



RICARDO JOÃO MOTA GONÇALVES

## **Princípio da Audição da Criança**

Dissertação com vista à obtenção do grau de mestre em Direito na especialidade de Forense e Arbitragem

Orientador:

Professor Doutor João Zenha Martins, Professor da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa

Setembro 2017

RICARDO JOÃO MOTA GONÇALVES

## **Princípio da Audição da Criança**

Dissertação com vista à obtenção do grau de mestre em Direito na especialidade de Forense e Arbitragem

Orientador:

Professor Doutor João Zenha Martins, Professor da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa

Setembro 2017

## **DECLARAÇÃO DE COMPROMISSO ANTI PLÁGIO**

Eu, Ricardo João Mota Gonçalves, declaro por minha honra que o trabalho que apresento é original e que todas as minhas citações estão corretamente indicadas. Tenho consciência de que a utilização de elementos alheios não identificados constitui uma grave falha ética e disciplinar.

À minha mãe, Carmina, sempre  
presente nas minhas conquistas  
académicas!

## **AGRADECIMENTOS**

Ao Professor Doutor João Zenha Martins, por ter aceite orientar este trabalho e pelas inestimáveis palavras de incentivo. Agradeço ainda toda a sua paciência e os conselhos partilhados.

À minha mãe, a melhor que poderia ter, um agradecimento muito especial, pelo apoio, amor e incentivo constantes e incondicionais. Sem ti, não seria o homem que sou hoje.

Ao meu pai, que sempre me deu amor, força e coragem para atingir as minhas metas académicas e pessoais.

Ao meu irmão, que sempre me deu aquele abraço forte quando nos despedíamos, a minha maior motivação para fazer melhor e para que me vejas como um exemplo a seguir.

À minha namorada, a companheira de todas as horas, por todo o amor, paciência e por nunca me deixar desistir quando tudo parecia errado. Obrigado por toda a compreensão e por estares sempre a meu lado independentemente de todas as dificuldades.

Ao meu padrasto pelo apoio, amizade e carinho demonstrados ao longo desta jornada.

A toda a minha família, por acreditarem sempre em mim.

Aos meus amigos, que estiveram sempre do meu lado e me motivaram a fazer sempre melhor.

Ao meu Pepito, pela lealdade, amor e alegria contagiante que sempre o caracterizou.

A todos, reitero o meu agradecimento e gratidão.

## **MODO DE CITAR**

- I. Esta dissertação encontra-se redigida em conformidade com o Novo Acordo Ortográfico, sem prejuízo das citações a autores e a disposições legais que nele se façam poderem ser desconformes com o supra indicado Acordo, garantindo-se, em qualquer caso, a melhor reprodução da fonte;
- II. As referências às monografias, artigos e obras no decorrer da dissertação apenas indicarão o nome do autor, o título da obra, o respetivo volume, o ano e a(s) página(s);
- III. As referências completas encontram-se na bibliografia geral;
- IV. Expressões em latim ou em língua estrangeira serão apresentadas em itálico;
- V. Metáforas, jogos de palavras, termos mais coloquiais e afins serão devidamente assinalados com recurso à seguinte pontuação: « »;
- VI. Citações e empréstimos retirados integralmente de obras ou legislação serão escritos em itálico devidamente assinalados com recurso à seguinte pontuação: “ “;
- VII. As abreviaturas estão identificadas por ordem alfabética na Lista de Abreviaturas que se segue;
- VIII. As palavras Criança, Crianças, Jovem e Jovens apresentar-se-ão com letra maiúscula como via do autor expressar a primazia que entende ser necessária atribuir aos direitos das Crianças e dos Jovens.

## LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

CC	Código Civil
CCB	Código Civil Brasileiro
CDFUE	Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia
CPC	Código de Processo Civil
CPP	Código de Processo Penal
CRC	Código de Registo Civil
CRP	Constituição a República Portuguesa
CSACRIC	Convenção sobre os Aspetos Cíveis do Rapto Internacional de Crianças
CSDC	Convenção sobre dos Direitos da Criança
CSEDC	Convenção Europeia sobre o Exercício dos Direitos da Criança
DDC	Declaração dos Direitos da Criança
DL	Decreto-Lei
ECA	Estatuto da Criança e do Adolescente
ISS	Instituto da Segurança Social
LOPJM	Ley Orgánica 1/1996 de Protección Jurídica del Menor
LPCJP	Lei de Proteção de Crianças e Jovens em Perigo
LPMA	Lei da Procriação Medicamente Assistida
LTE	Lei Tutelar Educativa
N.º	Número
OTM	Organização Tutelar de Menores

RCE2201/01	Regulamento (CE) n.º 2203/2001
RGAC	Regime Geral do Apadrinhamento Civil
RGPTC	Regime Geral do Processo Tutelar Cível
RJAC	Regime Jurídico do Apadrinhamento Civil

## RESUMO

A presente dissertação tem como escopo a reflexão sobre o princípio da audição da Criança, enquanto direito da Criança a exprimir a sua opinião e como mecanismo essencial na delimitação do seu superior interesse.

O princípio da audição da Criança, quanto à sua aplicação, concretiza-se numa dualidade: a audição social da Criança e a audição judicial da Criança. Quer a realidade social do princípio da audição da Criança, quer a sua efetivação no contexto judiciário assumem tremenda importância para o desenvolvimento integral da Criança até à fase adulta.

Uma melhor concretização do princípio da audição da Criança, na sua vertente judiciária, requer uma análise legal profunda dos preceitos (nacionais e internacionais) que sobre a matéria versam, seja no âmbito de providência tutelar cível, de situação de perigo para a Criança ou jovem, de prática de facto qualificado pela lei como crime por menor com idade compreendida entre os doze e os dezasseis anos, ou de processo de natureza penal.

O Regime Geral do Processo Tutelar Cível, aprovado pela Lei n.º 141/2015, de 8 de setembro, assumirá um papel primordial na análise, visto que é o mesmo que regula a matéria da audição judicial da Criança – quanto à sua consagração – nos processos tutelares cíveis (de forma direta), e nos processos de promoção dos direitos e a proteção das Crianças e dos jovens em perigo (por via da remissão).

Por fim, a dissertação debruçar-se-á sobre as questões conexas à audição judicial da Criança, isto é, aquelas que não se dediquem à sua consagração enquanto direito que à Criança assiste.

**Palavras-chave:** Princípio da Audição da Criança; Audição Social da Criança; Audição Judicial da Criança; Relevância da Opinião da Criança; Superior Interesse da Criança;

## **ABSTRACT**

This paper aims at exploring the importance of the child hearing as a paramount mechanism for the child to exert its opinion and to delimitate the content of its superior interest.

The principle of the child hearing has a dual nature: the social hearing of the child and the judicial hearing of the child. Both sides in what regards this dual nature have great importance due to the fact that they contribute to shape the development of the child since its minority until becoming an adult. Therefore, we are prone to the implementation of the judicial child hearing in our judiciary system.

The scope of this thesis also serves to highlight the necessity of a profound analysis in what concerns the legal dimension of the “superior child interest” problem. Hence the importance of approaching the Portuguese and international legal landscape in order to understand how the different legal mechanisms articulate themselves with the goal of protecting the superior interest of the child. For instance, in Portugal there’s a panoply of procedures, such as injunctions and interim orders, with the supreme goal of assuring the protection of the “superior child interest”.

On that regard, the analysis of the Portuguese “Regime Geral do Processo Tutelar Cível”, enacted by the law No. 114/2015, September 8, is one of the main topics of this thesis. Its importance is justified by the fact that this legal regime not only regulates the subject of the judicial hearing of the child (direct regulation), but also regulates the procedures concerning the promotion and protection of endangered children and minors’ legal rights (regulated by remission).

Finally, this thesis approaches the questions that somehow are still connected to the social hearing of the child, even the ones that don’t relate to the legality of the child’s right to be heard.

**Key-words:** Principle of the child hearing, Social hearing of the child, Judicial hearing of the child, importance of the child opinion, Superior Child interest.

## **DECLARAÇÃO DE CONFORMIDADE**

Declara-se que o corpo da presente dissertação de mestrado ocupa um total de 199.985 caracteres, incluindo espaços e notas de rodapé.

*“A criança portuguesa é excessivamente viva, inteligente e imaginativa.  
Em geral, nós outros, os Portugueses, só começamos a ser idiotas -  
quando chegamos à idade da razão. Em pequenos temos todos  
uma pontinha de génio.”*

Eça de Queirós

## **Introdução**

O princípio da audição da Criança é um tema contemporâneo, tendo vindo a assumir cada vez maior relevância. Todavia, por traduzir-se numa matéria relativamente recente, há que atentar ao seu invólucro e às questões subjacentes, com a consciência de que algumas destas carecem de uma maior ponderação.

A tomada de opção pelo tema do princípio da audição da Criança prendeu-se, por um lado, pela relevância que a audição assume na vida e no desenvolvimento da Criança e na determinação do seu superior interesse, que, por ser de indeterminada conceitualização, impõe a concretização do mesmo no caso concreto; por outro, pela forma como esta é, por vezes, negligenciada, tanto no seio social ou familiar, como no contexto judicial.

Para o efeito, será necessário um enquadramento histórico dos direitos da Criança, uma breve explicação sobre a evolução dos mesmos, para que se entenda que a consagração do princípio supra citado foi fruto de uma luta plurissecular dos filhos e cônjuge mulher contra a dominação do pai-marido, e de uma nova representação social do papel das Crianças na família e na sociedade.

Proceder-se-á a uma explicação sobre a natureza do superior interesse da Criança, enquanto princípio que confere primazia aos direitos da Criança, e enquanto conceito indeterminado que é, a fim de se evidenciar a importância da efetiva audição da Criança para a sua descodificação no caso concreto.

Depois de uma indispensável introdução ao tema da audição da Criança, far-se-á um esforço para a balizar na sua vertente social ou não judicial. Nesta modalidade de audição, serão os progenitores, ou aqueles que com a Criança tenham relação análoga, que assumirão um papel principal para a sua concretização. Também no contexto escolar ou de atividades extracurriculares se relevará esta faceta (social) do princípio da audição da Criança.

Aqui, a audição da Criança será relevante não só para ajudar a delimitar o seu superior interesse, mas também para fomentar o espírito crítico da Criança, e para que

esta sinta que as suas opiniões são relevantes para as pessoas e para o mundo que a rodeia. Caso contrário – isto é, quando o seu direito a se expressar não for efetivado –, a Criança poderá sentir-se profundamente deprimida, ao ver as suas opiniões, desejos, crenças e medos serem desprezados e desprovidos de importância, o que pode desencadear um sério prejuízo no seu desenvolvimento integral.

Seguir-se-á a encruzilhada da análise à audição judicial da Criança. Para um melhor entendimento da mesma, priorizou-se, num primeiro momento, uma abordagem às questões relacionadas com a sua consagração, e só depois uma investigação sobre as questões conexas à audição judicial da Criança, isto é, as que não respeitam à consagração da mesma.

Com efeito, segue-se o estudo partindo da consagração da audição judicial da Criança em sede de Direito Internacional, trilhando-se de seguida a consagração no Direito Interno, nos processos de natureza penal, nas providências tutelares cíveis, nos processos de adoção, processos de promoção dos direitos e da proteção das Crianças e dos Jovens em perigo e nos processos resultantes de prática de facto qualificado pela lei como crime por menor com idade compreendida entre os doze e os dezasseis anos.

A Lei n.º 141/2015<sup>1</sup> e a Lei n.º 142/2015, ambas de 8 de setembro, vieram alterar o panorama da audição judicial da Criança em sede de Direito Interno, no contexto das providências tutelares cíveis e dos processos de promoção dos direitos e da proteção das Crianças, afastando o critério objetivo que se traduzia na obrigatoriedade da audição da Criança com doze anos ou mais – critério que vigorava desde 1999, data das leis pioneiras da audição judicial da Criança, em sede de direito interno. Atualmente vigora, somente, o critério subjetivo, relativo à “*capacidade de compreensão dos assuntos em discussão*”, algo similar ao que se estabeleceu em 1999 relativamente a menores de doze anos.

Far-se-á um estudo da forma como a audição judicial da Criança se aplica às diferentes providências tutelares cíveis que integram o elenco do artigo 3º do Regime Geral do Processo Tutelar Cível, terminando com a exploração das questões

---

<sup>1</sup> Aprovou o Regime Geral do Processo Tutelar Cível

relacionadas com a consagração e delimitação dos critérios legais que determinam quando a audiência judicial da Criança deve ou não ter lugar.

Em seguida, a investigação recairá sobre as questões relacionadas com a audiência judicial da Criança que não respeitem à consagração da mesma. Para tanto, dedicar-nos-emos ao desenvolvimento de temas como a consequência jurídica da preterição da audiência judicial da Criança quando esta deva ter lugar, a audiência da Criança para tomada de declarações como meio probatório, os mecanismos de criação de condições favoráveis à audiência da Criança, a atuação da assessoria técnica, o princípio da obrigatoriedade da informação, a intervenção de operadores judiciais com formação adequada, e a relevância das opiniões da Criança no contexto de uma deslocação ou retenção ilícita.

Por fim, realizar-se-á um estudo de direito comparado, averiguando a realidade do princípio da audiência da Criança noutros países.

Na presente dissertação optou-se pelo emprego das palavras Criança, Crianças, Jovem e Jovens com a primeira letra maiúscula. Tal escolha deveu-se à importância que a Criança tem vindo a assumir no contexto sociocultural desde a segunda metade do século XX. Esta adquiriu, verdadeiramente, o estatuto de sujeito de Direito e de direitos, alcançando, cada vez mais, relevância no plano familiar, social e judicial. Sem dúvida que esta é uma bandeira que devemos içar com orgulho.

# **I – As Considerações Iniciais**

## **1. Enquadramento Histórico**

### **1.1. Introdução**

Quando se fala do princípio da audição da Criança, fala-se de um princípio e de uma realidade contemporânea: somente com a Convenção Sobre os Direitos da Criança de 1989 se estabeleceu como princípio e como realidade social e judicial. No entanto, não podemos crer que a consagração desta, naquele momento, tenha surgido como fruto do acaso. Surge sim num contexto de mudança de paradigma,<sup>2</sup> no qual a visão global sobre a Criança se tinha vindo a alterar, continuando os efeitos desse fenómeno ainda a propagar-se nos dias que correm. Prova disso mesmo são as atuais reformas legislativas que têm vindo a conferir à Criança cada vez mais mecanismos para o melhor exercício efetivo dos seus direitos. A audição da Criança trata-se não só de um verdadeiro direito da Criança, mas de um importante mecanismo que fomenta a concretização de outros direitos que lhe assistem, através da sua participação direta na determinação do seu superior interesse. Neste capítulo far-se-á um paralelismo entre a evolução histórica dos direitos da Criança e dos direitos do cônjuge mulher que, pela sua indissociável evolução histórica, facilitará o enquadramento.

### **1.2. Antiguidade Romana**

Logo na Antiguidade Romana viveu-se um período de preponderância do pai-marido, detentor de absoluto poder sobre a mulher, sobre os filhos, e sobre quem quer que integrasse o «seu» agregado familiar. Desta forma, o homem pai-marido

---

<sup>2</sup> Foi a partir da segunda metade do século XX, nomeadamente a partir do pós 2ª Guerra Mundial, que se começou a olhar para a Criança como um verdadeiro sujeito de direitos, capaz de formar opiniões próprias e com grau de autonomia suficiente para, em muitas situações, organizar a sua vida, livre das constrangedoras «amarras» parentais.

exercia por si a autoridade parental, sendo que assentava em si todo o poder deliberativo respeitante à «sua» família.

### **1.3. Séculos XII e XIII**

Semelhante realidade a dos séculos XII e XIII, porém, aqui, com Deus e o Cristianismo no centro do mundo. A figura do pai-marido era central na vida familiar: a mulher e filhos estavam sujeitos às vontades do chefe de família, não lhes sendo consentida opinião nem direitos. Para além da palavra do pai – verdadeira fonte de Direito na criação de regras da organização familiar que impunha à mulher, aos filhos e a outro que integrasse o seu agregado –, era o «Direito de Deus» que regulava a família, quase como se esta fosse uma representação dos ideais da Igreja. Como refere Diogo Leite de Campos, “*a família é a cédula básica da Igreja, ela própria Igreja em miniatura*”.<sup>3</sup>

### **1.4. Séculos XVII e XVIII**

No desenrolar dos séculos XVII e XVIII, os conceitos de autoritarismo e de dominação – do pai-marido chefe de família sobre mulher e filhos, claro está – intensificaram-se. Isto porque se vivia, à época, numa sociedade de culto do líder, incrementada pelas políticas de absolutismo e de despotismo iluminado, e na qual o pai era também o chefe, neste caso da família. A família enquanto grupo era sempre posta em primeiro plano e era o fundamento para a autoridade do chefe – pai-marido como membro familiar “*esclarecido e de mandato divino*”,<sup>4</sup> – em detrimento dos seus membros enquanto indivíduos, sujeitos de direito e titulares da capacidade de formar pontos de vista próprios. Verificava-se então uma quase total inexistência de direitos da Criança e do cônjuge mulher, naturalmente extensiva ao direito à palavra. O pai-

---

<sup>3</sup> DIOGO LEITE DE CAMPOS, *Lições de Direito da Família e das Sucessões*, 2013, P. 88

<sup>4</sup> *Supra*

marido era, no seu pequeno lar, «rei». Praticamente só recaía sobre o pai-marido o dever de proteger a sua família e, de alguma forma, lhe prover sustento.

### **1.5. A Passagem do Século XVIII para o Século XIX**

Foi apenas nos finais do século XVIII e inícios do século XIX que surgiram os primeiros movimentos do individualismo enquanto revolta social. Os movimentos Protestantes desenrolaram o caminho para a aceitação do divórcio, enquanto os movimentos regalista e laicos exigiram que a jurisdição do Direito da Família se tornasse de novo exclusiva para a redoma do Estado. Apesar dos referidos movimentos terem produzido, em certa medida, os seus efeitos, no que toca à dominação do agregado ao pai-marido, em particular no respeitante aos filhos, pouco ou nada se alterou. Segundo os códigos e outras legislações da família da data, à parte da mulher continuar a ter de se sujeitar ao marido, os filhos eram objeto do poder paternal, isto é, do pai homem, sendo relegados para a mãe poderes meramente consultivos ou de substituição do pai em caso de ausência ou outro impedimento.<sup>5</sup> Note-se que nesta época atingia-se a maioridade apenas numa idade mais avançada. Tal facto intensifica e prolonga a compressão da autonomia e do direito à palavra dos filhos, até um momento posterior à fase em que estes são Crianças.

### **1.6. Século XX, o Século da mudança**

Apenas a partir do século XX se pode afirmar que se tenha assistido à libertação (gradual) – por mulher e filhos – do domínio do pai-marido. Isto resulta, por um lado, do acesso da mulher ao mercado de trabalho que lhe conferiu um novo estatuto, quer social, quer económico, e por outro, do facto de que a partir da segunda

---

<sup>5</sup> Artigos 138º e 139º do Código de Seabra

metade do século “*surgiu uma nova representação social do papel dos filhos no seio da família e no seio social, que os considera largamente independentes desde cedo da autoridade do pai*”.<sup>6</sup>

## **1.6.1. O Século XX em Portugal**

### **1.6.1.1. Período anterior ao 25 de abril de 1974**

No panorama nacional, estas transformações sociais e legais foram algo tardias, em comparação com alguns países ocidentais. Muito por se viver, até à célebre Revolução de Abril, num regime ditatorial e autoritário. O homem, pai-marido, chefe da sua família, tinha ainda o domínio sobre mulher e filhos, disparidades evidentes comparativamente a outros países. Prova disto mesmo será o Código Civil 1966 (doravante CC) que, embora tenha retirado o poder paternal da Parte I do CC como funcionava no Código de Seabra – o poder paternal quase se subsumia ao suprimento da incapacidade de exercício do filho menor –, e o tenha integrado no Livro da Família, pouco mais mudou para além da alteração de organização sistemática do instituto jurídico. Isto porque, na substância, e embora se tenha considerado que o poder paternal passou a ser exercido por pai e mãe, as orientações legais eram por de mais semelhantes às conceções de filiação do século XIX, assente no domínio e autoridade do pai, no desprovemento de poderes da mãe – mera «assistente» do pai –, e na inexistência do direito à opinião e da autonomia da própria vida dos filhos.

---

<sup>6</sup> DIOGO LEITE DE CAMPOS, *Lições de Direito Família e das Sucessões*, 2013, P. 92

### 1.6.1.2. O Período Democrático

Foi apenas no período democrático que se assistiu a uma inversão do cenário do poder paternal, hoje denominado de responsabilidades parentais.<sup>7</sup> Entre outras, há que destacar, no pós 25 de abril, as reformas de 1977, 1995, 1999, 2008 e 2015.<sup>8</sup>

A reforma introduzida pelo Decreto-lei n.º 496/77, de 15 de novembro, veio alterar todo o cenário do poder paternal: revogou a grande maioria das normas do Título III do Livro da Família no CC – o título “Da Filiação”; “*institucionalizou a faceta funcional*” do chamado «*poder paternal*»;<sup>9</sup> e conferiu à mãe igualdade de poderes perante os filhos, retirando-se a quase exclusividade de poderes que ao pai era atribuída.

Por sua vez, a Lei n.º 84/95, de 31 de agosto, veio permitir o exercício conjunto das responsabilidades parentais (à data denominadas de poder paternal) em caso de desagregação familiar ou quando nunca tenha havido união parental, ao passo que a Lei n.º 59/99, de 30 de junho, veio tornar tal exercício conjunto (em caso de desagregação familiar ou quando nunca tenha havido união parental) como regra, relegando, para regime excecional, o exercício exclusivo. Em 1999, surgiram também

---

<sup>7</sup> A alteração do termo deu-se com a importante reforma da Lei n.º 61/2008, de 31 de outubro, ou, como muitos denominam, a Nova Lei do Divórcio.

<sup>8</sup> O Regime Geral do Processo Tutelar Cível, aprovado em 2015 pela Lei n.º 141/2015, de 08 de setembro, assumiu a maior relevância para o principal objeto de estudo da presente dissertação – o princípio da audição da Criança.

<sup>9</sup> As Responsabilidades Parentais tratam-se de verdadeiros poderes-deveres ou de poderes funcionais. Isto significa que os titulares desses poderes não são os titulares dos interesses que essa disponibilidade de meios visa obter. Pelo menos, não são os titulares do interesse principal. O titular do interesse principal é a pessoa da Criança. Como destaca Ana Prata “*poder funcional ou poder-dever é um direito, de exercício obrigatório, atribuído por lei a uma pessoa com a finalidade de realizar objectivos de carácter altruístico. Trata-se, muitas vezes, de um poder de intervenção na esfera de outrem, no interesse deste*” (ANA PRATA, *Dicionário Jurídico – Direito Cível; Direito Processual Cível; Organização Judiciária*, 2012, P. 1075). O poder (funcional) que é conferido pelas responsabilidades parentais aos seus titulares serve para a concretização dos interesses dos filhos. Jorge Duarte Pinheiro defende ainda que “*o princípio da direção interna, parental, da vida familiar cede sempre que assim o exija o interesse do menor e isto apesar de qualquer oposição unânime dos sujeitos da relação de filiação à interferência externa*” (JORGE DUARTE PINHEIRO, *O Direito da Família Contemporâneo*, 2015, P. 283. É concludente que, se existe um poder que tem uma função – assegurar os interesses da Criança – e o titular desse poder valer-se dele para concretizar os seus próprios interesses em detrimento dos da Criança (pessoa especialmente frágil e desprotegida face aos demais), o Estado deve intervir em “socorro” da Criança – titular do interesse que o instituto visa proteger.

<sup>10</sup> HELENA BOLIEIRO e PAULO GUERRA, *A Criança e a Família – uma Questão de Direito(s)*, 2009, P. 163

as leis pioneiras<sup>11</sup> na consagração do princípio da audição da Criança, em sede de direito interno, como mais à frente se explicará.

A Reforma introduzida pela Lei n.º 61/2008, de 31 de outubro, para além de alterar o regime jurídico do divórcio, no que à Criança respeita, alterou a designação do termo “*poder paternal*” para “*responsabilidades parentais*”,<sup>12</sup> e impôs o exercício conjunto das questões de particular importância da vida do filho. Todas estas alterações introduzidas na vigência do período democrático são merecedoras de aplausos. Felizmente pode afirmar-se, pelo menos no mundo ocidental, que o Direito da Família é hoje um ramo de Direito Civil e Privado, “*de cidadãos iguais, livres de constrangimentos, exercendo a sua autonomia pessoal e patrimonial*”,<sup>13</sup> o que se reflete, de forma direta, na consagração e exercício dos direitos da Criança. O fim da soberania do pai-marido, o restabelecer de forças entre homem e mulher, e a nova visão sobre as Crianças que na segunda metade do século XX se adquiriu, “*significou o triunfo da afetividade e dos laços emocionais em relação à criança sobre a relação de poder entre o pai e os/as filhos/as*”.<sup>14</sup>

---

<sup>11</sup> A Lei n.º 133/99, de 28 de agosto (que veio a alterar a OTM), a Lei n.º147/99, de 1 de setembro (que deu origem à LPCJP) Lei n.º166/99, de 14 de setembro (que deu origem à LTE)

<sup>12</sup> Parece uma mera alteração de terminologia mas é muito mais que isso. Enquanto o termo “*poder*” aludia a uma ideia de posse sobre a Criança, a palavra “*responsabilidades*” é muito mais sugestiva de um conjunto de situações em que os titulares de tais responsabilidades tenham de dispensar cuidados e dedicação. Já a alteração de “*paternal*” (que se traduz na figura do pai) para “*parental*” restabelece, terminologicamente, o equilíbrio de poderes entre os dois progenitores: pai e mãe.

<sup>13</sup> DIOGO LEITE DE CAMPOS, *Lições de Direito da Família e das Sucessões*, 2013, P. 93

<sup>14</sup> MARIA CLARA SOTTOMAYOR, *Regulação do Exercício das Responsabilidades Parentais nos Casos de Divórcio*, 2014, P. 25

## **2. O Princípio do Superior Interesse da Criança**

### **2.1. Considerações Gerais**

As nossas Crianças, enquanto futuros homens e mulheres e simultaneamente enquanto sujeitos especialmente frágeis e desprotegidos, merecem uma jurisdição especial e adequada à proteção dos seus direitos, com princípios de direito singulares, e mecanismos próprios para a efetivação dos mesmos.

O mais importante é a Criança e os seus melhores interesses. Não necessariamente o que a Criança quer – ainda que a sua opinião e vontade sejam da maior relevância para a determinação dos seus melhores interesses no caso concreto –, ou o que querem um ou ambos os progenitores, ou outros que lhe tenham relação análoga. O mais importante é o bem-estar da Criança, a sua saúde, a sua melhor formação moral e educação. Será mister então seguir os melhores interesses da Criança, tendo sempre como base a satisfação destes pilares nucleares, para a prossecução de um fim maior: conferir à Criança o seu melhor desenvolvimento integral até à fase adulta. Este complexo elenco de direitos, interesses e necessidades é assegurado pelo Princípio do Superior Interesse da Criança.

Este princípio é aclarado, ainda que de uma forma algo abstrata, por diversas disposições internacionais, projetando-se, também, em sede de direito interno. Estabelece o Princípio 2º da Declaração dos Direitos da Criança de 1959 (doravante DDC) que: *“A criança gozará de protecção especial e deverão ser-lhe dadas oportunidades e facilidades através da lei e outros meios para o seu desenvolvimento psíquico, mental, espiritual e social num ambiente saudável e normal e em condições de liberdade e dignidade. Na elaboração das leis com este propósito, o superior interesse da criança constituirá a preocupação fundamental”*. Já o art.3º da Convenção sobre os Direitos da Criança de 1989 (doravante CSDC) dispõe que: *“Todas as decisões relativas a crianças, adoptadas por instituições públicas ou privadas de protecção social, por tribunais, autoridades administrativas, ou órgãos legislativos, terão primacialmente em conta o interesse superior da criança.”* Ainda o n.º2 do artigo 24º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (doravante CDFUE) estatui que: *“Todos os actos relativos às crianças, quer praticados por entidades públicas, quer por instituições privadas, terão primacialmente em conta o interesse superior da criança”*. Por fim, determina a

alínea a) do art.4º da Lei de Proteção de Crianças e Jovens em Perigo (doravante LPCJP), que tem como epígrafe “*Princípios orientadores de intervenção*”, que: “*Interesse superior da criança e do jovem - a intervenção deve atender prioritariamente aos interesses e direitos da criança e do jovem (...)*”, sendo este princípio também aplicável aos processos tutelares cíveis à luz do n.º1 do artigo 4º do Regime Geral do Processo Tutelar Cível (doravante RGPTC).

Esta «conceção» do princípio do superior interesse da Criança é de fácil entendimento: aquando do exercício do poder legislativo ou do momento decisório, dever-se-á ter sempre em apreço os melhores interesses da Criança e do Jovem, sendo estes determinantes e prioritários<sup>15</sup>. Embora se entendam os preceitos supracitados e a necessidade de dar face aos interesses da Criança, de que modo é que se exterioriza e se concretiza tal necessidade face ao caso concreto, atendendo à multiplicidade de interesses em jogo?

Ao longo dos anos, esta necessidade de salvaguardar o superior interesse da Criança imposta pelo legislador tem-se muitas vezes traduzido em tremendas dificuldades para o decisor, em particular quando os interesses da Criança colidem com outros interesses e princípios de direito. A letra da lei pode também não favorecer a dissolução de tais dificuldades. Atente-se a parte final da al. a) do art.4º da LPCJP: “*(...) sem prejuízo da consideração que for devida a outros interesses legítimos no âmbito da pluralidade dos interesses presentes no caso concreto,*”. Posto isto, a que conclusão chegar? Deve o julgador decidir de acordo com superior interesse da Criança desde que isso não prejudique outros interesses legítimos? Parece que se alude aqui a uma necessária ponderação sobre a totalidade de interesses que cada caso seja suscetível de abarcar, mas nunca esquecendo que os da Criança serão prioritários. Convém, portanto, frisar que, embora deva ser atribuída primazia aos direitos e interesses da Criança, o seu superior interesse não deverá ser visto como um princípio supremo, mas antes como

---

<sup>15</sup> Como recomendam as Diretrizes do Comité de Ministros do Conselho da Europa sobre a justiça adaptada às crianças (adotadas a 17 de novembro de 2010), no capítulo III. “Princípios fundamentais”, no ponto B. “Interesse superior da criança”, “1. Os Estados membros devem garantir a aplicação efetiva do direito das crianças a que o seu interesse superior seja a consideração primordial em todos os assuntos que lhes digam direta ou indiretamente respeito.”

um “*factor de ponderação*”<sup>16</sup>, tornando-se “*frequentemente indispensável que na prática se avalie os diferentes interesses em presença*”,<sup>17</sup> como sublinha Thomas Hammarberg, Comissário para os Direitos do Homem do Conselho da Europa, em análise à CSDC.

O superior interesse da Criança será aquele que conjuga ou articula a situação fáctica que melhor dá face à generalidade de interesses e direitos da Criança, isto é, a realidade, necessariamente diferente de caso para caso, que menos interesses da Criança possa ferir. Claro que não se fala aqui em termos quantitativos, mas sim qualitativos. Por exemplo: a opção decisória A fere um interesse e salvaguarda dois, enquanto a opção decisória B fere dois interesses e salvaguarda somente um. A opção decisória a tomar não deverá ser necessariamente a opção A, isto é, a que quantitativamente fere menos interesses. Isto porque existe uma hierarquia de interesses em que a salvaguarda de uns é invariavelmente mais importante que a salvaguarda de outros. A melhor articulação do superior interesse da Criança é aquela que põe no topo da hierarquia os “*interesses prioritários da criança, como a vida, a sobrevivência, a integridade física e psíquica a liberdade (quer no sentido do desenvolvimento da personalidade, quer no da liberdade física e da liberdade ideológica)*”,<sup>18</sup> e só depois a garantia dos restantes interesses, pois sem a salvaguarda dos interesses prioritários da Criança, a concretização dos restantes interesses ficará também por assegurar. Em nome do superior interesse da Criança, o julgador terá primeiramente de ter em atenção os interesses prioritários da Criança, e só depois, se tal for articulável, os restantes interesses. Infelizmente, em muitos casos será mesmo inevitável a compressão de alguns interesses para a salvaguarda de outros.

---

<sup>16</sup> ROSA CLEMENTE, *Inovação e Modernidade no Direito de Menores – A Perspectiva da Lei de Protecção de Crianças e Jovens em Perigo*, 2009, P. 50

<sup>17</sup> *Supra*, P. 51

<sup>18</sup> TOMÉ D’ALMEIDA RAMIÃO, *Regime Geral do Processo Tutelar Cível – Anotado e Comentado*, 2015, P. 21 e 22

## **2.2. A necessidade de concretizar o superior interesse da Criança no caso concreto**

A conclusão a que se chega após a análise das disposições legais supracitadas, apesar de a lei conferir algumas orientações quanto à previsão do superior interesse da Criança – quer no que respeita à sua consagração legal (Princípio 2º da DDC), quer no respeitante às decisões onde este deva prevalecer (artigo 3º da CSDC, artigo 24º n.º 2 da CDFUE e alínea a) do artigo 4º da LPCJP) –, é que se continua, em certa medida, no ponto de partida. Isto é, apesar das inúmeras referências ao superior interesse da Criança e da primazia que lhe é (abstratamente) conferida, por se tratar de um conceito indeterminado, pode consubstanciar-se num princípio de árdua aplicação, suscitando o fundado receio de que, no momento da decisão, os melhores interesses da Criança possam sair lesados.

Porém, dever-se-á fazer um esforço para tentar compreender a razão que levou a consagrar-se o superior interesse da Criança, enquanto conceito indeterminado:<sup>19</sup> a multiplicidade de situações que a vida de cada Criança pode assumir, a natural impossibilidade de a lei as prever coerentemente e de forma discriminada, e a clara necessidade de lhes dar resposta, nomeadamente dar face aos direitos<sup>20</sup> que lhes assistem e aos perigos a que estão sujeitos. Assim, o conceito de superior interesse da Criança, por ser indeterminado, permite que o bom senso do julgador encontre a solução que melhor salvaguarde os direitos e interesses da Criança, dadas as especificidades do caso concreto. Esta não-determinação do conceito deverá ser, então, preenchida pelo bom senso e criatividade do julgador, fazendo-se fé que este, através das orientações que a lei lhe confere, e do conhecimento e familiaridade que

---

<sup>19</sup> Deve entender-se por conceito indeterminado, a noção de conteúdo indeterminado resultante de norma jurídica “destinado a ser preenchido valorativamente pelo intérprete e, em particular, pelo julgador”. Esta noção (superior interesse da Criança) tem a característica, por ser indeterminada, de ser adaptável “às particularidades relevantes do caso ou situação concreta” sendo esta “a principal razão de ser e vantagem, deste tipo de normas”. – ANA PRATA, *Dicionário Jurídico – Direito Civil; Direito Processual Civil; Organização Judiciária*, 2012, P. 327

<sup>20</sup> Como enfatiza Tomé d’Almeida Ramião, “O interesse superior da criança só será respeitado quando esteja salvaguardado o exercício efetivo dos seus direitos. Por isso que o conceito de “superior interesse da criança” está relacionado com o exercício dos seus direitos. O que significa que no confronto dos vários interesses em presença, porventura legítimos, deve prevalecer “o superior interesse da criança”, deve dar-se preferência e prevalência à solução que melhor garanta o exercício dos seus direitos.” – TOMÉ D’ALMEIDA RAMIÃO, *Regime Geral do Processo Tutelar Cível – Anotado e Comentado*, 2015, P. 21

tenha com o caso concreto, tome decisão idónea a salvaguardar os interesses da Criança da melhor forma que o caso proporcionar.

É sempre necessária uma ponderação, inevitavelmente subjetiva, do que será o superior interesse da Criança. O julgador, autor dessa ponderação, deverá decidir com todo o cuidado, pois estará, na esmagadora maioria das vezes, perante uma necessária compressão dos direitos e interesses da Criança, devendo essa compressão lesar a Criança ao mínimo necessário. Para o efeito, será determinante que o julgador tenha um conhecimento profundo do caso concreto, quer ao nível da verdade material dos factos, quer ao nível das opiniões e vontades das crianças.

### **2.3. A Audição da Criança enquanto Mecanismo de Descodificação do Superior Interesse da Criança no caso concreto**

Após algumas considerações sobre o superior interesse da Criança, nomeadamente a sua característica de conceito indeterminado e a necessidade de o garantir perante cada caso concreto e perante cada Criança (dependente da melhor configuração deste interesse para o seu melhor desenvolvimento integral até à fase adulta), torna-se absolutamente indispensável que quem o venha a configurar se recorra de todas as ferramentas a seu dispor para o efeito. É neste contexto que o princípio da audição da Criança ganha relevância como uma das “*caracterizações do princípio do reconhecimento do superior interesse do menor*”.<sup>21</sup>

Para Paulo Guerra, deverá aferir-se o melhor ou superior interesse da Criança, de acordo com as circunstâncias do caso concreto, tomando em conta as perceções, os sentimentos e a vontade da Criança. Por sua vez, Rui Alves Pereira considera que a relevância da vontade da Criança tem como fundamento o seu superior interesse, sendo este também o seu limite (*Por uma Cultura da Criança enquanto Sujeito de Direitos – O Princípio da Audição da Criança*, Documento de Consulta Digital, P. 5). Daqui terá de se depreender que, para a concretização do superior interesse da Criança, se deverá ter conhecimento da opinião da mesma. Note-se que, em face da multiplicidade de especificidades que cada caso pode assumir, haverá certamente situações, que embora

---

<sup>21</sup> *Supra*, P. 107

sejam excepcionais, em que o superior interesse da criança desaconselhará a audição e participação da mesma.

É neste dever de conhecer a opinião e vontade da Criança – que recai sobre a família ou a sociedade em geral (audição social da Criança) ou sobre o Tribunal (audição judicial da Criança) –, a fim de se determinar o seu superior interesse, que se funda uma panóplia de direitos que a esta assiste: o direito a ter opinião própria e a exprimi-la; o direito a ser ouvida; o direito à relevância opinativa; o direito a ser parte e voz ativa na sua vida e na dos que a rodeiam; o direito à participação direta nas decisões que lhe afetem; e o direito a ser informada sobre os efeitos processuais das suas declarações.

É pelo facto de o Superior Interesse da Criança ser de utópica conceitualização que é tão importante a sua configuração no caso concreto, assumindo-se a audição e participação da Criança, cujo superior interesse deve ser regulado (no caso concreto), como ferramenta decisiva para o efeito. Através da sua audição, a Criança garante, para além da sua participação direta na vida familiar e social ou nos processos que lhe digam respeito (conforme esteja num contexto social ou judicial), o seu direito à palavra e à expressão de opiniões<sup>22</sup> e de vontades, assumindo relevância na hora de se determinar o seu superior interesse (artigo 5º n.º1 do RGPTC).

---

<sup>22</sup> “2. Ao avaliar o interesse superior das crianças às quais os assuntos digam direta ou indiretamente respeito: a. Os seus pontos de vista e opiniões devem ser tidos em devida consideração;” – Diretrizes do Comité de Ministros do Conselho da Europa sobre a justiça adaptada às crianças, no capítulo III. “Princípios fundamentais”, no ponto B. “Interesse superior da criança”

## **II - Princípio da Audição da Criança**

### **1. Considerações Gerais**

#### **1.1. Estado de se ser Criança**

O conceito de Criança é definido pelo artigo 1º da CSDC como *“todo o ser humano com menos de dezoito anos, excepto se a lei nacional confere a maioridade mais cedo”*, sendo semelhante a definição que é dada pela LPCJP, com exceção da abrangência dos seres humanos que tenham mais de dezoito (até aos vinte-e-um) anos e ainda possam beneficiar dos efeitos da intervenção, estatuidando na sua alínea a) do seu artigo 5º *“criança ou jovem - a pessoa com menos de 18 anos ou a pessoa com menos de 21 anos que solicite a continuação da intervenção iniciada antes de atingir os 18 anos”*. Estas são as noções de Criança que se deverão atentar no desenrolar da presente dissertação.

A Criança é um ser em desenvolvimento, um estágio muito especial e único pelo qual todos os adultos já passaram. Estágio esse em que reina um misto de experiências e aprendizagens e em que a percepção da realidade é translúcida. A percepção da Criança nem é totalmente transparente como a visão que se tem através de um vidro limpo, nem é, como muitos fazem crer, opaca como uma parede de betão. A sua percepção e entendimento das coisas traduz-se num misto das duas, em que há coisas que elas – as Crianças – entendem, outras nem tanto. Fica a ressalva de que os adultos, por vezes, têm também dificuldade em entender e objetivar o complexo das coisas que os rodeiam. Pelo exposto, será concludente que a criança será dotada de formar uma vontade e uma opinião próprias sobre as coisas e situações com que se depara, ainda que essa opinião, pela sua eventual limitação de compreensão, seja suscetível de ser pouco esclarecida.

## 1.2. Atribuição de Relevância Opinativa

É da máxima importância que se ouça o que a Criança tem a dizer para a concretização, no caso concreto, do superior interesse da Criança. Deve dar-se à Criança oportunidade de expressar e exteriorizar os seus medos, anseios, desejos, dúvidas e inquietações, por via das palavras<sup>23</sup>. Mas quando se fala da audição da Criança, não será correto isolá-la ou simplesmente tratá-la como um só ato em que se substancia o direito à audição. Este ato isolado de ouvir não confere à Criança a concretização da multiplicidade e complexidade de direitos e interesses inerentes à audição. É necessário escutar e revestir as opiniões da Criança de relevância efetiva, tanto a nível social como a nível judicial.

A atribuição de relevância é *conditio sine qua non* da audição. De que valeria, por exemplo, promover a audição da Criança perante autoridade judiciária se esta, no momento de formar a sua convicção, não pudesse livremente valorar o depoimento da Criança? Como destacam as Diretrizes do Comité de Ministros do Conselho da Europa sobre a justiça adaptada às crianças no seu capítulo III. “Princípios Fundamentais”, no ponto A. “Participação” 1. *“Deve ser respeitado o direito de todas as crianças a serem (...) ouvidas nos processos que lhes digam respeito ou que as afetem. Tal inclui dar o devido valor aos pontos de vista da criança, (...) a fim de que a sua participação seja relevante”* (sublinhado pelo autor da dissertação).

A correta audição da Criança deve então passar pelo facultar de mecanismos, tanto através da lei, como através de técnicas de sensibilização social e familiar que a fomentem, e ainda de uma prática e consciência judiciárias que sejam modernas e dinâmicas, com vista a que se permita à Criança exteriorizar as suas opiniões, desejos, objetivos, medos e tudo aquilo que a mesma tenha necessidade de expressar, acompanhado de uma correta audição e valoração daquelas que forem as opiniões da Criança. Só assim se entenderá qual a vontade da Criança, e se obterá uma melhor convicção do que será, no caso, o superior interesse da Criança.

---

<sup>23</sup> Naturalmente não se quer com isto dizer que a Criança que, por qualquer motivo – mudez, deficiência na fala, impossibilidade temporária do uso a fala, ou outro –, não possa recorrer-se da fala, veja este seu direito à exteriorização das opiniões de alguma forma limitado, podendo para o efeito recorrer-se de qualquer meio alternativo que lhe seja adequado a ver salvaguardado o seu direito a exprimir-se.

### **1.3. A Maturidade como Critério da medida da Relevância Opinativa**

O ser-se Criança é um estágio especial cuja evolução é diária. Isto para dizer que a mesma Criança, em diferentes momentos, tem percepções e sensações diferentes, o que vai necessariamente originar diferentes projeções da realidade, com o passar dos anos. À medida que a Criança envelhece e se aproxima do estágio adulto, as suas experiências acumulam-se, e a sua maturidade avoluma-se.

Nas disposições legais referentes ao principal objeto de estudo – o princípio da audição da criança (tanto no contexto social como no contexto judicial) – a referência ao termo “*maturidade*” é recorrente. O termo “*maturidade*” parece, porém, deslocado da realidade da Criança, pela sua natureza, e como tal desadequado face à mesma. No entanto, por tal termo constar de inúmeras disposições, será inevitável abordá-lo e tratá-lo para melhor se compreender as questões ao termo subjacentes.

À luz do Dicionário da Língua Portuguesa Contemporânea da Academia das Ciências de Lisboa, deve entender-se por maturidade a *“Fase da vida após a juventude, em que o ser humano atinge a plenitude das suas capacidades físicas e intelectuais. Semelhante a idade adulta. Sensatez, circunspeção, segurança, que se adquirem especialmente com a idade e a experiência. Estado do que alcançam a plenitude ou a perfeição.”*

Ao abordar o termo, no contexto da criança, não se deverá atender à literalidade estrita do mesmo, que faz alusão à plenitude das capacidades físicas e intelectuais, à idade adulta ou à qualidade de se ser maduro. Deve antes atender-se a uma lógica de atribuição de relevância opinativa que cada criança deverá ter, mediante os seus graus de desenvolvimento, autonomia e entendimento dos factos que a rodeiam. Quanto maior a percepção, entendimento e compreensão dos assuntos, isto é, quanto maior a maturidade, maior relevância deverão ter as opiniões e vontades da Criança, quer no contexto social, quer no contexto judiciário. Em suma, a maturidade – mediante a interpretação acima descrita do termo – é o critério de aferição da medida da relevância da opinião da Criança, e não critério do direito à opinião ou a poder expressar-se. Este conceito será de novo abordado, conjuntamente com outros conceitos que elencam critérios relevantes da medida da relevância da opinião da

Criança, nomeadamente no contexto judicial da sua audição, no âmbito de capítulo superveniente próprio.

Também as Diretrizes do Comité de Ministros do Conselho da Europa parecem apontar no sentido de que a maturidade é um fator que regula o grau de relevância opinativa, e não tanto o direito que a Criança tem em ser ouvida. Repare-se: *“Deve ser respeitado o direito de todas as crianças a serem (...) ouvidas nos processos que lhes digam respeito ou que as afetem. Tal inclui dar o devido valor aos pontos de vista da criança, tendo em atenção a sua maturidade e eventuais dificuldades de comunicação, a fim de que a sua participação seja relevante”*<sup>24</sup> (sublinhado pelo autor da dissertação).

Embora a idade da Criança não seja o critério que aqui nos importa – mas sim maturidade –, nem se possa traçar paralelismos exatos entre os dois conceitos (idade e maturidade), por a idade ser uma medida certa, pode ser um importante indicador da maturidade. Visivelmente, uma Criança de cinco anos de idade terá opiniões muito básicas e pouco esclarecidas. Já um Jovem de dezasseis anos terá faculdades e experiências que lhe permitam ter opiniões próprias mais elaboradas e com maior consciência dos assuntos e do complexo que o rodeia.

Embora a idade seja um indicador importante, o relevante aqui é a maturidade, sendo esse o fator de atribuição da relevância da opinião. Nitidamente um Jovem de dezasseis anos terá uma maior maturidade que uma Criança de cinco. Contudo pode haver situações em que os números sejam mais próximos e a Criança ou Jovem com a idade mais reduzida tenha maior maturidade do que aquela cuja idade é superior. Tendencialmente será ao contrário.

Mas frise-se que aqui a questão não se prende na atribuição de relevância opinativa, nem tão pouco na capacidade de formar opinião: a criança de cinco anos terá sempre maturidade para formar opinião própria, ainda que esta possa ser pouco relevante. O objeto de discussão em que a maturidade importa é a medida de relevância que a opinião de cada criança deverá ter. É essa medida ou essa amplitude da relevância opinativa que a maturidade – nos termos já enunciados – deve regular,

---

<sup>24</sup> Diretrizes do Comité de Ministros do Conselho da Europa sobre a justiça adaptada às crianças no seu capítulo III. “Princípios Fundamentais”, no ponto A. “Participação” 1.

e não o direito à opinião – este existirá sempre – nem a capacidade de formar opinião, já que esta só não se verifica em absoluto em idades muito reduzidas (abaixo dos três, quatro anos).

Posto isto, e conforme o crescimento da Criança – não só aquele que se revela no número de anos que constar no cartão de cidadão, mas sobretudo aquele que resultar do seu desenvolvimento mental e compreensão dos assuntos –, será categórico que as suas opiniões e vontades, por um lado, assumam a devida expressividade nos assuntos familiares importantes e nos demais quadros sociais onde a Criança esteja integrada; e por outro, que estas fiquem bem plasmadas no teor das suas declarações e que se transponham e integrem a génese da decisão judicial ou administrativa que lhe diga ou possa dizer respeito.

## **2. A Audição Social da Criança**

Seja na esfera da vida familiar, seja no seio escolar, seja nas suas atividades extracurriculares, ou em qualquer relação com a sociedade em geral, o importante é reconhecer à Criança o direito à sua autonomia e à sua opinião pessoal, atribuindo-lhe a devida relevância, na medida da sua maturidade, nos termos supra explicitados. Tal imperativo permite, por um lado, uma melhor configuração, no caso concreto, do superior interesse da Criança, e por sua vez uma melhor concretização do mesmo; por outro, fomenta na Criança um sentimento de integração social e familiar e de que as suas ações e opiniões são relevantes para «o mundo que a rodeia».

Acautela o n.º 2 do art.1878º que: “(...) *de acordo com a maturidade dos filhos, devem [os pais] ter em conta a sua opinião nos assuntos familiares importantes e reconhecer-lhes autonomia na organização da própria vida.*”, logo na redação dada pelo DL n.º 496/77 de 25-11-1977. É neste direito da Criança a fazer-se ouvir e ver a sua opinião ser munida de relevância que se traduz o princípio da audição da Criança, tendo Portugal, na sua esfera social, sido um país vanguardista na consagração deste direito da Criança a ser ouvida, ato verdadeiramente louvável. Atente-se que foi logo no âmbito da grande reforma de 1977 que se introduziu, em sede de direito interno, a vertente social da audição da Criança.

No contexto social da audição, importa fazer menção à importância da autonomia da Criança na organização da própria vida, liberdade «irmã» da audição social, por duas ordens de motivos: primeiro, porque ambas se relevam no mesmo fundamento – a maturidade –, como estabelece o n.º2 do artigo 1878º do CC; segundo, porque existe um verdadeiro paralelismo entre ambas as faculdades: a autonomia enquanto capacidade de gerir os seus assuntos pessoais; e a capacidade para formular opiniões e vontades próprias.

A concretização material da audição da Criança, na sua vertente social ou familiar, é da maior importância. Se à Criança não assistir a liberdade para expressar as suas expectativas e aspirações, estas tenderão a não se concretizar, desencadeando a suscetibilidade de comprometer o seu desenvolvimento integral, em particular aos níveis psíquicos, capacidade de socialização e interação e de senso comum.

Não se refere aqui, naturalmente, às exigências supérfluas a que muitas vezes as Crianças se habituam, como as «birras» infantis porque querem os sapatos da moda ou aquele telemóvel de última geração. Refere-se antes a uma participação para com os pais, dos seus anseios e desejos naturais da vida, na evolução e desenvolvimento da sua personalidade – que é singular face à dos demais indivíduos –, na qual os pais devem, na medida do possível e do adequado, e consoante a situação em que se encontrem, dar face às necessidades e expectativas do filho, ou no mínimo revestir-lhes de importância.

Por exemplo: a Criança tem grande gosto por desporto, ou artes visuais, ou música, ou qualquer outro interesse que não choque com o seu superior interesse, que será determinante no limite às suas pretensões. Nesse caso, sem a devida audição da Criança, as suas expectativas podem sair frustradas ou criar um verdadeiro sentimento de revolta, o que pode atrofiar a personalidade da mesma, ou, pelo menos, obstar a que esta desenvolva uma área de aprendizagem que será estimulante para o seu intelecto e para o seu sentimento de completude e integração.

Claro que isto não é obrigatoriamente uma necessidade transversal à generalidade das Crianças. Como já se referiu, estas – à semelhança de qualquer outra pessoa maior de idade – são seres singulares, com necessidades sociais específicas. Como tal, é da máxima importância que lhes seja dada liberdade de escolha, de pensamento e de opinião, na medida do adequado, para que se constituam e formem a sua personalidade de uma forma livre e autónoma, pelo menos parcialmente<sup>25</sup>. Está-se a proceder à criação de mecanismos para que os futuros homens e mulheres se desenvolvam de forma livre, a começar pela liberdade de escolha, de pensamento, e de opinião.

Uma postura destinada a conferir à Criança uma autonomia relativa, apoiada por uma supervisão adequada, por uma sensibilização para possíveis perigos e limites, assim como por uma efetiva audição da Criança, que se traduz no imperioso diálogo

---

<sup>25</sup> Não se defende aqui uma total liberdade de pensamento. Compete aos pais inculcar os valores estruturantes que devem ser ensinados a cada Criança e em simultâneo não a formatar à sua imagem e semelhança, mas sim proceder a um ensinamento sobre a multiplicidade de situações do mundo e que a opinião sobre as «coisas que nos rodeiam» é algo pessoal e que cada um tem a sua própria, sem prejuízo de esta ser sempre diretamente influenciada pelo meio que nos rodeia.

entre os pais e a Criança (por oposição ao recorrente monólogo parental), é, sem margem para dúvidas, a postura que irá originar uma maior diminuição do conflito parental e promover o crescimento natural da autonomia quotidiana e opinativa da Criança. Como sustentam Andrew J. Fuligni e Jacquelynne S. Eccles, psicólogos especialistas na área do desenvolvimento humano, citados por Dianne E. Papalia, Sally Wendkos Olds e Ruth Duskin Feldman, “(...) *é a afirmação de poder, e não a supervisão adequada, que provoca reações negativas (Fuligni e Eccles, 1993)*”.<sup>26</sup>

Quando a Criança ou o Jovem dispõe de um suporte familiar baseado no apoio, na afetividade e na audição efetiva, os conflitos externos e internos tendem a resolver-se, enquanto que quando o seio familiar se baseia na hostilidade, coercividade, crítica e monólogo parental, aqueles tendem a estabelecer-se e a intensificar-se. Não se fala aqui de anarquias familiares ou liberdades incondicionais para os filhos. Fala-se sim de um sistema de regras, normas a seguir e valores a incutir, aliados a uma comunicação em que os pais “*estão dispostos a ouvir*”.<sup>27</sup>

O importante é que a Criança se faça ouvir e sinta valorada a sua opinião pessoal. Isto, porque, tendo em conta a sua estreita ligação afetivo-emocional com os seus progenitores, se sentirá profundamente deprimida e rebaixada – ou com sentimentos de revolta, dependendo da sua personalidade – relativamente a estes se vir as suas opiniões, desejos, crenças e medos serem por eles desprezados e desprovidos de importância.

Fica aqui, de um modo bastante saliente, a importância que a atuação dos pais – os titulares do exercício das responsabilidades parentais – deve assumir na concretização social deste princípio, como de resto o n.º2 do artigo 1878º do CC – cuja epígrafe é “*Conteúdo das responsabilidades parentais*” – bem evidencia. São, portanto, os pais, ou aqueles que tiverem para com a Criança relação análoga, os principais propulsores da audição social da Criança, pois serão as entidades com quem a Criança (tendencialmente) mais se relaciona, pelo menos numa primeira fase, funcionando ainda como os seus principais pilares emocionais.

---

<sup>26</sup> DIANE E. PAPALIA, SALLY WENDKOS OLDS e RUTH DUSKIN FELDMAN, *Desenvolvimento Humano*, 2006, P. 497

<sup>27</sup> *Supra*

A correta e efetiva audição da Criança é imprescindível, na maioria dos casos, para a determinação do superior interesse da Criança e para conferir à mesma um suporte emocional que lhe permita o melhor desenvolvimento integral. Ao invés do autoritarismo que caracterizou tempos antigos e do velho «cresce e aparece», vivemos no tempo do “*aparece e cresce conosco*”.<sup>28</sup> É por de mais evidente que, nos dias que correm, a parentalidade deve estar associada à relação de apoio e de «caminhar lado a lado» com a Criança. Só assim as relações de filiação podem conduzir as Crianças a mostrar o melhor de si próprias e o que realmente sentem. É hora de abraçar a nova realidade da Criança, a da sua comunhão para com a sua família e para com a sociedade; é hora de deixar de olhar a Criança como um ser inferior; é fundamental tratá-la como sujeito de Direito e de direitos que é<sup>29</sup>, atenuar as suas naturais limitações para que, com o passar dos anos, se possam sanar ao invés de se estabelecerem; promover as suas virtudes e autonomia na medida da maturidade, sempre com um incondicional apoio parental, de audição, compreensão e supervisão, para que se possa trazer à vida adulta o melhor «produto» daquela evolução. A efetiva audição social e judicial da Criança é absolutamente preponderante para a concretização desta realidade e visão moderna sobre a Criança.

Inevitável será concluir que a vertente social do princípio da audição da Criança, enquanto mecanismo de exteriorização das opiniões e vontades desta, será uma importante ferramenta para a aferição do seu superior interesse, face ao caso concreto, assim como para a fomentação de um sentimento de importância na Criança (no sentido de não se sentir inferiorizada). As suas opiniões e ideias, ainda que possam vir a não ser efetivadas pela natureza das coisas, devem ser tomadas em linha de conta como uma participação direta da Criança sobre a própria vida e sobre a vida dos que a rodeiam. Estes devem ser vistos como os principais objetivos da audição social da Criança.

---

<sup>28</sup> PAULO GUERRA, (menção oral) “*O Direito das Crianças em Portugal – Para onde vais?*”, Aula Aberta – Direito da Família e das Crianças, 14-03-2017

<sup>29</sup> “(...) 2. *As crianças devem ser consideradas e tratadas como plenas titulares de direitos e ter a possibilidade de exercer todos os seus direitos de um forma que tenha em conta a sua capacidade para formar pontos de vista próprios (...)*” – Diretrizes do Comité de Ministros do Conselho da Europa sobre a justiça adaptada às crianças, nos seus III. “Princípios Fundamentais”, no capítulo A. “Participação”

### **3. A Audição Judicial da Criança**

Quanto à sua aplicação, o princípio da audição da Criança concretiza-se numa dualidade. Até agora, no âmbito da presente dissertação, este princípio tem vindo a ser enunciado, essencialmente, na sua configuração social ou não judiciária, à semelhança da configuração que lhe é atribuída pelo n.º2 do artigo 1878º do CC. Contudo, e não menos importante, este princípio possui também uma vertente puramente judiciária que se traduz na suscetibilidade de a Criança exteriorizar as suas opiniões e vontades, em nome pessoal, perante autoridade judiciária, para a melhor descodificação do que será, no caso concreto, o seu superior interesse.

Quer se esteja no âmbito de um processo de regulação das responsabilidades parentais (artigo 3º, alínea c) do RGPTC), quer se esteja no âmbito de qualquer outra providência tutelar cível que integre o elenco das alíneas do artigo 3º do RGPTC, situação de perigo para a Criança ou Jovem à luz das alíneas do n.º2 do artigo 3º da LPCJP, processo de adoção (nacional ou internacional), “*prática, por menor com idade compreendida entre os 12 e os 16 anos, de facto qualificado pela lei como crime*” (artigo 1º da Lei Tutelar Educativa, doravante LTE), ou processo de natureza penal, este direito da Criança ou Jovem à audição judicial deve ser concretizado em respeito pela descoberta da verdade material, do superior interesse da Criança, e do direito que assiste à Criança em expressar as suas opiniões e vontades, sempre que estejam em causa assuntos que lhe digam diretamente respeito.<sup>30</sup> Apenas se deixará de levar a cabo a efetivação deste direito da Criança à sua audição quando a sua dispensa for o meio de melhor salvaguardar o superior interesse da Criança.

Será importante aqui sublinhar que se está no âmbito do exercício de um direito, e não de um dever ou obrigação. As Diretrizes do Comité de Ministros do Conselho da Europa sobre a justiça adaptada às crianças, no capítulo IV-D. “A justiça adaptada às crianças durante o processo judicial”, no ponto 3. “Direito a ser ouvido e a exprimir a sua opinião”, explicam que: “46. O direito a ser ouvido é um direito, e não um

---

<sup>30</sup> “I - A audição da criança num processo que lhe dê respeito – no caso, de promoção e protecção – não pode ser encarada apenas como um [mero] meio de prova, tratando-se antes de um direito da criança a que o seu ponto de vista seja considerado no processo de formação da decisão que a afecta.” (sublinhado pelo autor da dissertação) – Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça na sequência do processo 268/12.0TBMGL.C1.S1.

*dever, da criança*”. Paulo Guerra destaca ainda “(...) *que um dos elementos do direito de participação é o da «liberdade» de exprimir uma opinião (...)*”<sup>31</sup>, apesar de tal elemento não se afigurar materialmente na letra da lei. Como enfatiza, “(...) *liberdade significa, também, que a criança tem o direito de escolher entre falar ou não falar sobre o assunto em questão*”.<sup>32</sup>

O exercício desta faculdade confere à Criança uma proteção inovadora e alargada, nomeadamente uma proteção em face de eventuais abusos e violações de direitos da Criança por parte dos seus representantes legais, titulares das respetivas responsabilidades parentais ou titulares da guarda de facto. Ser-se Pai e Mãe é criar, cuidar, amar, orientar e zelar pelos filhos, à luz do Direito Natural, dos valores morais em que assentam a nossa sociedade e das disposições que constam do nosso ordenamento jurídico (nacional e internacional). Lamentavelmente, estes padrões são, mais vezes do que se possa julgar, profundamente desrespeitados.

Perante situações de violência doméstica, abusos sexuais, abandono por largos períodos de tempo, entre tantas outras formas de desrespeito pelos direitos das Crianças, é absolutamente inconcebível que não se oiça o que a Criança tem efetivamente a dizer. É hora de abandonar esta prática judicial redutora e altamente falaciosa quanto ao apuramento fáctico das circunstâncias e do superior interesse da Criança a que o sistema judiciário outrora se acostumou. As Crianças, tendo em conta a sua maturidade<sup>33</sup>, devem ter presença e depoimento em tribunal, em casos onde a sua vida e os seus melhores interesses se encontrem no cerne da discussão, uma vez que a audição da Criança é uma das principais fontes de descodificação do que será, no caso concreto, o seu superior interesse. Como sustenta Tomé d’Almeida Ramião, “*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 (...)*”.<sup>34</sup>

---

<sup>31</sup> ANA MASSENA, JÚLIO BARBOSA E SILVA, MARIA PERQUILHAS, MARTA SAMBENTO, MIGUEL VAZ, PAULO GUERRA, PEDRO FARIA, *Família e Crianças: As Novas Leis – Resolução de Questões Práticas*, 2017, P. 22

<sup>32</sup> *supra*, P. 23

<sup>33</sup> “II - O exercício do direito de audição, enquanto meio privilegiado de prossecução do superior interesse da criança, está, naturalmente, dependente da maturidade desta.” – Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça na sequência do processo 268/12.0 TBMGL.C1.S1.

<sup>34</sup> TOMÉ D’ALMEIDA RAMIÃO, *Regime Geral do Processo Tutelar Cível – Anotado e Comentado*, 2015, P. 107

Faz-se, no entanto, a ressalva que não se poderá olhar para o depoimento oral da Criança, para as suas opiniões, como um «espelho» do seu superior interesse, que será um verdadeiro limite à sua vontade. Embora a audição da Criança seja, por vezes, um inigualável método de o configurar, não será o único. Ter-se-á de fazer uma profunda ponderação sobre todos os fatores que podem auxiliar a compor o superior interesse da Criança, que passará por uma interpretação sistemática dos diversos meios que o caso concreto confere à autoridade judiciária, para que esta possa livremente formar a sua convicção.

Para além da realização da audição da Criança para que esta possa exprimir a sua opinião, esta pode igualmente ser chamada a participar nos processos que lhe digam respeito para que o conteúdo das suas declarações possam servir como meio da prova na fundamentação do juiz, quando o interesse da Criança o justificar. Importa a bifurcação das modalidades por a primeira – audição destinada a exprimir opinião – ser obrigatória como concretização de um direito da Criança, e a segunda – audição destinada a que as suas declarações possam servir como meio probatório – não dispor desse carácter obrigatório, à parte de que assistem às diferentes modalidades regimes legais diversos. Toda esta problemática será objeto de análise em capítulo superveniente relativamente à segunda modalidade enunciada, seguindo-se, num primeiro momento, o estudo sobre a consagração do direito da Criança a exprimir a sua opinião.

### **3.1. A Consagração no Direito Internacional**

Deve atentar-se, com profunda satisfação, à consagração do princípio da audição da Criança no direito interno português. Não só pelo mero facto de o consagrar, mas pelas especificidades da lei que o fomentam, garantem e protegem. Este resultado é fruto de evolução e progressão legislativa, enfim, de um caminho que foi sendo percorrido com o desenrolar dos anos. Fica a ressalva que será um erro considerar, no âmbito legislativo, da prática social e judiciária, que o caminho já foi todo trilhado, sendo que poder-se-á sempre atingir novas metas que facultem à

Criança melhores mecanismos para a concretização do seu direito à palavra e do seu superior interesse, consideração que de resto deve ser transversal à generalidade das questões jurídicas e sociais.

Decisiva ferramenta para a concretização do princípio da audição da Criança no âmbito do direito interno, em particular para a concretização da sua vertente judiciária, foram as Convenções de Direito Internacional. Por um lado, pela circunstância de estas conferirem efetivamente à Criança o direito à audição e integrarem e vigorarem diretamente no ordenamento jurídico português (artigo 8º da Constituição da República Portuguesa, doravante CRP), o que vincula as autoridades nacionais para o efeito e conferiu, numa fase mais primitiva da consagração, uma sensibilização social, doutrinária e judicial para a questão; e, por outro lado, pela disponibilização ao legislador nacional inúmeras orientações legislativas da maior relevância prática para a sua melhor efetivação e proteção. Será relevante atentar agora o teor destas mesmas convenções que conferem à Criança o direito a expressar-se e a gozar de relevância opinativa nos assuntos que lhe dizem ou possam dizer respeito.

Acolhida pela ordem jurídica nacional pela Resolução da Assembleia da República n.º 20/90, de 8 de junho e pelo Decreto do Presidente da República n.º 49/90, de 12 de setembro, a CSDC de 20 de novembro de 1989, no n.º1 do seu artigo 12º defende 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”*, reconhecendo no seu n.º2 que *“Para este fim, é assegurada à criança a oportunidade de ser ouvida nos processos judiciais e administrativos que lhe respeitem, seja directamente, seja através de representante ou de organismo adequado, segundo as modalidades previstas pelas regras de processo da legislação nacional.”*

Também a alínea b) do artigo 3º e a alínea c) do artigo 6º da Convenção Europeia sobre o exercício dos Direitos da Criança de 25 de janeiro de 1996 (doravante CSEDC), acolhida pela ordem jurídica portuguesa pela Resolução da Assembleia da República n.º7/2014, de 13 de dezembro de 2014 e pelo Decreto do Presidente da República n.º 3/2014, de 27 de janeiro, coincidem com o que se tem vindo a defender na presente dissertação, ao estabelecer, respetivamente, que *“À*

*criança que à luz do direito interno se considere ter discernimento suficiente*<sup>35</sup> *deverão ser concedidos, nos processos perante uma autoridade judicial que lhe digam respeito, os seguintes direitos, cujo exercício ela pode solicitar: b) Ser consultada e exprimir a sua opinião;”, e que “Nos processos que digam respeito a uma criança, a autoridade judicial antes de tomar uma decisão deverá: c) Ter devidamente em conta as opiniões expressas pela criança;”.* Determina ainda no segundo ponto da alínea b) do artigo 6º que, caso se considere que a Criança possui discernimento suficiente em sede de direito interno, a autoridade judiciária deverá *“Consultar pessoalmente a criança nos casos apropriados, se necessário em privado, diretamente ou através de outras pessoas ou entidades, numa forma adequada à capacidade de discernimento da criança, a menos que tal seja manifestamente contrário ao interesse superior da criança”*, antes de tomar uma decisão.

Além do mais, também a CDFUE estatui, no n.º 1 do artigo 24º, que as Crianças *“(…) Podem exprimir livremente a sua opinião, que será tomada em consideração nos assuntos que lhes digam respeito, em função da sua idade e maturidade”*. No entanto, não há aqui nenhuma referência expressa à judicialidade da audição, o que faz remeter tal disposição também para a sua esfera social.

### **3.2. A Consagração nos Processos de Natureza Penal**

O artigo 271º do Código de Processo Penal (doravante CPP) prevê, especificamente nos n.ºs 2 e 4, a utilidade de declarações para memória futura prestadas pela Criança para eventual utilização no processo judicial. Na sua versão originária (1987), esta prova detinha uma simples função cautelar, sendo posteriormente alterada nas revisões ao CPP levadas a cabo em 1998 e 2007. Desta forma, este instituto foi estendido de forma a também proteger de modo imediato as vítimas de tráfico humano e de crime contra a liberdade sexual.

Atualmente, o seu intuito é a produção de prova pessoal anterior ao julgamento, obtida geralmente no decurso do inquérito, salvaguardando assim uma

---

<sup>35</sup> A expressão *“capacidade de compreensão dos assuntos em discussão”* da alínea c) do n.º1 e n.º2 do artigo 4º do RGPTC aparenta ser a (atual) concretização no direito português da expressão *“discernimento suficiente à luz do direito interno”* do artigo 3º da CSEDC.

eventual impossibilidade de audição da testemunha, sendo também aplicável, segundo o n.º1 do artigo 271º, a vítimas de crimes relativos a tráfico humano ou oposição à liberdade e autodeterminação sexual.

Quanto aos crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual, se a vítima for uma Criança<sup>36</sup>, a inquirição será sempre feita no decurso do inquérito. Dadas as especificidades extraordinárias desta prova, ela poderá afetar o princípio do contraditório e o princípio da publicidade, o que, dadas as circunstâncias, se justifica. Além do mais, a audição da Criança como prova para memória futura não requer um arguido constituído previamente, sendo que a absoluta necessidade de proteger a vítima de uma revitimização, assim como a necessidade do imediatismo da prova, se impõe ao princípio do contraditório pleno.

Conforme se determina no n.º4 do artigo 271º, a inquirição acima mencionada deverá procurar proteger a sinceridade e espontaneidade da Criança e das suas declarações. Será necessário, para tal, tomar as devidas diligências, efetuando a audição num “*ambiente informal e reservado*” para a Criança e, se necessário, na presença de um técnico habilitado para o efeito. A presença deste técnico apenas deverá ocorrer se estiver de acordo com a vontade da Criança, escolha essa que deve ser respeitada pelo juiz, bem como, se assim se verificar, a sua recusa na prestação de declarações. Como já se frisou, a audição destinada a que a Criança expresse a sua vontade é um direito e não uma obrigação. Como tal, a Criança tem liberdade para não se expressar.

Já o n.º 8 do artigo 271º admite a prestação de depoimentos em audiência de julgamento sempre que possível (não obstante a existência de uma audição prévia da Criança), desde que tal ocorrência não a prejudique física ou psicologicamente. Paulo Pinto de Albuquerque defende que o recurso a esta regra do n.º 8 deverá ocorrer somente em casos excecionais.<sup>37</sup>

Será ainda relevante constatar que, na prática, o sistema da audição da Criança em processos de abuso sexual nos tribunais portugueses contém ainda bastantes lacunas. Carlos Peixoto, psicólogo forense do Centro de Investigação e Clínica

---

<sup>36</sup> “(...) criança é todo o ser humano menor de 18 anos (...)” – Noção de Criança do artigo 1º da CSDC

<sup>37</sup> PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 2011, P. 730 e 731

Forense, argumenta, num estudo patrocinado pela Fundação para a Ciência e Tecnologia, que o sistema judicial dispõe ainda de várias falhas no que toca a diligências nos processos de abuso sexual de Crianças.<sup>38</sup> Este estudo, onde foram analisadas cento e trinta e sete (137) entrevistas levadas a cabo entre 2009 e 2014 a Crianças com idades compreendidas entre os três e os dezassete anos, atesta que, embora se tenha evidenciado uma evolução na natureza destes inquéritos e diligências desde o processo Casa Pia, ainda são notáveis certas falhas críticas. Nomeadamente, o facto de as Crianças serem ouvidas oito vezes ao longo de todo o processo, sendo a declaração para memória futura a última entrevista na fase de inquérito, um ano após a apresentação de queixa-crime, quando deveria ser a primeira. Nitidamente, a adoção desta prática judiciária prejudica e muito a descoberta da verdade material e chega até a ofender a natural posição de debilidade da Criança.

Carlos Peixoto defende então que deve ser adotada uma metodologia distinta da atual, com base em *“perguntas mais abertas”*, protegendo assim também os acusados do crime através da melhor filtração de falsas denúncias. Estas sessões devem então ser gravadas em vídeo e enviadas aos tribunais, sistema que já se encontra em vigor no Brasil e numa sala especial no Porto, mas cuja adoção a nível nacional carece de decisão do Ministério da Justiça.

Carlos Peixoto retira do estudo a conclusão de que *“há um número muito elevado de perguntas não adequadas a crianças vítimas de abuso sexual e que condicionam bastante o testemunho das vítimas. Pode haver o risco de contaminação do depoimento com informação incorrecta e que foi apropriada pelo menor. Os juízes de instrução não têm preparação para entrevistar crianças abusadas. Por outro lado, há várias dificuldades no sistema. Por exemplo, as DMF<sup>39</sup> são tomadas apenas um ano depois de a queixa-crime ter sido apresentada.”*<sup>40</sup>

---

<sup>38</sup> RUTE COELHO, Entrevista a Carlos Peixoto, 10-04-2017

<sup>39</sup> Declarações para memória futura.

<sup>40</sup> RUTE COELHO, Entrevista a Carlos Peixoto, 10-04-2017

### **3.3. A Consagração no Direito Interno**

#### **3.3.1. O momento anterior à reforma de 2015**

No âmbito do direito português, em momento anterior à Reforma introduzida pela Lei n.º 141/2015, de 8 de setembro, a audição judicial da Criança nos processos tutelares cíveis era conferida por via da remissão do artigo 147.º-A da Organização Tutelar de Menores (doravante OTM) – entretanto revogado pela dita Lei. O artigo suprarreferido estatuiu que eram aplicáveis aos processos tutelares cíveis “(...) *os princípios orientadores da intervenção previstos na lei de proteção de crianças e jovens em perigo, com as devidas adaptações*”.

Por sua vez, a LPCJP previa na alínea i) (atual alínea j)) do seu artigo 4º, cuja epígrafe é “*Princípios orientadores da intervenção*”, que “*a criança e o jovem, em separado ou na companhia dos pais ou de pessoa por si escolhida, bem como os pais, representante legal ou pessoa que tenha a sua guarda de facto, têm direito a ser ouvidos e a participar nos atos e na definição da medida de promoção dos direitos e de proteção.*” (sublinhado pelo autor da dissertação). O mesmo diploma previa ainda, no artigo 84º, que as Crianças e os Jovens de doze anos eram (obrigatoriamente) ouvidos pela comissão de proteção ou pelo juiz, e que, relativamente aos casos em que a Criança tivesse idade inferior, a audição só não se realizaria se a sua capacidade para compreender o sentido da intervenção o desaconselhasse (*à contrario sensu*).

Portanto, quanto à Criança com doze anos ou mais, funcionava um verdadeiro critério objetivo segundo o qual a Criança de tais idades era sempre ouvida, sem a exigência de qualquer outro requisito que não este (o da idade). Já relativamente à Criança menor de doze anos, funcionava o critério subjetivo supracitado – esta seria ouvida “*quando a sua capacidade para compreender o sentido da intervenção o aconselhe*<sup>41</sup>” – casuisticamente apreciado.

Até a entrada em vigor do RGPTC, aprovado pela Lei n.º 141/2015, não havia, portanto, na ordem jurídica interna legislação que regulasse, de forma direta, a audição

---

<sup>41</sup> Excerto do n.º1 do artigo 84º da LPCJP na redação de 1999

judicial da Criança no âmbito das providências tutelares cíveis, nomeadamente no processo de regulação do exercício das responsabilidades parentais. Até então, a audiência judicial da Criança nas providências tutelares cíveis era regulada, como já referido, pelas regras da LPCJP.

Posto isto, contrariamente ao que se articulou na exposição de motivos da Proposta de Lei n.º 338/XII<sup>42</sup>, o princípio da audiência da Criança não é fruto da Lei 141/2015, de 8 de setembro. A proposta de lei suprarreferida enuncia o seguinte: “*assim, aos princípios vigentes*” (ou seja, os estabelecidos pelo artigo 4º da LPCJP) “*acrescentam-se os princípios da simplificação instrutória e da oralidade, o princípio da consensualização e o princípio da audiência da criança*” (sublinhado pelo autor da dissertação). O princípio da audiência da Criança, na sua vertente judicial, já vigorava em sede de direito interno desde 1999, quer no âmbito dos processos de promoção dos direitos e da proteção das Crianças e dos Jovens em perigo, quer no âmbito dos processos tutelares cíveis, como acima se evidenciou. Nos primeiros, este era expressamente consignado na alínea i) do artigo 4º da LPCJP<sup>43</sup>, ainda que não de uma forma individualizada: o preceito não se refere individualmente à audiência da Criança, aborda-a conjuntamente à audiência dos pais, representante legal ou pessoa que tenha a sua guarda de facto; Nos segundos, a concretização de tal princípio resultava da remissão que o 147º-A da OTM<sup>44</sup> fazia aos princípios orientadores da intervenção previstos na LPCJP, nomeadamente ao princípio da audiência obrigatória e participação a que se refere a supracitada alínea i).

Também no contexto da “*prática, por menor de idade compreendida entre os 12 e os 16 anos, de facto qualificado pela lei como crime*”, o qual “*dá lugar à aplicação de medida tutelar educativa*” (artigo 1º da LTE), já se previa, desde 1999 (diploma aprovado pela Lei n.º166/99, de 14 de setembro – 13 dias após a publicação LPCJP), a realização da audiência da Criança, que, como estabelece o n.º1 do seu artigo 47º, é realizada por autoridade judiciária.

---

<sup>42</sup> Foi a Proposta de Lei n.º 338/XII que deu origem à Lei n.º 141/2015, de 8 de setembro.

<sup>43</sup> Foi a LPCJP, aprovada em 1999 pela Lei n.º 147/99, de 1 de setembro, a primeira disposição, em sede de Direito Interno, a formular o princípio da audiência da Criança, na sua vertente judicial.

<sup>44</sup> A OTM já vigia desde 1978, mas foi em 1999 que lhe foi aditado o artigo 147º-A, tendo por fim sido revogada em 2015, como já se enunciou.

Nestes casos, por se tratar de processo por (eventual) prática de facto qualificado na lei como crime por Criança (doze a dezasseis anos) e, como tal, a audição servir sobretudo como o direito a defender-se das acusações, e também pelo facto de as idades que para o efeito relevem serem sempre igual ou superior a doze anos, justifica-se que a audição só será suscetível de ser dispensada quando haja lugar a arquivamento liminar (artigo 77º n.º2 da LTE). Por sua vez, este só sucede quando o presumível comportamento se enquadrar em moldura legal que não exceda um ano de prisão e o menor não tenha antecedentes que obstem a tal arquivamento (artigo 78º n.º1 da LTE).

É, portanto, manifesto que 1999 foi o ano pioneiro da audição judicial da Criança em sede de direito interno, ao prevê-la, de forma expressa, em duas leis diversas – LPCJP e LTE –, e também ao determiná-la, pela remissão que o artigo 147ºA da OTM estabelece para princípios orientadores da intervenção do artigo 4º da LPCJP, no plano das providências tutelares cíveis. É, no entanto, curioso verificar que a lei que aditou este artigo – Lei n.º 133/99, de 28 de agosto (sublinhado pelo autor da dissertação) – tem data anterior à da LPCJP (1 de setembro do mesmo ano), lei para qual a remete, ainda que a discrepância cronológica seja de apenas quatro dias.

### **3.3.2. A Reforma de 2015**

Com a reforma introduzida pelas novas leis – a Lei n.º 141/2015,<sup>45</sup> e a Lei n.º 142/2015,<sup>46</sup> ambas de 8 de setembro<sup>47</sup> –, as circunstâncias inverteram-se: agora é a LPCJP, no seu artigo 84º, que regulava em que termos a audição da Criança se

---

<sup>45</sup> A Lei n.º 141/2015, de 8 de setembro, aprovou o RGPTC e veio a proceder à 1ª alteração à Lei n.º 103/2009, de 11 de setembro, que estabelece o Regime Jurídico do Apadrinhamento Civil.

<sup>46</sup> A Lei n.º 142/2015, de 8 de setembro, procedeu à segunda alteração à Lei de Proteção de Crianças e Jovens em Perigo, aprovada pela Lei n.º 147/99, de 1 de setembro. Relevante, entre outros aspetos, no contexto da audição da Criança.

<sup>47</sup> 8 de setembro de 2015 é um verdadeiro marco para a consagração da audição judicial da Criança no direito interno, em particular no âmbito das providências tutelares cíveis e dos processos com vista à promoção dos direitos e a proteção das Crianças e dos Jovens em perigo, os dois tipos de processos mais relevantes para o objeto do presente estudo.

realizaria, que remete para as regras dos artigos 4º e 5º do RGPTC.<sup>48</sup> Tendo em foco a alínea c) do n.º1 e o n.º2 do artigo 4º do RGPTC, depreende-se que a Criança tem sempre o direito a ser ouvida sobre as decisões que lhe digam respeito, desde que tenha “*a capacidade de compreensão dos assuntos em discussão*”, capacidade essa que “*o juiz afere, casuisticamente e por despacho (...) podendo para o efeito recorrer ao apoio da assessoria técnica*”, sendo esta a regra geral da audição judicial da Criança para os processos de promoção dos direitos e da proteção das Crianças e dos Jovens em perigo e para as providências tutelares cíveis, sem prejuízo daquelas que assumam especificidades resultantes de norma especial que as regule.

Parece, numa primeira análise, que a reforma legislativa foi no sentido de fomentar a realização da audição da Criança, sendo que para tal deixou de se falar de idades para realização da mesma, na generalidade – regra geral da alínea c) do n.º1 do artigo 4º do RGPTC, por oposição às regras especiais que algumas providências estão sujeitas –, ficando a realização da audição judicial da Criança a depender do critério da “*capacidade de compreensão dos assuntos em discussão*”.

E, de facto, a intenção legislativa foi efetivamente promover a audição. No entanto, a redação destes novos conteúdos legislativos pode ter sido algo descuidada. Pois bem, se se acompanhar uma lógica de evolução legislativa progressiva, neste caso, no intuito de facultar às Crianças mecanismos de defesa dos seus direitos, e de descortinar o que será, no caso concreto, o seu superior interesse, não será possível, pela letra da lei, não fazer jus ao seu espírito.

Quer isto dizer que, ao analisar as disposições legais anteriores que regulavam o discernimento da Criança para ser judicialmente ouvida, nomeadamente o (antigo) artigo 84º da LPCJP, que se traduzia na aplicação de um critério objetivo que impunha a obrigatoriedade da audição judicial da Criança a partir dos doze anos (assim como a Crianças de idade inferior, desde que “*a sua capacidade para compreender o sentido da*

---

<sup>48</sup> A LPCJP não deixou de prever a audição judicial da Criança à semelhança do que se sucedia com a OTM, que apenas remetia a aplicação dos princípios orientadores da intervenção da LPCJP aos processos tutelares cíveis. A LPCJP continua a prever a audição na alínea j) do seu artigo 4º. Mas as regras que lhe são aplicáveis são agora as resultantes dos artigos 4º e 5º do RGPTC, que de resto são manifestamente mais completas do que as que estavam ao dispor do ordenamento em momento anterior à reforma de 2015.

*intervenção o aconselhe*<sup>49</sup>), não é verosímil aceitar a margem que a letra da nova lei parece conferir quanto a maiores de doze anos. Ou seja, a menos que o legislador tenha tido a deliberada intenção de abrir margem legal para que a autoridade judiciária possa afastar a Criança com doze anos ou mais dos processos que lhe dizem diretamente respeito – o que não parece ser o reflexo das intenções legislativas, inclusive aquando da leitura da proposta de lei que lhe deu origem<sup>50</sup> –, a redação da alínea c) do n.º1 e do n.º2 do artigo 4º do RGPTC não deverá conferir à autoridade judiciária a faculdade de afastar o maior de doze anos dos processos que lhe digam respeito, com a exceção dos casos que possam gravemente conflitar com o superior interesse da Criança.

### **3.3.3. A Aplicação do Princípio da Audição da Criança às Diferentes Providências Tutelares Cíveis e ao Processo de Adoção**

#### **3.3.3.1. A Regulação do Exercício das Responsabilidades Parentais**

#### **3.3.3.2. A Fixação da Obrigação de Alimentos do Filho**

#### **3.3.3.3. O Processo de Adoção**

No âmbito das duas providências supra indicadas e ainda do processo de adoção, optou-se por uma análise conjunta, devido ao facto de os seus regimes legais no contexto da audição da Criança apresentarem uma similitude tal, que facilitará a exposição jurídico-argumentativa das mesmas.

Sem prejuízo do que acima foi explicitado, há que fazer a ressalva de esta questão se poder colocar às diferentes providências tutelares cíveis de formas particulares. Nomeadamente, quanto ao processo de regulação do exercício das

---

<sup>49</sup> Apesar de serem, em certa medida, conceitos indeterminados, a expressão “*capacidade para compreender o sentido da intervenção*”, resultante do antigo artigo 84º da LPCJP – entretanto extinta pela reforma de 2015 –, e a expressão “*capacidade de compreensão dos assuntos em discussão*” proveniente da alínea c) do n.º1 e n.º2 do artigo 4 do RGPTC, aparentam ser sinónimas.

<sup>50</sup> Proposta de Lei n.º 338/XII

responsabilidades parentais (artigo 3º alínea c) do RGPTC), uma vez que o RGPTC prevê que a audiência judicial da Criança seja obrigatória a partir dos doze anos, ficando a participação da Criança menor de doze anos a depender da sua capacidade para compreender os assuntos em discussão, e, em todo o caso, se o seu superior interesse não o desaconselhar (artigo 35º n.º3 do RGPTC), ainda que seja menos provável um conflito sério com o superior interesse da Criança relativamente a maiores de doze anos.

O mesmo acontece com o processo de fixação da obrigação de alimentos do filho (artigo 3º alínea d)), que manda aplicar, neste ponto, o regime estabelecido para processo de regulação do exercício das responsabilidades parentais (artigo 46º n.º3 do RGPTC). Nestas duas providências, a regra da não exclusão da Criança com doze anos ou mais é logo conferida pela letra da lei.

Já no âmbito do processo de adoção, embora a alínea c) do artigo 3º do Regime Jurídico do Processo de Adoção (doravante RJPA) sugira a aplicação de um critério subjetivo quer para maiores de doze anos, quer para as Crianças que tenham idade inferior – *“a criança, tendo em atenção a sua idade, grau de maturidade e capacidade de compreensão, deve ser pessoalmente ouvida no âmbito do processo de adoção”* –, não parece ser o que resulta do artigo 36º do RJPA. Este, no seu n.º1, dispõe que é requisito da atribuição de confiança administrativa a concordância da Criança que tenha doze anos ou mais, *“ou de idade inferior, em atenção ao seu grau de maturidade e discernimento”*.

É assim notório que, pelo menos no âmbito da atribuição de confiança administrativa, vigora – à semelhança do processo de regulação do exercício das responsabilidades parentais e do processo de fixação da obrigação de alimentos do filho – a aplicação do critério objetivo de obrigatoriedade de audiência judicial para maiores de doze anos, relegando-se para os que tenham idade inferior a aplicação do critério subjetivo presente quer na alínea c) do artigo 3º quer no n.º1 do artigo 36º, ambos do RJPA.

#### **3.3.3.4. Quando o Superior Interesse da Criança desaconselha a sua Audição**

No entanto, diversamente do que sucedia no cumprimento da letra do «velho» artigo 84º da LPCJP, que garantia a realização da audição da Criança com doze anos sem a necessidade de verificação de qualquer outro requisito para além deste (o da idade), é exigível, no âmbito destas duas providências, que a audição não ponha em causa o superior interesse da Criança. Sendo a concretização deste princípio (o do superior interesse da Criança) da máxima importância, e sendo a sua descodificação o principal fundamento da realização da audição judicial da Criança, percebe-se com facilidade a ressalva feita pela lei neste ponto.

No entanto, não se deve compactuar com um aproveitamento abusivo, impróprio e arbitrário do conceito do superior interesse da Criança para «rasteirar» a realização da audição judicial da Criança, assente numa prática judiciária retrógrada que desmedidamente viole o direito que a Criança tem à palavra como meio de participação direta nos processos que lhe digam diretamente respeito. O princípio da audição da Criança deve ser primariamente respeitado e diretamente assistido pelo princípio da proteção da audição (da Criança) para a sua melhor concretização. A tomada de decisão de não se conferir à Criança o direito à expressão como meio de proteção do seu superior interesse – que desde logo se afigura «contra natura» – deve ser estritamente excepcional, pois a audição é um meio de descodificação do mesmo e poderá ser um dos seus principais propulsores.

Na execução do princípio da proteção da audição da Criança devem criar-se mecanismos que proporcionem uma proteção ao depoimento da mesma, nomeadamente contra eventuais riscos para os seus melhores interesses, para que esta realize a sua participação, e daqui resulte uma melhor configuração, perante a autoridade judiciária, do que será o seu superior interesse (artigo 5º n.º1 do RGPTC), decorrendo daí a sua melhor concretização. Basicamente, que seja absolutamente excepcional uma limitação à descoberta do superior interesse da Criança com fundamento nele mesmo. Tal limitação só poderá acontecer numa situação limite e na presença de avultados riscos para os *“interesses prioritários da criança, como a vida, a sobrevivência, a integridade física e psíquica a liberdade (quer no sentido do desenvolvimento da*

*personalidade, quer no da liberdade física e da liberdade ideológica*)”.<sup>51</sup> Cabe aqui à autoridade judiciária, por vezes, um difícil «jogo de cintura» que, decerto, se pautará por uma postura preventiva, mas também astuta, e de proteção à Criança como preocupação primeira.

### **3.3.3.5. Extensão Normativa à generalidade das Providências Tutelares Cíveis**

Relembre-se que a verificação do elementar requisito de não conflitar com o superior interesse da Criança no âmbito da audição e participação da Criança está presente nas normas especiais do RGPTC, que regulam a providência da regulação das responsabilidades parentais (artigo 35º n.º3 do RGPTC) e a providência da fixação dos alimentos devidos à Criança (por remissão do n.º3 do artigo 46º), ao invés de se apresentar nas normas do regime geral (artigos 4º e 5º do RGPTC), transversal a todas as providências tutelares cíveis.

Ainda que se apliquem também às providências tutelares cíveis os princípios orientadores da intervenção da LPCJP (artigo 4º n.º1 do RGPTC), nomeadamente no que concerne ao superior interesse da Criança (artigo 4º alínea a) da LPCJP), este é consagrado no domínio da intervenção, quer a intervenção *stricto sensu* (relativa à intervenção para promoção dos direitos e de proteção da Criança e do Jovem em perigo), quer a intervenção que cada providência tutelar cível terá na vida de cada Criança e de cada família. A alínea supracitada não se refere ao contexto específico da participação da Criança nos processos que lhe dizem diretamente respeito. Se assim não fosse, qual seria a razão para se estatuir tal princípio, no âmbito da audição da Criança, nas normas especiais relativas à regulação do exercício das responsabilidades parentais e fixação dos alimentos devidos à Criança?

Contudo, não se pode crer que se tenha tido o objetivo de restringir este requisito somente para a estas duas modalidades de providências, quando é evidente que, caso a realização da audição judicial da Criança ponha em causa o seu superior

---

<sup>51</sup> TOMÉ D’ALMEIDA RAMIÃO, *Regime Geral do Processo Tutelar Cível – Anotado e Comentado*, 2015, P. 21 e 22

interesse, nomeadamente no que respeita aos seus interesses prioritários, esta não se deverá realizar sobre nenhuma circunstância, independentemente de se estar num contexto de regulação do exercício das responsabilidades parentais, fixação de alimentos devidos à Criança, ou qualquer outra que seja a providência tutelar cível.

Será, pois, sensato proceder-se a uma aplicação analógica do n.º3 do artigo 35º do RGPTC às restantes providências tutelares cíveis, semelhante àquela que se faz por remissão no domínio da providência com vista à fixação de alimentos devidos à Criança. Não se pode, de maneira nenhuma, pôr em causa a segurança da Criança com base no que aparenta ser um lapso legislativo. Imperativamente, se a realização da audição da Criança puser em causa o superior interesse da Criança, nomeadamente os seus interesses prioritários, esta não se deverá realizar, independentemente de qual seja a providência tutelar cível em que se verifiquem tais riscos para a Criança.

Reforce-se ainda que a linha de pensamento jurídico-argumentativa exposta deve naturalmente considerar-se extensiva – por aplicação analógica –, aquando da análise das restantes providências tutelares cíveis enumeradas pelas alíneas do artigo 3º do RGPTC, a ser explorada em seguida, dispensando-se a repetição destas ideias.

### **3.3.3.6. O Contributo da Lei n.º5/2017, de 2 de março**

Ainda na análise da regulação do exercício das responsabilidades parentais, deram-se, no presente ano (2017), importantes inovações. Refere-se aqui às inovações trazidas pela Lei n.º5/2017, de 2 de março, que veio determinar o regime da regulação do exercício das responsabilidades parentais por mútuo acordo nas conservatórias do registo civil para os casos de separação de facto, dissolução da união de facto, e para os casos em que os pais não sejam casados, nem unidos de facto.

Para o efeito, estatui-se nos n.ºs 3 e 4 do artigo 274º-A do Código de Registo Civil (doravante CRC) que o conservador do registo civil recebe o acordo dos pais relativo ao exercício das responsabilidades parentais sobre os filhos menores “*convidando os progenitores a alterá-lo se este não acautelar os interesses dos filhos*” (n.º3), enviando posteriormente o processo ao Ministério Público junto do tribunal de 1ª instância competente, para que este se pronuncie no prazo de 30 dias (n.º4). Não se

opondo o Ministério Público ao dito acordo, este devolve-o ao conservador do registo civil para homologação (artigo 274º-A n.º5 do CRC), produzindo tal homologação “*os mesmos efeitos das sentenças judiciais sobre idêntica matéria*” (n.º6 do mesmo artigo).

O que no cerne desta dissertação verdadeiramente interessa é o que resulta do n.º4 do aditado artigo 274º-B do CRC: “*O Ministério Público promove a audição do menor para a recolha de elementos que assegurem a salvaguarda do superior interesse da criança, aplicando-se, com as necessárias adaptações, o disposto nos artigos 4.º e 5.º do Regime Geral do Processo Tutelar Cível (...)*”.<sup>52</sup>

Esta disposição é da maior relevância por duas ordens de motivos. Primeiro, porque salvaguarda e concretiza o direito que a Criança tem a participar de forma direta nos processos que lhe dizem respeito e a exprimir a sua opinião, opinião essa que pode servir como meio de prova, ainda que se trate este de um processo administrativo (artigo 5º, n.º6 do RGPTC). Nada garante que o superior interesse da Criança esteja salvaguardado apenas porque os pais estão de mútuo acordo, e porque não tenham sido detetadas irregularidades nem pelo conservador do registo civil, nem pelo Ministério Público. Somente a audição da Criança como efetiva participação nos processos que lhe digam diretamente respeito – que é, desde logo, uma das mais relevantes determinações do princípio do reconhecimento do superior interesse da Criança – pode, de uma melhor forma, salvaguardá-lo. Depois, ao estabelecer-se tal obrigatoriedade da realização da audição da Criança nestes processos administrativos de forma expressa,<sup>53</sup> gera-se uma proteção jurídica das decisões de homologação – que, como já se viu, produzem os mesmos efeitos das sentenças judiciais – para efeitos de reconhecimento de sentença em Estado diverso.

Como dispõe a alínea b) do n.º2 do artigo 23º da Convenção Relativa à Competência, à Lei Aplicável ao Reconhecimento, à Execução e à Cooperação em

---

<sup>52</sup> Deveria aqui o preceito incluir a aplicação do n.º3 do artigo 35º do RGPTC, de forma a garantir que, à semelhança do que se sucede no processo judicial de regulação do exercício das responsabilidades parentais, no qual a Criança com doze anos ou mais é, salvo (sério) conflito com o superior interesse da Criança, obrigatoriamente ouvida, também o seja no processo administrativo com a mesma finalidade.

<sup>53</sup> A obrigatoriedade de conferir à Criança o direito à palavra, também no contexto de um processo administrativo, é reconhecido em sede de direito internacional. Veja-se o n.º2 do artigo 12º da CSDC: “*(...) a criança deve ter a oportunidade de ser ouvida em todos os processos judiciais ou administrativos que a afetem (...)*” (sublinhado pelo autor da dissertação).

Matéria de Responsabilidade Parental e de Medidas de Proteção das Crianças (ou como é conhecida, Convenção de Haia de 1996, doravante CH96), no processo judicial ou administrativo no qual não se proceda à audição da Criança em violação dos princípios fundamentais dos procedimentos do Estado requerido, o reconhecimento da decisão que do processo resultar pode ser recusado, salvo se esta resultar de um caso urgente. O aditamento do artigo 274º-B ao CRC trazido pela Lei n.º 5/2017, nomeadamente o seu n.º4, ao estabelecer a obrigatoriedade da audição da Criança (segundo as regras dos artigo 4º e 5º do RGPTC) nos processos que decorrem junto das conservatórias do registo civil, vem garantir, nestes processos, a verificação do requisito que a alínea b) do n.º2 do artigo 23º da CH96 exige, ficando, as homologações (que produzem os efeitos das sentenças judiciais) que destes resultarem, protegidas, gozando do devido reconhecimento em Estado diverso.

### **3.3.3.7. A Entrega Judicial da Criança**

Quanto à providência destinada à entrega judicial da Criança (artigo 3º, alínea e) do RGPTC) o RGPTC parece ter uma postura singular face às demais. O n.º2 do artigo 49º do RGPTC adota uma postura perentória relativamente à audição da Criança: esta deve realizar-se obrigatoriamente. Tratando-se de uma norma especial face à alínea c) do n.º1 do artigo 4º do RGPTC, regra geral, não restam aqui grandes dúvidas quanto à obrigatoriedade da audição Criança, uma vez que na parte especial não surge nenhuma outra norma que a excecione.

Embora não se atribua aqui, pelo menos de forma expressa, a relevância devida à opinião da Criança, esta pode nomeadamente ser fundamento de recusa na entrega da Criança à semelhança do que se estatui no n.º2 do artigo 13º da Convenção sobre os Aspectos Cíveis do Rapto Internacional de Crianças (doravante CSACRIC). Aqui, não se pode, porém, deixar de ovacionar a imposição da audição da Criança<sup>54</sup> no

---

<sup>54</sup> Claro que se tratará de uma imposição relativa, pois caso se esteja perante uma subtração da Criança à responsabilidade de quem a deve ter de direito, e a Criança tiver idade inferior aos três anos, a realização da audição será naturalmente inviável.

contexto desta providência que, pelas suas características, se justifica, para melhor conceção da convicção da autoridade judiciária.

- 3.3.3.8. A inibição, total ou parcial, e o estabelecimento de limitações ao exercício das responsabilidades parentais**
  
- 3.3.3.9. Constituição da relação de apadrinhamento civil e a sua revogação**
  
- 3.3.3.10. Instauração da tutela e da administração de bens**
  
- 3.3.3.11. Regulação dos convívios da Criança com irmãos e ascendentes**
  
- 3.3.3.12. Nomeação de pessoa que celebre negócio em nome da Criança, e à nomeação de curador geral que represente, extrajudicialmente, a Criança sujeita às responsabilidades parentais**
  
- 3.3.3.13. Autorização do representante legal da Criança à prática de certos atos, a confirmação dos que tenham sido praticados sem autorização e as providências acerca da aceitação de liberalidades**

No âmbito das seis providências supra indicadas, optou-se por uma análise conjunta das mesmas, devido ao facto de, quer o seu regime legal no contexto da audição da Criança, quer a sua a sua natureza para o efeito, apresentarem uma similitude tal, que facilitará a exposição jurídico-

argumentativa das mesmas. Em todo o caso, a análise em separado apenas se consubstanciaria numa repetição textual das problemáticas.

No que às supra indicadas providências tutelares cíveis diz respeito, e mantendo-se a dúvida quanto às intenções do legislador relativamente à audição da Criança – se tinha efetivamente como objetivo abrir margem legal para que a autoridade judiciária pudesse excluir o maior de doze anos (situação que legalmente não se verificava anteriormente à reforma introduzida pela Lei n.º 141/2015, de 08 de setembro, como já foi devidamente demonstrado), ou se a limitação conduzida pelo novo texto legal foi um lapso –, segue-se uma breve explicação sobre a atual situação das mesmas, isto é, de acordo com a letra da lei.

Ao regerem-se pela regra da não estipulação de idade a partir da qual se deverá obrigatoriamente proceder à audição (artigo 4º n.º1 alínea c)), ter-se-á de reconhecer que a feitura da Lei 141/2015, de 8 de setembro, na sua letra, veio possibilitar a limitação legal da participação da Criança com doze anos ou mais em certas providências tutelares cíveis, caso a autoridade judiciária não lhe afira “*capacidade de compreensão*”.

É o caso da providência de inibição total ou parcial das responsabilidades parentais, já que a inibição de pleno direito se sucede automaticamente pela verificação das circunstâncias descritas nas alíneas do n.º1 do artigo 1913º do CC, e do estabelecimento de limitações ao exercício das responsabilidades parentais (artigo 3º alínea h) do RGPTC); da providência indicada à constituição da relação de apadrinhamento civil e a sua revogação (artigo 3º alínea k) do RGPTC); da providência de instauração da tutela e da administração de bens (artigo 3º alínea a) do RGPTC), relevante quanto à designação da pessoa do tutor e da pessoa do administrador; da providência relativa à regulação dos convívios da Criança com irmãos e ascendentes (artigo 3º alínea l) do RGPTC); das providências destinadas à nomeação de pessoa que celebre negócio em nome da Criança, e à nomeação de curador geral que represente, extrajudicialmente, a Criança sujeita às responsabilidades parentais (artigo 3º alínea b) do RGPTC); e da providência destinada à autorização do representante legal da Criança à prática de certos atos, a

confirmação dos que tenham sido praticados sem autorização e as providências acerca da aceitação de liberalidades (artigo 3º alínea f) do RGPTC).

Em todas estas, seguindo a linha de raciocínio anteriormente explanada, deuse, em certa medida, aquilo que parece ser um recuo legislativo, assente na letra da lei, quando usada de modo inadequado. Tal conjuntura pode consubstanciar-se numa grave prejudicialidade à efetivação de mecanismos favoráveis a decifrar e a proteger o superior interesse da Criança, correspondente à suscetibilidade das Crianças com doze anos ou mais poderem ser excluídas da participação na providência, participação essa que se materializaria pela via da sua audição.

No entanto, ao analisar a alínea e) do n.º1 do artigo 10º do Regime Geral do Apadrinhamento Civil, no âmbito do apadrinhamento civil, e o n.º1 do artigo 17º do RGPTC, para as restantes providências enunciadas, constata-se que à Criança com doze anos ou idade superior é conferida legitimidade para tomar a iniciativa processual. Esta circunstância legislativa, em si mesma, não é merecedora de qualquer reparo. Porém, afigura-se insólita quando comparada com a suscetibilidade de se excluir Criança com doze anos ou mais por falta de “*capacidade de compreensão dos assuntos em discussão*”. Ora, a mesma Criança (a que tenha doze anos ou mais) tem legitimidade de iniciativa processual mas é suscetível de ser excluída por falta de discernimento. Claro que na prática seria um verdadeiro atentado ao Direito, excluir a participação da Criança por falta de “*capacidade de compreensão dos assuntos em discussão*”, após a sua iniciativa processual. Seria, com efeito, «contrassenso». Não parece que, de alguma maneira, tal se pudesse suceder. No entanto, ao abrigo da letra da lei, parece ser sinistramente possível. Claro que as Crianças são todas diferentes entre si, e o relevante aqui para se ouvir ou deixar de se ouvir a Criança não é a idade, mas sim a maturidade. Contudo, é certo que a primeira é um importante indicador da segunda. De tal modo que, é pela idade (doze anos) que se afere a legitimidade da iniciativa processual da Criança. Posto isto, não se pode conceber que a Criança de doze anos, ainda que possa ter grau de maturidade baixo para a faixa etária, tenha legalmente insuficiência de “*capacidade de compreensão dos assuntos em discussão*”, e em simultâneo tenha legitimidade para tomar a iniciativa processual, ao abrigo da mesma lei.

### **3.3.3.14. Averiguação Oficiosa da Maternidade e Paternidade**

Quanto à averiguação oficiosa da maternidade e paternidade (artigo 3º alínea i) do RGPTC), coloca-se uma questão *sui generis*. Embora no seio desta providência a opinião da Criança aparente pouca relevância para que efetivamente esta decorra com normalidade, isto é, para que a autoridade judiciária se decida pela viabilidade ou inviabilidade da propositura da ação de investigação (de maternidade ou paternidade) – ou de impugnação que não será relevante para a problemática –, as suas opiniões podem relevar outro prisma. Vejamos: se é direito constitucionalmente consagrado o Direito à Identidade Genética (artigo 26º n.º3 da CRP), ou seja, o direito que cada pessoa tem em saber quem é, de onde vem e quais são as suas raízes biológicas, não se poderá reconhecer este direito pela negativa? Isto é, o Direito a não conhecer a sua identidade genética, num contexto de respeito pelas opiniões da Criança? Pela multiplicidade de realidades díspares que dispõem de uma fisionomia própria, pelo facto de a questão – e outras sub-questões subjacentes – envolver um certo grau de complexidade e de interesses em jogo,<sup>55</sup> e pelo facto de a mesma não se enquadrar no cerne da dissertação, apenas será aqui levantada, sendo suscetível de merecer uma eventual análise própria.

Certo é que não existe idade mínima a partir da qual deva ser obrigatória a audição da Criança para a averiguação oficiosa da maternidade e paternidade. Note-se que a questão levantada só se sucede numa fase posterior àquela em que habitualmente esta providência costuma ocorrer. A providência destinada à averiguação oficiosa da maternidade e paternidade, por norma, ocorre numa fase subsequente ao nascimento da Criança; contudo, nem sempre será assim.

---

<sup>55</sup> Inclusivamente, poderá haver conflito entre interesses da Criança que sejam incompatíveis entre si, como o direito a não conhecer a sua identidade genética e o direito de receber alimentos do seu progenitor: se não houver conhecimento acerca da identidade do progenitor, não se lhe poderá exigir a prestação da obrigação de alimentos.

**3.3.3.15. Determinação da caução que os pais devam prestar a favor dos seus filhos ainda Crianças**

**3.3.3.16. Providência designada à determinação, em caso de desacordo dos pais, do nome e apelidos da Criança**

No âmbito das duas providências supra indicadas, optou-se por uma análise conjunta das mesmas, devido ao facto de, quer o seu regime legal no contexto da audição da Criança, quer a sua natureza para o efeito, apresentarem uma similitude tal, que facilitará a exposição jurídico-argumentativa das mesmas.

Por fim, temos então, a providência reservada à determinação da caução que os pais devam prestar a favor dos seus filhos ainda Crianças (artigo 3º alínea g) do RGPTC), e a providência designada à determinação, em caso de desacordo dos pais, do nome e apelidos da Criança (artigo 3º alínea j) do RGPTC). Estas perfazem o pequeno conjunto de providências cuja essência dispensa a realização da audição da Criança por esta carecer de sentido no âmbito da providência, ou por não trazer grandes préstimos ao nível da salvaguarda do superior interesse da Criança.

**3.3.4. O Critério da Capacidade de Compreensão, da Maturidade e do Discernimento**

Sobra a análise de uma questão que a lei pouco clarificou: qual será o alcance e a delimitação dos termos legais que se consubstanciam nos critérios de aferição da audição judicial da Criança, isto é, os critérios que determinam quando esta deva ou não, efetivamente, ter lugar. Com a reforma introduzida pela lei 141/2015, excluiu-se a aplicação do critério objetivo de aferição – a audição judicial era obrigatória a partir dos doze anos. No entanto, já em momento anterior à reforma se verificava também a presença do critério subjetivo, especificamente quanto à Criança que tivesse idade inferior a doze anos: *“quando a sua capacidade para compreender o sentido da intervenção o aconselhe”* (letra do n.º1 do antigo artigo 84º da LPCJP).

Atendendo ao panorama atual, e tendo em conta as expressões contidas nas referências legais internas e internacionais, assim como a real necessidade de as delimitar para que se possa determinar pela realização da audição da Criança ou, pelo contrário, que esta não deva ter lugar, importa tentar apurar o seu significado e alcance.

Por um lado, coloca-se a necessidade de saber o que se deve entender pela expressão a que se refere a alínea c) do n.º1 do artigo 4º do RGPTC: “*a capacidade de compreensão dos assuntos em discussão, tendo em atenção a sua idade e maturidade” (sublinhado pelo autor da dissertação); por outro, o n.º1 do artigo 12º da CSDC e o artigo 3º da CSEDC fazem alusão à “*capacidade de discernimento*” ou ao “*discernimento suficiente*”. Será unânime concluir-se que as indicações legais determinam que se faça uma avaliação do “*discernimento*”, da “*capacidade de compreensão*” e da “*maturidade*” da Criança, para saber se a audição deve ou não ter lugar.*

Porém, para se saber quando deve ter lugar a audição da Criança em processo que lhe diga respeito, ou, por oposição, quando é que a Criança não deve ser ouvida, nomeadamente por ser desprovida dos requisitos suprarreferidos, será necessária uma tentativa de concretização jurídica dos mesmos, ainda que, no tocante ao critério da maturidade, já se tenha procedido às considerações fundamentais sobre a sua interpretação jurídica. Estes critérios verdadeiramente carecem de concretização, concretização essa que deve ser feita com o propósito de verificação, por parte da autoridade judiciária e dos técnicos que a apoiam, da reunião (ou não) destes requisitos.

Recorra-se então ao Dicionário da Língua Portuguesa Contemporânea da Academia das Ciências de Lisboa com o objetivo de melhor compreender estes conceitos. Por compreensão entende-se: “*Acto ou efeito de compreender. Acto ou facto de perceber, apreender alguma coisa. Faculdade, capacidade de captar pela inteligência; faculdade de compreender. Semelhante a alcance, entendimento, percepção.*” Por sua vez, discernimento deve entender-se como a “*Distinção ou identificação através dos sentidos; acto ou efeito de discernir. Semelhante a distinção, separação. Capacidade de estabelecer ou compreender a diferença entre as coisas e de fazer juízos ou julgamentos sobre as mesmas. Semelhante a juízo, raciocínio, tino.*” Por fim, discernir será: “*Ter a percepção correcta de alguma coisa; perceber com clareza.*”

A conceitualização conferida pelo dicionário suprarreferido parece não acrescentar muito mais ao que a pré-conceitualização dos termos já enunciava. Por não haver uma verdadeira concretização e delimitação dos termos, corre-se o sério risco de que a aplicação do direito – neste caso do direito da Criança a ser ouvida – seja discricionária ao ponto de funcionar de acordo com conceitualização que cada autoridade judiciária faz dos termos. Tal circunstância coloca em risco a segurança jurídica e o princípio da igualdade perante a lei. Isto porque, se a efetivação do direito da Criança à audição depende de conceitos que são de tal maneira indeterminados que se tornam desprovidos de qualquer conteúdo, ficam então a Criança, a efetivação do seu direito a expressar-se, e, conseqüentemente, o exercício dos outros direitos que lhe assistem e o seu superior interesse entregues «à sorte» e à discricionariedade da autoridade judiciária responsável pelo processo que lhe diga respeito e à sua perspectiva pessoal acerca de tais conceitos e da sua aplicação. Esta situação é inoportável e como tal será necessário contorná-la e tratá-la de forma a salvaguardar o superior interesse da Criança e o direito que lhe assiste de participar na sua configuração.

Tentar-se-á então estudar os conceitos que as disposições legais que regulam a matéria fornecem, tendo em mente que é com base na titularidade destas qualidades – capacidade de compreensão, maturidade e discernimento – que se funda o direito de cada Criança à sua audição. No entanto, ao passo que as noções de maturidade e de discernimento parecem um pouco mais distanciadas da realidade da Criança, a noção de capacidade de compreensão é aquela que aparenta mais se aproximar da mesma. Deve então partir-se desta noção de capacidade de compreensão, até porque, quer a noção de maturidade, quer a de discernimento, não são condizentes com a realidade da Criança, chegando mesmo a depreciá-la.

A capacidade de compreensão que a Criança deverá possuir para que deva ser chamada a depor não deverá consistir numa capacidade de compreensão perfeita ou equiparada à capacidade de compreensão do homem médio. Se assim se exigisse, desvirtuaria todo o fundamento de uma norma construída e destinada à Criança. A Criança deverá ser titular, sim, de uma capacidade de compreensão relativa, assente na aptidão para compreender qual o assunto que será objeto das suas declarações, ou, pelo menos, de identificá-lo. Neste prisma, também se poderá enquadrar a noção de

discernimento, ainda que mediante uma interpretação assente num discernimento mínimo. Contrariamente, aceção mais literal de maturidade<sup>56</sup> permanece deslocada, como já se esclareceu, da realidade da Criança.

A conceção de compreensão aqui defendida parece ir ao encontro daquela que se faz representar nas recomendações das Diretrizes do Comité de Ministros do Conselho da Europa sobre a justiça adaptada às crianças. Estas, no capítulo IV-D. “A justiça adaptada às crianças durante o processo judicial”, no ponto 3. “Direito a ser ouvido e a exprimir a sua opinião”, apontam no sentido do requisito de capacidade de compreensão dos assuntos em discussão, que a alínea c) do n.º1 do artigo 4º exige, ter-se por preenchido “44. (...) quando se considerar que [as Crianças] têm compreensão suficiente dos assuntos em questão” (sublinhado pelo autor da dissertação), isto é, que pelo menos tenham um entendimento relativo dos assuntos sobre os quais versará a sua audição, e consigam entender sobre o que se está a falar.

Parece inconcebível que se possa considerar que uma Criança com doze anos ou idade superior, ainda que possa ser imatura face à idade, não tenha esta capacidade de “*compreensão suficiente*”, ou de entendimento mínimo dos assuntos.<sup>57</sup> Decerto todas as Crianças com doze anos ou idade superior a terço, e como tal não poderão ser excluídas da participação dos processos que lhes digam ou possam dizer respeito.

Muito embora as Diretrizes apontem no sentido de afastar somente a Criança que não tenha a capacidade de compreensão mínima, a letra da nossa lei, que se sustenta na regra da não imposição de idade mínima obrigatória para a audição judicial da Criança na generalidade das providências – apenas para a regulação do exercício das responsabilidades parentais e para a fixação dos alimentos devidos à Criança se estabelece nos doze anos (como foi suprarreferido) –, acaba por conferir uma ampla margem à autoridade judiciária para afastar a Criança com capacidade de compreensão igual ou superior à dita capacidade de compreensão mínima, assente numa

---

<sup>56</sup> Para Maria Luiza Ferraz de Campos “o conceito de maturidade é uma invenção cultural recente, que leva à impossibilidade de atingi-la, por falta de marcos de definição do seu alcance” – GUSTAVO FERRAZ DE CAMPOS MONACO e MARIA LUIZA FERRAZ DE CAMPOS, *O direito de audição de crianças e jovens em processo de regulação do exercício do poder familiar*, in *Infância e Juventude*, P. 6

<sup>57</sup> Esta certeza de capacidade mínima de compreensão é referente às Crianças com doze anos ou mais que sejam saudáveis, no sentido de não serem portadoras de qualquer tipo de doença, patologia ou distúrbio que afete o normal funcionamento psicológico e da capacidade compreensão.

discricionabilidade de que a autoridade judiciária dispõe. Tal liberdade poderá, eventualmente, consubstanciar-se numa verdadeira ameaça ao direito da Criança a expressar opiniões e vontades e, conseqüentemente, aos seus melhores interesses. Deve antes atender-se às recomendações das Diretrizes, em homenagem ao princípio do reconhecimento do superior interesse da Criança, e ao respeito pelas opiniões da Criança como concretização deste princípio.

Pelo que acima foi devidamente plasmado e fundamentado, é manifesto que o critério de aferição da audiência judicial da Criança, responsável por reconhecer se a audiência deve ou não ter lugar, deva atentar à sua capacidade de compreensão mínima ou capacidade de compreensão suficiente da Criança. Como tal, deve ficar claro que somente quando a audiência da Criança possa conflitar de forma grave com o superior interesse da Criança, particularmente com interesses prioritários da mesma (como foi acima demonstrado), é que se poderá afastar a Criança de doze anos, visto que esta terá sempre essa capacidade de compreensão suficiente. Não se trata de um critério objetivo, mas de um critério subjetivo que objetivamente abrange toda e qualquer Criança de doze anos em perfeitas condições no que à saúde mental respeita.

Quanto aos que tiverem idade inferior, vigora um verdadeiro critério subjetivo. Ter-se-á então de averiguar essa capacidade de compreensão mínima ou compreensão suficiente, caso a caso, com a consciência de que, mediante esta interpretação jurídica do critério, este nível de compreensão estará, em larga medida, presente entre aptidões das Crianças. Mas note-se que aqui existe somente a pretensão de legitimar a participação da Criança com capacidade de entendimento mínimo ou capacidade de compreensão suficiente, nos processos que lhe digam ou possam dizer respeito. Logicamente que, se a Criança não entender sequer os assuntos abordados, e/ou não tiver o mínimo de compreensão dos mesmos, nem mesmo as vozes mais favoráveis à realização da audiência judicial da Criança terão vitalidade para, nessas situações, a firmar.

De frisar que esta questão assenta somente na capacidade mínima de entendimento, não sendo este conceito prejudicado por eventuais limitações comunicativas. Como tal, *“44. (...) os meios utilizados para esse efeito devem ser adaptados ao*

*nível de compreensão e à capacidade de comunicação da criança (...)*.<sup>58</sup> (sublinhado pelo autor da dissertação). A “*capacidade de comunicação da criança*” não deve ser vista como pouco relevante, pois parece ser uma questão facilmente confundível com a capacidade de compreensão ou capacidade de formular opiniões pessoais. Como enfatiza José Manuel Santos Pais, “*Importa (...) distinguir entre a capacidade para formar opiniões (...) e a capacidade de as expressar de forma adequada*”<sup>59</sup>. A autoridade judiciária deve ter todo o cuidado no momento de averiguar a capacidade de entendimento mínimo ou capacidade de “*compreensão suficiente*”, sabendo discerni-la da sua eventual dificuldade comunicativa. Os técnicos multidisciplinares que apoiam as Crianças que intervenham nos processos (artigo 20º n.º2 do RGPTC) podem desempenhar a importante tarefa de auxiliar a suprir as dificuldades comunicativas das Crianças.

Para além do mais, “*44. (...) As crianças devem ser consultadas quanto à forma como desejam ser ouvidas.*”<sup>60</sup> Embora não haja, neste ponto, expressão na lei interna que lhe faça «espelho», o n.º2, as alíneas do n.º4 – e a própria letra do n.º4 –, o n.º5, e a alínea a) do n.º 7 do artigo 5º do RGPTC, concedem à Criança condições favoráveis a uma boa realização da audição judicial da Criança, em respeito pelo princípio da proteção da audição da Criança. Embora não se possa afirmar que facultem à Criança a escolha “*quanto à forma como desejam ser ouvidas*”, estas afiguram-se, efetivamente, como circunstâncias em que qualquer Criança sentirá a sua audição privilegiada, e parece aproximar-se muito do modo mais desejável que cada Criança tem de ser ouvida, dado o contexto de processo judicial ou administrativo.

### **3.3.5. A Conclusão Temática**

O fundamental que daqui se pode retirar é que, no momento da deliberação sobre os direitos da Criança no âmbito de providência tutelar cível, intervenção para

---

<sup>58</sup> Diretrizes do Comité de Ministros do Conselho da Europa sobre a justiça adaptada às crianças, capítulo IV-D. “A justiça adaptada às crianças durante o processo judicial”, ponto 3. “Direito a ser ouvido e a exprimir a sua opinião”.

<sup>59</sup> JOSÉ MANUEL SANTOS PAIS, *Direito à Participação das Crianças*, 2004, P. 9

<sup>60</sup> *Supra*

a promoção e proteção dos direitos da Criança ou Jovem em perigo, ou outro processo que diga respeito à Criança, deve ser-lhe conferido o direito a exprimir as suas opiniões e vontades, a fim de que esta participe de forma direta na determinação do seu superior interesse. À luz de uma moderna e dinâmica prática judiciária – sendo esta uma verdadeira «boia» face à letra da lei –, essa audição deve ser obrigatória a partir dos doze anos,<sup>61</sup> e para os casos em que ainda não se tenha tal idade, deverá sê-lo também sempre que exista “*a capacidade de compreensão dos assuntos em discussão*”, que deve ser entendida como “*a capacidade de compreensão suficiente dos assuntos em questão*”.<sup>62</sup>

Fica a nota que nos dias que correm é cada vez menos comum, na prática judiciária, a exclusão da Criança com doze anos. Pegando nas palavras de Rui Alves Pereira, “*a prática judiciária que mantém a Criança afastada do litígio parece-nos, salvo o devido respeito por melhor opinião, desconforme com as regras e princípios acima citados*”<sup>63</sup>, quer à luz do nosso direito interno, quer ao abrigo do direito comunitário e internacional que regulam a questão, como se analisará em seguida.

---

<sup>61</sup> Com a exceção de a realização da audição da Criança conflitar com o superior interesse da Criança nos termos já analisados.

<sup>62</sup> Diretrizes do Comité de Ministros do Conselho da Europa sobre a justiça adaptada às crianças, capítulo IV-D. “A justiça adaptada às crianças durante o processo judicial”, 3. “Direito a ser ouvido e a exprimir a sua opinião”.

<sup>63</sup> RUI ALVES PEREIRA, *Por uma Cultura da Criança enquanto Sujeito de Direitos – O Princípio da Audição da Criança*, Documento de Consulta Digital, P. 9.

### **3.4. As questões não Relativas à Consagração**

#### **3.4.1. Consequência jurídica da preterição da audição judicial da Criança quando esta deva ter lugar**

Ao abrigo de tudo o que acima foi fundamentado, é nítido que em muitos processos – quer judiciais, quer administrativos – deve ser conferida à Criança a oportunidade de se expressar e de participar de forma direta nos processos que lhe digam respeito, a fim de que a sua opinião e vontade se consubstanciem num categórico mecanismo de descodificação e concretização do seu superior interesse. A audição é um direito da Criança e deve ser visto como tal, indo para além da sua dimensão enquanto meio de prova.

Tal direito, por ter como titular a Criança – que por ser menor carece de capacidade de exercício (artigo 123º do CC) – deve ser prontamente promovido, em última instância, a título oficioso. Isto porque, contrariamente a um direito que assista a um maior de idade que detenha a plena capacidade de exercício dos seus direitos e que por isso (à partida) tenha conhecimento dos mesmos e os exerça de forma natural, a Criança vai (tendencialmente) depender da intervenção de outrem para o gozar. Quer isto dizer que a audição da Criança deverá ser sempre promovida, quando deva ter lugar. Ainda que a mesma possa não ser requerida por uma das partes, devê-lo-á ser, oficiosamente, pelo Tribunal. Posto isto, qual será então a consequência jurídica da violação do princípio da audição da Criança? Isto é, qual a consequência da não audição da Criança quando, à luz das disposições legais que acima se explanaram, a audição da Criança deva ter lugar, e se decida à sua revelia? É a resposta a esta pergunta que será o principal enfoque deste capítulo. Para tal, traçar-se-á um paralelismo com o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça (Relator: Maria dos Prazeres Pizarro Beleza), na sequência do processo 268/12.0TBMGL.C1.S1.

Tal como já se deixou bem patente, o grau de maturidade da Criança, nos termos já explanados, será fundamental para se determinar ou não a realização da audição judicial da Criança, sendo que a opção pela não audição da Criança deve sempre revelar-se na própria decisão que se venha a tomar: *“TV - A ponderação acerca*

*da maturidade da criança terá de se revelar na decisão, só estando dispensada a justificação para a sua eventual não audição quando for notório que a sua baixa idade não a permite ou aconselha.”*<sup>64</sup>

No supracitado processo, em sede de 1ª instância, não só não se procedeu à audição, como não se verificou qualquer justificação para a sua não realização, tendo as Crianças idade inferior a doze anos, não se afigurando, contudo, baixa o suficiente para dispensar a justificação da não audição. Não se deverá, portanto, fazer uma utilização abusiva da dispensa de justificação por ser “*notório que a sua baixa idade não a permite ou aconselha*”. Esta dispensa deve apenas funcionar para as idades verdadeiramente baixas nas quais nenhuma Criança, nem mesmo a que se revele mais madura, poderá ter capacidades que permitam a audição, nomeadamente idades abaixo dos três anos de idade.

Na prossecução da explicação sobre o referido Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça – elemento proveitoso para a abordagem ao tema –, será relevante começar por referenciar que a questão da audição da Criança apenas foi suscitada no recurso de apelação, sendo que em sede de 1ª instância a realização desta foi negligenciada, quer pelo Tribunal, quer pelo seu não requerimento no que às partes diz respeito.

Na apelação foi, então, suscitada a audição da Criança que, na perspetiva dos recorrentes e depois da explanação legal que no seu entender a admitia, deveria ter lugar enquanto novo meio de prova por existir “*dúvida fundada sobre a prova realizada*” (artigo 662º n.º2 alínea b)), quanto ao facto de terem existido agressões físicas às Crianças. O Tribunal da Relação, em resposta à apelação, entendeu não se verificar a dita “*dúvida fundada*” e, como tal, que a audição enquanto novo meio da prova não devia ter lugar.

No entanto, a audição da Criança não se subsume a um mero meio de prova, consubstanciando-se antes num verdadeiro direito à palavra e à participação na determinação do superior interesse da Criança.<sup>65</sup> Como tal, a audição da Criança não

---

<sup>64</sup> Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça na sequência do Processo 268/12.0TBMGL.C1.S1

<sup>65</sup> Neste sentido: “*Todavia, a audição da criança num processo que lhe diz respeito não pode ser encarada apenas como um meio de prova, com o qual se pretende fazer prova de um facto relevante no processo. É muito mais vasta a finalidade da audição. Trata-se antes de mais de um direito da criança a que o seu ponto de vista seja considerado no processo de formação da decisão que a afecta.*” – Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça na sequência do Processo 268/12.0TBMGL.C1.S1

poderá ser olvidada. Qual será então a consequência adequada perante o facto de a audição da Criança não ter tido lugar, sem a existência de justificação para a não realização da mesma? A resposta é dada pelo ponto 4. do Acórdão suprarreferido: *“4. Não é adequado aplicar o regime das nulidades processuais à falta de audição. Entende-se antes que essa falta afecta a validade das decisões finais dos correspondentes processos, por corresponder a um princípio geral com relevância substantiva e, por isso mesmo, processual. Assim sendo, anula-se o acórdão recorrido e determina-se que o processo baixe a fim de, ou serem ouvidos os menores, se a sua capacidade de compreensão assim o determinar, ou ser justificada a sua não audição.”*<sup>66</sup> (sublinhado pelo autor da dissertação).

### **3.4.2. A audição da Criança para tomada de declarações como meio probatório**

Apesar de mais uma vez a lei não ser inequívoca, em face de uma análise atenta do artigo 5º do RGPTC, de uma mais aprofundada ponderação sobre as regras que a disposição emana, e das suas respetivas intenções, é concludente que este artigo se refere a duas modalidades de audição com fins distintos e especificidades próprias: audição da Criança para que esta possa exprimir a sua opinião, regulada pelos n.ºs 1 a 5 do referido artigo, e a audição da Criança para tomada de declarações como meio probatório, correspondente aos n.ºs 6 e 7. Até agora tem-se vindo a referir essencialmente, no âmbito da presente dissertação, à audição da Criança como meio de efetivação do seu direito a expressar-se e a participar nos processos que lhe digam respeito, também servindo esta de mecanismo fulcral à decifração do que será, face ao caso concreto, o superior interesse da Criança. Serve como elemento de formação da (livre) convicção da autoridade judiciária<sup>67</sup> (artigo 5º n.º1 do RGPTC), por contraposição com outra modalidade de audição, a referente aos n.ºs 6 e 7 do artigo 5º do RGPTC, que essencialmente desempenha a tarefa de meio de prova<sup>68</sup> na

---

<sup>66</sup> Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça na sequência do Processo 268/12.0TBMGL.C1.S1

<sup>67</sup> A figura do Ministério Público deve considerar-se abrangida pelo conceito de tribunal ou juiz à luz das disposições do artigo 2º do Regulamento (CE) 2201/2003, de 27 de novembro.

<sup>68</sup> A audição da Criança a que se refere o n.º6 do artigo 5º do RGPTC trata-se de um meio probatório legalmente admitido. Este deverá enquadrar-se no contexto do artigo 413º do Código de Processo Civil (doravante CPC), tratando-se este (o Processo Civil), do direito subsidiário ao direito tutelar cível, como se estatui no n.º1 do artigo 33º do RGPTC. Há, no entanto, que destacar que a proposta

fundamentação da decisão do juiz,<sup>69</sup> ainda que a prestação de declarações da Criança possa ter ocorrido em processo diverso, nomeadamente, em processo-crime no contexto de declarações prestadas para memória futura (artigo 5º n.º7 alínea d) do RGPTC), aplicando-se o artigo 271º n.ºs 2 e 4 do CPP para as regras relativas às declarações da Criança para memória futura, ou em processo de natureza cível (quer tenham as declarações sido prestadas perante o Juiz ou Ministério Público), desde que com a “*observância do princípio do contraditório*” (artigo 5º n.º7 alínea e) do RGPTC).

Os méritos desta importante inovação – a da valoração extraprocessual do depoimento da Criança – devem ser atribuídos ao Conselho Superior da Magistratura, já que foi este, aquando da emissão de parecer sobre a Proposta de Lei n.º338/XXI, a recomendá-la. Esta inovação introduzida no regime tutelar cível afigura-se da maior pertinência. Desde logo, a valoração extraprocessual da prova resultante da audição da Criança em processo diverso anterior ao processo tutelar cível concede a este último o aproveitamento de um depoimento (tendencialmente) mais fiel à verdade material, dada a maior proximidade temporal do depoimento com a ocorrência dos factos objeto da audição. Repare-se: dá-se a ocorrência dos factos – quer estes se consubstanciem num facto isolado, numa sucessão de factos ou numa situação factual continuada – que irão compor a temática sobre a qual a audição versará. Procede-se, em momento futuro à verificação dos factos, à realização da audição da Criança em processo diverso ao tutelar cível, nas circunstâncias acima referidas. E, em momento posterior a este, corre processo tutelar cível. Evidentemente que, pela natureza das coisas, e não tanto por se tratar de uma Criança, aquando deste momento – à semelhança do que se sucederia com pessoa maior de idade – os acontecimentos não

---

de lei que deu origem ao RGPTC – Proposta de Lei n.º338/XXI – previa como direito subsidiário a este o Processo Penal. Foi o parecer do Conselho Superior da Magistratura que, na feitura da lei, foi determinante para a opção pelo Processo civil. O acolhimento do parecer aparenta-se proveitoso por estarmos no seio do Tutelar Cível e não do Tutelar Crime. Especificamente no âmbito da produção de prova antecipada, o RGPTC, na alínea g) do n.º7 do seu artigo 5º, remete para as norma aplicáveis ao Processo Civil, nomeadamente para os artigos 419º, 420º e 422º do CPC.

<sup>69</sup> A entidade competente para proceder à audição da Criança no contexto da audição para tomada de declarações que possam servir como meio de prova é o juiz (artigo 5º n.º7 alínea b)). Já no âmbito da modalidade de audição destinada a que a Criança seja ouvida para expressar a sua opinião e vontade, estatui-se que será competente para o efeito a autoridade judiciária (artigo 5º n.º 1 do RGPTC), podendo esta igualmente consubstanciar-se na figura do Juiz, mas também na do Ministério Público, como ficou patente na explicação sobre o capítulo “O Contributo da Lei n.º5/2017, de 2 de março”.

estarão tão «frescos» na memória da Criança. Tal aproveitamento – o da prova resultante de depoimento da Criança em processo diverso – irá, sem dúvida, possibilitar uma melhor reprodução da realidade factual no âmbito do processo tutelar cível.

Por outro lado, a referida inovação veio abrir a possibilidade de poupar a Criança a uma intervenção judiciária (eventualmente) escusada. Com efeito, a solicitação de participação da Criança para prestar depoimento que já tenha sido por si prestado em processo diverso, em princípio, apenas se consubstanciará numa tentativa de replicar o que esta já tinha expressado em momento anterior sobre o mesmo tema. Não se pode esquecer que esta regra reporta a um aproveitamento probatório: a prova foi efetivamente produzida. O que de facto sucede é a transferência da prova de um processo – processo-crime ou processo de natureza cível – para outro – processo tutelar cível. Posto isto, face às especificidades de cada caso concreto, atendendo à frágil e específica condição da Criança (em função da idade e maturidade), e em respeito pela “saúde física e psíquica” e pelo “desenvolvimento integral da criança” (artigo 5º n.º7 alínea f) do RGPTC), – *a contrario sensu* –, deve, em algumas circunstâncias, prescindir-se da realização da audição da Criança em audiência de julgamento<sup>70</sup> (artigo 5º n.º7 alínea f) do RGPTC), ou noutra fase do processo, como meio probatório, em respeito e salvaguarda do superior interesse da Criança, que é, em todo o caso, o fundamento da realização da audição da Criança para este fim (artigo 5º n.º6 do RGPTC). Não obstante, se a audição da Criança em audiência de julgamento não comprometer “a saúde física e psíquica e o desenvolvimento integral da criança”, a presença e prestação de depoimento por parte da Criança será bem-vinda.

Sobra ainda fazer umas breves considerações comparativas entre as duas modalidades de audição judicial da Criança: a audição da Criança para que esta exprima a sua opinião e a audição da Criança para tomada de declarações. Como já

---

<sup>70</sup> Neste sentido veja-se a decisão de se prescindir da audição do Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa na sequência do Processo 3473/05.1TBSXL-D.L1-8 (Relator: Carla Mendes), onde, embora tenha sido tomada em momento anterior à entrada em vigor da Lei n.º141/2015, de 08 de setembro, os motivos que levaram à decisão de não ouvir a Criança valem *mutatis mutandis* para a vigência desta.

foi devidamente enfatizado, a efetivação da audiência da Criança para que esta exprima a sua opinião trata-se da concretização de um direito,<sup>71</sup> de uma faculdade que não só não se realiza nas exceções previstas na lei, nomeadamente, quando se verificar uma carência de capacidade de compreensão dos assuntos em discussão ou a realização da audiência conflitue de forma grave com o superior interesse da Criança. Para além de que este direito consubstancia, de forma indubitável, uma obrigação para o julgador.<sup>72</sup> Posto isto, e sem prejuízo das exceções já referidas, é com clareza que se afirma que esta modalidade de audiência deve levar o «selo» de obrigatória.

Em sentido contrário, a audiência da Criança para tomada de declarações que possam servir como meio de prova não deve ser vista como obrigatória, porque efetivamente não o é.<sup>73</sup> A autoridade judiciária pode formar a convicção com base na audiência da Criança (a audiência destinada a que esta exprima a sua opinião), podendo afigurar-se irrelevante, face ao caso concreto, a sua realização a fim das suas declarações orais servirem como meio de prova. Assim, pode a autoridade judiciária não necessitar da prova resultante do depoimento oral da Criança para fundamentar a decisão que vier a tomar.

Também a imposição da gravação (artigo 5º n.º7 alínea c)) da audiência da Criança “*mediante registo áudio ou audiovisual*” ou outro meio (idóneo) quando não se disponham destes, e a respetiva preferência pela “*gravação audiovisual sempre que a natureza do assunto a decidir ou o interesse da criança assim o exigirem*”, é exigível somente para a audiência para tomada de declarações.

Coloca-se ainda, sobre a audiência da Criança para tomada de declarações que possam servir como meio de prova, o problema de saber de que forma se deverá lidar com a presença dos advogados – que também terão a faculdade de formular perguntas – no momento da inquirição. Primeiramente, deve tentar-se responder à questão de

---

<sup>71</sup> “*A criança tem o direito a ser ouvida (...)*” (artigo 5º n.º1 do RGPTC)

<sup>72</sup> “*Para efeitos do disposto no número anterior, o juiz promove a audiência da criança (...)*” (artigo 5º n.º 2 do RGPTC, sublinhado pelo autor da dissertação). Devemos da expressão utilizada retirar que o juiz tem de promover a audiência da Criança, que é uma obrigação legal para este. Não se dispõe que o juiz «pode» ou que o deve «se entender necessário». O juiz tem de a promover, obrigatoriamente.

<sup>73</sup> “*o tribunal (...) pode proceder à audiência da criança*” (artigo 5º n.º6 do RGPTC) Aqui é manifesta a opção do legislador pela não obrigatoriedade, ficando esta, face às características do caso concreto, a depender da discricionariedade do tribunal.

saber se será possível restringir a sua presença, ou se esta deverá ter-se como obrigatória. Face ao disposto na alínea b) do n.º7 do artigo 5º do RGPTC, parece que esta não poderá ser afastada, ainda que o juiz entenda que a mesma possa ser prejudicial à melhor realização da audição, nomeadamente no que concerne aos elementos da espontaneidade e sinceridade da Criança. Esta presença aparenta ser um requisito necessário para que o depoimento da Criança possa ser considerado meio de prova legalmente admitido. Ou seja, será nulo, enquanto meio de prova, o depoimento oral que da audição da Criança resultar, na ausência dos advogados.

Porém, tendo em conta que a intervenção judiciária da Criança é uma questão extremamente delicada, é possível que a presença de mais elementos «estranhos» – para além do Juiz e do Ministério Público – aumente o risco de constrangimentos por parte da Criança. E refere-se aqui aos constrangimentos não provocados, isto é, aqueles que a Criança sente naturalmente, próprios da idade, da seriedade e do teor do depoimento. Restam os casos em que os constrangimentos possam ser intencionalmente provocados pelo advogado de uma das partes, nomeadamente a fim de obstar a que a Criança revele algo que possa prejudicar as pretensões do seu cliente. Infelizmente, a prática judiciária não deve confiar que todos os advogados sejam devotos de uma ética exemplar, devendo, antes, adotar um estilo preventivo. Há que dar continuidade a uma lógica de proteção da audição da Criança, para que o seu depoimento seja o mais natural e fiel possível à verdade material.

Nesse sentido, e em virtude do requisito da presença dos advogados na audição da Criança para tomada de declarações que possam servir como meio da prova, a melhor opção a tomar será proceder-se à realização de duas audições seguidas: a primeira para que a Criança se expresse, sozinha – sem a presença dos advogados, que irão figurar a presença de cada um dos pais, ou de qualquer terceiro<sup>74</sup> –, e nas condições mais favoráveis à sua espontaneidade e sinceridade, à melhor

---

<sup>74</sup> Neste sentido, veja-se a decisão do Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa na sequência do Processo 1169/08.1TBCSC-A.L1-1 (Relator: Pedro Brighton), que ordenou a realização da audição de duas Crianças “ (...) *sem a companhia de terceiros, de forma a assegurar que a sua audição seria efectuada sem influências exteriores e a poder ter em consideração a sua opinião, em respeito ao direito de audição dos menores e ao princípio do reconhecimento do superior interesse do menor*”.

descodificação do seu superior interesse e melhor formação da convicção da autoridade judiciária com base nas opiniões da Criança; e a segunda para que se cumpram os requisitos exigidos pelos n.ºs 6 e 7, em particular da alínea b) do n.º7, do artigo 5º do RGPTC, a fim do depoimento oral da Criança ser considerado um válido meio de prova legalmente admitido.

O juiz, ao realizar as duas audiências, obterá, num primeiro momento, uma melhor percepção da realidade em que a Criança se encontra, do que será a sua vontade e o seu superior interesse (principal limite à vontade da Criança), como concretização do seu direito a expressar-se e em respeito pelo princípio da proteção da audiência da Criança, formando devidamente a sua convicção sobre estas factuaisidades; e, num segundo momento, irá proceder à produção de prova das mesmas, dando, para o efeito, cumprimento aos requisitos para tal necessários.

### **3.4.3. Os Mecanismos de Criação de Condições Favoráveis à Audição da Criança**

Uma possível corrente mais tradicional e conservadora, contrária à obrigatoriedade da audiência judicial da Criança, poder-se-á refugiar em alguns argumentos para obstar tal audiência. Poderia, eventualmente, defender-se alegando a fragilidade do depoimento, e que, pela limitada capacidade da Criança de entender o complexo das coisas (e por isso de formar livremente a sua opinião), este não deve ser valorado, não pode ter relevância decisória, nem tão pouco pode ser equiparado ao depoimento de um adulto.

Esta linha de pensamento poderia apoiar-se em várias «bengalas». À parte das eventuais limitações supra citadas, a tremenda suscetibilidade de o discurso poder ser manobrado por um ou vários adultos próximos. O ser humano em geral, e a Criança em especial, adotam como sua a opinião de outrem. Tal situação decorre da natureza humana, e é uma consequência inevitável da socialização. Pois bem, se tal fenómeno acontece com relativa facilidade no homem médio, por vezes até sem grande esforço

por parte do «pai» da opinião, na realidade da Criança certamente que acontecerá com mais facilidade ainda. O que garantidamente é suscetível de influenciar a perspetiva e opinião da Criança. Qual será então caminho? Negar à Criança qualquer participação nos processos que lhe digam diretamente respeito em prejuízo do efetivo exercício dos direitos da Criança e seu superior interesse? Não parece, de todo, que seja essa a melhor rota a traçar.

Não querendo retirar importância aos raciocínios que das correntes contrárias à obrigatoriedade da audição judicial da Criança possam resultar, não é possível acompanhar aqui a exteriorização de tal prática. É uma prática arcaica e manifestamente redutora, no que concerne ao apuramento fáctico das circunstâncias e à descodificação do superior interesse da Criança. Claro que se reconhecem fragilidades do seu depoimento, em grande parte dos casos. Mas é com consciência dessas fragilidades que se deve tentar abordar a questão, tentando saná-las. Não se trata de um depoimento normal, mas sim um depoimento especial e delicado que exige o redobramento de cuidados. O que é importante, que fique claro, é que os argumentos contrários à audição judicial da Criança devem funcionar como motor de criação de mecanismos que privilegiem a adequada audição judicial da Criança,<sup>75</sup> adequada de forma geral a todas as Crianças, e de forma especial às condições especiais de cada Criança individualmente, quer através da lei, quer através de uma boa prática judiciária. O escopo será sempre tentar adaptar a prática da audição à realidade de Criança. Terão de ser as habituais circunstâncias judiciais a moldarem-se à natureza e à condição da Criança e não o contrário.

Ao invés de se obstar à realização da audição judicial da Criança, deve-se antes promovê-la, munindo-a de especificidades que facilitem a sua melhor realização. Essas especificidades podem ser naturalmente gerais, como as que resultam do n.º2, do n.º3, das alíneas a) e b) do n.º4, do n.º5 e da alínea a) do n.º7 do artigo 5º do

---

<sup>75</sup> A propósito da criação de mecanismos que privilegiem a audição da Criança, as Diretrizes do Comité de Ministros do Conselho da Europa sobre a justiça adaptada às crianças, nos seus III. “Princípios Fundamentais”, capítulo A. “Participação”, recomendam que “1. Deve ser respeitado o direito de todas as crianças a (...) disporem de meios adequados de acesso à justiça (...). Tal inclui dar o devido valor aos pontos de vista da criança, tendo em atenção a sua maturidade e eventuais dificuldades de comunicação.” (sublinhado pelo autor da dissertação).

RGPTC e do n.º2 do artigo 47º e artigo 96º da LTE, por serem transversais à generalidade das Crianças (como, por exemplo, a tentativa de criação de um ambiente descomprimido por oposição à habitual e pesada atmosfera judicial, que pode passar pela realização da audiência num outro dia ou num outro local mais reservado,<sup>76</sup> ou a não utilização da habitual beca por parte do juiz, e das respetivas togas por parte dos advogados), ou especiais, isto é, adequadas às características pessoais da Criança ou à situação em que esta se encontre.

A letra do n.º4 do artigo 5º do RGPTC (em si mesma), e a parte final da alínea a) do mesmo número, preveem que sejam criadas condições especialmente adequadas à condição singular de cada Criança. Também a atuação da assessoria técnica e da assessoria técnica externa podem assumir a maior relevância para levar a cabo, por um lado, a prática de uma audiência judicial da Criança mais proveitosa, e por outro, melhor interpretação do depoimento daí resultante. A análise à atuação destas assessorias será, no entanto, mais aprofundada em capítulo subsequente.

O n.º4 do supra citado artigo 5º, apela ao respeito pela específica condição da Criança no momento da audiência, sendo-lhe garantida “*a existência de condições adequadas para o efeito*”. A expressão “*designadamente*”, utilizada na letra do n.º4, não alude a uma exclusividade, neste caso das condições plasmadas nas suas alíneas, ficando aqui nas mãos da autoridade judiciária uma margem de criatividade para facilitar e proteger o depoimento da Criança.

Por sua vez, a parte final da alínea a) do mesmo n.º4, em certa medida, resguarda a exposição da Criança “*a espaço ou ambiente intimidatório, hostil ou inadequado (...) [às suas] características especiais*” (sublinhado pelo autor da dissertação). Esta proteção à Criança e ao seu depoimento irá sempre consubstanciar-se numa tentativa

---

<sup>76</sup> Rui Alves Pereira considera que é imperiosa a criação, em cada Tribunal de Família e Menores, de salas especiais destinadas às Crianças para a melhor concretização legal da alínea a) do n.º4, e daquilo que parece ser a intenção da parte inicial da alínea a) do n.º7 do artigo 5º do RGPTC. Como refere, a título de exemplo, os Tribunais alemães com tal fim dispõem de espaços específicos e de zonas de reserva como «tendas índias» de brincar, onde as Crianças “*se podem retirar quando sintam que precisam de algum recato*”. RUI ALVES PEREIRA, *Por uma Cultura da Criança enquanto Sujeito de Direitos – O Princípio da Audição da Criança*, Documento de Consulta Digital, P. 12

de suavizar a pesada atmosfera judicial, tendo em especial atenção as características pessoais da Criança e a situação específica em que esta se vê colocada.

Posto isto, é concludente que as disposições supramencionadas assumem uma representação do princípio da proteção da audiência da Criança na própria letra da lei, ainda que nos dois últimos casos tal proteção seja conferida de modo abstrato e indeterminado. Justifica-se a opção por um conteúdo generalizado – da letra do n.º4 e da parte final da sua alínea a) – a fim de poder abranger-se um amplo leque de “condições adequadas” às específicas necessidades de cada Criança, para a melhor realização da sua audiência, no caso concreto.

#### **3.4.4. Atuação da Assessoria Técnica**

Quer a assessoria técnica (artigo 20º do RGPTC), quer a assessoria técnica externa (artigo 22º do RGPTC) podem ser preponderantes no âmbito da audiência judicial da Criança. Veja-se, num caso em que haja indício de violência por parte de uma mãe à filha, no âmbito de um processo judicial em que o futuro da Criança venha a ser decidido, naturalmente que, não só a Criança não deverá ser acompanhada pela mãe, fundamentando o juiz a recusa de tal acompanhamento (artigo 4º n.º1 alínea c)) – a Criança deverá ter a chance de poder explicar livremente em que situação se encontra –, como, pelas condições especiais em que se vê colocada, lhe deverão ser facultadas especificidades na realização da audiência que visem a sua proteção e que amparem o seu depoimento. Se for expectável que a Criança se encontra claramente perturbada a nível psicológico, esta deverá realizar o seu depoimento com o apoio de um psicólogo, destacado pelo tribunal para o efeito.

O acompanhamento psicológico de Criança que careça deste apoio na sua participação em processo que lhe diga respeito tem expressão legal patente no artigo 20º do RGPTC, cuja epígrafe é “Assessoria técnica”. Há aqui uma «ponte» entre a letra do n.º4 do artigo 5º do RGPTC, quando se refere ao respeito pela específica “condição da criança” no âmbito da sua audiência judicial, sendo a esta garantida “a existência de condições adequadas para o efeito”, e a assessoria técnica a que se refere o artigo 20º do

RGPTC, preceito que em muitas situações concretiza esta necessidade de conferir à Criança as condições favoráveis à melhor realização da sua audiência judicial face ao caso concreto – o que corresponde às características especiais da Criança e da situação em que esta se encontra – em respeito pelo primado do princípio da proteção da audiência da Criança. Determina o n.º2 deste artigo 20º que compete às equipas técnicas multidisciplinares que compõem a Assessoria Técnica *“apoiar as crianças que intervenham nos processos”*.

Embora se verifique uma omissão legal quanto à composição de tais equipas técnicas, depreende-se que sejam estas compostas pelos técnicos do Instituto de Segurança Social (doravante ISS), dado que, como se determina na nova orgânica do Instituto de Segurança Social (aprovado pelo Decreto-Lei n.º 214/2007, publicado no D.R., n.º 103, 1.ª Série, de 29 de maio de 2007, na sequência do PRACE – Programa de Reestruturação da Administração Central do Estado), na alínea p) do seu artigo 3º, compete ao ISS *“Assegurar, nos termos da lei, assessoria técnica aos tribunais em matéria de promoção e proteção de crianças e jovens em perigo e tutelar cível”*. Serão, portanto, estas equipas, que funcionam, preferencialmente, junto das secções de família e menores (artigo 20º n.º1 do RGPTC), a garantir, se necessário, o apoio psicológico à Criança, ou de outro tipo que a Criança careça. Importa neste momento fazer menção ao Manual da Audição da Criança do ISS, publicado no presente ano (2017). Tal obra é bem demonstrativa do trabalho que tem vindo a ser desenvolvido e da atuação muito própria e especializada das equipas multidisciplinares que apoiam a Criança que irá exercer o seu direito a expressar-se.

Importa referenciar a também relevante atuação da Assessoria Técnica Externa (artigo 22º), para que não se suscitem dúvidas. Esta não deverá ser confundida com a Assessoria Técnica do artigo 20º. A Assessoria Técnica externa é uma assessoria eventual. Isto porque, só se nomeará técnico multidisciplinar que lhe dê expressão quando o juiz *“o entenda necessário (...) a fim de assistirem a diligências, prestarem esclarecimentos, realizarem exames ou elaborarem pareceres”*. O que significa que não é a assessoria destinada a apoiar a Criança que intervirá nos processos que lhe digam respeito. Mas convém deixar claro que Assessoria Técnica (artigo 20º) e a Assessoria

Técnica Externa (artigo 22º) não são realidades mutuamente excludentes, pelo contrário: a segunda vem a complementar a primeira. Não na função (direta) de apoiar a Criança, a função que neste ponto mais importa, mas numa função também da maior relevância: a melhor interpretação do superior interesse da Criança.<sup>77</sup> Ao assistir às diligências de prova, nomeadamente audição da Criança com esse fim, o técnico externo prestará esclarecimentos, realizará exames e elaborará pareceres de forma a ajudar o julgador a criar uma melhor convicção sobre o superior interesse da Criança. O julgador, que será uma pessoa com conhecimentos aprofundados somente na área do Direito – sendo que nas restantes áreas terá apenas um conhecimento médio (tendencialmente) –, deverá ser assistido por profissionais de outras áreas que o auxiliem no esclarecimento de questões, naturalmente não jurídicas, e com relevância para o caso, para uma melhor decisão em consonância com os melhores interesses da Criança.

Embora no preceito não se discrimine a que profissionais o tribunal pode recorrer para o efeito, parece, ao examinar os fins de tal assessoria, que a lei se refere a “psicólogos, sociólogos, assistentes sociais, pedopsiquiatras”,<sup>78</sup> entre outros, visto que o texto da disposição deixa uma ampla margem ao juiz quanto às funções que este entenda necessárias a serem praticadas pelos assessores, e, conseqüentemente, ao tipo de profissional cuja assistência lhe convém para melhor tomada de decisão no caso.

Note-se que o chamamento de psicólogo para o acompanhamento da Criança não deverá ser feito *à la diable*, isto é, terá de se ser cuidadoso por se encontrar perante uma personalidade frágil e ainda em desenvolvimento, sendo necessário que a Criança e o respetivo psicólogo desenvolvam uma ligação de confiança. Para tal, seria necessário que se promovessem algumas consultas pré-judiciais destinadas à criação

---

<sup>77</sup> “4. Se é certo que as decisões finais são, em última instância, da competência e da responsabilidade das autoridades judiciais, os Estados membros devem, sempre que necessário, concertar esforços para estabelecer abordagens multidisciplinares com o objetivo de avaliar o interesse superior das crianças nos processos que lhes digam respeito.” – Diretrizes do Comité de Ministros do Conselho da Europa sobre a justiça adaptada às crianças, capítulo III. “Princípios fundamentais”, ponto B. “Interesse superior da criança”. Esta exigência de abordagem multidisciplinar com o objetivo de auxiliar a descodificação do superior interesse da Criança é garantida pela assessoria técnica e pela assessoria técnica externa dos artigos 20º e 22º do RGPTC, respetivamente.

<sup>78</sup> TOMÉ D’ALMEIDA RAMIÃO, *Regime Geral do Processo Tutelar Cível – Anotado e Comentado*, 2015, P. 71

e desenvolvimento, no íntimo da Criança, de um sentimento de confiança naquela «pessoa amiga» – caso contrário, a promoção de tal entidade corre o risco de ser pouco proveitosa –, assim como a percepção de que aquela pessoa irá ajudá-la e prepará-la para exteriorizar a sua situação de vida, assim como as suas vontades e opiniões, perante a autoridade judiciária. A lei não explicita quais os moldes precisos em que a Assessoria Técnica do artigo 20º do RGPTC deve funcionar. Ainda assim, é uma norma de relevo que poderá sofrer aperfeiçoamentos em reforma futura. Parece, contudo, que na modalidade da audiência da Criança destinada a que as suas declarações possam servir como meio de prova existe uma maior preocupação quanto ao acompanhamento prévio à Criança, atendendo ao preceituado na 2ª parte da alínea a) do n.º7 do artigo 5º do RGPTC: “(...) *devendo a criança ser assistida no decurso do ato processual por um técnico especialmente habilitado para o seu acompanhamento, previamente designado para o efeito*”.

#### **3.4.5. Princípio da obrigatoriedade da informação**

O princípio da obrigatoriedade da informação é genericamente consagrado na alínea i) do n.º4 da LPCJP: “*Obrigatoriedade da informação - a criança e o jovem, os pais, o representante legal ou a pessoa que tenha a sua guarda de facto têm direito a ser informados dos seus direitos, dos motivos que determinaram a intervenção e da forma como esta se processa*”, também aplicável aos processos tutelares cíveis – por remissão do n.º1 do artigo 4º do RGPTC –, sendo que no âmbito destes, as mesmas pessoas a que se refere o preceito no contexto da intervenção têm igualmente direito à informação sobre os seus direitos, motivos que deram origem à providência, e à forma como esta se irá processar, relevando, neste último ponto, a audiência da Criança.

Também de acordo com as Diretrizes do Comité de Ministros do Conselho da Europa sobre a justiça adaptada às crianças, nos seus III. “Princípios Fundamentais”, no capítulo A. “Participação”: “*1. Deve ser respeitado o direito de todas as crianças a serem informadas sobre os seus direitos (...)*”. Estas Diretrizes vão mais longe, no capítulo IV “A justiça adaptada às crianças antes, durante e depois do processo

judicial”, A. “Elementos gerais da justiça adaptada às crianças”, no ponto 1. “Informação e aconselhamento”, estabelecendo que *“Desde o seu primeiro contacto com o sistema judicial ou com outras autoridades competentes (como a polícia ou os serviços de imigração, de educação, sociais ou de saúde) e ao longo desse processo, as crianças e os pais devem ser rápida e adequadamente informados sobre, nomeadamente: a. Os seus direitos, em particular os direitos específicos das crianças relativamente ao processo judicial ou extrajudicial que lhe diga ou possa dizer respeito, bem como sobre os instrumentos disponíveis para recorrer contra eventuais violações dos seus direitos, incluindo a possibilidade de recorrer a um processo judicial ou extrajudicial, ou a outro tipo de ação. Pode tratar-se de informações sobre a duração provável do processo, a possibilidade de interpor recurso jurisdicional e de recorrer a mecanismos de queixa independentes”*.

A alínea c) do artigo 3º da CSEDC determina que *“à criança que à luz do direito interno se considere ter discernimento suficiente deverão ser concedidos, nos processos perante uma autoridade judicial que lhe digam respeito, os seguintes direitos, cujo exercício ela pode solicitar: c) Ser informada sobre as possíveis consequências de se agir em conformidade com a sua opinião, bem como sobre as possíveis consequências de qualquer decisão”*, parecendo este preceito espelhado, em sede do nosso direito interno, pelo n.º3 do artigo 5º do RGPTC. Este prevê que *“a audição da criança é precedida da prestação de informação clara sobre o significado e alcance da mesma”*. Este preceito impõe que, em momento anterior à realização da audição, seja explicado à Criança no que vai consistir a audição, quais os seus efeitos, e a relevância que o seu depoimento poderá assumir na decisão que se vier a tomar: embora seja este elemento determinante na composição decisória – devendo a decisão transpor as vontades e pontos de vista da Criança – esta, naturalmente, não pertence à Criança. No entanto, esta disposição aparenta ter uma letra demasiado «quadrada» perante a complexidade e multiplicidade de Crianças, idades e maturidades a que o preceito se possa aplicar.

Com efeito, embora em algumas idades mais avançadas – pelo menos a partir dos dez anos de idade – a disposição tenha toda a legitimidade e fundamento, quando se pensa na sua aplicação em Crianças de mais tenra idade – não esquecer que a alínea c) do n.º1 do artigo 4º do RGPTC não estabelece uma idade mínima para a audição, obedecendo somente ao requisito da *“capacidade de compreensão dos assuntos em discussão”* – a explicação *“clara sobre o significado e alcance da mesma”* poderá

não ser a mais adequada. Parece que a melhor solução para o caso passará por recorrer à regra da alínea a) do artigo 3º da CSEDC que determina, quanto à prestação de informações à Criança, que esta tem o direito a “*obter todas as informações relevantes*”, sendo o conceito de “*informações relevantes*” definido pela alínea d) do artigo 2º da mesma convenção como “*a informação adequada à idade e à capacidade de discernimento da criança, e que lhe será dada por forma a permitir-lhe exercer plenamente os seus direitos, a menos que a prestação dessa informação seja prejudicial ao seu bem-estar.*”

Posto isto, perante a audição de uma Criança de cinco anos (por exemplo), proceder-se a uma explicação séria do seu significado e consequências da mesma, de uma forma «crua», apenas com vista ao cumprimento do n.º3 do artigo 5º do RGPTC, poderá desencadear uma pressão e amedrontamento tal na Criança que obste a que a mesma não se consiga expressar – de todo, ou com condicionalismos –, e que tal circunstância ponha em causa a descodificação e concretização do superior interesse da Criança, principal finalidade da audição da Criança.

Traduzindo-se a audição da Criança a que se refere o n.º1 do artigo 5º do RGPTC num direito da Criança, não deve, a prestação de informação a que se refere o n.º3 do mesmo artigo, pôr em causa o seu pleno exercício. Será então necessário invocar a alínea a) do artigo 3º e a alínea d) do artigo 2º da CSEDC, para os casos em que se entenda que a aplicação (à letra) do n.º3 do artigo 5º do RGPTC possa prejudicar o direito que a Criança tem a exprimir-se, em homenagem ao princípio da proteção da audição da Criança.

Há aqui que atender a uma lógica hierárquica dos direitos da Criança. Sendo o direito de ser prestada informação à Criança um direito conexo em face do direito principal – o direito a expressar as suas opiniões –, não se deverá colocar em causa o bom exercício do direito principal, somente para a concretização plena do direito secundário. Em suma, o direito que resulta do n.º1 do artigo 5º do RGPTC que se traduz na faculdade que a cada Criança assiste em participar nos processos em que se venha a determinar o seu superior interesse deve prevalecer sobre o seu direito a ser prestada informação sobre o significado e alcance da audição. Quer isto dizer que quando a efetivação do segundo puser em causa o efetivo exercício do primeiro dever-se-á, na medida do necessário, comprimir o direito à prestação de informação,

nos termos que resultam da conjugação da alínea a) do artigo 3º e da alínea d) do artigo 2º, ambos da CSEDC.

Sobra neste ponto analisar quais as eventuais consequências do não cumprimento (em absoluto) do preceituado no n.º3 do artigo 5º do RGPTC. Antes de mais, há que tentar perceber a quem cabe a função de proceder a essa prestação de informação. Embora pareça evidente que esta tarefa deverá recair sobre a autoridade judiciária, o RGPTC é nesta questão omissivo – contrariamente à audição da Criança, cuja entidade que a realiza é, como já se viu, expressamente determinada.

Será necessário recorrer-se ao direito internacional para aferir uma solução (expressa). Esta parece encontrar-se no 1º ponto da alínea b) do artigo 6º da CSEDC: *“Nos processos que digam respeito a uma criança, a autoridade judicial antes de tomar uma decisão deverá: b) Caso à luz do direito interno se considere que a criança tem discernimento suficiente: - Assegurar que a criança recebeu toda a informação relevante;”*. Ainda que este 1º ponto da alínea b) do artigo 6º da CSEDC não refira que a prestação da informação é função da autoridade judiciária, incumbe a esta, em última instância, assegurá-la. Mas a problemática inicial subsiste: qual a consequência da não verificação da prestação de informação à Criança sobre o *“significado e alcance”* da sua audição? Tomé d’Almeida Ramião, nas anotações ao RGPTC, ao analisar o artigo 5º, nomeadamente o seu n.º3, não se alongou, afirmando apenas que a opinião da Criança *“só será relevante se a criança for devidamente informada sobre o significado e alcance das suas declarações”*.<sup>79</sup> Querirá o autor dizer que, se não lhe for devidamente prestada informação, a opinião da Criança não será relevante, em seu prejuízo? Não parece que assim possa ser. Certo é que a prestação de informação anterior à audição da Criança é um direito que lhe assiste – consagrado no n.º3 do artigo 5º do RGPTC –, e não uma obrigação. É uma obrigação, como anteriormente referido, da autoridade judiciária. Posto isto, a não efetivação do direito da Criança a que se lhe preste informação sobre o *“significado e alcance”* da sua audição não poderá funcionar contra si própria, nomeadamente, não se poderá excluir a atribuição de relevância à sua opinião em detrimento da descodificação do seu superior interesse e sua efetivação.

---

<sup>79</sup> *Supra*, P. 28

Porém, ao não ter sido prestada à Criança a devida informação, esta deverá beneficiar de uma proteção extra. Isto é, se por não se ter prestado informação à Criança sobre o “*significado e alcance*” da audição esta acabe por dizer «algo que a prejudique», ela goza da ressalva de essa parte do depoimento não relevar. No entanto, e uma vez que o Processo Tutelar Cível é um processo de jurisdição voluntária (artigo 12º do RGPTC) e não um processo de partes, isto é, não resulta do processo uma procedência ou uma improcedência, mas sim a regulação de um interesse que, à partida, se tratará de um interesse geral – o superior interesse da Criança (ainda que este assuma uma configuração subjetiva) – pode-se partir do princípio que em nenhuma circunstância o depoimento da Criança poderá funcionar contra si mesma.

Em função de a solução da opinião da Criança deixar de ser relevante, ou de ser esta considerada nula – por não se verificar que previamente a esta se prestou informação –, sendo contrária à descodificação e à concretização do seu superior interesse, tudo leva a crer que a não verificação da regra do n.º3 do artigo 5º do RGPTC não poderá ter consequências, ou, pelo menos, estas não deverão ser extensivas à Criança.

#### **3.4.6. A Intervenção de Operadores Judiciários com Formação Adequada**

Noção cruamente despojada de esclarecimentos próprios, esta participação de “*operadores judiciários com formação adequada*” no contexto da audição da Criança a que se refere a alínea b) do n.º4 do artigo 5º do RGPTC, parece dúbia. Primeiro, quanto à pessoa dos operadores, depois relativamente à “*formação adequada*” que estes devem possuir, merecendo que se proceda a considerações para melhor entendimento da expressão e do seu alcance.

Antes de mais, dado que os operadores a que a disposição se refere são os operadores “*judiciários*” e não outros quaisquer, parece, logo à cabeça que se trata das autoridades judiciárias e dos advogados. Porém, por se enquadrar o preceito na modalidade de audição da Criança destinada ao direito da Criança exprimir a sua opinião – a que corresponde aos n.ºs 1 a 5 do artigo 5º do RGPTC –, por oposição à

modalidade reservada à tomada de declarações que possam ser como meio probatório – correspondente aos n.ºs 6 e 7 do mesmo artigo –, coloca-se logo uma questão no respeitante às pessoas dos operadores judiciários.

Contrariamente ao que sucede na modalidade de audição da Criança para tomada de declarações, que exige a presença dos advogados, dispondo estes da faculdade de proceder a perguntas adicionais aquando da inquirição (n.º7 alínea b)), a modalidade da audição da Criança com vista a que esta expresse a sua opinião prescinde, por omissão, do requisito da presença dos advogados, presença essa que de resto poderá conflitar com o princípio da proteção da audição da Criança, como já foi atempadamente evidenciado.

Ora, se no contexto da audição da Criança para que esta possa exprimir a sua opinião se prescinde de tal pressuposto – o da presença dos advogados –, por não haver imposição legal do mesmo, e por este, à partida, não beneficiar a melhor audição da Criança, se se enquadra a alínea b) do n.º4 do artigo 5º do RGPTC neste tipo de audição, em que figura(s) se consubstanciarão tais “operadores judiciários com formação adequada”? Somente na figura da autoridade judiciária a que se refere o n.º 1 do artigo 5º do RGPTC? Subsistem muitas dúvidas relativamente às pessoas que o legislador tinha intenção de abranger no preceito. Ainda que a audição da Criança para tomada de declarações que possam servir como meio de prova não se refira a esta “formação adequada” dos operadores, deverá fazer-se um aproveitamento da expressão também para esta modalidade de audição, para que tal formação seja extensiva também aos advogados.

Resta abordar o que se deverá entender pela expressão “formação adequada”, qualidade que os “operadores judiciários” deverão apresentar. A formação adequada deverá materializar-se numa capacidade técnica interdisciplinar idónea a proceder a uma correta audição da Criança, tendo em conta sua idade, maturidade, “maturidade linguística”,<sup>80</sup> e o seu presumível estado psicológico. Para tal será necessário o operador possuir um tremendo grau de sensibilidade e capacidade para tratar cada caso de modo singular e não como mais um número. Como determinam as Diretrizes do Comité de Ministros do Conselho da Europa sobre a justiça adaptada às crianças, no

---

<sup>80</sup> RUI ALVES PEREIRA, *Por uma Cultura da Criança enquanto Sujeito de Direitos – O Princípio da Audição da Criança*, Documento de Consulta Digital, P. 13

Capítulo IV. “A justiça adaptada às crianças antes, durante e depois do processo judicial”, A. “Elementos gerais da justiça adaptada às crianças, ponto 4. “Formação de profissionais”, “*Os profissionais que tenham contacto direto com crianças devem também receber formação sobre as formas de comunicar com crianças de todas as idades e fases de desenvolvimento, bem como com crianças em situação de particular vulnerabilidade*” (sublinhado pelo autor da dissertação). É notório que os profissionais a que a supracitada alínea b) se refere devem possuir, para além da formação jurídica – já que se trata de “operadores judiciais” –, uma formação destinada à adequação da sua comunicação com a generalidade das Crianças (independentemente da sua fase de desenvolvimento), assim como com as que se encontrem em situações de “*particular vulnerabilidade*”.

O discurso destes profissionais deverá ser o mais informal possível e compreensível à situação da Criança. Refere Rui Alves Pereira que o emprego de pronomes pessoais, tais como «eu» e «tu», na inquirição à Criança, estabelece uma mais espontânea conexão entre a Criança e o operador judiciário, podendo este último recorrer-se da narrativa das suas experiências pessoais para o mesmo efeito. Como sustenta o autor, em momento algum o operador poderá fazer perguntas diretas relacionadas com a preferência que a Criança eventualmente tenha por algum dos progenitores, devendo antes depreender a sua opinião mediante perguntas indiretas. Compreender tal preferência através de perguntas indiretas é só mais uma das aptidões que o operador deverá apresentar. Ressalva-se que o autor deverá ter tido a intenção de abordar a questão das perguntas diretas e indiretas no contexto das Crianças mais novas. Quando se trate de uma Criança com quinze ou dezasseis anos, não será talvez tão desadequado a formulação deste tipo de perguntas de forma mais direta.

Rui Alves Pereira faz ainda referência a certas faculdades das Crianças, correspondendo-as às respetivas idades em que são habitualmente adquiridas, sem prejuízo de cada Criança ser singular face às demais e de ter o seu próprio ritmo. A capacidade desenvolvida entre os três e os cinco anos de uma Criança conseguir averiguar se certo facto ocorreu uma vez ou mais do que uma vez, sendo que aos cinco é adquirida a compreensão sobre o «nunca», o «sempre» e o «algumas vezes», afigura-se como uma das faculdades mais relevantes neste contexto. Nestas idades o nível de concentração é bastante baixo, preconizando-se que a audição não exceda os

vinte minutos. Outras faculdades relevantes incluem a aquisição da percepção de frequência de eventos, como «diariamente», «semanalmente» e «mensalmente», desenvolvida dos seis aos onze anos, manifestando-se a capacidade de referência ao dia e hora geralmente entre os sete e os oito anos de idade. Altamente variável de Criança para Criança será a capacidade para narrar eventos pela correta sequência cronológica nestas idades, devendo o operador judiciário ter especial atenção neste ponto e nos que abarcam conceitos abstratos, tais como *“a verdade, relações temporais, velocidade, tamanho e duração”*<sup>81</sup>. Note-se ainda que quando o assunto for relativo a pessoas de especial proximidade e importância, *“a disponibilidade da Criança em falar”*<sup>82</sup> pode alterar-se, por comparação com a generalidade dos outros assuntos. Por fim, dos doze aos dezassete haverá uma melhor capacidade de conduzir uma narrativa pela correta ordem episódica e com maior realce no que aos detalhes respeita. Nesta idade, a Criança também já detém uma boa compreensão dos conceitos relacionados com a duração temporal, velocidade e tamanho. Nessa faixa etária verifica-se uma maior preocupação *“com as repercussões que as suas respostas podem ter nos seus pais”*.<sup>83</sup>

#### **3.4.7. A Relevância das Opiniões da Criança no contexto de uma Deslocação ou Retenção Ilícita**

Tal como se tem vindo a evidenciar no decorrer da presente dissertação, assiste à Criança com idade, maturidade e discernimento suficientes, o direito a expressar a sua opinião, devendo esta assumir especial relevância na determinação do seu superior interesse.

Até agora tem-se vindo a enunciar a relevância opinativa da Criança em dois conjuntos de situações: a relevância da opinião da Criança na esfera familiar e social, ou se preferirmos não judicial; e a relevância da opinião da Criança no âmbito de um processo judicial ou administrativo.

Será analisado, neste ponto, a suscetibilidade da opinião da Criança relevar para o afastamento da eficácia de um poder originário – o que resulta das responsabilidades

---

<sup>81</sup> *Supra*, P. 14

<sup>82</sup> *Supra*

<sup>83</sup> *Supra*

parentais – de um acordo legalmente válido para o efeito, ou uma sentença judicial ou administrativa, ainda que tal fenómeno seja igualmente consequência da decisão de um outro processo judicial ou administrativo.

Especificamente, tal cenário pode suceder ao abrigo do n.º2 do artigo 13º da CSACRIC, no domínio de processo urgente (artigo 11º 1º parágrafo da CSACRIC), com vista ao regresso da Criança que tenha sido ilicitamente deslocada ou retida. Pode entender-se que esta Convenção surge como concretização da obrigação dos Estados para combater a “*transferência ilegal de crianças para o exterior e a retenção ilícita das mesmas fora de seu país*” (artigo 11º n.º1 da CSDC). A Convenção traduz-se na materialização dos acordos multilaterais – a que se refere o n.º2 do artigo 11º da CSDC – que, para o efeito, devem ser promovidos pelos Estados Partes.

Preliminarmente, a fim de se poder entender o alcance desta disposição, há que aferir qual o complexo de cenários em que esta se poderá enquadrar. A resposta é dada pelo artigo 3º da CSACRIC. Considera-se ilícita a deslocação ou a retenção quando desta resulte a violação de um “*direito de custódia*”<sup>84</sup> que seja atribuído a pessoa, instituição ou organização, de um modo exclusivo ou conjunto, pela lei do Estado onde a Criança tenha a sua residência habitual, atribuição essa que terá de ser anterior ao momento da deslocação ou retenção ilícita (artigo 3º, 1º parágrafo alínea a) da CSACRIC), estando esse direito de custódia da Criança a ser efetivamente exercido aquando da deslocação ou retenção, ou o devesse estar, caso a mesma não se verificasse (alínea b) do 1º parágrafo do mesmo artigo).

Destaca-se ainda no 2º parágrafo do artigo, que será irrelevante, para o efeito, qual a fonte que originou o direito de custódia: atribuição (originária) de pleno direito, decisão judicial ou administrativa, ou acordo vigente à luz do direito do Estado onde a Criança tenha a sua residência habitual. Ainda que o artigo 3º da CSACRIC não o

---

<sup>84</sup> Como realça Rui Alves Pereira, deve privilegiar-se o emprego de expressões que dignifiquem a Criança enquanto sujeito de direitos, por oposição à ideia obsoleta de «posse parental». Deste modo, quer a expressão “*direito*”, quer a expressão “*custódia*”, que aludem à tal ideia de posse sobre a Criança, devem ser preteridas em função do conceito de “*residência habitual da Criança*”, sendo que será esta, em princípio, junto de quem tenha o poder (funcional) emergente das responsabilidades parentais – ou poder análogo a este –, ou “*aquela que os pais lhes destinaram*” (artigo 1887º n.º1 do CC), os pais ou outros que sejam os detentores de tal poder funcional. Há aqui que «perdoar» o emprego do termo “*custódia*” pela inserção histórica da Convenção em apreço (25 de outubro de 1980). Para efeitos de facilitação dissertativa do presente capítulo, e para uma mais fiel reprodução textual dos preceitos, continuar-se-á a fazer menção ao termo “*custódia*”.

declare expressamente, é importante frisar que a presente Convenção visa apenas os casos em que a transferência ou retenção ilícita se verifique em Estado diverso àquele em que a Criança tenha a sua residência habitual, como se clarifica no seu artigo 1º.

Verificando-se a deslocação ou a retenção ilícita, conceitos que acima foram devidamente delineados, caso se inicie no prazo de um ano *“processo perante a autoridade judicial ou administrativa do Estado contratante onde a criança se encontrar, a autoridade respectiva deverá ordenar o regresso imediato da criança”* (artigo 12º 1º parágrafo da CSACRIC). Se o mesmo processo tiver início depois deste prazo findar, dever-se-á igualmente proceder ao regresso da Criança, a menos que fique provado que esta está devidamente *“integrada no seu novo ambiente”* (2º parágrafo do mesmo artigo).

Observando o disposto no 2º parágrafo do artigo 13º da CSACRIC, que estatui que *“A autoridade judicial ou administrativa pode também recusar-se a ordenar o regresso da criança se verificar que esta se opõe a ele e que a criança atingiu já uma idade e um grau de maturidade tais que levem a tomar em consideração as suas opiniões sobre o assunto”*, depreende-se claramente que se pretende conferir à opinião da Criança preponderância decisória sobre onde esta pretende estar. Contudo, a disposição apenas deverá relevar quando a Criança que se oponha ao regresso tenha de facto atingido uma *“idade e um grau de maturidade tais”* em que seja compreensível a recusa, por exemplo quinze anos de idade. Isto porque, embora a opinião da Criança seja determinante elemento de composição do que será o seu superior interesse, estamos aqui num contexto diverso à sua mera audição judicial, que será elemento da formação da convicção da autoridade judiciária (ou meio de prova da fundamentação da decisão).

Entenda-se que não está aqui em causa a audição da Criança. O direito que lhe assiste a ser ouvida e a expressar as suas opiniões mantêm-se inviolável, a menos que a realização da sua audição seja considerada inadequada *“em função da sua idade ou grau de maturidade”* (artigo 11º n.º2 do Regulamento (CE) n.º 2203/2001, de 27 de novembro de 2003, relativo à competência, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria matrimonial e em matéria de responsabilidade parental, doravante RCE2201/01).

O que aqui releva é o peso da opinião da Criança enquanto fundamento de recusa da autoridade judiciária em ordenar o seu regresso. A opinião da Criança,

enquanto fundamento de recusa do seu regresso pela autoridade judiciária, vai neutralizar, ainda que a título temporário,<sup>85</sup> os efeitos automáticos – no caso do exercício das responsabilidades parentais –, ou decorrentes – no caso de decisão judicial ou administrativa ou de acordo vigente à luz do direito do Estado onde a Criança tenha a sua residência habitual –, que conferiam a quem de direito – pessoa, instituição ou organização – o seu direito de custódia. Essencialmente, não está aqui em causa a afetação do direito de custódia enquanto «direito» do seu titular ou dos seus titulares; está sim, que esse direito ou poder existe para dar face às naturais limitações que a Criança tem ou eventualmente possa ter.

Posto isto, parece que a opinião da Criança só deverá produzir os efeitos previstos no 2º parágrafo do artigo 13º da CSACRIC nos casos em que esta se encontre numa idade mais avançada e disponha de um grau de maturidade considerável. Todavia se, por exemplo, estiver reunido um aglomerado de factuais que criem a convicção na autoridade judiciária de que o superior interesse da Criança estará melhor salvaguardado se esta não ordenar o seu regresso, e tais factuais não forem suficientes para preencher os fundamentos de recusa das alíneas a) e b) do 1º parágrafo do artigo 13º da CSACRIC, que pode (e deve) a autoridade judiciária, verificando que a Criança se opõe ao regresso, não o ordenar, ainda que a Criança não tenha uma idade assim tão avançada. Fica ainda a nota de que, embora não seja requisito (e não deverá passar a sê-lo) do 2º parágrafo do artigo 13º, julga-se que será um importante elemento de ponderação para que a autoridade judiciária ordene ou não o regresso da Criança o facto de esta se encontrar devidamente integrada no novo ambiente (artigo 12º, 2º parágrafo da CSACRIC), não devendo, para o efeito, esta questão esvaziar-se de importância.

Não obstante da autoridade judiciária definir-se pela retenção da Criança com base num dos fundamentos de recusa do regresso das alíneas do 1º parágrafo do artigo 13º da CSACRIC, ou do 2º parágrafo – o fundamento de recusa no regresso com base na oposição da Criança ao mesmo –, esta decisão não se manifesta, como já vimos,

---

<sup>85</sup> Embora a decisão de retenção não tenha efeitos definitivos não nos podemos esquecer que estamos a falar de Crianças, não se trata de uma «retenção patrimonial» ou de outra ordem. Estes são sujeitos de direito, mas convém lembrar que são também seres particularmente indefesos, frágeis e inexperientes, quando comparados com quem tenha já atingido a maioridade. A decisão de recusa no regresso deve, por isso, ser tremendamente cautelosa.

definitiva. Isto porque, se em momento posterior à decisão de retenção, tiver sido proferida por Tribunal competente ao abrigo do RCE2201/01, decisão que exija o regresso da Criança, tem esta força executória (artigo 11º n.º8 do RCE2201/01), em Estado-Membro diverso “*sem necessidade de qualquer declaração que lhe reconheça essa força e sem que seja possível contestar o seu reconhecimento (...) Mesmo se a legislação nacional não previr a força executória (...)*” (artigo 42º n.º1 do RCE2201/01).

Convém, todavia, destacar que tal só é possível se, no âmbito de tal processo – aquele que vai dar origem à decisão com força executória –, for respeitado o princípio da audição da Criança, como se estatui na alínea a) do n.º2 do artigo 42º do RCE2201/01, similarmente ao que sucede quanto ao direito de visita no âmbito do mesmo Regulamento (artigo 41º n.º2 alínea c) do RCE2201/01).

#### **4. A Realidade da Audição da Criança no Direito Estrangeiro**

A opção de reservar o Direito Estrangeiro para o fim do estudo sobre o princípio da audição da Criança deve-se ao facto de se privilegiar, primeiramente, uma análise global da questão – audição quer social, quer judicial –, o que implica uma necessária e inevitável investigação do direito interno e do direito europeu e internacional para uma melhor compreensão das problemáticas num todo, e só depois uma análise do direito estrangeiro em jeito de comparação.

##### **4.1. Direito Espanhol**

No âmbito do direito espanhol, como se estabelece no 1º parágrafo do n.º1 do artigo 9º da *Ley Orgánica 1/1996 de Protección Jurídica del Menor* (doravante LOPJM), de 15 de janeiro, à Criança assiste o direito de ser ouvida, sem que seja alvo de discriminação em função da idade, deficiência ou qualquer outra circunstância, quer no contexto familiar, quer no contexto de um processo judicial, administrativo ou de mediação que afete a sua esfera pessoal, familiar ou social, e que as suas opiniões relevem, tendo em conta a sua idade e maturidade. Aqui, a lei espanhola estabeleceu, numa só disposição, a audição social e a audição judicial, sendo que estas não têm idade legal mínima nem podem ser, à partida, afastadas. Assim, apenas funciona a maturidade como critério de relevância das opiniões e não como elemento de aferição da qualidade para ser ouvido. Também parece abrir um leque maior de ocasiões onde a opinião da Criança possa participar – que afete a sua esfera pessoal, familiar ou social – em vez de confinar a participação desta somente aos processos que lhe digam (diretamente) respeito.

Estatui ainda o 1º parágrafo do n.º1 do artigo 9º que, para melhor exercício deste direito, a Criança deverá receber todas as informações acerca do mesmo, através de uma linguagem compreensível e em formatos acessíveis e adaptados às suas circunstâncias. Já o 2º parágrafo do mesmo n.º1 prevê que se dê preferência, nos

processos judiciais e administrativos, a ouvir-se a Criança, devendo a audição desta ser conduzida de forma adequada à sua situação específica e desenvolvimento evolutivo, e, se necessário, deverá ser assistida por profissionais qualificados e especialistas para o efeito, à semelhança do que sucede ao abrigo das disposições nacionais. Dever-se-á tentar preservar a vida privada da Criança e proceder-se-á à audição mediante uma linguagem que lhe seja compreensível.

Quando se considere que a Criança tem maturidade suficiente, esta poderá optar pelo exercício do direito de audição por si mesma ou através de pessoa que esta designe para a representar. Contrariamente ao que se sucede no âmbito do direito português, no qual é o juiz a aferir a capacidade de compreensão e maturidade da Criança, no direito espanhol essa maturidade será determinada por um profissional qualificado, tendo em conta o seu desenvolvimento e a sua capacidade de compreender e avaliar a questão ou temática específica que será objeto do caso concreto. A Criança de doze anos terá sempre, à luz da lei, maturidade suficiente para a audição (artigo 9º, n.º2, 1º parágrafo da LOPJM), tal como funcionava em Portugal até à reforma de 2015. No 2º parágrafo do mesmo n.º2, a lei espanhola confere ainda à Criança que vai ser ouvida diretamente a assessoria de intérpretes que a ajudem a expressar-se – de modo similar ao apoio prestado pelas assessorias técnicas do artigo 20º do RGPTC –, podendo a Criança optar por se expressar por palavras ou através de meios não-verbais.

Já no 3º parágrafo do mesmo número, determina-se que, quando a audição não seja possível ou seja desaconselhável face ao superior interesse da Criança, a opinião desta será manifestada através dos seus representantes legais – desde que se entenda que não existem interesses conflitantes entre aqueles e a Criança –, ou através de outras pessoas que, pela sua profissão ou relação especial de confiança com a Criança, sejam idóneas a transmitir a sua opinião.

Por oposição aos critérios de aferição da audição da Criança em sede de direito interno que acima se estudou, no domínio do direito espanhol, somente quando o superior interesse da Criança desaconselhar a audição é que esta não se realizará. No entanto, como já se expôs, os critérios que no direito português relevam, nomeadamente a maturidade, também assumem a sua importância no direito

espanhol. Porém, relevam para determinação da medida da relevância da opinião, e não como critérios de aferição do direito a ser ouvido. Esta é das divergências mais relevantes entre os dois ordenamentos, merecendo o espanhol, neste ponto, a devida ovação, por melhor resguardar o direito da Criança a ser ouvida e a participar nos processos que lhe respeitem.

Por fim, a decisão que entenda que a Criança não deva ser ouvida (em sede de processo judicial ou administrativo) nem diretamente, nem por intermédio de representante, deve sempre fundar-se no superior interesse da Criança, e deverá ser comunicada ao Ministério Público, à Criança e aos seus representantes, sendo-lhes explicados os recursos existentes contra esta decisão de não se ouvir a Criança (n.º3 do mesmo artigo). Nas decisões finais deverá constar o resultado e a avaliação do depoimento da Criança (parte final do n.º 3).

#### **4.2. Direito Alemão**

No direito alemão vigoram, simultaneamente, quanto à audição judicial da Criança, um critério objetivo e um critério subjetivo. Estabelece o n.º1 do artigo 159º da *Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit* (doravante GVFAG), que, quando a Criança tenha catorze anos ou mais, o Tribunal deve proceder à sua audição. Semelhante ao critério objetivo que em Portugal vigorava até à reforma de 2015, com a diferença que a obrigatoriedade de audição se fixava, como já se sublinhou, nos doze anos.

Quanto à audição da Criança com idade inferior aos catorze anos, funciona o critério subjetivo plasmado no n.º2 do artigo 159º da GVFAG. Este estabelece que a audição judicial da Criança menor de catorze anos deve ter lugar quando, dadas as características do caso concreto, as suas preferências, desejos e opiniões se afigurem significantes para a tomada de decisão. Em todo o caso, sempre que o Tribunal entenda que existam motivos substanciais e sérios à não realização da audição da Criança, este pode prescindir da mesma (artigo 159º n.º3 da CVFAG). Estes “*motivos substanciais*” parecem apresentar uma similitude com os contornos do superior

interesse da Criança. O mesmo n.º3 dispõe ainda que, se se entender que a audição não deva ter lugar em função de um perigo eminente, proceder-se-á à mesma assim que o perigo deixar de se verificar.

Sobra ainda, no âmbito do direito alemão, abordar a questão da confidencialidade do depoimento da Criança. A questão é merecedora de trato, por um lado, pela divergência que nela existe entre as duas realidades jurídicas – a portuguesa e a alemã –; por outro, pela relevância que esta pode assumir no contexto da audição judicial da Criança. Enquanto na Alemanha a Criança goza de total confidencialidade do seu depoimento “*com o intuito de não se violar a relação de confiança estabelecida com a Criança*”<sup>86</sup>, no âmbito do direito português tal não sucede. Isto porque, no direito português, o juiz terá sempre que mencionar os fundamentos que o levaram a tomar determinada decisão. Rui Alves Pereira considera também relevante a característica da confidencialidade do depoimento na medida em que, a ser confidencial, não deverá ser reduzido a escrito. Tal circunstância previne, indubitavelmente, “*as habituais repercussões nas relações com os pais quando estes têm acesso ao que foi dito pela Criança*”.<sup>87</sup>

### **4.3. Direito Brasileiro**

No direito brasileiro, o princípio da audição da Criança é referenciado em diversas disposições. Logo no Código Civil Brasileiro (doravante CCB), o n.º III do artigo 1740º dispõe que deve ser ouvida a opinião da Criança a partir dos doze anos de idade no contexto do exercício da tutela. Também no Estatuto da Criança e do Adolescente, de 13 de julho (doravante ECA), no contexto da colocação da Criança em família substituta, ao abrigo do n.º1 do seu artigo 28º, dever-se-á, sempre que possível, ouvir-se a Criança ou o adolescente, à semelhança do disposto no artigo 168º, “*por equipe interprofissional, respeitado seu estágio de desenvolvimento e grau de compreensão sobre as implicações da medida*”, sendo que a opinião da Criança será sempre devidamente

---

<sup>86</sup> RUI ALVES PEREIRA, *Por uma Cultura da Criança enquanto Sujeito de Direitos – O Princípio da Audição da Criança*, Documento de Consulta Digital, P. 15

<sup>87</sup> *Supra*

considerada. O n.º 2 do artigo 28º dispõe ainda que, a partir dos doze anos, a Criança terá de dar o seu consentimento para integrar uma família de substituição.

Também no âmbito das medidas de proteção, a Criança e o adolescente “*têm direito a ser ouvidos e a participar nos atos e na definição da medida de promoção dos direitos e de proteção, sendo sua opinião devidamente considerada pela autoridade judiciária competente, observado o disposto nos §§ 1.ª e 2.ª do art. 28 desta Lei*” (artigo 100º n.ºXII do ECA) – isto é, o suprarreferido artigo 28º – seja em separado, na companhia dos pais, de responsável, ou de pessoa por si escolhida.

Terá o adolescente igualmente direito a expressar-se, no quadro da prática de ato infracional, que corresponde ao âmbito da nossa LTE, enquanto garantia processual, segundo o n.º V do artigo 111º do ECA. “*Em caso de flagrante de ato infracional cometido mediante violência ou grave ameaça a pessoa, a autoridade policial, (...) deverá: I - lavrar auto de apreensão, ouvidos as testemunhas e o adolescente;*” (artigo 173º n.º I, sublinhado pelo autor da dissertação).

## **Conclusão**

Na presente dissertação fez-se uma profunda abordagem ao princípio da audição da Criança, com o principal objetivo de o declarar como um dos mais decisivos mecanismos de descodificação do superior interesse da Criança. Este, por ser um conceito indeterminado, carece de concretização no caso concreto, assumindo a audição da Criança, para o efeito, papel determinante. Como enfatiza Tomé d’Almeida Ramião *“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”*.<sup>88</sup> Vai também neste sentido a orientação dada pelas Diretrizes do Comité de Ministros do Conselho da Europa sobre a justiça adaptada às crianças: *“2. Ao avaliar o interesse superior das crianças às quais os assuntos digam direta ou indiretamente respeito: a. Os seus pontos de vista e opiniões devem ser tidos em devida consideração;”*.<sup>89</sup>

O objeto de estudo em torno da audição da Criança, enquanto mecanismo de determinação do superior interesse da Criança, procurou não só investigar a audição na sua vertente judiciária, mas também dedicar atenção ao contexto social da mesma. Esta última vertente da audição, alvo de poucas atenções por parte da doutrina, tem máxima relevância.

Na dimensão social da audição da Criança será indubitável concluir que serão os pais da Criança – ou com quem a Criança tenha relação análoga – os principais propulsores da mesma. Estes devem ouvir a opinião da Criança e revesti-la de relevância, como se estabelece no n.º 2 do artigo 1878º CC. Para o efeito devem ter com a Criança uma boa comunicação que assente no diálogo, por oposição ao recorrente monólogo parental. Deverá, então, ser concedida à Criança a oportunidade de expressar os seus medos, anseios, desejos, dúvidas e inquietações. Só assim, através deste caminhar «lado a lado» com a Criança, e de uma política familiar de integração

---

<sup>88</sup> TOMÉ D’ALMEIDA RAMIÃO, *Regime Geral do Processo Tutelar Cível – Anotado e Comentado*, P. 107, 2015

<sup>89</sup> Diretrizes do Comité de Ministros do Conselho da Europa sobre a justiça adaptada às crianças, no capítulo III. “Princípios fundamentais”, no ponto B. “Interesse superior da criança”.

direta da Criança e do seu ponto de vista<sup>90</sup> no contexto familiar, poderá esta rumar em direção ao seu melhor desenvolvimento integral.

Por seu turno, a audição judicial da Criança – isto é, o direito que assiste à Criança de ter presença em Tribunal, de expressar as suas opiniões e vontades e de que estas sejam dotadas de relevância no momento da determinação do seu superior interesse – assumiu especial destaque na elaboração do presente trabalho.

Quer ao abrigo das diversas Convenções Internacionais que regulam a matéria, quer à luz das disposições legais que vigoram no nosso Direito Interno, a consagração do direito da Criança a participar nos processos que lhe digam respeito é uma realidade objetiva.

O principal problema reside no facto de a consagração da audição judicial da Criança assentar em critérios subjetivos de aferição, como a “*capacidade de compreensão*”, a “*maturidade*” e o “*discernimento*”, que, por serem substancialmente indeterminados, acabam por se esvaziar de significado. Por consequência, o julgador dispõe de uma ampla margem subjetiva – originada pela indeterminação conceitual dos critérios – que na prática se tem traduzido, em muitos casos, numa violação do direito da Criança à audição e participação nos processos judiciais e administrativos que lhe digam ou possam dizer respeito.

Com o intuito de dar face a esta problemática, a presente dissertação tratou da questão ao relegar para segundo plano os conceitos de maturidade e discernimento – desadequados à realidade da Criança aquando de uma interpretação literal –, centrando-se no critério da capacidade de compreensão. Para tanto adotou o critério recomendado pelas Diretrizes do Comité de Ministros do Concelho da Europa sobre a justiça adaptada às crianças, que se traduz na “*compreensão suficiente*”. Esta capacidade de “*compreensão suficiente*”, ou capacidade de entendimento mínimo, consubstancia-se então numa capacidade de compreensão relativa, assente na capacidade de compreender qual o assunto que será objeto das suas declarações, ou de, pelo menos, identificá-lo.

---

<sup>90</sup> Não se defende que a opinião ou ponto de vista da Criança deva prevalecer. Evidentemente que é nos pais que assenta o poder deliberativo familiar. O que o n.º2 do artigo 1878º do CC estatui, e que a presente dissertação reitera, é que a opinião da Criança deve ser levada em linha de conta.

Em 2015 – por intermédio da Lei n.º 141/2015<sup>91</sup> e da Lei n.º 142/2015, ambas de 8 de setembro – abandonou-se o critério objetivo de aferição da audição, que vigorava desde 1999, que estabelecia como obrigatória a audição da Criança com doze anos ou mais, sendo que se relegava o critério subjetivo somente para as Crianças que tivessem idade inferior a esta.

A Criança de doze anos ou mais pode agora, à luz das disposições legais que por intermédio desta reforma se introduziram, ser excluída dos processos que lhe digam respeito, o que não deixa de ser caricato quando se atenta à proposta de lei<sup>92</sup> que deu origem à Lei n.º 141/2015. Entre outros, esta tinha como objetivo fomentar a prática judicial da audição da Criança.

Embora relativamente a algumas providências tutelares cíveis tal não suceda,<sup>93</sup> a extinção do critério objetivo de aferição da audição é suscetível de violar o direito à sua audição judicial, de acordo com as considerações e conclusões que deste trabalho resultam, quanto aos seus critérios de aferição. Deste modo, embora não vigore atualmente um critério objetivo, vigora um critério subjetivo que objetivamente deve abarcar toda e qualquer Criança de doze anos (ou mais), pois esta terá sempre, ainda que possa ser imatura face à idade, esta capacidade de “*compreensão suficiente*” ou capacidade de entendimento mínimo. Já quanto à Criança que tenha idade inferior, dever-se-á fazer uma ponderação casuística da capacidade de compreensão, tendo a consciência que, em muitos casos, esta se verificará.

«Arrumadas» as questões que à consagração dizem respeito, foram merecedoras de foco algumas temáticas conexas à audição judicial da Criança.

Primeiramente, tentou entender-se qual a relevância jurídica da não realização da audição judicial da Criança, enquanto direito da Criança, quando esta deva ter lugar, ou quando não haja justificação para a decisão de não a ouvir. Esta traduzir-se-á numa falta de validade da decisão, que acarreta uma anulação da mesma, a fim de se ouvir a Criança, caso haja lugar à audição, ou seja justificada a opção pela não audição.

---

<sup>91</sup> Lei que aprovou o Regime Geral do Processo Tutelar Cível.

<sup>92</sup> Proposta de Lei n.º 338/XXI.

<sup>93</sup> Nomeadamente, a providência de regulação do exercício das responsabilidades parentais e a providência destinada à fixação da obrigação de alimentos ao filho, continuaram a manter o critério objetivo da obrigatoriedade de audição das Crianças com doze anos ou mais.

Procedeu-se também a um relevante balanço da modalidade da audição judicial da Criança para tomada de declarações que possam servir como meio probatório, em jeito de comparação com a audição destinada a que a Criança expresse a sua opinião, enquanto concretização de um direito. Para além de estas duas modalidades terem fins distintos, também dispõem de especificidades próprias, sendo que a audição para tomada de declarações como meio probatório não deve ser considerada obrigatória, contrariamente à que se destina a que a Criança expresse a sua opinião, que se trata de um verdadeiro direito da mesma.

A reforma de 2015 veio permitir a valoração extraprocessual do depoimento da Criança. Tanto as declarações para memória futura prestadas pela Criança em processo-crime, como as declarações por esta prestadas em processo de natureza cível perante Juiz ou Ministério Público, podem ser consideradas como meio de prova em processo tutelar cível.

Tal aproveitamento da prova produzida em processo diverso permite poupar a Criança a uma intervenção judiciária (eventualmente) escusada, tendo em conta que a Criança é um sujeito especialmente frágil. Como tal, um ambiente como o judicial não é o mais adequado à mesma. Não trazendo o novo depoimento da Criança nada de novo, deverá prescindir-se do mesmo.

Tendencialmente, a valoração extraprocessual do depoimento da Criança confere ainda ao processo tutelar cível uma melhor reprodução da verdade material. Isto, porque o depoimento da Criança em processo diverso (processo-crime ou processo de natureza cível) vai ser prestado em momento prévio ao depoimento que (eventualmente) prestar em processo tutelar cível, e como tal, terá a Criança uma melhor lembrança factual do teor do depoimento.

O depoimento da Criança será sempre um depoimento especial. Embora em diversas situações a exteriorização das opiniões e vontades da Criança seja da maior relevância para a descodificação, no caso concreto, do seu superior interesse, o seu depoimento será, à partida, um depoimento delicado. Será com base nesse pressuposto que devemos abordar a questão.

Deverá, então, criar-se mecanismos e especificidades que protejam e privilegiem a adequada audição da Criança. Esta deve ser adequada de forma geral, através da criação de condições favoráveis à generalidade das Crianças, e adequada de

forma especial às características pessoais de cada Criança e à situação em que a Criança se encontre. Por um lado, será a lei a dar-nos algumas especificidades que protegem a audição; por outro, caberá à prática judiciária e à criatividade da mesma a concretização do princípio da proteção da audição da Criança.

Também o apoio das equipas técnicas multidisciplinares, que compõem a assessoria técnica (que deverá funcionar junto das secções de família e menores), prestado às Crianças que participem nos processos que lhe digam respeito, constituem uma importante mais-valia para a consagração do princípio da proteção da audição da Criança. Já as equipas técnicas multidisciplinares que constituem a assessoria técnica externa, embora não lhes caiba a função de apoiar as Crianças, desempenham um importante papel de auxílio ao juiz na determinação do seu superior interesse.

Com igual finalidade de proteger a audição da Criança e de a tornar adequada à natureza da mesma, estabeleceu-se que os operadores judiciários que intervenham e participem na audição da Criança devem ser dotados de formação adequada. Os operadores judiciários deverão então possuir uma tremenda sensibilidade, adequando o seu discurso às diferentes idades e às características específicas de cada Criança. Em momento algum deverá fazer-se perguntas diretas, tais como uma pergunta quanto à preferência por um progenitor ou por outro, devendo antes depreender-se certas respostas mediante a formulação de perguntas indiretas.

Conexamente ao direito que a Criança tem a ser ouvida, verifica-se o seu direito à prestação de informação sobre o significado da audição, do seu depoimento e alcance do mesmo. No entanto, esta prestação de informação deverá ser cautelosa quando se esteja no âmbito da audição de Crianças com idades muito baixas. Nestes casos, a prestação de informação completa e detalhada pode causar pressão e medos ou ansios na Criança. Tal prejudicialidade afetará o princípio da proteção da audição da Criança e a determinação do superior interesse da mesma.

A opinião da Criança poderá ser igualmente relevante no contexto de uma deslocação ou retenção ilícita da mesma. Ao abrigo da Convenção Sobre os Aspectos Civis do Rapto Internacional de Crianças, a oposição da Criança ao seu regresso pode ser fundamento de recusa. Porém, deverá entender-se que a aplicação de tal fundamento deve ser cautelosa. Contrariamente à audição da Criança para que esta expresse a sua opinião ou até para tomada de declarações que se possam servir como

meio de prova, aqui a opinião da Criança assume uma preponderância alargada. Isto porque, com base na mesma, é afastada a eficácia do poder (funcional) de quem sobre a Criança exerça as responsabilidades parentais, ou instituto análogo, ainda que a título não definitivo. Desta forma, parece que, tendencialmente, só a partir de uma idade mais avançada é que se deverá conferir relevância opinativa à Criança, enquanto fundamento de recusa no seu regresso.

For fim, procedeu-se a uma investigação sobre o princípio da audição da Criança, no âmbito do direito comparado.

O direito espanhol revela-se adepto da audição da Criança, tanto no contexto social, como no judicial. Segundo a lei espanhola não existe idade mínima para a audição judicial da Criança, devendo a opção pela sua não audição ter como fundamento o superior interesse da Criança. O conceito de maturidade releva somente para aferir a medida de relevância da sua opinião.

Por sua vez, o direito brasileiro adota um estilo semelhante ao direito interno português anterior à reforma de 2015: critério objetivo quanto à Criança de doze anos ou mais – esta deve ser ouvida; critério subjetivo quando às que tenham idade inferior.

Já o direito alemão acolhe o critério objetivo dos catorze anos para a realização da audição da judicial da Criança. Quanto à audição dos menores de catorze anos, esta realiza-se quando as suas preferências, desejos e opiniões se afigurem significantes para a tomada de decisão. Importa no direito alemão evidenciar as vantagens da regra da confidencialidade do depoimento da Criança. Tal regra será uma importante injeção de confiança para que a Criança se expresse livre de receios e represálias.

## **Bibliografia**

Academia das Ciências de Lisboa e Fundação Calouste Gulbenkian, *Dicionário da Língua Portuguesa Contemporânea da Academia das Ciências de Lisboa*, Volume I e II, N.º de edição: 2627, Braga, Verbo, Fevereiro de 2001, P. 893, 1270 e 2409

ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, *Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 4ª edição, Universidade Católica Editora, 2011, P. 730 e 731

BOLIEIRO, Helena e GUERRA, Paulo, *A Criança e a Família – uma Questão de Direito(s): Visão Prática dos Principais Institutos do Direito da Família e das Crianças e Jovens*, 1ª Edição, Coimbra, Coimbra Editora, Maio de 2009, P. 163

CAMPOS, Diogo Leite de, *Lições de Direito da Família e das Sucessões*, 2ª Edição, Coimbra, Almedina, Setembro de 2013, P. 88, 92 e 93

CLEMENTE, Rosa, *Inovação e Modernidade no Direito de Menores – A Perspetiva da Lei de Protecção de Crianças e Jovens em Perigo*, Volume 16, 1ª Edição, Coimbra, Coimbra Editora, Maio de 2009, P.51

COELHO, Rute, Entrevista a Carlos Peixoto, Diário de Notícias, 10-04-2017

Documento de consulta digital, disponível em:

<http://www.dn.pt/sociedade/interior/carlos-peixoto-juizes-nao-tem-preparacao-para-entrevistar-criancas-abusadas-5785569.html> (último acesso a 8 de setembro de 2017)

FARIA, Pedro, GUERRA, Paulo, MASSENA, Ana, PERQUILHAS, Maria, SAMBENTO, Marta, SILVA, Júlio Barbosa e, e VAZ, Miguel, *Família e Crianças: As Novas Leis – Resolução de Questões Práticas*, 1ª Edição, Lisboa, Centro de Estudos Judiciários, Janeiro de 2017, P. 22 e 23

Documento de consulta digital disponível em: [http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/familia/eb\\_familia\\_criancas\\_as\\_novas\\_leis\\_resolucao\\_questoes\\_praticas.pdf](http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/familia/eb_familia_criancas_as_novas_leis_resolucao_questoes_praticas.pdf) (último acesso a 8 de setembro de 2017)

GUERRA, Paulo “O Direito das Crianças em Portugal – Para onde vais?”, Aula Aberta – Direito da Família e das Crianças, 14-03-2017, Menção oral

Instituto da Segurança Social, *Manual da Audição da Criança – Direito a ser ouvida*, Versão 01, Janeiro de 2017

Documento de consulta digital disponível em: [http://www.seg-social.pt/documents/10152/15142851/Manual%20AC\\_V\\_revista%207%20mar%20C3%A7o.pdf/e242ec39-1a7c-469f-9a9f-4fc815864016](http://www.seg-social.pt/documents/10152/15142851/Manual%20AC_V_revista%207%20mar%20C3%A7o.pdf/e242ec39-1a7c-469f-9a9f-4fc815864016) (último acesso a 8 de setembro de 2017)

MONACO, Gustavo Ferraz de Campos e CAMPOS, Maria Luiza Ferraz de, *O direito de audição de crianças e jovens em processo de regulação do exercício do poder familiar, in Infância e Juventude*. P. 19

Documento de Consulta Digital Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/28373-28384-1-PB.pdf> (último acesso a 8 de setembro de 2017)

PAIS, José Manuel Santos, *Direito à Participação das Crianças*, 22 de Novembro de 2004, P. 9

PAPALIA, Diane, OLDS, Sally Wendkos e FELDMAN, Ruth Duskin, *Desenvolvimento Humano*, Tradução de BUENO, Daniel, 8ª Edição, Nova York, Artmed Editora, 2006, P. 497

PEIXOTO, Carlos, *O testemunho da criança – o protocolo de entrevista forense do NICHD*, in *A Tutela Cível do Superior Interesse da Criança*, Tomo III, 1ª Edição, Lisboa, Jurisdição da Família e das Crianças do Centro de Estudos Judiciários, Novembro de 2014, P. 348-359

PEREIRA, Rui Alves, *Por uma Cultura da Criança enquanto Sujeito de Direitos – O Princípio da Audição da Criança*, Documento de Consulta Digital, P. 9, 12 a 14

Documento de Consulta Digital Disponível em: <http://julgar.pt/wp-content/uploads/2015/09/20150924-ARTIGO-JULGAR-princ%C3%ADpio-da-audi%C3%A7%C3%A3o-da-crian%C3%A7a-Rui-Alves-Pereira-v2.pdf> (último acesso a 8 de setembro de 2017)

PINHEIRO, Jorge Duarte, *O Direito da Família Contemporâneo*, 4ª Edição, Lisboa, AAFDL Editora, Setembro de 2015, P. 283

PRATA, Ana, *Dicionário Jurídico – Direito Civil; Direito Processual Civil; Organização Judiciária*, Volume I, 5ª Edição, Coimbra, Almedina, Setembro de 2012, P. 327 e 1075

RAMIÃO, Tomé d'Almeida, *Regime Geral do Processo Tutelar Cível: Anotado e Comentado – Jurisprudência e Legislação Conexa*, 1ª edição, Lisboa, Quid Juris, outubro de 2015, P. 21, 22, 28, 71 e 107

SOTTOMAYOR, Maria Clara, *Regulação do Exercício das Responsabilidades Parentais nos Casos de Divórcio*, 6ª Edição, Coimbra, Almedina, Dezembro de 2014, P.25

**Índice**

DECLARAÇÃO DE COMPROMISSO ANTI PLÁGIO .....	i
DEDICATÓRIA.....	ii
AGRADECIMENTOS .....	iii
MODO DE CITAR.....	iv
LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS.....	v
RESUMO.....	vii
ABSTRACT.....	viii
DECLARAÇÃO DE CONFORMIDADE .....	ix
Poema .....	x
<b>Introdução .....</b>	<b>1</b>
<b>I – As Considerações Iniciais.....</b>	<b>4</b>
Introdução.....	4
<b>1. Enquadramento Histórico .....</b>	<b>4</b>
1.2. Antiguidade Romana.....	4
1.3. Séculos XII e XIII .....	5
1.4. Séculos XVII e XVIII.....	5
1.5. A Passagem do Século XVIII para o Século XIX.....	6
1.6. Século XX, o Século da mudança.....	6
1.6.1. O Século XX em Portugal.....	7
1.6.1.1. Período anterior ao 25 de abril de 1974 .....	7

1.6.1.2. O Período Democrático .....	8
<b>2. O Princípio do Superior Interesse da Criança .....</b>	<b>10</b>
2.1. Considerações Gerais .....	10
2.2. A Necessidade de Concretizar o Superior Interesse da Criança no Caso Concreto .....	13
2.3. A Audição da Criança enquanto Mecanismo de Descodificação do Superior Interesse da Criança no caso concreto .....	14
<b>II - Princípio da Audição da Criança .....</b>	<b>16</b>
<b>1. Considerações Gerais .....</b>	<b>16</b>
1.1. Estado de se ser Criança .....	16
1.2. Atribuição de Relevância Opinitiva .....	17
1.3. A Maturidade como Critério da medida da Relevância Opinitiva.....	18
<b>2. A Audição Social da Criança .....</b>	<b>21</b>
<b>3. A Audição Judicial da Criança .....</b>	<b>25</b>
3.1. A Consagração no Direito Internacional.....	27
3.2. A Consagração nos Processos de Natureza Penal .....	29
3.3. A Consagração no Direito Interno.....	32
3.3.1. O momento anterior à reforma de 2015 .....	32
3.3.2. A Reforma de 2015 .....	34
3.3.3. A Aplicação do Princípio da Audição da Criança às Diferentes Providências Tutelares Cíveis e ao Processo de Adoção .....	36

3.3.3.1. A Regulação do Exercício das Responsabilidades Parentais .....	36
3.3.3.2. A Fixação da Obrigação de Alimentos do Filho .....	36
3.3.3.3. O Processo de Adoção .....	36
3.3.3.4. Quando o Superior Interesse da Criança desaconselha a sua Audição .....	38
3.3.3.5. Extensão Normativa à generalidade das Providências Tutelares Cíveis ...	39
3.3.3.6. O Contributo da Lei n.º5/2017, de 2 de março .....	40
3.3.3.7. A Entrega Judicial da Criança .....	42
3.3.3.8. A inibição, total ou parcial, e o estabelecimento de limitações ao exercício das responsabilidades parentais.....	43
3.3.3.9. Constituição da relação de apadrinhamento civil e a sua revogação .....	43
3.3.3.10. Instauração da tutela e da administração de bens .....	43
3.3.3.11. Regulação dos convívios da Criança com irmãos e ascendentes .....	43
3.3.3.12. Nomeação de pessoa que celebre negócio em nome da Criança, e à nomeação de curador geral que represente, extrajudicialmente, a Criança sujeita às responsabilidades parentais.....	43
3.3.3.13. Autorização do representante legal da Criança à prática de certos atos, a confirmação dos que tenham sido praticados sem autorização e as providências acerca da aceitação de liberalidades .....	43
3.3.3.14. Averiguação Oficiosa da Maternidade e Paternidade .....	46
3.3.3.15. Determinação da caução que os pais devam prestar a favor dos seus filhos ainda Crianças.....	47
3.3.3.16. Providência designada à determinação, em caso de desacordo dos pais, do nome e apelidos da Criança .....	47
3.3.4. O Critério da Capacidade de Compreensão, da Maturidade e do Discernimento .....	47
3.3.5. A Conclusão Temática .....	52

3.4. As questões não Relativas à Consagração .....	54
3.4.1. Consequência jurídica da preterição da audição judicial da Criança quando esta deva ter lugar.....	54
3.4.2. A audição da Criança para tomada de declarações como meio probatório. 56	
3.4.3. Os Mecanismos de Criação de Condições Favoráveis à Audição da Criança .....	61
3.4.4. Atuação da Assessoria Técnica .....	64
3.4.5. Princípio da obrigatoriedade da informação .....	67
3.4.6. A Intervenção de Operadores Judiciários com Formação Adequada .....	71
3.4.7. A Relevância das Opiniões da Criança no contexto de uma Deslocação ou Retenção Ilícita .....	74
<b>4. A Realidade da Audição da Criança no Direito Estrangeiro.....</b>	<b>79</b>
4.1. Direito Espanhol .....	79
4.2. Direito Alemão.....	81
4.3. Direito Brasileiro.....	82
Conclusão.....	84
Bibliografia.....	90