

Data enia

Revista Jurídica Digital

Data Venia

Revista Jurídica Digital

Publicação gratuita em formato digital
ISSN 2182-8242

Ano 3 • N.º 04
Publicado em Dezembro de 2015

Propriedade e Edição:
© DataVenia
Marca Registrada n.º 486523 – INPI.

Administração:
Joel Timóteo Ramos Pereira

Internet: www.datavenia.pt
Contacto: correio@datavenia.pt

A Data Venia é uma revista digital de carácter essencialmente jurídico, destinada à publicação de doutrina, artigos, estudos, ensaios, teses, pareceres, crítica legislativa e jurisprudencial, apoiando igualmente os trabalhos de legal research e de legal writing, visando o aprofundamento do conhecimento técnico, a livre e fundamentada discussão de temas inéditos, a partilha de experiências, reflexões e/ou investigação.

As opiniões expressas são da exclusiva responsabilidade dos respectivos autores e não traduzem necessariamente a opinião dos demais autores da Data Venia nem do seu proprietário e administrador.

A citação, transcrição ou reprodução dos conteúdos desta revista estão sujeitas ao Código de Direito de Autor e Direitos Conexos.

É proibida a reprodução ou compilação de conteúdos para fins comerciais ou publicitários, sem a expressa e prévia autorização da Administração da Data Venia e dos respectivos Autores.

A Data Venia faz parte integrante do projecto do Portal Verbo Jurídico. O Verbo Jurídico (www.verbojuridico.pt) é um sítio jurídico português de natureza privada, sem fins lucrativos, de acesso gratuito, livre e sem restrições a qualquer utilizador, visando a disponibilização de conteúdos jurídicos e de reflexão social para uma cidadania responsável.



PARTICIPAÇÃO E AUDIÇÃO DA CRIANÇA

O DIREITO DE PARTICIPAÇÃO E AUDIÇÃO DA CRIANÇA NO ORDENAMENTO JURÍDICO PORTUGUÊS

Alcina Costa Ribeiro
Juíza Desembargadora

RESUMO

O ordenamento jurídico português reconhece às crianças com menos de 18 anos de idade, o direito de participação e audição de uma criança sobre as decisões que lhe digam respeito, direito esse constituído por um feixe de direitos, que subdividimos em direito de participação e direito de audição.

O primeiro engloba: 1) o direito da criança a exprimir livremente a sua opinião e 2) o direito de ver valorada esta opinião, em função da sua idade, maturidade, enquanto que o segundo, se prefigura como um meio adequado ao exercício da participação.

A idade – 12 anos – se, de um lado, constitui um limite acima do qual, se confere a todos os sujeitos que a possuam, capacidade para, por si, livre e autonomamente, exercerem os direitos de participação e audição, que, expressamente, lhes são conferidos por lei, de outro, não constitui um limite abaixo do qual, se deva presumir uma «incapacidade dos menores de 12 anos» para exercerem aquele mesmo direito.

A criança com menos de 12 anos de idade, que manifeste capacidade para compreender o sentido da intervenção, ocupa nos processos de natureza cível que lhe digam respeito, posição processual idêntica à das crianças com idade igual ou superior àquela.

PARTICIPAÇÃO E AUDIÇÃO DA CRIANÇA

O DIREITO DE PARTICIPAÇÃO E AUDIÇÃO DA CRIANÇA NO ORDENAMENTO JURÍDICO PORTUGUÊS

Subsídios para o estudo do regime jurídico do direito de participação e audição da criança nos processos de natureza cível que lhe dizem respeito

Alcina Costa Ribeiro

Juíza Desembargadora

I – Introdução ¹

Nos tempos dos nossos dias, não há instrumento jurídico internacional ou interno, organização não-governamental ou movimento da sociedade civil, que não subscreva a concepção inovadora de criança plasmada na Convenção sobre os Direitos da Criança²: a criança sujeito titular de direitos³.

¹ Este texto serviu de base à intervenção da signatária no âmbito da acção de formação “*Crianças e Jovens em Situação de Particular Vulnerabilidade*” levada a cabo pelo Centro de Estudos Judiciários, no dia 24 de Abril de 2015. Posteriormente, entraram em vigor, as Leis n.º 141/2015, de 8 de Setembro (aprovou o Regime Geral do Processo Tutelar Cível) e n.º 142/2015, de 8 de Setembro (alterou alguns preceitos da Lei de Protecção de Crianças e Jovens em Perigo. O texto da presente reflexão não incide sobre estes novos regimes de audição de audição da criança.

² Adoptada e aberta à assinatura, ratificação e adesão pela Resolução n.º 44/25 da Assembleia-Geral das Nações Unidas, de 20 de Novembro de 1989. Entrou em vigor, na ordem internacional, a 2 de Setembro de 1990. Assinada por Portugal em 26 de Janeiro de 1990. Aprovada e ratificada, respectivamente, pela Resolução da Assembleia da República n.º 20/90, e pelo Decreto do Presidente da República n.º 49/90, publicadas no Diário da República, I Série, 1.º Suplemento, n.º 211/90. Entrou em vigor na ordem jurídica portuguesa, em 21 de Outubro de 1990 (Aviso do depósito do instrumento de ratificação, publicado no Diário da República, I Seriem n.º 248/90, de 26 de Outubro).

³ No sentido de que a Convenção Sobre os Direitos da Criança não consagra verdadeiros direitos da criança, pronunciaram-se, Alexandrino, José de Melo, (2008) *Os Direitos das Crianças, Linhas para uma Construção Unitária*, Revista da Ordem dos Advogados, ano 68, Volume, I e Pinheiro, Jorge Duarte (2012) *As Crianças, as Responsabilidades Parentais e as Fantasias dos Adultos*, in Estudos de Homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda, Volume VI, Faculdade de Direito de Lisboa, pág. 531. Para estes autores, as situações jurídicas previstas na Convenção sobre os Direitos das Crianças não são direitos subjectivos da criança – são sim, deveres assumidos pelos Estados, relativamente à situação da criança perante a comunidade internacional.

Esta Convenção introduziu, ao lado do princípio da não discriminação e do superior interesse da criança, um outro princípio de igual dignidade e valor. Trata-se, precisamente, do princípio da participação e da audição da criança em todos os assuntos da sua vida⁴.

Se o superior interesse da criança surge como o pilar de todas as decisões que a esta digam respeito, o direito da participação e audição da criança constitui-se com um dos melhores meios para concretizar aquele.

Porém, e não obstante, esta consciência colectiva e as acções desenvolvidas em torno da criança e dos seus direitos, algumas práticas fazem crer que, ainda não se reconhece à criança a qualidade de sujeito titular de direitos, das quais salientamos duas:

Uma primeira, em que o superior interesse da criança e a própria criança são invocados e usados como um instrumento no seio dos conflitos dos adultos, reduzindo-a a uma «arma de arremesso», com total desrespeito pela sua qualidade de sujeito de direitos, ferindo a dignidade de pessoa humana da criança.

Uma segunda, em que a vulnerabilidade física e psíquica da criança justifica e fundamenta a especial protecção tutelada pelo direito, mas sem que, contudo, se lhe reconheça a titularidade e a capacidade para exercer alguns direitos fundamentais, como, por exemplo, o de participação e audição.

Estas práticas manifestam-se, entre outros, no meio judiciário.

Com alguma frequência, os advogados que representam crianças em processos judiciais⁵, fazem-no sem conhecerem nem ouvirem a criança. As posições que, em nome dela, assumem no processo traduzem as opiniões e/ou interesses dos adultos co-envolvidos, sendo completamente alheias à opinião e ao sentir da pessoa que representam, ou seja, a própria criança.

⁴ Seguiremos de perto a interpretação que o Comité das Nações Unidas dos Direitos da Criança dá ao art. 12º, da Convenção sobre os Direitos da Criança, *no Comentário Geral nº 12* (RC/C/GC/12 de 20 de Julho de 2009).

⁵ Através de patrocínio officioso (Lei n.º 34/2004, de 29 de Julho) ou de constituição de mandato (art. 1157º do Código Civil e art. 43º do Código de Processo Civil).

Na prática do Ministério Público, também ainda não se introduziu o princípio-regra, segundo o qual todas as crianças devem emitir a sua opinião, antes de, em nome e em representação delas, ser instaurada qualquer acção que lhes diga respeito.

As acções de regulação do exercício das responsabilidades parentais ou de confiança a terceira pessoa são muitas vezes instauradas pelo Ministério Público⁶ sem que este conheça ou ouça a opinião da criança⁷.

De igual modo, nos processos de divórcio por mútuo consentimento, são emitidos pareceres sobre a adequação do acordo dos pais na regulação do exercício das responsabilidades parentais aos interesses do filho, sem que se conheça ou se tenha colhido a opinião deste.

O mesmo sucede com as decisões judiciais que respeitam a crianças e jovens. Algumas delas são tomadas, sem que o juiz ouça a criança, tenha a idade que tiver.

Exemplo disto, encontra-se uma decisão judicial de primeira instância que, depois de ter recusado o pedido de uma jovem de 14 anos para ser ouvida sobre o seu regresso a casa do pai em França, requerido ao abrigo do Regulamento (CE) 2201/2003, se pronunciou sobre a junção aos autos de procuração forense e cópia do pedido judiciário, da seguinte forma:

«A menor ... nasceu a ... pelo que é de menor idade não possuindo capacidade judiciária para por si só estar em Juízo – art.15º, do CPC.

Ela só pode estar em Juízo representada pelos seus legais representantes - art. 16º do CPC -, no caso, ambos os progenitores – conforme decidiu o tribunal ... cf. fls.(...).

⁶ Na maioria das vezes, a pedido de um adulto interessado que, para esse efeito, se dirige aos Serviços do Ministério Público.

⁷ O que pode ser feito no âmbito de um processo administrativo que, para tanto é organizado (Circular n.º 12/1979, da Procuradoria Geral da República, em www.pgr.pt/Circulares/textos/1979/1979_12.pdf).

Sobre a natureza daqueles processos, cf. o Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 25 de Fevereiro de 2009, que decidiu que «os "processos administrativos" organizados para recolha de elementos com vista à instauração e/ou acompanhamento de acções judiciais, não são os processos administrativos contemplados no n.º 2 do art.º 1 do CPA, não podendo ser objecto do pedido de intimação previsto no art.º 104 do CPTA»; acessível em www.dgsi.pt/jsta.nf.

Não o conseguirá, atenta a posição do progenitor.

Persistindo na sua lide processualmente activa, os seus posteriores pedidos serão indeferidos liminarmente, quer sejam por ela subscritos, de per si, quer o sejam através do seu mandatário, comunicando-se à Segurança Social que a jovem não tinha capacidade para requerer o apoio judiciário».

Na jurisprudência dos tribunais superiores, perfilam-se três orientações:

1) Uma primeira em que se reconhece à criança, independentemente da idade, o direito de ser ouvida e bem assim a que as suas opiniões sejam levadas em conta⁸;

2) Uma segunda, advogando que o direito nacional «apenas consagra a obrigatoriedade da audição dos menores com mais de 12 anos de idade, condicionando a audição do menor com idade inferior a essa, à constatação de que possui capacidade para compreender o sentido da intervenção»⁹; e

3) Uma terceira, que, reconhecendo o direito de audição da criança, este é qualificado como um direito meramente processual a valorar segundo as regras de processo da jurisdição voluntária¹⁰ e o superior interesse da criança.

Demonstram estas práticas, que o direito da criança a participar e a ser ouvida em assuntos da sua vida, embora normativamente reconhecido, ainda não foi interiorizado na consciência colectiva, como um direito fundamental.

Não obstante o que afirmamos, procuraremos demonstrar que, no nosso sistema jurídico, é possível reconhecer à criança, independentemente da sua idade, o direito de participação e audição nas decisões que a afectem, especialmente nos processos de natureza cível, com a dimensão e conteúdo que procuraremos delimitar.

⁸ Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 4.10.2007, acessível em www.dgsi.pt, local onde pode ser localizada toda jurisprudência que vier a ser indicada, sem menção do contrário.

⁹ Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 29 de Março de 2011, in Colectânea de Jurisprudência, ano 2011, Tomo II, pág. 34.

¹⁰ Acórdãos do Tribunal da Relação de Lisboa 14 de Abril de 2005 e de 15 de Maio de 2007.

II – Dimensão do Direito de Participação e Audição

Ao vincular-se ao direito internacional, em especial à Convenção sobre os Direitos da Criança, Portugal obrigou-se a garantir à criança o exercício do *direito de tomar parte nas decisões que a afectem, exprimindo livremente a sua opinião, sendo ouvida e levada a sério*, reconhecendo, ainda que de forma implícita, o direito de participação e audição estatuído no art. 12º daquele Convénio¹¹.

Esta previsão normativa constituiu a fonte jurídica donde emergiu a dimensão e o conteúdo do direito de participação e audição da criança que veio a ser adoptado nos diplomas internacionais¹² que se lhe seguiram, sendo certo, que, a nível nacional (de todos os direitos reconhecidos e garantidos à criança) tem sido este o que maior dificuldades de implementação legislativa e prática tem suscitado¹³.

Tal acontece, a nosso ver, porquanto a omissão legislativa interna da normatização directa e expressa do direito de participação e audição tem dificultado a interiorização de que a criança deixou de ser uma pessoa protegida pelo direito para ser uma pessoa autónoma e titular de direitos, o

¹¹ Só assim se compreende a expressão «garantem» o direito inserta no art. 12º citado.

¹² Referimo-nos não só ao direito convencional (pactos e convenções, v.g. Convenção de Haia Sobre os Aspectos Cíveis do Rapto Internacional de Crianças – art. 13º; Convenção entre a República Portuguesa e o Grão Ducado do Luxemburgo relativa ao Auxílio Judiciário em Matéria de Guarda e de Direito de Visita – art. 13º -; Convenção Relativa à Protecção das Crianças e à Cooperação em Matéria de Adopção Internacional – art. 4º - Convenção Relativa à Competência, à Lei Aplicável, ao Reconhecimento, à Execução e à Cooperação em Matéria de Responsabilidade Parental e Medidas de Protecção de Crianças – art. 23º -) e ao direito europeu (Regulamento (CE) 134/2000 do Conselho da Europa de 29 de Maio de 2000 – art. 14º, 15º, nº 2, al. b) e 24º - e o que lhe sucedeu, o Regulamento (CE) 2201/2003 – Considerando nº 19, artigos 11º, nº 2, 42º, nº 1, 11º, nº 8, 40º, 41º, 28º, nº 1, 23º, al. b), 31º, nº 2), mas também às Recomendações do Conselho da Europa que, não tendo força vinculativa como os outros instrumentos internacionais, têm, no entanto, relevo no ordenamento jurídico português, influenciando a criação legislativa e consequentes modelos de intervenção na jurisdição de crianças e jovens. A este propósito, cf. a Recomendação 1121 (1990) da Assembleia Parlamentar do Conselho da Europa, que, para além de outros instrumentos normativos, esteve na base da Convenção Europeia sobre o Exercício dos Direitos da Criança.

¹³ Para reforçar a exequibilidade dos princípios consagrados na Convenção sobre os Direitos da Criança, o Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas acolheu já três Protocolos Facultativos, destacando-se o mais recente, o Protocolo Facultativo à Convenção sobre os Direitos da Criança Relativo à Instituição de Um Procedimento de Comunicação, que vem reforçar a garantia do exercício do direito de audição da criança, na medida em que possibilita a apresentação de queixas ao Comité, quando aquele direito for violado.

que leva a práticas que acabam por negar aquele direito, nomeadamente, às crianças com menos de 12 anos¹⁴.

Razão pela qual constituirá o ordenamento jurídico internacional, o nosso ponto de partida para dimensionar e definir o conteúdo do direito de participação e audição da criança nos processos de natureza cível que lhe digam respeito.

Considerando, entre outros, o artigo 12º, da Convenção sobre os Direitos da Criança, o artigo 24º da Carta Europeia dos Direitos Fundamentais da União Europeia, o artigo 3º da Convenção Europeia sobre o Exercício dos Direitos das Crianças e a Convenção Europeia dos Direitos do Homem, podemos afirmar que o direito de participação e audição da criança em todas as questões que lhe dizem respeito, constitui, assim, um direito supranacional que se impõe no direito interno, como aliás, salientam duas das Recomendações do Conselho da Europa, a Recomendação nº 1864 (2009) da Assembleia Parlamentar¹⁵ para a promoção da participação das crianças nas decisões que lhe dizem respeito e a Recomendação CM/Rec (2012)¹⁶.

Nesta última, recomenda-se aos Estados-Membros que se certifiquem de que toda a criança ou jovem pode exercer o seu direito de ser ouvido, para ser levado a sério e participar na tomada de decisões em todos os assuntos que lhes digam respeito, tomando em consideração o seu ponto de vista, tendo em conta, a sua idade e grau de maturidade.

Mas afinal de que participação e audição falamos, sendo certo, que nenhum dos preceitos acima referidos alude expressamente à palavra participação?

Quando se reconhece à criança o direito de poder livremente exprimir a sua opinião sobre um assunto que a afecte e se impõe que tal opinião seja valorada por quem a ouve, de acordo com a sua idade e maturidade, antevê-se e pressupõe-se o envolvimento da criança naquele aspecto concreto da sua vida.

¹⁴ Como melhor explicitaremos adiante.

¹⁵ Pretende-se que sejam realizados esforços suplementares para garantir que as crianças exprimam as suas opiniões, livremente, numa atmosfera de respeito, confiança e compreensão mútua.

¹⁶ Do Comité dos Ministros adoptada em 28 de Março de 2012, na 1138ª Reunião de Delegados de Ministros.

O direito à participação e audição da criança realiza-se numa relação dialogante entre a criança e o adulto, implicando que este reconheça aquela, como um outro, com uma voz, que tem de ouvir e considerar antes de tomar uma decisão que a afecte.

Este direito concretiza-se, grosso modo, no envolvimento da criança no processo de tomada de uma decisão sobre matérias que a afectem, sendo esse envolvimento progressivo na medida crescente das suas capacidades.

Falamos de participação e audição, porque estamos perante uma realidade com duas facetas: a participação da criança no processo decisório que a afecta e a audição que aquela participação implica.

O direito de participação e audição constitui um direito complexo integrado por dois feixes de direitos (o de participação e o de audição) que surgem complementados em ordem a uma dupla finalidade: o desenvolvimento integral¹⁷ da criança e a promoção da sua autonomia¹⁸.

O direito de participação e audição, assim entendido é, em si, simultaneamente autónomo e instrumental.

Autónomo, enquanto pilar do seu desenvolvimento como pessoa em crescimento, advindo para as crianças, para a família, para a escola e até para

¹⁷ O Comité das Nações Unidas dos Direitos da Criança, *Comentário Geral nº 12* (...) salienta no ponto nº 79, que a participação e audição da criança se configura com um dos meios mais adequados ao desenvolvimento da personalidade e das capacidades evolutivas da criança, consistentes com o seu desenvolvimento integral (art. 6º) e com os objectivos da educação (art. 29º).

¹⁸ Sem esquecer do direito especial de protecção que lhe é conferido, entre outros, pelos artigos 2º, nº 2, 3º, 19º, 20º, 22º, 25º, 27º, 33º a 39º da Convenção Sobre os Direitos das Crianças.

Sobre a natureza dos direitos da criança: se de protecção ou participação, cf. Irene Théry (2007) *Novos Direitos da Criança – a poção mágica?* in a Lei e as Leis. Direito e Psicanálise, Rio de Janeiro, Revinter e John Holt (1975) *Escape from children. The needs and rights of the children*.

Para a primeira, os direitos da criança são fundamentalmente direitos de protecção, sendo a menoridade jurídica não «um não direito» como se afirma, mas a protecção. Os direitos da criança são os de seres humanos particularmente vulneráveis, porque, ainda não autónomos. Já o segundo defende que a infância na modernidade constitui uma forma de aprisionamento à qual a criança tem o direito de escapar. Partindo de uma severa crítica ao modo como as crianças são educadas nas famílias e no sistema escolar norte-americano, este autor defende que qualquer pessoa jovem não possui apenas necessidades a serem supridas mas direitos que devem ser reconhecidos e acatados.

a democracia, valores humanos e de cidadania imprescindíveis à realização do homem enquanto tal, como alguns estudos científicos o têm revelado¹⁹.

Instrumental em relação ao exercício e efectivação de outros princípios²⁰ e de outros direitos da criança²¹.

O legislador português acolheu esta dimensão do direito de participação e audição, no novo modelo de justiça das crianças e jovens, ao consagrar, expressamente, no seu art. 4º, como um dos princípios orientadores a que devem obedecer todas as decisões que digam respeito a crianças e jovens, o princípio da audição obrigatória e participação²², segundo o qual: *«a criança e o jovem, em separado ou na companhia dos pais ou de pessoa por si escolhida, bem como os pais, o representante legal ou a pessoa que tenha a sua guarda de facto, têm*

¹⁹ De todos, destacam-se, pela importância que assumem no desenvolvimento integral da criança, os valores descritos por Lansdown, Gerison (UNICEF – Save the Children) (2011), *Child's Right to Be Heard, A resource Guide on the un Committee on the Rights of the Child General Comment nº 12* - quais sejam: a) a participação promove o desenvolvimento pessoal da criança: Promove as competências das crianças, desenvolvendo a sua auto-estima, as capacidades cognitivas sociais e o respeito pelos outros. A forma mais eficaz de adquirir auto-confiança é ser o próprio a conseguir o objectivo que se propõe e não observar o outro a consegui-lo por nós; b) a perspectiva das crianças constitui uma informação especial para a tomada da decisão do adulto: Ouvir as opiniões da criança permite ao adulto perceber as necessidades e preocupações da criança, sob o ponto de vista desta, que se revela única pela experiência que directamente vivencia individualmente ou em grupo. O ponto de vista da criança dá, assim, ao adulto uma informação de especial relevância, permitindo-lhe decidir, com maior acerto e adequação aos interesses da criança, sendo, assim, mais eficaz; c) a Participação é um meio de protecção das crianças: Informar a criança que tem direito a uma voz, incentivá-la a exercer esse direito e dando-lhe condições para que possa exprimir o que lhe está a acontecer, está a protegê-las dos actos de violência, abuso, ameaça, injustiça ou discriminação. Crianças que desconhecem que podem falar ou que não se sintam confiantes para o fazer, sujeitam-se, em silêncio, aos abusadores e/ou agressores. As crianças totalmente dependentes do apoio dos adultos correm o risco de serem abandonadas e ficarem indefesas quando a protecção adulta lhe é retirada; d) a participação contribui para o civismo, tolerância e respeito pelos outros: a participação das crianças nos assuntos da sua própria vida é um dos modos mais eficazes para aprenderem a acreditar em si mesmas, a ganhar confiança e a negociar com as outras pessoas as tomadas de decisões. O envolvimento das crianças em grupos e organizações não-governamentais, propiciam à criança condições de participação, fortalecimento e desenvolvimento da sociedade civil, assim contribuindo para a consolidação dos valores de pertença, solidariedade, justiça responsabilidade, cuidado e atenção ao outro. Defender o direito da criança ser ouvida nos seus anos iniciais é a forma de criar e desenvolver a cidadania a longo prazo, e) a participação fortalece a responsabilidade: se desde a infância, se incentivar a criança a tomar uma decisão com o outro, através do diálogo e do respeito, com conhecimento dos direitos de cada um, tal consolida a sua responsabilidade.

²⁰ Como por exemplo, o superior interesse da criança, principio expresso em vários instrumentos legais, designadamente no art. 3º da Convenção Sobre os Direitos da Criança e no art. 4º, al. a) da Lei de Protecção de Crianças e Jovens em Perigo.

²¹ Como sejam os direitos de liberdade: de expressão (art. 13º); de pensamento, de consciência e de religião (art. 14º); de associação e de reunião política (art. 15º); de acesso à informação (art. 17º) e de lazer, cultura e artística (art. 31º).

²² Artº 4º, al. j) da Lei de Protecção de Crianças e Jovens em Perigo.

o direito de ser ouvidos e a participar nos actos e na definição da medida de promoção e protecção».

III - O conteúdo do direito de participação e audição

No ordenamento jurídico português não consta a explicitação do conteúdo do direito de participação e audição da criança nos processos que lhe digam respeito.

Contudo, chamando à colação, o conteúdo que aquele direito possui no ordenamento jurídico internacional, diríamos que o direito de participação e audição da criança em relação aos actos processuais e à definição da medida de promoção e protecção, é constituído por um feixe de direitos, que subdividimos em direito de participação e direito de audição.

O primeiro engloba: 1) o direito da criança a exprimir livremente a sua opinião e 2) o direito de ver valorada esta opinião, em função da sua idade, da maturidade ou compreensão do sentido da intervenção, enquanto que a audição se prefigura como um meio adequado ao exercício da participação.

1. O direito de participação

Elencados os elementos constitutivos do direito de participação, vejamos, cada um de per si, não esquecendo a noção de capacidade de discernimento da criança para formar e exprimir uma opinião.

1.1. A Liberdade de exprimir opinião

Para que se possa falar em liberdade da criança para exprimir a sua opinião é necessário que sejam criadas todas as condições para que a opinião da criança se forme e exprima, sem pressões, manipulações ou influências de terceiros, assegurando que a opinião dada pela criança é a sua e não a dos outros²³.

²³ Comité dos Direitos das Crianças das Nações Unidas, *Comentário Geral nº 12*, nº 22.

A criança tem que se sentir com confiança bastante para manifestar as suas preocupações, sentimentos e opiniões, mesmo que estas vão contra a vontade dos adultos, para o que devem ser criadas condições adequadas a que se sinta segura e respeitada.

Liberdade significa, também, que a criança tem o direito de escolher entre falar ou não falar sobre o assunto em questão.

O legislador português não só reconheceu às crianças o direito de formar e exprimir a sua opinião, nos processos de promoção e protecção, como também fornece os meios legais necessários ao exercício daquele direito.

É que, nos termos do art. 86º, nº 1, da Lei de Protecção das Crianças e Jovens em Perigo, o processo deverá decorrer de forma compreensível para a criança ou jovem, considerando a idade e grau de desenvolvimento intelectual e psicológico da criança.

Por outro lado, na audição da criança ou jovem e no decurso de outros actos processuais ou diligências que o justifiquem, a comissão de protecção ou o juiz podem²⁴ determinar a intervenção ou a assistência de médicos, psicólogos ou outros especialistas ou de pessoa da confiança da criança ou jovem, ou determinar a utilização dos meios técnicos que lhe pareçam adequados.

Ou seja, devem ser facultados à criança todos os meios necessários e adequados à sua idade e ao seu grau de desenvolvimento intelectual e psicológico, para que possa exprimir a sua opinião.

A criança e o jovem têm, ainda, o direito de contactar, com garantia de confidencialidade, a comissão de protecção, o Ministério Público, o juiz e o seu advogado, nos termos do art. 58º, nº 1, al. g) da Lei de Protecção de Criança de Jovens em Perigo.

Direito que, embora, especialmente, previsto para a criança ou jovem em acolhimento, deve, em nosso entender, ser estendido a todas as crianças sujeitas à intervenção, atenta a falta de mecanismos legais que garantam a efectividade da participação e audição da criança no processo.

²⁴ A nosso ver, devem. Trata-se de um poder vinculado para garantir o exercício de um direito fundamental como é o da criança exprimir a sua opinião.

Dispõe, assim, o aplicador do direito, dos mecanismos legais necessários, para garantir que a criança exprima em liberdade, a sua opinião, antes de proferir a decisão que a afecte ou a possa vir a afectar.

Mas de que opinião falamos? A expressão “capacidade de discernimento para exprimir a sua opinião” inserta no art. 12º da Convenção Sobre os Direitos da Criança, mais não significa que o seu ponto de vista, a sua perspectiva, a sua ideia, o seu modo de pensar ou a sua maneira de percepção e entender determinado assunto.

O prenome possessivo utilizado «a sua», indica que a opinião a que nos referimos é a da criança, pressupondo como ponto de partida para a formação e exteriorização da opinião, o olhar e o sentir da criança e não os do adulto. A opinião da criança forma-se segundo a sua maneira de ver e de estar perante determinado assunto, e não segundo a perspectiva do adulto.

O direito concedido à criança é o de exprimir o seu olhar, o seu sentir sobre determinada matéria. É o direito à sua palavra, à sua voz. Se é coerente ou não, se é consistente ou não, se é de considerar relevante ou não, em função dos outros critérios, que irão nortear o sentido da decisão, é já uma valoração posterior dada pelo adulto à opinião que a criança formulou de acordo com as suas naturais capacidades.

A opinião da criança corresponde ao que ela sente, ao que deseja, à posição que assume num contexto concreto e diferencia-se do relevo que o adulto deve atribuir àquela.

Para que a criança seja capaz de ter uma palavra em função de uma determinada questão que a afecta ou possa vir a afectar, basta que, no estágio real do seu desenvolvimento natural, consiga exprimir o que sente e revelar o significado do seu olhar sobre a situação.

Pense-se, por exemplo, num bebé, vítima de abuso físico ou sexual, que ainda não possui aptidões naturais para o denunciar através com palavras. Fá-lo com silêncios, choros, gritos, ou com outros sinais de rejeição ao agressor, manifestando, assim, a sua opinião. Incumbirá ao responsável pelo bem-estar desta criança, estar atento à voz desta, levá-la a sério e tomar as medidas adequadas a protegê-la.

Veja-se, ainda, o caso da menina de 3 anos que, por sua iniciativa, decidiu cortar parte do seu cabelo e enviá-lo para outras crianças que, por doença, tinham perdido o seu²⁵.

Em ambos os casos, as crianças demonstraram que possuem capacidade natural para formar e exprimir a sua perspectiva sobre cada uma das situações que cada uma delas vivenciou.

Para formar uma opinião sobre uma questão concreta, a criança não tem de ter a capacidade de querer e entender necessárias para manifestar uma vontade elaborada, mas apenas ter aptidão para compor a sua ideia sobre aquela questão.

É, aliás, este, o entendimento defendido pelo Comité das Nações Unidas para os Direitos da Criança nas sugestões e orientações interpretativas sobre a delimitação da capacidade de discernimento, de acordo com o qual os Estados partes não devem olhar para a capacidade de discernimento, *«como uma limitação, mas um dever das autoridades avaliarem, da forma mais completa possível, a capacidade da criança. Em vez de partir do princípio demasiado simplista, de que a criança é incapaz de exprimir uma opinião, os Estados devem presumir que uma criança tem, de facto, essa capacidade. Não cabe à criança provar que tem essa capacidade»*²⁶.

Neste particular, o legislador português não acolheu (e bem, em nosso entender) a idade objectiva da criança, para daí presumir uma incapacidade geral de discernimento da criança para participar e ser ouvida nos assuntos que lhe dizem respeito, como veremos adiante.

²⁵ Acessível em <https://www.youtube.com/watch?v=pkK1g438Y00>.

²⁶ Comité dos Direitos das Crianças das Nações Unidas, *Comentário Geral nº 12*, nºs 20 e 21.

1.2. O direito à valoração da opinião da criança em função da sua idade e maturidade

O direito de participação não se esgota no momento em que a criança exprime livremente a sua opinião. É, ainda necessário que aquela seja valorada pelo adulto, em função da sua idade e maturidade²⁷.

A consideração pela opinião da criança significa, antes de mais, que não basta permitir-lhe que exprima a sua opinião mas, mais do que isso, é necessário levá-la a sério.

E, nesta vertente, o legislador impõe maiores limites do que aqueles que fixou para a capacidade de discernimento, como sejam: a idade, a maturidade, a compreensão do sentido da intervenção e o interesse da criança.

Considerar a opinião da criança não significa fazer-lhe a vontade ou transferir para si a responsabilidade da decisão. Esta responsabilidade é do adulto, que, antes de a tomar, considera, valora, tem em conta, a opinião da própria criança de acordo com a sua idade e maturidade.

A decisão que afecte a criança deixa de se basear num só critério, o do adulto, para considerar, também, a perspectiva da criança, que, aliás, fornece uma informação única e privilegiada, porque vivida e experienciada pela própria.

Uma vez exprimida livremente a opinião da criança sobre determinado assunto, o peso que lhe é dado varia de acordo com vários factores, dos quais se destacam, o desenvolvimento das capacidades naturais da criança, manifestado na idade e na maturidade e grau de compreensão da criança.

A idade, por si só, não indica o grau de compreensão e maturidade da criança: muitas crianças mais novas podem ter uma compreensão e maturidade superiores a crianças mais velhas. Tanto justifica a ponderação cumulativa dos dois critérios e não apenas de um.

²⁷ Esta valoração não se confunde, como se disse, em 1.1.1, com a capacidade da criança para exprimir o seu olhar sobre um determinado assunto.

Estes motivos justificam que a opinião da criança seja considerada casuisticamente, em função dos dois critérios cumulativos: a idade e a maturidade.

De todo o modo, adiante-se, desde já, que, a determinação da capacidade de discernimento da criança para exprimir uma opinião, de um lado, e a valoração desta por parte do adulto, segundo a sua idade e maturidade, de outro, correspondem a duas acções diferenciadas e sequenciais.

A primeira consiste na avaliação do desenvolvimento físico e psíquico da criança para formar e exprimir a sua ideia sobre um concreto aspecto, enquanto que a segunda surge, depois de manifestada a opinião pela criança com capacidade de discernimento. Só depois de revelada a opinião, pode esta ser valorada, de acordo com a idade e a maturidade da pessoa que a exprimiu.

Em nosso entender, esta dualidade do direito de participação e audição, salvaguarda a dupla faceta da criança: necessidade de protecção e a promoção da sua autonomia.

Com efeito, de um lado, *concede à criança o direito de se envolver na decisão que a afecte, formando e exprimindo a sua opinião, de acordo com as suas naturais capacidades, e, de outro, protege-a do possível desajustamento da sua opinião com o seu real interesse, através da ulterior valoração da opinião que lhe será dada pelo decisor.*

2. A Capacidade de discernimento

Ter uma opinião equivale a possuir uma ideia, uma maneira de pensar, um ponto de vista, uma perspectiva sobre um determinado tema ou situação. A aptidão natural para formar aquela opinião varia em função do desenvolvimento físico e psíquico da criança em relação àquele assunto.

A questão que, então, se coloca é a de saber como se equaciona a restrição deste direito em relação às crianças que, em determinado assunto, não possuam capacidade natural para formar a sua opinião.

A capacidade de discernimento a que aludem os artigos 12º, nº 1 da Convenção Sobre os Direitos de Criança e 3º da Convenção Sobre os Direitos da Criança, traduz um conceito a densificar à luz do direito nacional.

Trata-se de uma formulação abstracta a concretizar pelo legislador nacional, permitindo uma amplitude de critérios – objectivos (idade) e/ou subjectivos (*v.g* capacidade de discernimento, capacidade de entendimento, maturidade, entre outros) - aferidores da capacidade natural da criança para formar e exprimir a sua opinião.

2.1. A ausência de uma regra geral e abstracta

O legislador português não optou pela formulação geral e abstracta de uma regra aferidora da capacidade ou de incapacidade de discernimento, seja em função da idade ou de outro critério, inexistindo, norma similar à que consta no art. 122º e 123º do Código Civil²⁸.

A Lei de Protecção de Crianças e Jovens em Perigo expressa o direito de participação e audição das crianças em quatro tipos de normas: a) as que consideram a idade igual ou superior a 12 anos (artigos 10º, 62º, nº 2, 84º, nº 1, 87º, nº1 e 3, 105º, nº2, 112º e 114º, nº 1) ; b) as que referenciam idade inferior a 12 anos (artigos 10º e 84º) c) as que não referenciam qualquer idade (93º, nº1, 94º, nº1 e 2, 103º, nº2, 103º, nº 4, 104º, 107º, nº1, al. a) e 123º) e d) as que indicam apenas o critério da maturidade (artigos 88º, nº4 e 103º, nº2).

Estamos, assim, perante uma solução mitigada, conforme se trate de crianças com idade igual ou superior a 12 anos ou crianças com idade inferior a 12 anos.

Para as primeiras, recorre ao critério **objectivo** da idade, para lhes atribuir directa e expressamente capacidade de discernimento.

Para as segundas, recorre, em abstracto, ao critério **subjectivo** da capacidade de discernimento ou da capacidade de compreensão do sentido da

²⁸ Que não se aplica ao direito de formar e emitir uma opinião, por se tratar de um direito pessoal e fundamental da criança. Cf. ainda, a este propósito o art. 1881º, do Código Civil, que exceptua do poder de representação dos pais, os actos puramente pessoais do filho.

intervenção, remetendo, para o decisor, a verificação casuística, da capacidade da criança para formar e exprimir a sua opinião.

A idade – 12 anos – se, de um lado, constitui, **um limite acima do qual, se confere a todos os sujeitos que a possuam, capacidade para, por si, livre e autonomamente, exercerem os direitos de participação e audição que, expressamente, lhes são conferidos por lei, de outro, não constitui um limite abaixo do qual, se deva presumir os «menores de 12 anos» não possuem capacidade de discernimento para formar e emitir uma opinião sobre o objecto concreto de uma decisão que o afecte.**

É que para os primeiros existe um limite legal e objectivo, a partir do qual, se confere a uma pessoa determinados direitos, enquanto que, para os segundos, a determinação da capacidade é deixada ao aplicador do direito que a deve verificar no caso concreto²⁹.

Ora, o direito a formar e exprimir a opinião da criança sobre determinado assunto, um dos elementos do direito de participação e audição, constitui uma manifestações do direito ao desenvolvimento integral e à promoção da autonomia da criança, assumindo, assim, a natureza de direito pessoal e fundamental (art. 26º e 69º Constituição da República Portuguesa).

O legislador, quando consagrou os direitos fundamentais/humanos destinou-os a todas as pessoas e, em princípio, na mesma medida³⁰. É o que resulta dos princípios constitucionais da universalidade e igualdade.

O exercício dos direitos fundamentais por parte das crianças só pode ser limitado em casos excepcionais, sempre pressupondo e prevenindo que os critérios civilísticos diferenciadores entre titularidade e exercício, capacidade

²⁹ Sobre o critério da capacidade de agir jus-civilista, lê-se, em Martins, Rosa (2008), *Menoridade, (in)capacidade parental e Cuidado Parental*, págs. 121 e 122: «Se e quando um determinado sujeito menor de idade apresentar capacidade de discernimento, então ele deve ser admitido a agir sem quaisquer restrições resultantes de determinações alheias. Deve, portanto, ser-lhe reconhecida uma completa e ilimitada capacidade de agir. Esta solução, portanto, que se baseia num critério puramente subjectivo, remete para o juiz, a tarefa de verificar, em concreto, a capacidade de discernimento de um determinado sujeito para a prática de um acto que se consubstancie no exercício de um direito pessoalíssimo, tendo em atenção os especiais interesses em presença».

³⁰ Alexandrino, José de Melo (2008) *Os Direitos das Crianças Linhas para uma construção unitária (...)* ponto 7.1.

de gozo e de exercício não são transpostos para o quadro dos direitos fundamentais³¹.

Assim sendo, inexistindo previsão legal a determinar que a criança com menos de 12 anos, carece de capacidade geral para formar e exprimir a sua opinião, está vedado ao aplicador do direito, ficcionar da idade uma presunção legal daquele tipo de incapacidade³².

Tal redundaria, ao fim e ao cabo, numa restrição à sua capacidade civil para além dos limites constitucionais previstos nos artigos 18º e 26º, nº 4, da Constituição da República Portuguesa.

2.2. Os critérios: objectivo (a idade) e subjectivo (a capacidade natural)

Já se referiu que o novo modelo de justiça de crianças e jovens³³ não adoptou a idade como um critério objectivo de aferição da incapacidade da criança ou do jovem para participar e ser ouvido nos processos de promoção e protecção³⁴.

³¹ Alexandrino, José de Melo (2008) *Os Direitos das Crianças Linhas para uma construção unitária (...)* ponto 7.2 e Canotilho, Gomes e Moreira Vital (2007), *CRP Anotada (...)*, pág. 331.

³² O Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 4 de Outubro de 2007, ao referir-se à capacidade da criança para formar uma opinião, funda a sua decisão na capacidade de discernimento prevista no art. 12º da Convenção sobre os Direitos da Criança: «A criança com capacidade de discernimento tem o direito de exprimir livremente a sua opinião sobre as questões que lhe respeitem, designadamente (...), devendo ser devidamente tomadas em consideração as suas opiniões, de acordo com a sua idade e maturidade.

Contrariamente, o Acórdão da Relação de Coimbra de 14 de Janeiro de 2014, presumiu da idade de 5 anos, a falta de capacidade de discernimento para a criança exprimir livremente a sua opinião.

Parece, contudo resultar deste Acórdão que a criança de 5 anos se teria recusado a ir com os avós. Ou seja, terá exprimido a sua opinião – a de recusa em ir com os avós. Teria, assim, a nosso ver, capacidade para o fazer. Questão diferente, seria, como já se disse, a valoração daquela opinião pelo tribunal, de acordo com a idade e maturidade da criança.

³³ A Lei nº 61/2008, de 31.10 que alterou o regime de divórcio e das responsabilidades parentais, reforçou os princípios do modelo de justiça de 1999, nomeadamente, a participação e audição da criança, no art. 1901, nº 3. A concepção da criança, enquanto sujeito titular de direitos, também saiu reforçada neste diploma, além do mais, com a alteração da nomenclatura de regulação de poder paternal para regulação das responsabilidades parentais.

³⁴ De igual modo, a capacidade de discernimento da criança em relação aos assuntos familiares, não é, em regra, definida pela idade (art. 1878º, nº 2 e 1901º, nº 3 do Código Civil).

Antes acolheu dois critérios de aferição da capacidade de discernimento: Um critério objectivo – idade igual ou superior a 12 anos³⁵ – e, outro, subjectivo – a averiguação individual e casuística do grau de desenvolvimento intelectual e psicológico da criança.

O primeiro resulta da posição processual que é atribuída às crianças e jovens com idade igual ou superior a 12 anos, com indicação normativa expressa da sua participação e audição em determinados actos processuais.

O segundo, resulta da posição processual menos incisiva que é atribuída a crianças com idade inferior àquela, em que se exprime o conceito de «capacidade para compreender o sentido da intervenção³⁶ e o de «grau de desenvolvimento intelectual e psicológico» a que se alude no art. 86^{o37}.

O reforço normativo da participação da criança com idade igual ou superior a 12 anos³⁸, parece estar a cristalizar a orientação, segundo a qual se presume que as crianças com idade inferior, não possuem capacidade de discernimento para participar e serem ouvidas nos actos processuais e na definição das medidas de promoção e protecção.

Quanto a estas, exige-se a demonstração de que possuem aptidão para compreender o sentido de intervenção³⁹.

O mesmo é dizer que se presume a partir de um limite de idade a incapacidade da criança para entender o sentido da intervenção. Dito de outro modo, se a criança não tiver completado os 12 anos, extrai-se a ilação de que não tem o direito de, pessoalmente, participar e ser ouvida no processo. Só assim, será, quando, casuisticamente, estiver demonstrada aquela capacidade.

³⁵ A idade de 15 anos também é relevante, por exemplo, para aplicação da medida de promoção e protecção de autonomia de vida, prevista no art. 35º, al. d) e 45º da Lei de Protecção das Crianças e Jovens em Perigo.

³⁶ Referida nos artigos 10º, nº 2 e 84º, nº 1.

³⁷ Este critério está implícito no art. 86º. Com efeito, se o processo deve decorrer de forma compreensível para a criança, considerando a sua idade e o grau de desenvolvimento intelectual e psicológico, então, é porque, em abstracto, se admitem a participar no processo, crianças com aquela característica subjectiva.

³⁸ A Relação de Coimbra, por Acórdão de 20 de Junho de 2012, revogou a decisão recorrida, considerando que se deveria «determinar a audição da menor, cujo discernimento se presume atenta a sua idade», pois quer «o art. 12º da Convenção sobre os Direitos da Criança, quer o direito interno constituído, impõem a audição da criança, sendo que, no caso português, tal audição deve ser, por regra, realizada pelo juiz.

³⁹ Como se afirma no Acórdão Tribunal da Relação de Coimbra de 29 de Maio de 2011, já referenciado.

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

Não se pode presumir dos direitos de participação e audição que directa e expressamente emergem da lei para as crianças com idade igual ou superior a 12 anos, que o legislador tencionou estabelecer uma regra geral de incapacidade de discernimento das crianças - com idade inferior àquela - para formar e exprimir a sua opinião.

2.3. A capacidade para exprimir uma opinião e a «declaração de não oposição» do art. 10º

Sob a denominação de “Não oposição da criança e do jovem”, dispõe o art. 10º:

1 - A intervenção das entidades com competência em matéria de infância e juventude e das comissões de protecção depende da não oposição da criança ou jovem com idade superior a 12 anos

2 - A oposição da criança com idade inferior a 12 anos é considerada relevante de acordo com a sua capacidade para compreender o sentido da intervenção.

A “Declaração de não oposição”⁴⁰ epigrafada neste preceito só pode ter implícita e pressuposta a manifestação de uma opinião (qualquer que seja) da criança sobre a intervenção, sob pena de se esvaziar o conteúdo desta norma, reduzindo, mais uma vez, as crianças a um sujeito, sem voz, protegido pelo direito.

⁴⁰ Aos pais, ao representante legal ou à pessoa que tenha a guarda de facto da criança e do jovem é exigível o consentimento expresso, nos termos do art. 9º.

«A não oposição» e a «oposição» referenciadas são o *efeito* ou a *consequência* da *manifestação de uma opinião previamente formada e exprimida livremente pela criança*.

E, muito embora se fale em «não oposição» para as crianças com idade superior a 12 anos e de «oposição» para as de faixa etária inferior, certo é, que a *oposição* de uma e outra advêm e *emergem do mesmo acto* – a *existência de uma opinião da criança livremente transmitida*.

O que diferencia uma e outra não é, assim, a formação e expressão da opinião da criança, mas antes a valoração que a esta é dada pela lei ou pelo adulto, caso consista em oposição a um determinado acto.

Este preceito não limita, assim, a capacidade de discernimento da criança para formar e exprimir a sua opinião, nos actos a que se reporta o art. 10º, àquelas, que tendo menos de 12 anos, não possuam capacidade para compreender o sentido da intervenção.

O que se impõe é, que, quando a opinião da criança com menos de 12 anos, for no sentido da oposição, deve esta ser considerada relevante de acordo com a sua capacidade para compreender o sentido da intervenção.

O que nos leva à distinção entre capacidade da criança para formar e exprimir a sua opinião e os efeitos que a esta são atribuídos, já que a «não oposição» ou a «oposição» constituem duas das formas que pode revestir a opinião livremente formulada e transmitida.

a) A declaração de não oposição das crianças com idade igual ou superior a 12 anos

A declaração de não oposição, no contexto do diploma que analisamos, corresponde ao direito de livremente aceitar ou rejeitar a intervenção⁴¹.

⁴¹ E não como a interpretação que foi dada no Protocolo de Cooperação com vista a operacionalizar a participação dos Municípios nas comissões de protecção, assinado em 10 de Janeiro de 2001, que no ponto nº1, al. a) afirma que «a não oposição» não se trata de um não consentimento, mas sim de uma não oposição ou seja não é uma peremptória, podendo não ser impeditiva da acção da comissão de protecção, antes dependendo da apreciação da capacidade para compreender o sentido da intervenção.

Não basta, que os autos retratem a mera declaração formal «de não oposição», devendo estes conter as declarações do jovem da qual resulte inequivocamente o «acto de não oposição», rejeitando-se, assim, a possibilidade de formação tácita⁴² da declaração de não oposição a exarar como “mera declaração” nos autos.

E isto, por duas ordens de razões.

Em primeiro lugar, porque um comportamento omissivo por parte de jovem – nada dizer ou nada fazer – em relação ao que lhe é proposto, pode ter um outro sentido e uma outra razão que não seja a da «não oposição» à solução proposta, como, por exemplo, o não ter compreendido o que lhe foi explicado.

Aliás, o silêncio, só vale como meio declarativo negocial, quando esse valor lhe seja atribuído por lei, uso ou convenção, nos termos do art. 218º do Código Civil.

«Não havendo *lei, uso* ou *convenção* que atribua ao silêncio valor declarativo, ele não valerá como tal, sem necessidade de sabermos se a pessoa *devia ou não* falar⁴³».

Depois, porque a generalizar-se uma prática deste tipo corre-se o risco de a mera declaração de «não oposição» se transformar num pró-forma, esvaziando de conteúdo o direito da criança a exprimir a sua opinião⁴⁴.

A «não oposição» corresponde a uma vontade do jovem que, como tal, deve ser clara e manifestamente exarada no processo, depois de ser ouvido e de lhe serem prestadas as informações⁴⁵, em níveis adequados à sua maturidade.

⁴² As duas modalidades de declaração negocial, expressa e tácita, vêm previstas no art. 217º, nº 1, do Código Civil. «É expressa, quando feita por palavras, escrito ou qualquer outro meio directo de manifestação de vontade e tácita, quando se deduza de factos que, com toda, a probabilidade, a revelam».

⁴³ Segundo Varela, João de Matos Antunes e Lima, Fernando Andrade Pires (1979) *Código Civil Anotado, volume I*, 3ª edição, Coimbra Editora, pág. 209, «o art. 218º optou quanto ao valor do silêncio, como meio declarativo, pelo critério *seguro* e mais razoável, uma vez que a expressão introdutória do preceito, o «silêncio vale» tem claramente o sentido de «o silêncio só vale».

⁴⁴ Bem pode acontecer que a linguagem utilizada com as crianças não as deixe entender as razões e o sentido da intervenção. Para tanto basta ler os modelos que reproduzem actos processuais em que intervieram crianças com uma linguagem que dificilmente estas perceberão.

⁴⁵ Note-se, aliás, que nos termos do art. 94º, nºs 1 e 2, a comissão, recebida a comunicação da situação ou depois de proceder a diligências sumárias que a confirmem, deve contactar a criança ou o jovem, os titulares do poder paternal ou a pessoa com quem a criança ou jovem residam, informando-os e ouvindo-os sobre ela.

A criança com idade igual ou superior a 12 anos tem capacidade para, pessoal, livre e autonomamente, exercer o direito de participar em todos os actos processuais e na definição da medida de promoção e protecção.

Para efeitos do art. 10º, nº 1 da Lei de Protecção das Crianças e Jovens em Perigo, a opinião da criança ou jovem com idade igual ou superior a 12 anos deve ficar expressamente exarada no processo, seja qual for o seu sentido.

b) A opinião das crianças com idade inferior a 12 anos

A oposição de crianças com menos de 12 anos produz os mesmos efeitos que a oposição dos sujeitos com idade superior, quando o decisor⁴⁶ a considerar «relevante de acordo com a sua capacidade para compreender o sentido da intervenção».

O acto de deduzir oposição pressupõe que a criança tenha exprimido uma opinião, seja de silêncio, de aceitação ou de rejeição ou outra, nada se estipulando quanto à capacidade da criança para aquele efeito.

É a opinião emitida pela criança que deve ser considerada pelo decisor e não apenas a declaração de oposição expressamente prevista no nº 2 do art. 10º.

Como já se afirmou, a determinação da capacidade de discernimento da criança para formar e exprimir o seu ponto de vista não se confunde com a valoração da opinião que foi emitida pela criança, em função da sua idade e maturidade.

Se a criança tem capacidade natural para formar a sua opinião sobre algum, alguns ou todos os aspectos da intervenção, nela deve ser envolvida, dando o seu ponto de vista⁴⁷, independentemente da relevância que, posteriormente, venha ser dada pelos decisores à oposição que, eventualmente, venha a revestir a opinião que manifestou.

⁴⁶ Esta valoração será efectuada pela comissão ou pelo tribunal, conforme a fase processual em que o acto que exige a declaração de não oposição se pratique.

⁴⁷ Que pode ser de rejeitar ou aceitar a proposta dos responsáveis pela intervenção.

A «capacidade para compreender o sentido da intervenção» a que se refere o art.10º, nº 2, assume-se, assim, como um critério de valoração da opinião da criança para efeitos de definição da sua posição processual – a oposição – e não constitui, em abstracto, uma regra de limitação da capacidade da criança para formar e exprimir a sua palavra⁴⁸ sobre a intervenção em concreto.

Chegados aqui, podemos, então, distinguir duas situações: uma, em que a criança tem capacidade para formar e exprimir a sua opinião sobre um concreto aspecto da intervenção e outra, em que a criança, embora, possa exprimir a sua opinião sobre um dos aspectos da intervenção, não possui capacidade para compreender todo o seu sentido.

Veja-se, por exemplo, um bebé abusado: tem capacidade para exprimir o que sente em relação ao agressor, mas poderá não ter capacidade para compreender a forma como decorre o processo destinado a promover os seus direitos e a protegê-lo.

Ou seja, possui aptidão para manifestar o seu sentir sobre as causas da intervenção (o abuso) e até mesmo a medida da protecção⁴⁹, (a reacção que assume em relação ao agressor) mas já não tem capacidade para compreender, por exemplo, o modo como decorre e se processa a intervenção.

Neste caso, incumbe ao aplicador do direito, através de uma decisão fundamentada, avaliar a capacidade da criança, para aqueles dois efeitos.

Assim, quanto às crianças com menos de 12 anos de idade, é deixado ao decisor, de um lado, a aferição concreta da capacidade natural da criança para formar e emitir uma opinião sobre um concreto assunto (capacidade de discernimento), e, de outro, avaliar a capacidade criança para compreender o sentido da intervenção, para os efeitos de definição da sua posição processual em relação à prática de determinados actos.

⁴⁸ A informação que é prestada à criança, e bem assim, a descrição das opiniões que emite para, depois, serem registadas e por ela confirmadas, devem ser descritas em linguagem adaptada e adequada ao nível da compreensão da criança, conforme dispõe o art. 86º já citado.

⁴⁹ Tem capacidade para exprimir o que sente em relação ao abusador e, por exemplo, à pessoa a quem possa vir a ser confiada.

O novo modelo de justiça de crianças e jovens recorre a dois critérios para preencher o conceito de capacidade de discernimento⁵⁰ da criança para formar e exprimir a sua opinião: um objectivo e um outro subjectivo⁵¹.

No primeiro, fixa o limite de idade – 12 anos – acima do qual todas as crianças podem exercer, pessoal e livremente, os direitos que directa, expressa e legalmente lhe são conferidos.

No segundo, para as crianças com menos de 12 anos de idade, remete para decisor, a averiguação concreta da sua capacidade natural para formar e exprimir em função de um determinado assunto, o que impõe, uma decisão casuística, devidamente fundamentada⁵².

2.4. A capacidade da criança para compreender o sentido da intervenção

Já se deixou nota da relevância que é dada à opinião da criança, quando esta, com menos de 12 anos de idade, tem capacidade para compreender o sentido da intervenção.

Também já explicámos que esta capacidade se distingue da capacidade de discernimento da criança para formar e exprimir a sua opinião.

Mas o que se entende por capacidade para compreender o sentido da intervenção?

A intervenção em matéria de infância e juventude destina-se a promover os direitos e a proteger as crianças e os jovens em perigo, de forma a garantir o seu bem-estar e desenvolvimento integral e só está legitimada quando se

⁵⁰ A que alude o art. 12º, nº 1, da Convenção Sobre os Direitos da Criança e o art. 3º da Convenção Europeia sobre o Exercício dos Direitos da Criança.

⁵¹ E, compreende-se que assim seja: Crianças mais novas podem ter um maior nível de desenvolvimento das suas capacidades de entendimento, de orientação e maturidade do que outras mais velhas. «Investigações demonstraram que a informação, ambiente, meio ambiente e expectativas sociais e culturais e os níveis de apoio, todos contribuem para o desenvolvimento das capacidades de uma criança para formar uma opinião. Por esta razão, as opiniões das crianças têm de ser avaliadas caso a caso». *Comentário Geral* nº 12, pág. 11.

⁵² O dever de fundamentação das decisões judiciais encontra-se constitucionalmente consagrado, no artigo 205.º, nº 1, da Constituição da República Portuguesa, devendo obedecer às formas previstas na lei. Para as decisões proferidas em processos de natureza civil, a forma da fundamentação encontra-se no art. 154º, nº 1 do Código de Processo Civil.

verifique perigo para a sua segurança, saúde, formação, educação ou desenvolvimento⁵³.

A capacidade para compreender o sentido da intervenção compreende a aptidão natural da criança para, de um lado, perceber que a situação de perigo que vivencia, justifica a intromissão de terceiros na sua vida e na da sua família para a proteger, e, de outro, que a solução a encontrar terá sempre em conta o seu bem-estar, o seu desenvolvimento, com total respeito pelos seus direitos e pelos da sua família.

Por isso, é necessário, ouvir a criança, deixá-la exprimir naturalmente o que sente, a sua opinião, e só depois, ajuizar se, no concreto, com os demais elementos, manifesta capacidade para entender as razões e o modo da intervenção, segundo o seu olhar e o seu estágio de desenvolvimento bio-psico-social.

É no primeiro contacto com a criança, que esta deve ser informada dos seus direitos, nomeadamente, o de contactar, com garantia de confidencialidade, com o Ministério Público e com o juiz, nos termos do art. 58º, al. g.

Vale isto para dizer que a capacidade de compreender o sentido da intervenção deve ser interpretada de forma a poder chegar a todas as crianças que, minimamente, consigam perceber e entender que o papel que a comissão ou o tribunal têm nas suas vidas, é para a sua protecção e que respeita integralmente os seus direitos.

2.5. A relevância da opinião da criança com capacidade para compreender o sentido da intervenção

Já se disse acima, que a oposição da criança com idade inferior a 12 anos, que seja considerada relevante de acordo com a sua capacidade para compreender o sentido da intervenção, tem os mesmos efeitos que a oposição da criança com idade igual ou superior a 12 anos.

⁵³ O perigo pode ser causado pelos seus pais, representante legal ou pela pessoa que tenha a guarda de facto, por omissão de terceiros ou pela própria criança. Nestes dois últimos casos só legitima a intervenção se os pais, o representante legal ou a pessoa que tenha a guarda de facto não realizarem as diligências adequadas a removê-lo – art. 3º da Lei de Protecção de Crianças e Jovens em Perigo.

A questão que agora se coloca é a de saber, se à criança com menos de 12 anos, que tenha capacidade para compreender o sentido da intervenção, mas não deduza oposição, lhe é conferida uma posição processual equivalente à da criança com idade igual ou superior a 12 anos, podendo, conseqüentemente, exercer pessoal, livre e autonomamente exercer os mesmos direitos que expressamente a esta são conferidos.

Entendemos que sim.

Desde logo, porque assim decorre directamente dos actos processuais que expressamente o referem, a saber: 11º, al. c); 55º, nº 1, al. c); 62º, nº 2; 87º, nº 1 e 3; 95º; 98º, nº 2 e 3 e 113º, nº 1.

Depois, porque existem actos processuais que conferem a toda a criança, independentemente da idade, uma participação autónoma em relação aos demais intervenientes, quais sejam: 93º, nº 1; 94º, nº 1 e 2; 103º, nº 2, primeira parte e nº 4; 104º; 107º, nº 1 e 123º, nº 2.

Por último, porque se a oposição da criança em relação ao acordo de promoção e protecção for considerada relevante, de acordo com a sua capacidade para compreender o sentido da intervenção, lhe deve ser dada oportunidade de alegar por escrito e requerer diligências de prova, nos termos do art. 114º, nº 1, sob pena de se violar o principio do contraditório, a que alude o art. 104º.

O conjunto de normativos elencados fazem-nos concluir que o legislador quis conferir à criança ou jovem com capacidade para compreender o sentido de intervenção, a mesma posição processual, que conferiu às crianças ou jovens com idade superior a 12 anos.

3. A audição da criança

Não basta conceder à criança o direito a ter uma palavra sobre uma questão que a afecte. É necessário valorar o que diz sobre aquela matéria, o que pressupõe que se dê à criança a oportunidade de falar e de ser ouvida.

Nisto se traduz o direito de audição que, para ser garantido, há-se ser obrigatório.

O direito de participar exerce-se ouvindo a criança. É, pois, necessário que sejam criadas todas as condições para que a criança possa exprimir a sua opinião, sendo ouvida.

Fazendo nossas as palavras da Recomendação CM/Rec (2012) 2 do Comité dos Ministros aos Estados Membros acima mencionada:

O direito da criança a ser ouvida e levada a sério, é fundamental para a dignidade humana e para o desenvolvimento saudável de cada criança e jovem;

O nº 2 do art. 12º, da Convenção sobre os Direitos da Criança, reconhece e garante à criança a oportunidade de ser ouvida naqueles processos, seja directamente, seja através de representante ou de organismo adequado, segundo as modalidades previstas pelas regras de processo da legislação nacional.

A representação a que aqui se alude não corresponde necessariamente à representação legal, enquanto forma de suprimento de incapacidade de estar por si só no processo

O representante da criança leva ao processo a opinião desta, sendo o seu porta-voz. Por isso, deve transmitir, as opiniões da criança e não as suas, independentemente daquela opinião estar ou não de acordo com os interesses da criança. A preocupação do representante deve ser a de assegurar a reprodução fiel do ponto de vista do representado ⁵⁴.

Esta interpretação foi acolhida, entre outras, pela Convenção Europeia Sobre o Exercício dos Direitos das Crianças, que, para além da representação referida nos art.s 4º e 9º, prevê, no seu art. 5º:

«Nos processos perante autoridade judicial, que digam respeito às crianças, as Partes deverão considerar a possibilidade de lhes conceder direitos processuais adicionais, em especial:

a) o direito de pedirem para serem assistidas por uma pessoa adequada, da sua escolha, que as ajude a exprimir a sua opinião;

⁵⁴ Comité dos Direitos das Crianças das Nações Unidas, *Comentário Geral*, nº 12, ponto 35.

b) O direito de pedirem, elas próprias ou outras pessoas ou entidades por elas, a designação de um representante distinto, nos casos apropriados, um advogado;

c) O direito de nomear o seu próprio representante;

d) O direito de exercer, no todo ou em parte, os direitos das partes em tais processos.

Em suma:

O direito de audição da criança nos processos em que se tomem decisões que a afectem é uma das formas de garantir o exercício do direito à palavra, através da qual, exprime a sua opinião e contribui para a decisão que vier a ser tomada.

A audição da criança garante, assim, o seu direito a participar na decisão que a afecte.

Também aqui, a questão se coloca em relação à criança com idade inferior a 12 anos, pois, há quem defenda⁵⁵ que, para estas crianças o diploma não impõe a regra da audição obrigatória.

A audição, enquanto meio que garante a participação da criança nas decisões que sejam proferidas nos processos que lhe digam respeito, pode ser vista e apreciada num duplo sentido: amplo e restrito.

Em sentido amplo, abrange o direito de se pronunciar sobre todas as questões processuais que lhe digam respeito com uma natureza e dimensão semelhante à do princípio do contraditório.

Em sentido restrito, a audição da criança ou jovem consiste na sua audição pela comissão ou pelo juiz, que se impõe, como obrigatória, nos termos dos artigos 84º, 94º e 107º, nº 1, al. a).

⁵⁵ Como resulta claramente no Acórdão da Relação de Coimbra de 29 de Março de 2011, quando se afirma que: não existe na lei nacional a obrigatoriedade de se proceder à audição do menor.

2. 1. Audição em sentido amplo

O contraditório, consagrado no art. 104º, é assegurado à criança ou jovem, aos seus pais, representante legal ou quem tenha a sua guarda de facto, podendo estes, para esse efeito: requerer as diligências e oferecer meios de prova (nº1), apresentar alegações escritas no debate judicial (nº2), sendo-lhe assegurado o contraditório.

A nomeação obrigatória de patrono à criança ou jovem quando os seus interesses e os dos seus pais, representante legal ou de quem tenha a guarda de facto sejam conflitantes (103º, nº 2, primeira parte da Lei de Protecção de Crianças e Jovens em Perigo), e a obrigatória constituição de advogado ou de nomeação de patrono à criança ou jovem, no debate judicial (art. 103º, nº 4, da Lei de Protecção de Crianças e Jovens em Perigo), manifestam-se não só como formas de audição da criança e do jovem, mas também como meios que garantem o contraditório.

De igual modo, o direito a consultar o processo através do seu advogado ou pessoalmente, se o juiz o autorizar, atendendo à sua maturidade, capacidade de compreensão e natureza dos factos (art. 88º, nº 4), garante o exercício do direito de participação do jovem no processo.

Também, o direito à nomeação obrigatória de advogado, quando criança com «maturidade adequada» a solicitar ao tribunal e o direito ao recurso, nos termos do art. 123º, nº2, efectiva o direito de audição e de participação da criança.

Evidenciam estes preceitos a autonomia da criança, tenha a idade que tiver, em relação aos seus pais, seu representante legal ou pessoa que tenha a guarda de facto. Como asseguram à criança o direito de se pronunciar sobre as questões que a afectam, independentemente da posição assumida pelos seus pais, seu representante legal ou pessoa que tenha a sua guarda de facto.

Todos estes direitos são meios de garantir a participação da criança nos actos processuais e nas definições das medidas, tal como se exige no princípio orientador da audição obrigatória e participação.

Porém, a prática indica que estes direitos não se concretizam, em face da ausência de um regime legal que garanta a representação efectiva das crianças

nos processos e a ausência de decisão que, em concreto, se pronuncie, sobre a capacidade da criança para compreender o sentido da intervenção.

Nestas circunstâncias e no sistema jurídico actual, recai sobre os advogados e o Ministério Público, enquanto representantes⁵⁶ processuais das crianças, o papel de garante do direito de participação e de audição da criança, incidindo sobre eles o especial dever de ouvir a opinião da criança.

Para além disso, impende sobre a comissão de protecção e sobre o juiz, o dever de, casuisticamente, avaliar e decidir a relevância da opinião da criança, de acordo com a sua capacidade para compreender o sentido da intervenção, para efeitos da definição da sua posição processual.

2. 2. Audição em sentido restrito

Especial relevo, merece a audição da criança e do jovem que, quanto a nós, se impõe como obrigatória, nos termos dos artigos 84º, 94º e 107º, al. a).

Dispõe o art. 84º da Lei de Protecção das Crianças e Jovens em Perigo que:

«1 – As crianças e os jovens com mais de 12 anos, ou com idade inferior quando a sua capacidade para compreender o sentido da intervenção o aconselhe, são ouvidos pela comissão de protecção ou pelo juiz sobre as situações que deram origem à intervenção e relativamente à aplicação, revisão ou cessação de medidas de promoção e protecção.

2 – A criança ou o jovem tem direito a ser ouvido individualmente ou acompanhado pelos pais, pelo representante legal, por advogado da sua escolha ou oficioso ou por pessoa da sua confiança».

Há quem entenda⁵⁷ que, por força do teor do primeiro destes preceitos, se pode inferir que as crianças com menos de 12 anos, não têm, por regra, capacidade para compreender o sentido da intervenção

⁵⁶ A representação de um e de outro são diferentes. Enquanto a do primeiro decorre do patrocínio judiciário ou da constituição de mandatário, a do segundo decorre das atribuições que lhe são conferidas pelo art. 72º, em especial o nº 3, e bem assim do Estatuto do Ministério Público, aprovado pela Lei nº 60/98, de 27, de Agosto.

⁵⁷ Neste sentido, cf. o Acórdão da Relação de Coimbra de 29 de Março de 2011.

Dir-se-á: se o legislador fixou a idade igual ou superior a 12 anos para impor a audição obrigatória aos jovens daquela faixa etária, presumiu que estes tinham capacidade para entender o sentido da intervenção. *A contrario*, resulta para as crianças com idade inferior uma regra de incapacidade para compreenderem o sentido da intervenção, exigindo que, casuisticamente, seja demonstrado o contrário.

Salvo o devido respeito, não concordamos com esta posição, não só porque contaria a concepção de criança, como um sujeito autónomo, titular de direitos e a natureza de direito fundamental da participação e audição da criança, mas também porque, aqui, a capacidade não se infere de nenhum facto objectivo, mas de um factor subjectivo a avaliar casuisticamente.

A formulação legal que atribui o direito à audição das crianças com mais de 12 anos é feita pela positiva, não havendo qualquer norma em todo o diploma que consagre, uma regra geral de incapacidade para aqueles que ainda não tenham completado os 12 anos, parecida com a do art. 123º do Código Civil que, como já vimos, não se pode transportar para o novo modelo de justiça de crianças e jovens.

O que exige o art. 84º, nº 1, é que o decisor ajuíze, casuisticamente, o estágio de desenvolvimento natural da criança em relação àquele assunto concreto – se o habilita ou não a compreender o sentido da intervenção e se, naquelas circunstâncias é aconselhável a audição da criança.

A criança ou jovem tem o direito a ser ouvido⁵⁸, individualmente ou acompanhado pelos pais, pelo representante legal, por advogado da sua escolha ou oficioso ou por pessoa de confiança.

Tudo com o desiderato de criar as melhores condições para que, livremente, possa exprimir a sua opinião sobre a situação que vivencia, sobre as situações que deram origem à intervenção, aplicação, revisão ou cessação da medida de promoção ou protecção.

⁵⁸ Pode acontecer que a criança não esteja disponível para prestar declarações. Neste caso, torna-se necessário perceber se a recusa em exprimir-se é um acto da sua vontade ou se pelo contrário decorre de alguma influência externa para o fazer.

De todo o modo, quando se chegar à fase processual a que respeita o art. 84º, já o decisor tem tomada a decisão sobre se a opinião da criança releva ou não para efeitos de «compreender o sentido da intervenção».

Com efeito, a comissão já tomou o primeiro contacto com a criança, nos termos do art. 94º, já a ouviu e verificou se a criança tem ou não aptidão natural para compreender o sentido daquele acto ou dos actos processuais que se lhe seguirem.

Também o juiz, no primeiro contacto que tem com o processo, na fase judicial, nos termos do art. 107º, nº 1, al. a) da Lei de Protecção de Crianças e Jovens em Perigo, já ouviu a criança e avaliou o seu desenvolvimento natural da criança para compreender o sentido da intervenção.

Não terá sido por acaso, que a lei impôs, clara, expressamente, e quanto a nós, indubitavelmente, a primeira audição da criança, como obrigatória, tenha ela a idade que tiver.

O início do processo é o melhor momento para que se avalie, em concreto, o estágio de desenvolvimento físico, intelectual e psicológico da criança com vista a aferir a melhor e mais adequada forma de garantir o direito de participação e audição e a verificar qual o melhor modo de actuação em relação à criança.

Este será um dos motivos pelos quais, a Comissão e o juiz, têm o dever de ouvir a criança, no primeiro contacto que têm com o processo [art. 94º e 107º, nº 1, al. a)], concretizando, assim, o conceito de audição obrigatória a que se refere o principio orientador inserto no art. 4º, al. i)⁵⁹.

Note-se que, em nenhum destes preceitos, se estabelece um qualquer limite de idade para a audição obrigatória da criança.

O mesmo é dizer que, por regra, a lei presume que a criança, tenha a idade que tiver, tem capacidade para poder exprimir a sua opinião, através desta audição obrigatória perante a comissão ou perante o juiz.

⁵⁹ Defendemos, pois, que a criança deve ser ouvida directamente pelo juiz, ainda que com recursos aos meios previstos no art. 86º, nº 2, da Lei de Protecção de Crianças e Jovens em Perigo. Contudo, se e quando as características específicas da criança o exigirem, pode encarregar-se um técnico especializado para proceder à audição da criança. Sobre esta questão cf. a jurisprudência citada infra, nota 268.

Em primeiro lugar, porque não tendo o legislador limitado expressamente o direito das crianças a poderem exprimir a sua opinião perante a comissão ou perante o juiz, numa audição que se impõe com obrigatória, [art. 107º, nº 1, al. a)], e, sendo este, um direito fundamental da criança, não pode ser limitado pelo aplicador do direito, haja em vista, o disposto na Constituição da República Portuguesa sobre a restrição dos direitos, liberdades e garantias⁶⁰.

Em qualquer caso, também aqui, a interpretação das normas que limitam o direito a ser ouvida para exprimir a sua opinião, não pode deixar de ser restritiva e devidamente fundamentada⁶¹.

Em segundo lugar, porque, como já se afirmou, está vedado que a idade constitua um facto donde se possa presumir a incapacidade da criança para ser ouvida, exprimindo, assim, a sua opinião.

Em terceiro lugar, porque o exercício do direito da criança a exprimir a sua opinião está consagrado no ordenamento jurídico internacional, como seja, por exemplo, a Convenção Europeia dos Direitos do Homem, de acordo com a qual a criança tem os direitos processuais «em todas as suas dimensões, em especial, o direito a ser informada, o direito a ser ouvida, o direito a defender-se em tribunal e o direito a ser representada»⁶².

Registe-se, ainda, o direito da criança a apresentar queixas no Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, independentemente da capacidade civil para o exercício dos seus direitos processuais.

⁶⁰ Para além das leis restritivas de direitos, liberdades e garantias expressamente consagradas (cf. art. 18º da Constituição da República Portuguesa), «existe um outro tipo de restrições a que a doutrina mais recente designou por **intervenções restritivas**. As **intervenções restritivas** consistem em actos ou actuações das autoridades públicas restritivamente incidentes, de modo concreto e imediato sobre um direito, liberdade e garantia ou direito de natureza análoga (ex: decisão judicial ...). Estas intervenções restritivas estão, desde logo, sujeitas aos princípios da constitucionalidade e da legalidade, mas além disso, estão juridicamente vinculadas à observância dos princípios fundamentais de um Estado de direitos fundamentais (proibição do excesso, proporcionalidade, adequação, necessidade) (...)» Canotilho, Gomes e Moreira, Vital (2007) *CRP Anotada – Artigos 1º a 107*, pág. 388.

⁶¹ Assim, nos casos em que coloque a questão da incapacidade da criança para exprimir a sua opinião, a comissão deve apreciar e decidir a questão, em deliberação fundamentada (art. 97º, nº 4), sujeita à fiscalização do Ministério Público, nos termos do art. 72º, nº 2 e 76º.

⁶² Directrizes do Comité de Ministros do Conselho da Europa sobre a Justiça adaptada às crianças, pág. 18.

«Uma simples carta, escrita numa das línguas oficiais de um dos Estados partes na Convenção, é suficiente para iniciar o processo em Tribunal, e assim, a hipótese de uma criança vir a apresentar queixa não é meramente teórica⁶³».

As normas que acabamos de enunciar, ao invés de sugerirem uma limitação à audição e participação da criança no processo, pelo contrário, apontam para uma intenção do legislador em garantir a efectiva participação e audição da criança nos actos processuais.

Tendo em vista o fundamento e a finalidade do direito de audição, um meio de garantir que a criança exerça de facto o direito de participação - nos dois elementos que o constituem: o direito de exprimir a sua opinião e o dever do decisor a levar em conta - podemos, afirmar que:

A audição da criança, tenha a idade que tiver, é obrigatória, nos processos de promoção e protecção.

Quando, em concreto, se verificar alguma limitação subjectiva àquele direito, seja, porque a criança não possui capacidade para compreender o acto em si, seja, porque a sua capacidade para compreender o sentido da intervenção o desaconselhe⁶⁴, seja porque o seu superior interesse assim o exige, impõe-se que a questão seja apreciada através de uma decisão fundamentada, susceptível de recurso, nos termos gerais.

III. Os processos do novo modelo de justiça de crianças e jovens

A reforma legislativa encabeçada pela Lei de Protecção das Crianças e Jovens em Perigo e pela Lei Tutelar Educativa, diferenciou as finalidades da intervenção tutelar de protecção e as finalidades da intervenção tutelar educativa, criou novos processos em matéria de infância e juventude e manteve a tipologia dos processos tutelares cíveis da Organização Tutelar de Menores.

⁶³ Barreto, Ireneu Cabral (2004) *Direitos da Criança na Convenção Europeia dos Direitos do Homem*: Direitos das Crianças, Corpus Iuris Gentium Conimbrigae,

⁶⁴ Pode acontecer, que as circunstâncias do caso concreto justifiquem que a criança não seja ouvida. Veja-se, por exemplo, o caso de uma criança que, de forma livre, se recusa a falar sobre um determinado assunto, ou, ainda, quando a audição constitui para a criança um sofrimento psíquico ou emocional. Porém, nestes casos, não se trata de uma limitação ao exercício do direito em consequência de uma incapacidade da criança para exprimir a sua opinião, mas sim de uma situação específica que motiva a sua não audição.

O art. 147º A da Organização Tutelar de Menores⁶⁵ manda aplicar a todos aos processos «tutelares» cíveis, os princípios orientadores da intervenção previstos na lei de protecção de crianças e jovens em perigo, de entre os quais, consta o da audição obrigatória e participação da criança.

São três os tipos de processos do novo modelo da justiça⁶⁶: 1) processos de promoção e protecção 2) processo tutelar educativo e 3) processos tutelares cíveis.

A tipologia dos processos tutelares cíveis

Os processos tutelares cíveis, para efeitos do art. 147º A da Organização Tutelar de Menores, compreendem, quanto a nós, todas as providências processuais a que se reporta o único Título que regula a natureza e a forma dos processos, delas se excluindo os processos abrangidos pela Lei de Protecção e Crianças e Jovens em Perigo e pela Lei Tutelar Educativa.

Para efeitos de aplicação deste preceito, defendemos um conceito amplo de processos tutelares cíveis e não o conceito restrito que abrange especificamente os processos regulados nas Secções I a VI⁶⁷, do Capítulo II.

Com efeito, com as alterações introduzidas àquela jurisdição, a Organização Tutelar de Menores que era composta por quatro Títulos, subdividida por Capítulos e Secções, ficou reduzida, na sua substância, a um único⁶⁸ Título, com a designação de “Processos Tutelares Cíveis”, subdividido em dois Capítulos.

⁶⁵ Sob a epígrafe “Princípios Orientadores”.

⁶⁶ A diferenciação dos tipos de processo quanto à sua natureza tem relevância para outros efeitos jurídicos, como sejam, a fixação da competência e de apensação de processos (cf. art. 79º a 82º da Lei de Protecção das Crianças e Jovens em Perigo, art. 37º da Lei Tutelar Educativa e artigos 154º e 155º da Organização Tutelar de Menores).

⁶⁷ São eles: adopção (artigos 162º a 173º F); regulação do exercício das responsabilidades parentais (art. 174º a 185º); alimentos a menores (artigos 186º a 190º); entrega judicial de menores (art. 191º a 193º); inibição e limitação ao exercício do poder paternal (artigos. 194º a 201º) e averiguação oficiosa de maternidade ou paternidade (art. 202º a 207º);

⁶⁸ Já que o outro Título respeita apenas e só às disposições finais e transitórias.

Enquanto o primeiro disciplina as Disposições Gerais (art. 146º a 161º), o segundo regula a tramitação dos “Processos” adequados à apreciação das matérias tutelares cíveis, elencadas nas diversas alíneas dos artigos 146º⁶⁹ e 147º⁷⁰ da Organização Tutelar de Menores.

Para além dos já mencionados processos que especificamente constituem o núcleo duro dos processos tutelares cíveis – os das Secções I a VI – incluem-se naquele capítulo, as providências que tenham correspondência nos processos e incidentes regulados no Código de Processo Civil - art. 208º - e a acção tutelar comum que se adequa às providências que não tenham correspondência em nenhum dos processos anteriores (art. 210º).

Note-se, aliás, que as providências em matéria cível que tenham correspondência nos processos e incidentes do Código de Processo Civil seguem a forma de processo especial do art. 208º da Organização Tutelar de Menores, e não apenas os termos prescritos naquele diploma.

Por outro lado, algumas das matérias tutelares cíveis referidas no art. 146º, al. g), da Organização Tutelar de Menores, são da competência exclusiva do Ministério Público⁷¹ e seguem a tramitação prevista no Decreto-Lei nº 272/2001, de 13 de Outubro.

⁶⁹ As providências tutelares cíveis do art. 146º são as seguintes: a) Instaurar a tutela e a administração de bens; b) Nomear pessoa que haja de celebrar negócios em nome do menor e, bem assim, nomear curador geral que represente extrajudicialmente o menor sujeito ao poder paternal; c) Constituir o vínculo da adopção e decidir da confiança judicial do menor com vista à adopção; d) Regular o exercício do poder paternal e conhecer das questões a este respeitantes; e) Fixar os alimentos devidos a menores;) Ordenar a entrega judicial do menor; g) Autorizar o representante legal dos menores a praticar certos actos, confirmar os que tenham sido praticados sem autorização e providenciar acerca da aceitação de liberalidades; h) Decidir acerca da caução que os pais devam prestar a favor dos filhos menores; i) Decretar a inibição, total ou parcial, e estabelecer limitações ao exercício do poder paternal; j) Proceder à averiguação oficiosa de maternidade ou de paternidade; l) Decidir, em caso de desacordo dos pais, sobre o nome e apelidos do menor;

⁷⁰ As providências tutelares cíveis do artigo 147º dizem respeito a: a) Havendo tutela ou administração de bens, determinar a remuneração do tutor ou administrador, conhecer da escusa, exoneração ou remoção do tutor, administrador ou vogal do conselho de família, exigir e julgar as contas, autorizar a substituição da hipoteca legal e determinar o reforço e substituição da caução prestada e nomear curador especial que represente menor extrajudicialmente; b) Nomear curador especial que represente o menor em qualquer processo tutelar; c) Converter, revogar e rever a adopção, exigir e julgar as contas do adoptante e fixar o montante dos rendimentos destinados a alimentos do adoptado; d) Decidir acerca do reforço e substituição da caução prestada a favor dos filhos menores; e) Exigir e julgar as contas que os pais devam prestar e f) Conhecer de quaisquer outros incidentes dos processos referidos no artigo anterior.

⁷¹ Art. 2º, nº 1, al. b) e d) e 4º, nº1 do Decreto-Lei nº 272º/2001, de 13 de Outubro.

Também o exercício das responsabilidades parentais, quando homologado pela Conservatória do Registo Civil⁷² ou pelo tribunal, nos processos de divórcio por mútuo consentimento, mantém a natureza de matéria tutelar cível, não obstante ser decidido em processo de divórcio por mútuo consentimento.

A decisão sobre a regulação do exercício das responsabilidades parentais a que se refere o art. 1778º-A, do Código Civil, constitui, também, uma «matéria tutelar cível».

O mesmo é dizer, que a expressão «processos tutelares cíveis» usada pelo art. 147º A, da Organização Tutelar de Menores, abrange os processos adequados a apreciar todas as matérias tutelares cíveis e não apenas aqueles que, em sentido, específico, são entendidos como tal.

Acresce que, surgindo o mencionado art. 147º A, para adaptar as medidas tutelares cíveis ao novo modelo de justiça de crianças e jovens, e que este, por sua vez, garante o reconhecimento do direito previsto no art. 12º, nº 2, da Convenção Sobre os Direitos da Criança, então o princípio da audição e participação consagrado no art. 4º da Lei de Protecção de Crianças e Jovens em Perigo – o novo modelo da justiça – tem, também, de ser assegurado às crianças em todos os processos que lhes digam respeito, e não apenas em alguns deles.

A este propósito, pronunciou-se o Tribunal de Relação de Lisboa de 5 de Julho de 2000⁷³.

Por estes motivos, somos a concluir que os processos tutelares cíveis, para efeitos do disposto do art. 147º A, compreendem todos os processos previstos no Título II da Organização Tutelar de Menores e os que regulam as matérias tutelares cíveis abrangidas pelos artigos 146º e 147º da Organização Tutelar de Menores, sejam elas da competência do Tribunal, do Ministério Público ou da Conservatória do Registo Civil.

⁷² Com prévio parecer do Ministério Público (cf. art. 1776º A, nº 1 do Código Civil e art. 14º do Decreto-Lei nº272/2001, de 13 de Outubro).

⁷³ Colectânea de Jurisprudência, ano XXV, Tomo IV, pág. 79 a 80.

Pelo menos, quanto a estes processos, são aplicáveis os princípios orientadores da intervenção previstos na lei de protecção das crianças e jovens em perigo, com as necessárias adaptações, onde se inclui o da participação e audição da criança, com a dimensão e conteúdo que aqui defendemos.

Participação e audição vs Assistência a que alude o art.º 175º da Organização Tutelar de Menores

Defende-se no Acórdão da Relação de Coimbra de 29 de Março de 2011, que as normas do direito nacional que regem a audição da criança nos processos de regulação do exercício das responsabilidades parentais são as que constam na Organização Tutelar de Menores, designadamente o disposto no art. 175º, que concede ao juiz o «*poder de autorizar a assistência do menor, tendo em atenção a sua idade e grau de maturidade*» na conferência de pais para a regulação do exercício das responsabilidades parentais.

Daí se conclui, que o juiz não está vinculado à audição obrigatória da criança, antes lhe concede a faculdade de, casuisticamente, avaliar se a audição da criança se adequa ao interesse desta, decidindo, depois, em conformidade se procede ou não à sua audição.

Salvo o mui e devido respeito, não concordamos com esta posição.

Com efeito,

Nos processos de regulação do exercício das responsabilidades parentais⁷⁴, a intervenção do juiz obedece ao princípio orientador da audição obrigatória e de participação consagrado no art. 4º, al. i) da Lei de Protecção de Crianças e Jovens em Perigo, *ex vi* art. 147º A da Organização Tutelar de Menores.

O poder do juiz em autorizar a assistência da criança na conferência a que alude o art. 175º da Organização Tutelar de Menores, não exclui nem afasta o direito da criança exprimir a sua opinião sobre o exercício das responsabilidades parentais, sendo certo que se trata de um assunto familiar importante.

⁷⁴ Como, aliás, dos demais tutelares cíveis, em especial, aqueles em que se apreciam questões conexas com as responsabilidades parentais.

Aquele poder não desobriga o juiz do dever de ouvir a criança e de valorar a sua opinião, de acordo com a sua idade, maturidade e capacidade para compreender o acto em questão, através de despacho fundamentado.

E, se, em concreto, se verificar que a criança não possui capacidade para formar e exprimir a sua opinião, deve tal questão ser apreciada, através de decisão judicial fundamentada.

O mesmo acontece, quando, *in casu*, se verificar que o interesse da criança se opõe ou desaconselha a sua audição, deve o juiz, também, por despacho fundamentado, decidir em conformidade.

Donde, o teor do art. 175º da Organização Tutelar de Menores⁷⁵ tem de ser interpretado à luz do novo modelo de justiça de crianças e jovens, que integra a dimensão e o conteúdo do direito de participação de audição vigente no direito internacional.

Por isso, o poder de autorização da presença da criança na conferência de pais ou outra diligência equivalente, não desobriga o juiz de ouvir e valorar a opinião desta sobre os aspectos integradores das responsabilidades parentais.

Antes, lhe concede a faculdade de, em função da idade e da maturidade da criança, poder determinar o melhor momento e o melhor modo de a ouvir: se na conferência de pais a que alude o art. 175º ou num outro momento.

Pressuposto é, que se assegure o direito de participação e audição da criança num assunto tão importante da sua vida, como é o da regulação e questões conexas à sua relação com cada um dos seus pais.

O poder do juiz a autorizar a assistência da criança na conferência de pais ou outra, pode e deve ser conciliado com o direito de participação e audição da criança no processo em que se discutam questões relacionadas com as responsabilidades parentais.

⁷⁵ Casanova, J.F. Salazar (2006) *O Regulamento (CE) nº 2201/2003 do Conselho e o princípio da audição da criança* in *Scientia Juridica*, Tomo IV, nº 306, pág. 219 defende a derrogação do art. 175º interpretado no sentido de que o tribunal tem a faculdade de autorizar a assistência do menor à conferência, ou seja, no sentido de que o tribunal pode, de acordo com o seu critério, dispensar a presença da criança ou a sua audição ainda que ela disponha de idade e grau de maturidade suficiente.

Em suma, nos processos de natureza cível, nomeadamente, o de regulação do exercício das responsabilidades parentais, recai, sobre o juiz o dever de proceder à audição da criança e do jovem, com vista a que este emita a sua opinião sobre o assunto a decidir, seja na conferência de pais ou noutro acto equivalente.

Tanto não significa que a vontade da criança ou jovem se imponha por si. O seu superior interesse bem pode exigir uma decisão diferente daquela. Porém, a decisão final, seja ela qual for, deve ser tomada com total respeito e salvaguarda, pelos direitos inerentes à sua dignidade de pessoa humana, em crescimento e autonomia progressivos, em particular, pelo direito de participar e ser ouvida nos processos que lhe dizem respeito.

Conclusões:

Olhar para a criança como um ser “menor”, indefeso, dependente total da protecção dos seus pais e/ou outros adultos, que, com toda a certeza, fariam sempre e em qualquer circunstância tudo o que fosse preciso em seu benefício, manteve-se inalterada durante séculos e séculos. E, de tal maneira, esta concepção se enraizou na nossa sociedade que olhar a criança, como pessoa, sujeito autónomo e pleno de direitos, tem sentido grandes dificuldades de interiorização e concretização.

Ainda no século passado, o menor, apesar de ser um sujeito protegido pelo direito, não era respeitado como uma pessoa que reclamava para si e pelo facto de o ser, os direitos que lhe eram inerentes, consagrados, designadamente, na Declaração Universal dos Direitos do Homem, na Declaração Universal dos Direitos da Criança, na Convenção Europeia dos Direitos do Homem, na Convenção Sobre os Direitos da Criança e na Constituição da República Portuguesa, ou seja, não se lhe reconhecia a qualidade de criança, sujeito de titular de direitos.

O novo modelo de justiça para as crianças e jovens implementado pela Lei de Protecção de Crianças e Jovens em Perigo e pela Lei Tutelar Educativa, acolhe a concepção de criança, como uma pessoa em desenvolvimento, com autonomia progressiva, um sujeito, titular de direitos.

Esta nova concepção de criança constitui, assim, o pilar de toda a jurisdição de crianças e jovens, constituindo o ponto de partida e de chegada para a interpretação e aplicação de todo o “Direito de Menores”. Tanto significa que as estatuições legais que, ainda sugerem o «menor» como um sujeito protegido pelo direito, devem ser interpretadas à luz da nova concepção, de criança sujeito, titular de direitos.

As medidas protectivas e tutelares visam, precisamente, a promoção dos direitos e de protecção das crianças, de forma a garantir o seu bem-estar e desenvolvimento integral.

Para tanto, instituíram-se princípios a que deve obedecer a intervenção em matéria de infância e juventude, entre os quais, se conta o superior interesse da criança e o da sua audição obrigatória e participação.

Este último é definido com a mesma dimensão para crianças e jovens (independentemente da idade) e para os pais, representantes legais ou pessoa que tenha a guarda de facto: todos têm direito a ser ouvidos e a participar nos actos e na definição da medida e/ou providência de natureza cível.

A capacidade natural da criança para formar e exprimir uma opinião (capacidade de discernimento) não se confunde com o direito à valoração daquela, segundo os critérios de maturidade, ou capacidade de compreender o sentido de intervenção.

A legislação nacional não define nenhum critério objectivo que determine, em abstracto, o momento a partir do qual a criança adquire capacidade de discernimento para participar e ser ouvida no processo.

Antes recorre aos dois critérios – objectivo e subjectivo - para preencher aquele conceito.

No primeiro, fixa o limite de idade (12 anos) acima do qual todas as crianças podem exercer, pessoal e livremente, os direitos que directa, expressa e legalmente lhe são conferidos.

No segundo, para as crianças com menos de 12 anos de idade, remete para decisor, a averiguação concreta da sua capacidade natural em função de um

determinado assunto para formar e exprimir uma opinião, o que impõe, uma decisão casuística, devidamente fundamentada.

A idade – 12 anos – se, de um lado, constitui, um limite acima do qual, se confere a todos os sujeitos que a possuam, capacidade para, por si, livre e autonomamente, exercerem os direitos de participação e audição que, expressamente, lhes são conferidos por lei, de outro, não constitui um limite abaixo do qual, se deva presumir a incapacidade dos «menores de 12 anos» para exercerem aquele mesmo direito.

É que, para os primeiros existe um limite legal e objectivo, a partir do qual, se confere a uma pessoa determinados direitos, enquanto que, para os segundos, a determinação da capacidade é deixada ao aplicador do direito que a deve verificar no caso concreto.

Não se pode presumir dos direitos de participação e audição que directa e expressamente emergem da lei para as crianças com idade igual ou superior a 12 anos, que o legislador tencionou estabelecer uma regra geral de incapacidade das crianças - com idade inferior àquela - para formar e exprimir a sua opinião.

O ordenamento jurídico internacional e interno reconhece expressamente a todas as crianças, o direito de participarem e de serem ouvidas em todas as decisões que lhe dizem respeito.

Trata-se de um direito fundamental inerente ao desenvolvimento integral da criança, o direito ao desenvolvimento da sua personalidade.

Por isso, qualquer limitação àquele direito tem de se fundamentar em lei expressa.

Inexistindo previsão legal a determinar que a criança com menos de 12 anos, carece de capacidade geral para formar e exprimir a sua opinião, está vedado ao aplicador do direito, ficcionar da idade uma presunção legal daquele tipo de incapacidade.

A declaração de «não oposição» do art. 10º da Lei de Protecção das Crianças e Jovens em Perigo, pressupõe que as crianças sejam efectivamente informadas dos seus direitos, sejam ouvidas e envolvidas na intervenção, de molde a

formarem e a dizerem livremente o que pensam, sobre a situação que estão a vivenciar.

Por isso, para garantir que as crianças exercem este direito, devem os autos reproduzir a opinião que a criança manifestou em relação a determinado assunto, seja ela qual for, e que pode ir desde a aceitação à rejeição da intervenção ou acordo, passando pelo silêncio.

Os silêncios não equivalem, a nosso ver, a declarações tácitas de aceitação.

A opinião da criança deve ser valorada e considerada pelo decisor de acordo com a sua maturidade e capacidade da criança para compreender o sentido da intervenção.

A criança com menos de 12 anos que manifestar capacidade para compreender o sentido da intervenção ocupa no processo posição idêntica à das crianças com idade igual ou superior àquela.

A audição da criança, seja em sentido amplo, seja em sentido restrito é obrigatória. O primeiro equivale, a nosso ver, ao princípio do contraditório. O segundo corresponde às previsões legais excepcionais que impõem a audição obrigatória da criança perante a comissão e perante o juiz.

O novo modelo de justiça para as crianças e jovens consagra o direito de participação e audição da criança que não pode continuar a ser perspectivado como uma mera formalidade a cumprir.

Recorde-se que, cada processo para tomada de uma qualquer decisão judicial tem um rosto, o rosto de uma criança ou jovem, a quem se tem de prestar a partir do primeiro momento, uma atenção cuidadosa e adequada à sua idade, não só porque se trata de um ser frágil, merecedor de protecção, mas porque é uma pessoa que exige o respeito pela sua identidade e autonomia.

Só conhecendo e ouvindo a criança ou jovem, se poderá avaliar do seu grau de maturidade e da capacidade de querer e de entender, caso contrário, não se cumprirá, na íntegra, o direito de participação e audição da criança ou jovem nas questões que lhe dizem respeito.

Mais do que se proclamar, em abstracto, o direito que cada criança tem de ser ouvida, deve interiorizar-se e assumir na prática, o correlativo dever de a

conhecer, de conhecer a sua verdadeira história de vida, de valorar a sua palavra, impondo-se ao decisor que vá ao seu encontro e não esperar que alguém a faça chegar até ele.

Ir ao seu encontro significa, não só, ler o requerimento inicial que impulsiona um processo judicial e todos os documentos que o acompanham, mas, mais do que isso, ouvir o que cada criança sente e pensa, a sua verdade, nem que para isso seja necessária a deslocação ao local em que se sinta segura.

A necessidade de ir ao encontro da criança leva, ainda, a garantir que aquele se faça em contextos de vida que não sejam ameaçadores para a criança ou jovem, ainda que tal signifique a audição da criança em local diferente do tribunal⁷⁶.

A Criança ou jovem deve sentir que Juiz e o Ministério Público estão, de facto disponíveis, para a ouvirem e que são os garantes da efectiva concretização dos seus direitos. ■

Alcina Costa Ribeiro
Juíza Desembargadora

⁷⁶ Seria importante, para este efeito, que no Tribunal existisse uma sala acolhedora e informal. Mas sabe-se que tal não acontece na maioria dos nossos Tribunais. Se tal não acontecer, sempre se pode criar no próprio gabinete (e antes do momento da audição da criança) um espaço com algum material didáctico adequado à sua idade.



Data  **enia**
Revista Jurídica Digital

ISSN 2182-6242

Ano 3 • N.º 04 • Dezembro 2015

