015, apesar de se ter realizado a audição do menor e do relatório pericial de avaliação psicológica realizada ao mesmo defender que o menor relatava os factos de forma credível, não havendo indícios de que os tenha imaginado, o tribunal da 1ª instância considerou que os factos relatados pelo menor em sede de declarações para memória futura (ter sido vítima de maus tratos por parte do progenitor) eram inverosímeis. Apesar de as perícias serem livremente apreciadas com as restantes provas que forem produzidas e do juiz poder afastar-se das mesmas, questionamo-nos se não terá havido aqui alguma discriminação do depoimento da criança devido à sua idade.

Quanto a esta desconfiança relativa à credibilidade do depoimento da criança, diga-se que “contrariamente à ideia amplamente difundida de que a criança revela menos capacidade para testemunhar do que os adultos, os dados da investigação têm vindo a demonstrar que as crianças revelam elevadas competências testemunhais e comunicacionais, bem como uma capacidade de discernimento superior à que frequentemente lhes é atribuída”¹⁵⁷.

É importante ter ainda em conta que a criança vítima entra no mundo da Justiça através da Justiça Criminal e da Justiça Protetiva e que estas duas intervenções têm fins distintos, o que torna imperativa a articulação entre o sistema de proteção e o sistema penal.¹⁵⁸

¹⁵⁶ SACAU (2011), p.318. A autora considera que o facto de muitos profissionais envolvidos nos processos ainda acreditarem que é provável a incidência da mentira na tomada de declarações a crianças, constitui um dos maiores perigos na valoração do depoimento da criança.

¹⁵⁷ RIBEIRO (2009), p.117.

¹⁵⁸ RIBEIRO (2009), pp.108 e 109.

CONCLUSÃO

O princípio da participação e audição da criança encontra-se hoje reconhecido em diversas normas de direito internacional, sendo a mais importante o art.12º da Convenção sobre os Direitos das Crianças. Este princípio traduz-se no direito da criança a exprimir livremente a sua opinião sobre um assunto que a afete e a que tal opinião seja levada a sério por quem a ouve, assegurando o envolvimento da criança naquele aspeto concreto da sua vida.

O exercício deste direito requer a existência de uma relação dialogante entre a criança e o adulto, devendo este último reconhecer naquela uma pessoa a ouvir e considerar. Ademais, o exercício deste direito é essencial à determinação do superior interesse da criança, que deve ser o critério orientador em todas as decisões relativas a crianças.

Após a realização deste estudo, verificámos que, para a devida aplicação deste direito, é necessário assegurar uma série de condições que atendam às características próprias das crianças, nomeadamente à sua idade e maturidade. Assim, a participação deve ser: transparente e informativa, voluntária, respeitosa, relevante, adaptada às crianças, inclusiva, apoiada por pessoas adultas devidamente preparadas, segura e responsável.

Concluimos também que o direito da criança a ser ouvida nos processos que lhe dizem respeito se encontra, de modo geral, devidamente assegurado na legislação portuguesa, estando previsto e regulado nos diplomas legislativos mais relevantes em matéria de Direitos das Crianças.

Ainda assim, há espaço para algumas melhorias. Sugerimos uma maior concretização do princípio do superior interesse da criança, através da inclusão na lei de alguns elementos a serem tidos em conta pelo julgador aquando da tomada de decisões relativas a crianças, devendo um desses elementos ser a opinião da criança.

Entendemos ser igualmente aconselhável que a lei preveja expressamente que, quando se trata de ouvir crianças, os magistrados devem estar sempre acompanhados de profissionais com formação específica em crianças, não devendo isto ser deixado como mera possibilidade conferida ao juiz. Defendemos, portanto, que a audição da criança seja realizada com a ajuda e presença de um psicólogo, uma vez que este profissional tem um conhecimento particular que lhe permite interpretar melhor as palavras e atitudes da criança e deixá-la mais à vontade.

No entanto, não foi tanto a nível do direito positivo que descobrimos entraves à participação da criança, mas sim no que toca à aplicação prática desse direito, o que demonstra que as inovações legislativas recentes, resultantes das Diretrizes e orientações internacionais, ainda estão em fase de adaptação às práticas.

De facto, findo o nosso estudo, constatámos ainda existir uma certa desconfiança em relação à capacidade da criança para formar e exprimir a sua própria opinião e, principalmente, a dificuldade dos magistrados em adequar o seu discurso à idade e nível de desenvolvimento da criança, sendo necessário dotá-los de técnicas facilitadoras de comunicação com crianças e adolescentes.

Para além da necessidade de assegurar aos advogados, magistrados e a todos os profissionais envolvidos formações específicas para o contacto com crianças, verificámos também que as instalações judiciais não estão devidamente preparadas em termos físicos e logísticos para acolher adequadamente estas crianças e jovens, sendo espaços austeros e pesados. É, portanto, uma necessidade premente o investimento em locais adequados para a inquirição das crianças.

Todavia, é seguro afirmar que existe uma evolução positiva nesta área, havendo uma maior consciencialização dos profissionais para importância da audição das crianças e jovens, o que é evidenciado pelas decisões judiciais mais recentes e pelos vários colóquios e trabalhos que têm sido realizados. Destaco aqui as ações de formação organizadas pelo CEJ e o “Guia de Boas Práticas” elaborado, em 2017, pela Dr.^a Rute Agulhas e pela Dr.^a Joana Alexandre.

BIBLIOGRAFIA

- AA.VV. (2010) – *Poder Paternal e Responsabilidades Parentais*, 2ª Ed., Quid Juris.
- ALBERTO, Isabel; PEIXOTO, Carlos E.; RIBEIRO, Catarina – *O Protocolo de entrevista forense no NICHD: contributo na obtenção do testemunho da criança no contexto português*, Revista do Ministério Público, Ano 34, nº 134 (2013), 149-188.
- ALEXANDRINO, José de Melo – *Os Direitos das Crianças, Linhas para uma construção unitária*, Revista da Ordem dos Advogados, Ano 68, (2008), 275-309.
- ALFAIATE, Ana Rita; RIBEIRO, Geraldo Rocha – *Reflexões a propósito do apadrinhamento civil*, Revista do Centro de Estudos Judiciários, nº1, 1º semestre, (2013), 117-142.
- AMORIM, Rui Jorge Guedes Faria de – *Fundamentos e alcance da recente revisão da Lei Tutelar Educativa*, Revista do Centro de Estudos Judiciários, nº2, 2ª semestre, (2015), 165-185.
- AMORIM, Rui Jorge Guedes Faria de – *O interesse do menor, Um conceito transversal à jurisdição de família e crianças*, Revista do Centro de Estudos Judiciários, nº12, 2º semestre, (2009), 83-115.
- ASSIS, Rui (2003) – *A reforma do direito dos menores: do modelo de proteção ao modelo educativo*, in *Cuidar da Justiça de Crianças e de Jovens – A função dos juízes sociais*. Actas do encontro, Almedina.
- BOLIEIRO, Helena; GUERRA, Paulo (2014) – *A Criança e a Família – Uma Questão de Direito(s)*, 2ª ed., Coimbra Editora.
- BORGES, Beatriz Marques (2011) – *Protecção de Crianças e Jovens em Perigo – Comentários e Anotações à Lei nº147/99 de 1 de Setembro*, 2ª ed., Almedina.

- CANOTILHO, J.J. Gomes; MOREIRA, Vital (2007) – *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vol.I, 4ª Edição, Coimbra Editora.
- CARMO, Rui Do – *Declarações para memória futura : crianças vítimas de crimes contra a liberdade e a autodeterminação sexual*, Revista do Ministério Público, ano 34, nº134, (2013), 117-147.
- CARMO, Rui Do; ALBERTO, Isabel; GUERRA, Paulo (2002) - *O abuso sexual de menores : uma conversa sobre justiça entre o direito e a psicologia*, Almedina.
- CASCÃO, Henrique – *Questões práticas suscitadas pela aplicação da Lei Tutelar Educativa*, in Revista do Centro de Estudos Judiciários, nº2, 2º semestre, (2015), 153-164.
- CLEMENTE, Rosa (2009) – *Inovação e Modernidade no Direito de Menores: A perspectiva da Lei de Protecção de Crianças e Jovens em Perigo*, Coimbra Editora.
- CONFRARIA, Isabel; SILVA, Júlio Barbosa e – *Desafios para o Ministério Público no âmbito do Regime Geral do Processo Tutelar Cível e alterações à Lei de Promoção e Protecção de jovens em Perigo*, Revista do Centro de Estudos Judiciários, nº2, 2º semestre, (2015), 97-121.
- EPIFÂNIO, Rui; FARINHA, António (1992) - *Organização Tutelar de Menores, Contributo para uma Visão Interdisciplinar do Direito de Menores e de Família*, 2ª ed., Almedina.
- GAGO, Lucília – *O que muda no regime da Adopção em Portugal*, in Revista do Centro de Estudos Judiciários, nº2, 2º semestre, (2015), 69-95.
- GERSÃO, Eliana; CAMPOS, Maria Cecília Monteiro (2008) – *A justiça Reparadora e a lei tutelar educativa – princípios e práticas*, in Volume Comemorativo dos 10 anos do Curso de Pós-Graduação “Protecção de Menores” – Prof. Doutor

F.M. Pereira Coelho, nº12, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra,
Centro de Direito da Família, Coimbra Editora.

GUERRA, Paulo (2017) – *Lei de Protecção de Crianças e Jovens em Perigo Anotada*,
3ª ed., Almedina.

GUIMARÃES, Maria Raquel (2012) – *O novo regime português do “apadrinhamento
civil” (Lei n.º 103/2009)*, in Estudos em homenagem ao Professor Doutor
Heinrich Ewald Hörster, Almedina.

LEANDRO, Armando - *O papel do sistema jurídico de promoção e proteção de
crianças em Portugal*, Revista do Centro de Estudos Judiciários, nº2, 2º
semestre, (2015), 9-21.

LEANDRO, Armando (2004) – *Protecção dos Direitos da Criança em Portugal*, in
Direitos das Crianças, Coimbra Editora.

LIMA, Pires de; VARELA, Antunes (1995) - Código Civil Anotado, Vol. V, Coimbra
Editora.

LÚCIO, Álvaro Laborinho – *O advogado e a Lei Tutelar Educativa*, Revista do
Ministério Público, nº104, out/dez., (2005), 45-77.

MARTINS, Rosa (2008) – *Menoridade, (in)capacidade e cuidado parental*, Coimbra
Editora.

MARTINS, Rosa – *Responsabilidades Parentais no século XXI: A tensão entre o
direito de participação da criança e a função educativa dos pais*, Lex Familiae,
Revista Portuguesa de Direito da Família, Ano 5, nº10, Julho/Dezembro de
2008, 25-40.

MASSENA, Ana; PAZ, Margarida – *A competência decisória e a intervenção do
Ministério Público*, Revista do Centro de Estudos Judiciários, nº1, 1º semestre,
(2015), 159-193.

- MAXIMIANO, Ana Cristina- *Lei Tutelar Educativa: um olhar prático*, Revista do Centro de Estudos Judiciários, nº1, 1º semestre, (2014), 163-170.
- Observatório Permanente da Adopção, Centro de Direito da Família (2011) – *Regime Jurídico do Apadrinhamento Civil Anotado*, Coimbra Editora.
- PEREA, José Manuel de Torres (2009) – *Interés del Menor y Derecho de Familia, Una Perspectiva Multidisciplinar*, Iustel.
- PIAGET, Jean; INHELDER, Bärbel (1995) – *A psicologia da criança*, 2ª ed., Edições ASA.
- RAMIÃO, Tomé d' Almeida (2017) – *Lei de Proteção de Crianças e Jovens em Perigo Anotada e Comentada*, 8ª ed., Quid Juris.
- RAMIÃO, Tomé d'Almeida (2018) – *Regime Geral do Processo Tutelar Cível Anotado e Comentado*, 3ª ed., Quid Juris.
- RIBEIRO, Alcina Costa – *O Direito de Participação e Audição da Criança nos Processos de Promoção e Protecção e nos Processos Tutelares Cíveis*, Revista do Centro de Estudos Judiciários, nº2, 2º semestre, (2015), 123-151.
- RIBEIRO, Catarina João Capela (2009) – *A Criança na Justiça – Trajectórias e significados de crianças vítimas de abuso sexual intrafamiliar*, Almedina.
- ROCHA, Dulce (2004) – *Violações dos Direitos da Criança em Portugal*, in *Direitos das Crianças*, Coimbra Editora.
- ROCHA, Dulce (2008) – *O Superior Interesse da Criança na perspectiva do respeito pelos seus direitos*, Instituto de Apoio à Criança.
- RODRIGUES, Anabela Miranda; DUARTE-FONSECA, António Carlos (2000) – *Comentário da Lei Tutelar Educativa*, Coimbra Editora.

SACAU, Ana – *A prova por declarações da vítima menor de idade: As especiais exigências de protecção de vítima e a descoberta da verdade*, Revista do Centro de Estudos Judiciários, nº15, (2011), 317-327.

SILVA, Júlio Barbosa e (2013) – *Lei Tutelar Educativa Comentada*, Almedina.

SILVA, Júlio Barbosa e – *O direito da criança na manutenção das suas relações com terceiros afectivamente significativos*, Revista do Centro de Estudos Judiciários, nº1, 1º semestre, (2015), 113-158.

SOTTOMAYOR, Maria Clara – “*Liberdade de opção da criança ou poder do progenitor?*” – *Comentário ao acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 31 de Outubro de 2007*, Lex Familiae, Revista Portuguesa de Direito da Família, Ano 5, nº9, Janeiro/Junho de 2008, 53-64.

SOTTOMAYOR, Maria Clara (2008) – *Qual é o interesse da criança? Identidade biológica vs. Relação afetiva*, in Volume Comemorativo dos 10 anos do Curso de Pós-Graduação “Protecção de Menores” – Prof. Doutor F.M. Pereira Coelho, nº12, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Centro de Direito da Família, Coimbra Editora.

SOTTOMAYOR, Maria Clara (2014) – *Regulação do Exercício das Responsabilidades Parentais nos casos de divórcio*, 6ª ed., Almedina.

SOTTOMAYOR, Maria Clara (2014) – *Temas de Direito das Crianças*, Almedina.

XAVIER, Rita Lobo (2009) – *Recentes Alterações ao Regime Jurídico do Divórcio e das Responsabilidades Parentais: Lei nº61/2008, de 31 de Outubro*, Almedina.

XAVIER, Rita Lobo – *Responsabilidades parentais no séc.XXI*, Lex Familiae, Revista Portuguesa de Direito da Família, Ano 5, nº10, Julho/Dezembro de 2008, 17-24.

Documentos em suporte eletrónico:

AGULHAS, Rute; ALEXANDRE, Joana – *Audição da Criança: Guia de Boas Práticas*; Conselho Regional de Lisboa da Ordem dos Advogados, 2017, disponível em <https://crlisboa.org/2017/imagens/Audicao-Crianca-Guia-Boas-Praticas.pdf> (consult. em 10/Julho/2018).

ALBUQUERQUE, Catarina de – *O princípio do interesse superior da criança*, Jurisdição da Família e das Crianças, Coleção Ações de Formação, 2011-2012 (Textos Dispersos), Edição Centro de Estudos Judiciários, 2013, disponível em http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/familia/Jurisdicao_familia_civel.pdf (consult. em 2/Maio/2018).

APAV – *Manual CORE, Para o atendimento de crianças vítimas de violência sexual*, Lisboa, 2002, disponível em http://www.apav.pt/pdf/core_proceder.pdf (consult. em 25/Agosto/2018).

BARROSO, Rosa – *A adopção e o direito da criança a uma família*, in Jurisdição da Família e das Crianças, Coleção Ações de Formação, 2011-2012 (Textos Dispersos), Edição Centro de Estudos Judiciários, 2013, disponível em http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/familia/Jurisdicao_familia_civel.pdf (consult. em 20/Julho/2018).

Comité da ONU dos Direitos da Criança (CRC), *Comentário Geral No. 7 (2005): Implementando os Direitos da Criança na Primeira Infância*, 20 de setembro de 2006, CRC / C / GC / 7 / Rev.1, disponível em: <http://www.refworld.org/docid/460bc5a62.html> (consult. em 12/Agosto/2018).

Comité da ONU dos Direitos da Criança (CRC), *Observação geral nº 12 (2009): O direito da criança a ser ouvida*, 20 de julho de 2009, CRC / C / GC / 12, disponível em: <http://www.refworld.org/docid/4ae562c52.html> (consult. em 12/Agosto/2018).

Comité da ONU dos Direitos da Criança (CRC), *Comentário geral nº 14 (2013) do Comité dos Direitos da Criança sobre o direito da criança a que o seu interesse superior seja tido primordialmente em consideração*, Comissão Nacional de Promoção dos Direitos e Proteção das Crianças e Jovens, 2017, disponível em <https://www.cnpdpcj.gov.pt/direitos-das-criancas/covencao-sobre-os-direitos-da-crianca/interesse-superior-da-crianca1.aspx> (consult. em 13/Maio/2017).

Conselho da Europa - *Diretrizes do Comité de Ministros do Conselho da Europa sobre a justiça adaptada às crianças*, 2010, disponível em <https://rm.coe.int/16806a45f2> (consult. em 7/junho/2018).

Família e Crianças: As novas Leis - Resolução de questões práticas, Coleção Formação Contínua, Edição Centro de Estudos Judiciários, 2017, disponível em http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/familia/eb_familia_criancas_as_novas_leis_resolucao_questoes_praticas.pdf (consult. em 15/junho/2018).

Formação em Direitos das Crianças – A Convenção em Prática Referencial de Formação, CESIS - Centro de Estudos para a Intervenção Social, Lisboa, fevereiro de 2017, disponível em

https://www.cesis.org/admin/modulo_news/ficheiros_noticias/20170516152537-1theam_cesis_referencial_de_formacao_convencao_em_pratica.pdf (consult. em 5/Agosto/2018).

GONÇALVES, Helena – *A adoção e o direito da criança a uma família*, in *Jurisdição da Família e das Crianças*, Coleção Ações de Formação, 2011-2012 (Textos Dispersos), Edição Centro de Estudos Judiciários, 2013, disponível em http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/familia/Jurisdicao_familia_civil.pdf (consult. em 20/Julho/2018).

LANSDOWN, Gerison (2011) – *Every child's right to be heard, a resource guide on the UN Committee on the Rights of the Child general comment n°12*, Save the Children and UNICEF, disponível em

https://www.unicef.org/french/adolescence/files/Every_Childs_Right_to_be_Heard.pdf (consult. em 20/Maio/2018).

LANSDOWN, Gerison (2005) – *The evolving capacities of the child*, UNICEF Innocenti Research Centre, disponível em <https://www.unicef-irc.org/publications/pdf/evolving-eng.pdf> (consult. em 2/Junho/2018).

LEAL, Ana Teresa - *A intervenção do Ministério Público em sede de regulação do exercício das responsabilidades parentais nos processos de divórcio da competência das Conservatórias do Registo Civil*, in *A tutela cível do superior interesse da criança – tomo I*, Centro de Estudos Judiciários, 2014, disponível em http://www.cej.mi.pt/cej/recursos/ebooks/familia/Tutela_Civel_Superior_Interesse_Crianca_Tomo_I.pdf (consult. em 10/Julho/2018).

MARQUES, Bernardo Seruca – *Audição da criança: desafios e oportunidade*, in *Jornadas de Direito da Família e da Criança – O direito e a prática forense*, Coleção Formação Contínua, Edição Centro de Estudos Judiciários, setembro de 2018, disponível em

http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/familia/eb_JornadasFamiliaC2018.pdf (consultado em 1/out/2018).

PAULINO, Mauro - *As Perícias Psicológicas nos Processos de Regulação do Exercício das Responsabilidades Parentais*, *Jornadas de Direito da Família e da Criança – O direito e a prática forense*, Coleção Formação Contínua, Edição Centro de Estudos Judiciários, setembro de 2018, disponível em

http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/familia/eb_JornadasFamiliaC2018.pdf (consultado em 1/out/2018).

PEREIRA, Rui Alves – *Por uma cultura da criança enquanto sujeito de direitos: o princípio da audição da criança*, *Revista JULGAR*, (2015), disponível em <http://julgar.pt/por-uma-cultura-da-crianca-enquanto-sujeito-de-direitos-o-principio-da-audicao-da-crianca/> (consultado em 20/Maio/2018).

PIRES, Gonçalo da Cunha - *A audição da criança*, in Jornadas de direito da Família Novas Leis: desafios e respostas, Conselho Regional de Lisboa da Ordem dos Advogados, 2016, disponível em http://cdlisboa.org/2016/ebook_jornadas_direito_da_familia.pdf (consultado em 1/Junho/2018).

RIBEIRO, Alcina Costa – *O Direito de Participação e Audição da Criança no Ordenamento Jurídico Português*, in Data Venia, Ano 3, nº04, Dezembro de 2015, disponível em <http://www.datavenia.pt/edicoes/80-edicao04> (consult. em 1/Maio/2018).

RODRIGUES, Ângela Maria Paiva Neves (2016) – *A Audição da Criança: desenho, implementação e avaliação de uma formação a magistrados portugueses*, dissertação no âmbito do Mestrado em Psicologia Comunitária e Proteção de Menores, ISCTE-IUL, Lisboa, 2016, disponível em https://repositorio.iscteul.pt/bitstream/10071/12612/1/2016_ECSH_DPSO DISSERTACAO_Angela%20Maria%20Paiva%20Neves%20Rodrigues.pdf (consult. em 3/julho/2018).

Tradução das observações finais do Comité dos Direitos da Criança sobre o terceiro e quarto relatórios periódicos de Portugal, Associação de Mulheres Contra a Violência, Lisboa, 2016, disponível em http://gddc.ministeriopublico.pt/sites/default/files/cdc_recomendacoes_a_portugal.pdf (consult. em 27/junho/2018).

Instituto da Segurança Social, I.P. - *Manual da Audição da Criança - Direito a ser ouvida* – Assessoria Técnica aos Tribunais – Área Tutelar Cível; Versão 01, janeiro 2017, disponível em http://www.segsocial.pt/documents/10152/15142851/Manual%20AC_V_revista%207%20mar%C3%A7o.pdf/e242ec39-1a7c-469f-9a9f-4fc815864016 (consult. em 15/Agosto/2018).

Jurisprudência citada¹⁵⁹:

Supremo Tribunal de Justiça:

- Acórdão de 4 de fevereiro de 2012 (Proc. nº 1110/05.3TBSCD.C2.S1);
- Acórdão de 14 de dezembro de 2016 (Proc. nº 268/12.0TBMGL.C1.S1);
- Acórdão de 5 de novembro de 2009 (Proc. nº 1735/06.OTMPRT.S1);

Tribunal da Relação do Porto:

- Acórdão de 31 de janeiro de 2012 (Proc. nº 57/05.8TMMTS-A.P1);
- Acórdão de 29 de abril de 2015 (Proc. nº 285/14.5TAMTS.P1);
- Acórdão de 10 de julho de 2013 (Proc. nº 9458/11.1TBVNG-A.P1);

Tribunal da Relação de Lisboa:

- Acórdão de 25 de janeiro de 2018 (Proc. nº 17627/17.4T8LSB.L1-6);
- Acórdão de 13 de julho de 2017 (Proc. nº 1201/14.0T8VFX.L1-6);
- Acórdão de 13 de julho de 2017 (Proc. nº 12010/14.6T2SNT-E-2);
- Acórdão de 4 de outubro de 2007 (Proc. nº 5221/2007-8);
- Acórdão de 15 de fevereiro de 2018 (Proc. nº 3079/12.9TBCSC-M.L1-6);

Tribunal da Relação de Évora:

- Acórdão de 7 de junho de 2018 RE (Processo nº 2439/15.8T8FAR-C.E1).

¹⁵⁹ Toda a jurisprudência citada pode ser consultada em www.dgsi.pt