

Alcina da Costa Ribeiro

# 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

Dissertação de Mestrado em Ciências Jurídico-Civilísticas  
Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

Orientador: Prof. Doutor João Paulo Remédio Marques

Coimbra  
2014

## INTRODUÇÃO

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 Criança<sup>1</sup>: a criança sujeito titular de direitos<sup>2</sup>.

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 vida<sup>3</sup>.

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.

---

<sup>1</sup> 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 Série n.º 248/90, de 26 de Outubro).

<sup>2</sup> 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.

<sup>3</sup> Seguiremos de perto a interpretação que o Comité das Nações Unidas dos Direitos da Criança dá ao art. 12.º, da Convenção sobre os Direitos da Criança, no *Comentário Geral n.º 12* (RC/C/GC/12 de 20 de Julho de 2009).

Exemplos da primeira prática, são alguns dos casos mediáticos que expõem publicamente a privacidade e a intimidade das crianças envolvidas nos conflitos dos adultos.

Entre tanta informação veiculada pelos órgãos de comunicação social, não descortinámos se àquelas crianças foi dada a oportunidade de serem ouvidas, para emitirem livremente as suas opiniões sobre a exposição mediática a que iriam ser submetidas.

Dito de outro modo, desconhece-se se algum dos familiares ou terceiros envolvidos deu a cada uma das crianças visadas, a oportunidade de, livremente, exprimir o seu sentir sobre ser o objecto das notícias mediáticas. E caso lha tenham dado, também se desconhece, qual foi a opinião que cada uma emitiu e quem foi o adulto que a valorou e de que forma o fez.

Em suma, desconhece-se se o direito das crianças à reserva da vida privada e a emitirem livremente a sua opinião sobre a publicidade de que foram alvo, foram ou não respeitados.

Este desconhecimento pode significar uma de duas coisas: ou as crianças antes de serem expostas mediaticamente foram ouvidas e exprimiram o seu sentir sobre a sua exposição pública; ou não lhes deram, sequer, a oportunidade de o fazer.

Nesta última hipótese, aquelas não tiveram voz sobre um assunto tão importante, como é a reserva da sua vida privada.

Já a segunda prática, manifesta-se, entre outros, no meio judiciário.

Com alguma frequência, os advogados que representam crianças em processos judiciais<sup>4</sup>, 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.

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 da terceira pessoa são muitas vezes instauradas pelo Ministério Público<sup>5</sup> sem que este conheça ou ouça a opinião da criança<sup>6</sup>.

---

<sup>4</sup> Através de patrocínio oficioso (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).

<sup>5</sup> Na maioria das vezes, a pedido de um adulto interessado que, para esse efeito, se dirige aos Serviços do Ministério Público.

<sup>6</sup> O que pode ser feito no âmbito de um processo administrativo que, para tanto é organizado (Circular nº 12/1979, da Procuradoria Geral da República, em [www.pgr.pt/Circulares/textos/1979/1979\\_12.pdf](http://www.pgr.pt/Circulares/textos/1979/1979_12.pdf)).

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.

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 conta<sup>7</sup>;

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»<sup>8</sup>; 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 voluntária<sup>9</sup> 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, pretendemos 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.

Para tanto, desenvolveremos o nosso trabalho em quatro partes.

Na primeira, com recurso a uma brevíssima evolução histórica da concepção de quem é a criança, distinguiremos, o sujeito-menor especialmente protegido pelo direito<sup>10</sup>, da criança, sujeito, titular de direitos.

---

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](http://www.dgsi.pt/jsta.nf).

<sup>7</sup> Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 4.10.2007, acessível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt), local onde pode ser localizada toda jurisprudência que vier a ser indicada, sem menção do contrário.

<sup>8</sup> Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 29 de Março de 2011, *in* Colectânea de Jurisprudência, ano 2011, Tomo II, pág. 34.

<sup>9</sup> Acórdãos do Tribunal da Relação de Lisboa de 14 de Abril de 2005 e de 15 de Maio de 2007.

<sup>10</sup> Preferimos a denominação de sujeito-menor protegido pelo direito a objecto privilegiado de direitos, na senda do que defendia Castro Mendes, para quem: “O objecto mediato da relação jurídica é o bem ou o valor apto directa ou indirectamente à satisfação de necessidades humanas e sobre o qual incide o interesse que o direito subjectivo integrado na relação visa proteger”, colocava a questão de saber se existiam direitos sobre as pessoas, dado que certos autores entendiam que sim, dando como exemplo, o poder paternal dos pais sobre o filho, fosse na vertente material, fosse na vertente correctiva “o just moderatae correctionis more paterno (1884º, nº1 suprimido pela reforma de 77)», defendendo, que “não é possível que uma pessoa, fim em si mesmo como dizia Kant, pudesse ser afectada aos interesses mesmo de si mesma, porquanto o art.º 202º se tornaria pouco menos que absurdo, se se aceitassem as

Neste particular, daremos especial relevo ao novo modelo de justiça de crianças e jovens oriundo da Reforma do Direito de Menores levada a cabo pela Lei de Protecção de Crianças e Jovens em Perigo<sup>11</sup>, pela Lei Tutelar Educativa<sup>12</sup>, não esquecendo a Lei nº 133/99, de 28 de Agosto que alterou a Organização Tutelar de Menores<sup>13</sup>.

«A Lei de Protecção de 1999 refunda o sistema de intervenção judicial e administrativo relativo a menores, postulando um novo modelo de intervenção alavancado em todo o movimento de reflexão e questionamento e sobretudo nas modernas tendências para a construção de um Direito, cuja centralidade é a promoção dos Direitos das crianças e dos jovens<sup>14</sup>».

Com a Reforma do Direito de Menores ressurgiu um novo modelo de justiça de crianças e jovens, que assenta na concepção de criança, sujeito titular de direitos iminentes e específicos à sua condição humana.

A segunda parte será dedicada ao princípio geral de direito de participação e audição da criança tal como é, hoje, internacionalmente reconhecido e acolhido no ordenamento jurídico português, por força da aplicação dos instrumentos jurídicos internacionais<sup>15</sup> a que Portugal aderiu.

De todos, destacam-se, em especial, a Convenção sobre os Direitos da Criança, a Carta Dos Direitos Fundamentais da União Europeia<sup>16</sup> e a Convenção Europeia sobre o Exercício dos Direitos das Crianças<sup>17</sup>, porquanto, a nosso ver, neles se reconhece e garante, um princípio geral da participação e audição da criança, com a mesma dimensão e conteúdo.

As manifestações concretas deste direito que estão patentes noutras fontes de direito internacional a que Portugal se vinculou e que regulam especificamente o direito de participação e audição da criança em função de determinado assunto ou tipo

---

peças como objecto possível de relações jurídicas” - *Direito Civil, Teoria Geral*, Lições dadas no ano lectivo de 1978/1979, Volume I, pág. 163.

<sup>11</sup> Aprovada pela Lei nº 147/99, de 1 de Setembro, publicada no Diário da República nº 204, de 1 de Setembro de 1999.

<sup>12</sup> Aprovada pela Lei nº 166/99, de 14 de Setembro.

<sup>13</sup> Aprovada pelo Decreto-Lei nº 314/78, de 27 de Outubro.

<sup>14</sup> Clemente, Rosa (2009) *Inovação e Modernidade no Direito de Menores - A perspectiva da Lei de Protecção de Crianças e Jovens em Perigo*, pág. 21.

<sup>15</sup> No sistema monista de recepção automática consagrada no art. 8º da Constituição da República Portuguesa, podemos afirmar que:

- a) as normas e os princípios de direito internacional geral ou comum, fazem parte integrante do direito português;
- b) as normas constantes de convenções internacionais regularmente ratificadas ou aprovadas vigoram na ordem interna após a sua publicação oficial e enquanto vincularem internacionalmente o Estado Português;
- c) as normas emanadas dos órgãos competentes das organizações internacionais de que Portugal seja parte vigoram directamente na ordem interna, desde que tal se encontre estabelecido nos respectivos tratados constitutivos;
- d) as disposições dos tratados que regem a União Europeia e as normas emanadas das suas instituições, no exercício das respectivas competências, são aplicáveis na ordem interna, nos termos definidos pelo Direito da União, com respeito pelos princípios fundamentais do Estado de Direito democrático.

<sup>16</sup> Consultamos a versão publicada no Jornal Oficial da União Europeia de 30 de Março de 2010.

<sup>17</sup> Aberta à assinatura dos Estados Membros do Conselho da Europa e dos Estados não Membros que participaram na sua elaboração, em Estrasburgo, em 25 de Janeiro de 1996; assinada por Portugal em 6 de Março de 1997, aprovada e ratificada, respectivamente pela Resolução da Assembleia da República nº 7/2014 e Decreto do Presidente da República nº 3/2014, ambos de 27 de Janeiro, publicados no Diário da República I Série, nº 18, desconhecendo se já foi depositado o instrumento de ratificação (informação obtida junto de [www.qddc.pt](http://www.qddc.pt)).

de processo, não sendo o tema central da nossa dissertação, constituem, sem dúvida, um critério interpretativo e integrativo da dimensão e conteúdo do direito de participação e audição da criança<sup>18</sup>. O que justifica a breve alusão que lhes será feita.

O regime jurídico do direito à participação e audição em relação aos processos de natureza cível que lhe dizem respeito acolhido no ordenamento jurídico português constituirá a terceira parte deste trabalho.

Assim, no direito interno, a nossa atenção recairá sobre o novo modelo de justiça para a promoção dos direitos e protecção das crianças, que, em nosso entendimento, consagra o princípio geral, segundo o qual a criança ou o jovem têm o direito de participar nos actos e na definição das medidas de promoção dos direitos e de protecção que lhes digam respeito.

O direito de participação e audição da criança em relação aos processos de natureza cível é constituído por três elementos: dois constitutivos do direito de participação e um de garantia daquele, a audição.

São constitutivos do direito de participação: 1) o direito da criança exprimir livremente a sua opinião e 2) o dever do decisor ajuizar aquela opinião, em função da idade, maturidade e da capacidade da criança para compreender o sentido da intervenção.

Tais direitos são assegurados através do terceiro elemento, constituído pela audição obrigatória da criança em relação à decisão a proferir no processo.

O direito à audição obrigatória pode ser percebido em sentido amplo e restrito.

O primeiro equivale, grosso modo, ao princípio do contraditório, o segundo constitui, um direito especial conferido à criança, tendo em vista garantir o direito de exprimir a sua opinião em relação a um assunto concreto perante o decisor.

O direito de participação e audição da criança traduz-se num direito fundamental, assente na criança, olhada na sua tripla dimensão: pessoa humana, em desenvolvimento, com autonomia progressiva, que só pode ser limitado nos termos excepcionalmente previstos na lei.

Demonstraremos que o legislador impôs como princípio geral a participação e audição obrigatória de todas as crianças nos processos de promoção e protecção, independentemente da idade.

---

<sup>18</sup> O esforço de adequação do direito interno ao direito internacional subscrito pelo Estado Português e, no caso, da legislação de menores, pelo menos ao mínimo de garantias de defesa dos seus interesses consagrados na Convenção sobre os Direitos da Criança, não deve ser só do legislador, mas também pelo intérprete: as normas de direito interno devem ser interpretadas com respeito pelos princípios reconhecidos na Convenção. Acórdão do Tribunal de Relação do Porto de 3 de Fevereiro de 2011, *in* Colectânea de Jurisprudência, ano 2011, Tomo I, pág. 205.

Inexiste qualquer previsão geral e abstracta a determinar que a criança com determinada idade tem capacidade ou incapacidade para formar e exprimir a sua opinião sobre determinado assunto que a afecte.

Contudo, do conjunto de normas que, em bloco, atribuem directa e expressamente aos sujeitos com mais de 12 anos, direitos que são reveladores de actos de participação e audição, pode afirmar-se que estes, objectiva e legalmente, têm capacidade para formar e exprimir a sua opinião em relação às decisões proferidas nos processos de promoção e protecção que lhe digam respeito.

Porém, desta conclusão não se pode fccionar uma presunção de incapacidade geral da criança com idade inferior a 12 anos, para formar e exprimir a sua opinião, naqueles mesmos processos, pois tal redundaria numa restrição à sua capacidade civil para além dos limites constitucionais previstos nos artigos 18º e 26º, nº 4, da Constituição da República Portuguesa.

Em relação estas, o legislador nacional remete para o decisor, a averiguação concreta da capacidade natural da criança para formar e exprimir a sua opinião em função de determinado assunto, o que impõe, uma decisão casuística devidamente fundamentada.

A capacidade para formar e exprimir a opinião da criança distingue-se da maturidade ou da capacidade para compreender o sentido de intervenção subjacente à valoração da opinião da criança pelo adulto.

Se, *in casu*, se vier a verificar a falta de capacidade da criança para formar e exprimir a sua opinião, impõe-se ao decisor o dever de, em concreto, verificar a limitação do direito, através de uma decisão fundamentada, susceptível de impugnação nos termos gerais<sup>19</sup>.

O mesmo se diga, em relação à decisão que valorar a opinião da criança, segundo a sua maturidade ou capacidade para compreender o sentido da intervenção.

A criança com idade inferior a 12 anos, que tenha capacidade para compreender o sentido da intervenção, assume, no processo, uma posição idêntica conferida às crianças com idade igual ou superior aos 12 anos.

Demonstraremos, ainda, que o princípio da participação e audição consagrado na Lei de Protecção de Crianças e Jovens em Perigo, se estende a todos os processos referentes a matérias tutelares cíveis, com as necessárias adaptações, não

---

<sup>19</sup> Sem prejuízo do que dispõem o art. 123º, da Lei de Protecção de Crianças e Jovens em Perigo e os artigos 159º, 185º, 188º, nº 4 e 206º, nº 1, da Organização Tutelar de Menores, outras decisões judiciais são susceptíveis de serem impugnadas através de recurso, tal como previsto nos artigos 627º, nº 1 e 629º do Código de Processo Civil, com a limitação prevista no art. 988º, nº 1, do mesmo diploma. Com efeito, os processos judiciais de natureza cível relativos a crianças e jovens têm, na sua maioria, a natureza de processos de jurisdição voluntária (cf. art. 100º da Lei de Protecção de Crianças e Jovens em Perigo e art. 150º da Organização Tutelar de Menores). A este propósito, cf. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 27 de Maio de 2008.

só por via do art. 147º A, da Organização Tutelar de Menores, mas, também, porque o legislador português, com a Reforma do Direito dos Menores, acolheu a concepção de criança, sujeito titular de direitos.

Por último, daremos nota de uma decisão de primeira instância que, a nosso ver, não reconheceu a uma jovem, de 14 anos de idade, a qualidade de sujeito, titular do direito de participação e audição, em relação à decisão judicial sobre o regresso daquela a casa do pai.



## PRIMEIRA PARTE

### DO SUJEITO-MENOR PROTEGIDO PELO DIREITO À CRIANÇA SUJEITO TITULAR DE DIREITOS

#### I. O sujeito-menor protegido pelo Direito

A regulação jurídica da infância plasmada na existência de um estatuto especial de «menor», na sua tríplice relação com a família, a sociedade e o Estado, só surge nos finais do século XIX.

A miséria das condições sócio-económicas, habitacionais e higiénicas em que as crianças viviam, a violência familiar a que podiam estar sujeitas - das quais é exemplo o caso de Ellen Wilson<sup>20</sup> - e ainda as condições degradantes em que trabalhavam nas fábricas<sup>21</sup> e nas minas de carvão<sup>22</sup> – geraram na sociedade civil uma consciência colectiva em torno da defesa dos direitos da criança com vista a protegê-la dos abusos e violência na própria família<sup>23</sup> e da exploração no trabalho.

A infância passou a considerar-se como uma categoria social especialmente vulnerável com necessidades de protecção, geradora de uma consciência colectiva acerca da realidade e valor da infância,<sup>24</sup> reclamando do Estado uma intervenção na própria família, com vista a suprir suas carências e a limitar os abusos do exercício da autoridade familiar. A sociedade e o Estado mobilizaram-se em torno da defesa da protecção da infância, começando, assim, a intervenção protectora do Estado, que se vem a consolidar e densificar no século XX.

A Declaração dos Direitos da Criança de 1924<sup>25</sup> constitui o primeiro instrumento jurídico internacional a fazer referência a "direitos da criança"<sup>26</sup>, visando,

---

<sup>20</sup>A violência com que foi maltratada e a ausência de normas jurídicas que protegessem as crianças dos maus-tratos gerou um movimento civil de solidariedade à sua volta, tendo contribuído para que, em 1876, em Nova Iorque, fosse criada a Sociedade para a Prevenção da Crueldade contra as Crianças. Esta preocupação estendeu-se à Europa e, em 1884, foi criada a Sociedade Londrina para Prevenção da Crueldade Sobre as Crianças.

<sup>21</sup> Sobre o Factory Act 1833 que fixa os limites de idade mínima e o horário das crianças para trabalhar, cf. [www.nationalarchives.gov.uk](http://www.nationalarchives.gov.uk).

<sup>22</sup> Sobre a evolução histórica da concepção da criança, cf. Tomás, Catarina (2012) *Um Roteiro pela História dos Direitos da Criança*, Alicerces, Lisboa, Edições Colibri/Instituto Politécnico de Lisboa, pág. 16; Martins, Rosa, (2008) *Responsabilidades Parentais no Século XXI: Tensão entre o Direito de participação da criança e a função educativa dos pais*, páginas 25 a 33; Martins, Ernesto Candeias (2006) *A Infância desprotegida na primeira metade do século XX*, Revista de Infância e Juventude, Outubro-Dezembro, 06-04.

<sup>23</sup> Em 1860, Ambroise Tardieu, no seu estudo *Sévéces et Mauvais Traitements exercés sus dés Enfants*, chamou a atenção para o número de crianças com idades inferiores a dois anos, cujas lesões e morte não eram compatíveis com as explicações dadas pelos pais, (acessível em <http://www.biusante.parisdescartes.fr>).

<sup>24</sup> Tomás, Catarina (2012) *Um Roteiro pela História dos Direitos da Criança (...)* pág. 16.

<sup>25</sup> Mais conhecida pela Declaração de Genebra, a qual foi adoptada pela Sociedade das Nações em 26 de Setembro de 1924.

sobretudo, garantir o “bem-estar” da criança, através da satisfação das suas necessidades básicas.

«(...) Esta Declaração enunciava, numa linguagem simples, cinco princípios, com vocação de universalidade, que traduziam o assumir da responsabilidade de proporcionar a cada criança o desenvolvimento normal (tanto a nível material, como a nível espiritual), a alimentação adequada, os cuidados de saúde necessários, a protecção contra a exploração e a educação num espírito de solidariedade para com os outros.

Embora o texto utilizasse a expressão “direitos das crianças”, o certo é que era ainda tributário de uma lógica essencialmente assistencial (...) A criança era perspectivada como ser débil do ponto de vista físico, do ponto de vista intelectual e ainda do ponto de vista relacional<sup>27</sup>».

Dão-se, assim, os primeiros passos para positivar juridicamente as medidas de protecção e assistência que as crianças necessitam. A criança é um mero receptor passivo daquelas medidas de protecção, não lhe sendo reconhecida a qualidade de sujeito de direito<sup>28</sup>.

Subsequentemente, a Declaração Universal dos Direitos do Homem<sup>29</sup> reconheceu a criança como uma pessoa que goza dos direitos e liberdades e garantias aí proclamados, fundados na dignidade e no valor da pessoa humana.

Um pouco mais tarde, a Declaração Universal dos Direitos da Criança<sup>30</sup>, lembrando que a Humanidade deve à criança o melhor dos seus esforços, chamou a atenção “dos pais, enquanto homens e mulheres, das organizações voluntárias, autoridades locais e Governos nacionais” para o reconhecimento e garantia dos direitos da criança.

Neste documento, é nítida a preocupação em caracterizar a criança, como um ser frágil, que, pela natural falta de maturidade física e intelectual, necessita de protecção e cuidados especiais, incluindo «a protecção legal apropriada, antes e depois do nascimento<sup>31</sup>».

Proporcionar à criança uma «infância feliz», reconhecendo e garantindo-lhe todos os «direitos e liberdades», é uma exigência não só do ser criança, mas também da sociedade.

---

<sup>26</sup> Segundo informação do Gabinete de Documentação e Direito Comparado da Procuradoria-Geral da República, em [www.gddc.pt](http://www.gddc.pt).

<sup>27</sup> Martins, Rosa, (2008) *Responsabilidades Parentais no século XXI* (...), páginas 30 e 31.

<sup>28</sup> Martins, Rosa, (2008) *Responsabilidades Parentais no século XXI* (...), pág. 30, dá nota que durante o século XX, a criança de “objecto de protecção” ascendeu à categoria de “sujeito de direitos” e depois à categoria de “sujeito igual e privilegiado”.

<sup>29</sup> De 10 de Dezembro de 1948.

<sup>30</sup> Resolução nº 1386 da Assembleia Geral das Nações Unidas, de 20 de Novembro de 1959.

<sup>31</sup> Como se afirma no Preâmbulo.

Reconhece-se e declara-se, universalmente, que a criança precisa de amor e de compreensão, para o pleno e harmonioso desenvolvimento da sua personalidade.

Definem-se os objectivos para a educação da criança, a qual deve «(...) promover a sua cultura e permitir, em condições de igualdade de oportunidades, o desenvolvimento das suas aptidões mentais, o seu sentido de responsabilidade moral e social e tornar-se um membro útil à sociedade<sup>32</sup>».

Esta Declaração constitui um avanço significativo em relação à Declaração de Genebra, porquanto se muda o paradigma do olhar para a criança. Esta deixa ser, apenas e só, uma pessoa a necessitar de cuidados de assistência e de protecção de terceiros, e passar a ser considerada como uma pessoa que goza dos direitos e liberdades, ou seja, um sujeito de direito.

Contudo, os direitos que, aqui, são proclamados, continuam a incidir na protecção e bem-estar da criança, não se traduzindo «(...) num reconhecimento da criança como ser autónomo e capaz de influenciar o seu processo de crescimento com a sua própria mundividência (...)»<sup>33</sup>.

Em Portugal, a Lei de Protecção à Infância, de 27 de Maio de 1911, surge por causa da necessidade de uma intervenção mais activa e profilática do Estado, com a finalidade de prevenir os males sociais que podiam conduzir à perversão e ao crime, de proteger os menores de 16 anos e também para remediar esses males<sup>34</sup>.

Instituiu-se, assim, o “Direito Tutelar de Menores” com uma tripla finalidade: prevenção, protecção e correcção/educação, visando<sup>35</sup> «(...) à educação, à purificação, ao aproveitamento da criança – a base das sociedades, a matéria prima com que hão-se construir-se e cimentar-se os alicerces, erguer-se a arquitectura desempenada duma nacionalidade nova, solidamente organizada».

Para o efeito, criaram-se as Tutorias de Infância<sup>36</sup> com o fim de guardar, defender e proteger os menores em perigo moral<sup>37</sup>, os desamparados<sup>38</sup>, os delinquentes<sup>39</sup>, os indisciplinados<sup>40</sup> e os anormais patológicos<sup>41</sup>.

---

<sup>32</sup> Princípio sétimo.

<sup>33</sup> Martins, Rosa, (2008) *Responsabilidades Parentais no século XXI (...)*, pág. 31

<sup>34</sup> Cf. art. 1º.

<sup>35</sup> Como se refere no Preâmbulo.

<sup>36</sup> Centrais (Lisboa, Porto e Coimbra) e comarcãs. Enquanto as primeiras foram logo instaladas, as comarcãs só foram alargadas a todo o país, com o Decreto nº 10767, de 15 de Maio de 1925. A sua composição - um juiz-presidente, um médico e um professor – reforçou a contribuição de outros saberes no “Direito Tutelar de Menores”. Mais tarde, pelo Decreto nº 33547, de 13 de Abril de 1944, as Tutorias de Infância passam a designar-se por Tribunais de Menores.

<sup>37</sup> Que incluem os menores abandonados, pobres e maltratados e a quem podem ser aplicadas medidas de tutela e protecção (art. 26º a 57º).

<sup>38</sup> Os que se dedicavam à ociosidade, vadiagem, mendigagem ou libertinagem podiam ser sujeitos a medidas de protecção ou de correcção (artigos 58º a 61º).

<sup>39</sup> Quem, com idade compreendida entre os nove e os dezasseis anos, praticasse contravenções ou fosse autor, encobridor ou cúmplice de crimes, não era condenado em penas criminais, mas sujeito às medidas reeducativas (de correcção) previstas no art. 63º.

As medidas tutelares, de protecção e de correcção/educação tinham em vista modelar a criança com vista a fazer dela o homem que seria amanhã, «(...) de um vago amanhã que ninguém sabia o que significava. O amanhã que historicamente se tornou um instrumento retórico da diluição das garantias fundamentais da criança e do jovem (...)»<sup>42</sup>.

O menor, sendo uma pessoa frágil e dependente do adulto, necessita de ver garantida a sua sobrevivência – colocada em crise por incapacidade social e moral da sua família – através de medidas de tutelares, de protecção, de educação e de correcção, conforme a situação concreta que vivencia, tomadas sob a «tutela do juiz-presidente, que era um bom pai de família que dava os primeiros cuidados»<sup>43</sup>.

O “Direito Tutelar de Menores” marcou, no sistema jurídico e social, um modelo de intervenção protector e educativo, prevendo, em abstracto, uma variedade de medidas que, em concreto, se adaptariam à situação de cada criança.

**A criança, não sendo dotada das aptidões físicas, morais e psíquicas, necessárias e adequadas para cuidar de si e dos seus bens, não tinha qualquer autonomia em relação ao adulto. A sua natureza, impunha que fosse tutelada, protegida e educada. Tornou-se, assim, num menor, protegido e educado pelo e para o direito.**

A matriz proteccionista e educativa do Estado Português encontrou expressão na Organização Tutelar de Menores<sup>44</sup> que equiparando, os menores em perigo moral aos delinquentes e paradelinquentes, reforçou o papel do Estado na sua tripla função, de proteger, assistir e educar os «menores».

Os Tribunais Tutelares de Menores, a quem cabe a protecção judiciária dos menores, no domínio da prevenção criminal<sup>45</sup>, têm, agora, na sua composição, para além de um só juiz, os curadores de menores<sup>46</sup>, a quem compete velar pelos interesses e defender os direitos dos menores, podendo exigir aos pais, tutores ou pessoas encarregadas da sua guarda, todos os esclarecimentos de que careça para o efeito<sup>47</sup>.

---

<sup>40</sup> Aqueles que, tendo menos de 21 anos, os seus pais ou tutores haviam requerido o seu internamento numa casa de correcção, num refúgio ou numa colónia correcional (art. 69º a 72º) eram sujeitos a medidas reeducativas e de protecção (art. 69º a 72º).

<sup>41</sup> Os que sofriam de patologia mental, fraqueza de espírito, epilepsia, histeria ou instabilidade mental tinham direito a um tratamento especializado em função da patologia diagnosticada (artigos 73º a 76º).

<sup>42</sup> Martins, Ernesto Candeias (2006), *A infância desprotegida portuguesa na primeira metade do século XX*, (...) quinto parágrafo do capítulo “Algumas Ideias Conclusivas”.

<sup>43</sup> Martins, Ernesto Candeias (2006), *A infância desprotegida portuguesa na primeira metade do século XX* (...), ponto nº 3, al. b), último parágrafo.

<sup>44</sup> Aprovada pelo Decreto-Lei nº 44 288, de 20 de 1962, modificada pelo Decreto-Lei nº 47 727, de 23 de Maio de 1967 e pelo Decreto-Lei nº 314/78, de 27 de Outubro.

<sup>45</sup> Parte-se da ideia que os jovens delinquentes e paradelinquentes são fruto das condutas sociais e familiares onde se inserem, devendo ser protegidas desses meios e reeducados como qualquer criança em perigo moral.

<sup>46</sup> O cargo era desempenhado por um Delegado ou Sub-Delegado de Procurador da República ou por quem legalmente o substituísse, nos termos do art. 3º, nº1 e 8º, na versão original do diploma.

<sup>47</sup> Cf. Artº 12º, na versão original.

A entrada em vigor do Código Civil de 1966 originou a primeira Reforma da Organização Tutelar de Menores, a qual deixou de prever os «menores em perigo moral<sup>48</sup>».

Em 1976, a Constituição da República, no seu art. 69º, atribuiu às crianças o direito à protecção da sociedade e do Estado, com vista ao seu desenvolvimento integral (nº 1), contra todas as formas de discriminação e de opressão e contra o exercício abusivo de autoridade na família e nas demais instituições (nº 2), cabendo, ainda, ao Estado, assegurar especial protecção às crianças órfãs, abandonadas ou por qualquer forma privadas de um ambiente familiar normal.

Em consequência, adaptou-se a Organização Tutelar de Menores e o Código Civil, aos novos princípios constitucionais, mantendo-se, no entanto, o cariz proteccionista, assistencialista e educador do Estado, a quem, em nome dos interesses e do bem-estar dos menores, incumbe velar e defender todos os menores.

Precisando, foram definidas as «medidas protectivas quanto a menores que entre os 12 e os 16 anos patenteiem condutas delituosas ou paradelituosas» e a intervenção tutelar «(...) quando os menores, em princípio dos 0 aos 18 anos, sejam vítimas de maus-tratos ou se encontrem em situação de abandono ou desamparo capazes de pôr em perigo a sua saúde, segurança, educação ou moralidade<sup>49</sup>».

Protegeram-se os «menores contra o exercício abusivo de autoridade na família e nas instituições a que sejam entregues, assim, como se decretam medidas relativamente a menores, que tendo atingido, os 14 anos, se mostrem gravemente inadaptados à disciplina da família, do trabalho ou do estabelecimento em que se encontram internados (artigos 13º e 15º)<sup>50</sup>».

A debilidade física, psíquica e relacional, dos menores, continuou a fundamentar as medidas legais que os protegem da sua própria debilidade, que vão desde o reconhecimento da sua incapacidade geral para o exercício de direitos jurídico-civis até às medidas tutelares de protecção, assistência e educação, previstas nos artigos 12º a 15º da Organização Tutelar de Menores.

**Todas as medidas cíveis e tutelares tinham como finalidade a protecção do menor, «com vista ao seu desenvolvimento integral», tornando-o numa pessoa dependente, num sujeito-menor, protegido pelo direito.**

---

<sup>48</sup> Figura retomada em 1978, com aprovação do Decreto-Lei nº 314/78, de 27 de Outubro. Até lá, beneficiaram do regime de assistência previsto no art. 21º, al. h). Fiscalizavam-se os pais aos pais, tutores ou quem tivesse a guarda de facto no modo como exerciam o poder paternal, sujeitando-os a um conjunto de orientações e recomendações.

<sup>49</sup> Epifânio, Rui M. L.; Farinha, António H. L. (1997): *Organização Tutelar de Menores – Contributo para uma nova visão interdisciplinar do direito de menores e da família*, pág. 56.

<sup>50</sup> Epifânio, Rui M. L.; Farinha, António H. L. (1997): *Organização Tutelar de Menores (...)* pág. 56.

Cedo, porém, se tomou consciência que a protecção jurídica das crianças não respeitava nem salvaguardava os seus direitos pessoais, nem os da sua família<sup>51</sup>, «pela simples razão que o Estado, considerando que agia como benfeitor, não fixou limites às suas intervenções protectoras».

Os modelos de intervenção assentes na ideia do benefício de uma única resposta (a educação, a protecção e a assistência) para um conjunto alargado de situações (fossem elas de condutas desviantes ou delinquentes, ou de perigo) concretizavam-se no desrespeito e restrição dos direitos dos menores e dos seus familiares.

*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 imanes, consagrados, designadamente, na Declaração Universal dos Direitos do Homem, na Declaração Universal dos Direitos da Criança e na Constituição da República Portuguesa, ou seja, não se lhe reconhecia a qualidade de criança, sujeito de direitos*<sup>52</sup>.

## **II. A Criança sujeito titular de direitos**

O reconhecimento à criança da qualidade de pessoa humana que, pelo facto de o ser, se autonomiza do adulto, reclamando para si, enquanto sujeito, a consagração jurídica da titularidade dos direitos que lhe são imanes e característicos, é um processo gradual e evolutivo que se densifica nos finais do século XX.

A criança deixa de ser considerada como um adulto em miniatura, para ser encarada como «uma pessoa que, pela própria natureza das coisas, ainda se move sem autonomia mas que é sujeito de direitos»<sup>53</sup>.

Marco significativo do reforço da afirmação da criança, como «sujeito autónomo titular de direitos, com especificidades resultantes das características das fases próprias do seu desenvolvimento até atingir a maturidade física, psicológica, espiritual, moral, afectiva, social e cívica própria do adulto»<sup>54</sup> é, sem dúvida, a Convenção dos Direitos da Criança<sup>55</sup>.

---

<sup>51</sup> Queloz, Nicolas (1991): *Protecção, intervenções e direitos das crianças e jovens*: Revista de Infância e Juventude, Outubro – Dezembro 91.4, pág. 43.

<sup>52</sup> Uma das pretensões da Recomendação nº R(84), adoptada pelo Comité de Ministros do Conselho da Europa, era que os menores não fossem considerados como sujeitos protegidos pelo direito, mas como sujeitos titulares de direitos juridicamente reconhecidos.

<sup>53</sup> Epifânio, Rui M. L; Farinha, António H. L. (1997): *Organização Tutelar de Menores (...)*, pág. 13.

<sup>54</sup> Leandro, Armando Gomes (2001) *Protecção dos Direitos da Criança em Portugal*: Direitos das Crianças, Corpus Iuris Gentium Conimbrigae, 3, pág. 102.

<sup>55</sup> Que vincula juridicamente os Estados Partes a reconhecerem a criança como tal.

A criança, a quem não se reconhecia capacidade para influenciar as decisões protectoras que sobre ela recaíam por parte dos adultos, é agora concebida com uma pessoa com voz activa, dotada de uma autonomia progressiva para o exercício dos seus direitos em função do desenvolvimento das suas capacidades, da sua idade e da sua maturidade.

A Convenção dos Direitos da Criança dá, assim, corpo a esta nova concepção de criança: um ser humano em crescimento que, apesar da especial e natural vulnerabilidade a exigir protecção e assistência da família, da sociedade e do Estado, é dotado, enquanto pessoa humana, com dignidade igual à do adulto, de capacidade para, como parte activa formar e expressar as suas opiniões, participar e influenciar a construção do seu futuro<sup>56</sup>».

A fragilidade natural decorrente do seu estágio de crescimento justifica, ainda, o reconhecimento dos direitos específicos que são próprios e necessários ao desenvolvimento harmonioso e integral enquanto ser humano.

A própria natureza de pessoa frágil constitui o fundamento de ser criança, com os mesmíssimos direitos da pessoa humana adulta e com direitos especiais decorrentes da sua especial e natural vulnerabilidade.

A criança deixa, assim, de ser definida pela negativa – é menor quem ainda não atingiu a fase de adulto<sup>57</sup> - para ter um estatuto jurídico especial – o de criança – sujeito, que goza de direitos juridicamente reconhecidos: os gerais (decorrentes da dignidade de pessoa humana) e os especiais (resultantes da sua condição de criança em desenvolvimento e autonomia progressiva).

Esta noção de criança encontra assento na Constituição da República Portuguesa, que impõe no seu art. 1º, como valor fundamental, a dignidade da pessoa humana, consagrando a pessoa, como fundamento e fim da sociedade<sup>58</sup>.

A dignidade humana constitui um *prius* em relação a qualquer conceito normativo de criança que se funda no reconhecimento imediato da sua qualidade de sujeito de todos os direitos inerentes à pessoa humana.

Dignidade humana que impõe o respeito pela sua pessoa, pela sua autonomia progressiva, evidenciando-se esta no direito ao seu desenvolvimento integral (mesmo

---

<sup>56</sup> Pais, Marta Santos (2000) *Child Participation* em Procuradoria-Geral da República, Gabinete de Documentação e Direito Comparado – Documentação e Direito Comparado, pág. 93.

<sup>57</sup> Van Buren, Geraldine *The International Law and Rights on the Right of the Child* citado por Saias, Marco Alexandre, *A Convenção Sobre os Direitos da Criança* (2002) Revista Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, volume XLIII, nº 1, pág. 809.

<sup>58</sup> Miranda, Jorge, (1978) *A Constituição de 1976 – formação, estruturação, princípios fundamentais*, pág. 348.

que não possua capacidade (psicológica) para se auto-determinar<sup>59</sup>), cuja «noção deve ser aproximada ao “de desenvolvimento de personalidade”»<sup>60</sup>.

A existência «de um direito à personalidade no seu todo, direito que abrange todas as manifestações previsíveis e imprevisíveis da personalidade humana, pois é, a um tempo de direito à pessoa ser e à pessoa devir, entidade não estática mas dinâmica e com jus à sua “liberdade de desabrochar”, com direito ao “livre desenvolvimento da personalidade”<sup>61</sup>» assume plena e particular relevância quando se trata de proteger e promover o *desenvolvimento integral da personalidade* das crianças e jovens reconhecidamente em crescimento progressivo gradual e contínuo.

O reconhecimento das crianças (que enquanto pessoas em crescimento progressivo são dotados de autonomia gradual, com capacidade progressiva para se envolverem em assuntos pessoais, sociais, culturais, económicos e políticos, conseguindo formar uma opinião e emití-la) assenta na dignidade da pessoa humana e na autonomia pessoal, «(...) da pessoa concreta, na vida real e quotidiana (...) do homem ou mulher, tal como existem, que a ordem jurídica considera irredutível, insubstituível e cujos direitos fundamentais a Constituição enuncia e protege (...)»<sup>62</sup>.

A fragilidade física, a imaturidade, a falta de conhecimento e experiência que as torna dependentes da protecção do adulto (tanto mais evidente quanto mais pequena for a criança) ao invés de retirar à criança a qualidade de sujeito de direitos - antes a reforça, tornando-a, num sujeito especial, a quem a Lei Fundamental e a lei ordinária asseguram de forma particular a protecção e a participação para garantir o seu desenvolvimento integral.

Para tanto, impõe-se a salvaguarda da promoção da autonomia crescente da criança, em todos os seus aspectos e em todas as fases da sua vida à medida do desenvolvimento das suas capacidades, só podendo o seu exercício ser limitado nos casos especialmente previstos.

Em suma, a criança, sujeito de direitos, «(...) significa que o reconhecimento da criança, como sujeito, para além dos seus fundamentos éticos, filosóficos, antropológicos, sociológicos, científicos e culturais se ancora, ao nível da consagração em instrumentos jurídicos de abrangência universal e também nacional, com os inerentes efeitos de coercibilidade e do sentido actual do direito (...).

---

<sup>59</sup> Cf. art. 26º, nº 1 e 69º da Constituição da República Portuguesa.

<sup>60</sup> Assente em dois pressupostos: por um lado a garantia da dignidade da pessoa humana (cf. art. 1º), elemento «estático», mas fundamental para o alicerçamento do direito ao desenvolvimento; por outro lado, a consideração da criança como pessoa em formação, elemento dinâmico cujo desenvolvimento exige o aproveitamento de todas as suas virtualidades» Canotilho, Gomes e Moreira, Vital (2007) *CRP Anotados artigos 1º a 107º*, Coimbra Editora, pág. 869 e 870, em anotação ao art. 69º.

<sup>61</sup> Martins, Rosa (2008) *Menoridade, (In) capacidade e Cuidado Parental* Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Centro de Direito da Família, pág. 59.

<sup>62</sup> Miranda, Jorge e Medeiros, Rui (2005) *A Constituição da República Portuguesa Anotada*, tomo I, pág. 53.



Num contexto democrático, a componente jurídica tem efectivamente, na sua correlação com as demais, nomeadamente a ética, a biomédica-psicológica, a política e a social, uma importância fundamental<sup>63</sup>».

### III. O «menor» e a «criança» no ordenamento jurídico português

A realidade axiológica-normativa da criança e dos seus direitos encontra-se hoje dispersa por vários diplomas que, de um lado, assentam em institutos jurídico-civilísticos de cariz patrimonialista<sup>64</sup> e, de outro, em dimensões e saberes das ciências humanas, o que torna confusa a articulação entre eles.

Para definir o sujeito, a titularidade e os direitos, a forma de os exercer, e as demais formas de regular as condutas e acções das crianças, justificava-se já um novo regime jurídico fundado «no seu ser como pessoa, caracterizada pela sua absoluta, e por isso irrecusável e inviolável dignidade<sup>65</sup>», investigado, reflectido e estudado, sob as várias dimensões que compõem esta nova geração de sujeitos e de direitos, que pudessem ver considerado, quiçá, com um ramo autónomo do direito, o direito das crianças e jovens.

Tendo em conta que o ser humano não nasce com todas as capacidades físicas e psíquicas para que, por si só, possa cuidar de si próprio, actuar ou agir; nem adquire estas capacidades de uma só vez, sendo necessário, de um lado, *tempo de vida* para as obter e de outro, apoio de terceiros, à concepção da criança, subjazem duas realidades, a vulnerabilidade «inerente<sup>66</sup>», que respeita à fragilidade física, à imaturidade, à falta de conhecimento e experiência que vai diminuindo à medida do seu crescimento e a dependência da protecção do adulto.

A representação social, cultural e jurídica de uma e outra realidade traduzem a concepção actual de «menor» ou «criança», que, embora tenham significados jurídicos diferentes, continuam, ainda, enraizados na nossa consciência colectiva.

Coexistem, assim, na área do direito, dois conceitos, o de menor e o de criança<sup>67</sup>, que, acabam por representar, respectivamente, as duas concepções, de sujeito-menor protegido pelo direito e a de criança, sujeito de direitos.

---

<sup>63</sup> Leandro, Armando Gomes (2009), *Crianças e Jovens em Notícia*, Livros Horizonte, pág. 248.

<sup>64</sup> De que são exemplo a menoridade e a Organização Tutelar de Menores.

<sup>65</sup> Leandro, Armando Gomes (2009) *Criança sujeito de direitos (...)*, pág. 249.

<sup>66</sup> A socióloga da infância, Gerison Lansdown (1994), *Children Right,s In. B. Mayall Children´s childhoods: observed and experienced*. London, Falmer Press: 33-45, depois de distinguir da vulnerabilidade inerente, a vulnerabilidade estrutural (uma construção social e política, que deriva de atitudes históricas e das presunções acerca da natureza da infância e da própria sociedade), acentua a tendência para valorizar em demasia a vulnerabilidade inerente e uma insuficiente focalização para tentar compreender os factores sócio-estruturais que invisibilizam o estatuto político-social da criança.

<sup>67</sup> Quer a Lei de Protecção de Crianças e Jovens em Perigo, que passou a designar como criança, a pessoa com menos de 18 anos, quer a Lei nº 61/2008, de 31 de Outubro que alterou a designação de poder paternal para responsabilidades parentais (art. 3º), mantiverem intacta a denominação «menores» usada no Código Civil.

A designação de *menor* resulta de uma caracterização fundada na idade, «encarada como um facto jurídico objectivo»<sup>68</sup> e como «um elemento do estado civil que, entre outros concorre no sentido de estabelecer a identidade de uma pessoa»<sup>69</sup>, tendo sido este o critério objectivo e determinável que foi acolhido pelo legislador para diferenciar os dois ciclos de vida do ser humano: o da menoridade e o da maioridade.

«Menor ou maior» - (menoridade e maioridade) - são conceitos criados pela ciência do direito para diferenciar, com base na idade, dois grupos de pessoas<sup>70</sup>: de um lado, os que têm aptidão para querer e entender (vontade), com capacidade para agir, e de outro, os que desprovidos daquelas aptidões, são incapazes de reger a sua pessoa e bens.

Parafraseando Cunha Gonçalves<sup>71</sup>, para ser pessoa basta que o homem exista ou seja homem; para ser capaz, o homem precisa de ter requisitos necessários para agir por si, como sujeito activo ou passivo de uma relação jurídica (...). Sendo todos os homens capazes de adquirir direitos, nem todos os podem exercer, mas apenas aqueles que podem exprimir uma vontade consciente ou aqueles cuja vontade não tem embaraços legais. Mas, para que uma questão de tamanha importância não fique sujeita à incerteza e variedade dos casos individuais, a capacidade civil ou de agir está conexas a factos objectivos de fácil verificação: a maioridade (...).

Para o direito, menor é o sujeito que ainda não atingiu a maioridade (não completou os 18 anos), que sofre de incapacidade para conduzir a sua vida e para reger os seus bens, carecendo, em princípio, de capacidade para o exercício de direitos.

O suprimento da incapacidade opera-se, em regra, através dos pais que, no exercício das responsabilidades parentais (artigos 122º a 124º do Código Civil)<sup>72</sup>, agem em nome e no interesse do menor (art. 1878º, nº 1 e art. 1881º, nº 1, do Código Civil).

Com esta medida, visa-se proteger o menor das suas próprias fragilidades e assegurar a certeza e a segurança do direito.

Este entendimento jurídico-civilístico de cariz patrimonial (cuja característica essencial assenta na limitação jurídica da liberdade de actuação do menor e justifica que as decisões que lhe dizem respeito, sejam tomadas pelos seus legais

---

<sup>68</sup> Martins Rosa (2008) *Menoridade, (In)capacidade e Cuidado Parental*, pág. 13.

<sup>69</sup> Gérard Cornuque *L'âge civil in Mélanges en l'Honneur de Paul Robier*, tome II, Paris, Dalloz & Sirey, 1961, pág. 12; citado por Martins, Rosa (2008).

<sup>70</sup> Ambas dotadas de personalidade jurídica, que «constitui a pré-condição ou o pressuposto de todos os direitos»: Gonçalves, Cunha (1929), *Tratado de Direito Civil em Comentário ao Código Civil*, volume I, página 169 e 171.

<sup>71</sup> *Tratado de Direito Civil em Comentário ao Código Civil*, volume I, página 169.

<sup>72</sup> Sobre as realidades normativas da menoridade, maioridade e da articulação entre ambas, e bem assim a apreciação crítica ao entendimento tradicional, cf. Martins, Rosa, (2008) *Menoridade, (In)capacidade Parental e Cuidado Parental*, pág. 12 a 37.

representantes) continua a enformar a visão negativa da criança, a de sujeito que o direito protege.

Porém, a dignidade de pessoa humana, a autonomia progressiva e o desenvolvimento integral da criança, reconhecidas aos indivíduos com menos de 18 anos<sup>73</sup>, coloca em crise o significado exclusivamente normativo da «menoridade» («do ser menor») para colocar no epicentro (não apenas o sujeito a proteger) mas a criança, o sujeito a quem pertencem direitos, capaz de, por si os exercer, de acordo com as suas aptidões naturais e com a gradual autonomia que vai adquirindo.

O conceito de criança sujeito de direitos deixa de ter um conteúdo exclusivamente jurídico-civilístico impregnando-se de contributos trazidos por outras áreas do saber, que permitem avaliar o desenvolvimento da criança durante o ciclo de vida – o *tempo de criança* – que, coincidirá, grosso modo, com o período em que necessita de especial protecção normativa.

O *tempo de criança* é jurídica e objectivamente<sup>74</sup> delimitado pela idade – ciclo de existência de vida, durante o qual se considera uma pessoa como criança, que deva beneficiar de um estatuto jurídico especial.

O *tempo de criança* que inclui o *tempo da criança*, o conjunto de tempos e etapas da vida em que a criança cresce e se desenvolve, com autonomia progressiva, sem a medição exacta e objectiva da idade. Cada criança, única e especial, cresce no seu tempo e durante o seu tempo, de forma única e particular<sup>75</sup>.

O ser pessoa (em desenvolvimento gradual e contínuo, autonomizando-se passo a passo com as suas características pessoais e específicas, necessidades próprias e potencialidades) fazem da criança um sujeito titular dos direitos.

#### **IV. A criança no novo modelo de justiça de crianças e jovens**

Com a assinatura e ratificação da Convenção, comprometeram-se os Estados Partes a respeitar e a garantir os direitos que esta previa a todas as crianças que se encontrassem sujeitas à sua jurisdição, sem discriminação alguma, independentemente de qualquer consideração de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião pública ou outra da criança, de seus pais ou representantes legais, ou da sua

---

<sup>73</sup> Adoptamos o conceito normativo amplo de tempo de criança, que engloba todas as fases da infância e juventude até aos 18 anos, nos termos do art. 1º da Convenção sobre os Direitos da Criança, art. 1º da Convenção Europeia sobre os Exercícios dos Direitos da Criança e art. 5º, al. a) da Lei de Protecção das Crianças e Jovens em Perigo. Também a Recomendação 1121 (1990) relativa aos Direitos das Crianças da Assembleia Parlamentar ao Comité de Ministros, considera como crianças os seres humanos que ainda não tenham atingido a maioridade (nº 2)

<sup>74</sup> Cf. nota nº 72.

<sup>75</sup> Ribeiro, Alcina da Costa, *Autonomia da Criança no tempo de criança* (2010), Separata de Estudos em Homenagem a Rui Epifânio.

origem nacional, étnica ou social, fortuna, incapacidade, nascimento ou de qualquer outra situação (art. 2º).

Mais se obrigaram os Estados Partes a tomar todas as medidas legislativas, administrativas e outras necessárias à realização dos direitos reconhecidos pela Convenção (art. 4º).

Para esse efeito, Portugal implementou algumas medidas legislativas, das quais se destaca a denominada «Reforma do Direito e da Justiça dos Menores<sup>76</sup>», levada a cabo em 1999, pela Lei de Protecção de Criança e Jovens em Perigo e pela Lei Tutelar Educativa, que instituiu um novo modelo de justiça de crianças e jovens, fundado na promoção e protecção de direitos da criança.

Outras alterações legislativas se seguiram<sup>77</sup>, para aproximar os novos modelos de intervenção ao velho regime substantivo e processual das «matérias tutelares cíveis» insertas no Código Civil e na Organização Tutelar de Menores.

Porém, a revogação<sup>78</sup> dos preceitos que instituíam as medidas tutelares e a manutenção da regulamentação dos processos de natureza cível com as alterações e aditamentos introduzidos<sup>79</sup>, ficaram aquém da intenção do legislador reformador do modelo de justiça de crianças e jovens.

Mantiveram-se, assim, estatuições normativas que, na prática, ainda podem sugerir um olhar para «o menor» como um sujeito protegido pelo direito, o que contraria a criança, sujeito de direitos, que subjaz à «reforma do modelo de justiça».

Coexistem, pois, no Direito das Crianças e Jovens, dois tipos de estatuições e designações: as que formalmente mantêm o antigo modelo da justiça de menores e as que fundamentam o novo modelo da justiça para as crianças.

De um lado, os menores, cuja incapacidade natural de agir ainda se presume enquanto não tiverem atingido a maioridade, presunção essa que vai justificando que, ainda existam, em alguns processos de jurisdição de crianças, crianças sem rosto nem voz, vinculadas exclusiva e automaticamente à *voluntas* dos seus representantes legais, como o ilustrará o caso concreto que, no final, apresentaremos.

De outro lado, a criança, o ser pessoa, titular de direitos fundamentais garantidos constitucionalmente, que regulam e limitam a intervenção do Estado na vida da criança e da sua família.

---

<sup>76</sup> Exposição de Motivos da Proposta de Lei nº 265/VII, que aprovou a Lei de Protecção das Crianças e Jovens em Perigo.

<sup>77</sup> Vejam-se, por exemplo, a Lei nº 31/2003, de 22 de Agosto, que altera o Código Civil, a Lei de Protecção de Crianças e Jovens em Perigo, o Decreto Lei nº 185/93, de 22/5, a Organização Tutelar de Menores e o Regime Jurídico da Adopção; a Lei nº 61/2008, de 31 de Outubro, que altera o novo regime do divórcio e a Lei nº 103/2009, de 11 de Setembro, que aprovou o regime jurídico do apadrinhamento civil. A este propósito, cf., também, os diplomas que regulamentam as medidas de promoção e protecção, os Decretos-Leis nºs 11/2008 e 12/2008, ambos de 17 de Janeiro.

<sup>78</sup> O nº 1, do art. 4º da Lei 147/99, de 1 de Setembro e o art. 4º da Lei nº 166/99, de 14 de Setembro, diplomas que entraram em vigor, em 1 de Janeiro de 2001, revogaram os artigos 1º a 145º da Organização Tutelar de Menores.

<sup>79</sup> Através da Lei nº 133/99, de 28 de Agosto.

Nestas condições, há que adaptar as normas que, por desatenção ou descuido, o legislador manteve em vários diplomas legais<sup>80</sup> ao novo regime jurídico que se quis reconhecer e garantir às crianças e jovens.

Dito de outro modo, a interpretação e integração do Direito das Crianças e Jovens disperso em vários diplomas (internacionais e nacionais), exige o recurso reforçado a três critérios de interpretação da lei<sup>81</sup>, a saber: «a unidade do sistema jurídico», «as circunstâncias em que a lei foi elaborada» e «as condições do tempo actual em que é aplicada».

A unidade do sistema jurídico «imposta pelo princípio da coerência valorativa ou axiológica da ordem jurídica<sup>82</sup>» justifica que os princípios do novo modelo de justiça de crianças e jovens de 1999, se estendam a todas as questões que digam respeito à criança, nomeadamente às matérias cíveis, tenham estas natureza substantiva ou processual<sup>83</sup>.

As circunstâncias em que a lei foi elaborada, impõem o reforço da importância dos princípios consagrados nos instrumentos internacionais a que Portugal se vinculou com vista a promover e garantir os direitos das crianças e que inspiraram o novo modelo de justiça para as crianças.

«Os instrumentos internacionais adoptados pelas Nações Unidas a que Portugal se encontra vinculado, como a Convenção Sobre os Direitos da Criança (...) ou as «Regras de Beijing» (...)» traçaram «as linhas de força que vão inspirar as principais reformas que têm vindo a ser empreendidas<sup>84</sup>» (sublinhado nosso).

As condições do tempo actual em que a lei é aplicada, obrigam o aplicador do direito a uma interpretação actualista das normas que hoje integram a jurisdição das crianças e jovens, já que o novo modelo de justiça só faz sentido quando integrado «(...) num ordenamento jurídico vivo e, muito em especial, enquanto harmonicamente integrado na “unidade do sistema jurídico”.

(...) Quanto mais a lei esteja marcada, no seu conteúdo, pelo circunstancialismo em que foi elaborada, tanto maior poderá ser a necessidade da sua adaptação às circunstâncias, porventura alteradas, ao tempo em que é aplicada. O que bem mostra a consideração, para efeitos interpretativos, da *occasio legis* (circunstâncias do tempo em que a lei foi elaborada) tem em vista uma finalidade bem diversa da consideração, para os mesmos efeitos, das condições específicas do

---

<sup>80</sup> Como por exemplo, a redacção do art. 175º da Organização Tutelar de Menores, como melhor veremos na Terceira Parte, IV, 3.2.

<sup>81</sup> Artº 9º, nº 1, e 10º, nº 3 do Código Civil. A este propósito, cf. Machado, J. Baptista, *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, pág. 190 a 205.

<sup>82</sup> Machado, J. Baptista, *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, pág. 191.

<sup>83</sup> E não se restrinja às medidas de protecção, às medidas de promoção e protecção e às medidas tutelares educativas.

<sup>84</sup> Lê-se na *Exposição de Motivos* da Proposta de Lei que aprovou a Lei de Protecção de Crianças e Jovens em Perigo.

tempo em que é aplicada. Acolá, trata-se, muito especialmente, de conferir, à letra (ao texto) um sentido possível (quando o texto de *per si* seja totalmente equívoco) ou de identificar o ponto de vista valorativo que presidiu à feitura da lei; aqui trata-se, por um lado, de transpor para o condicionalismo actual aquele juízo de valor e, por outro lado, de ajustar o próprio significado da norma à evolução entretanto sofrida (pela introdução das novas normas ou decisões valorativas) pelo ordenamento em cuja vida se integra (...)»<sup>85</sup>.

Ora, sustentando a realidade normativa e social<sup>86</sup>, que o novo modelo de justiça para as crianças e jovens tem evoluído impregnado em princípios do direito natural, a interpretação actualista das normas que o regulam, impõe-se com mais acuidade, quando se aplica, em concreto, o direito, especialmente, quando o direito se transforma e transforma a vida (presente e/ou futura) de uma criança.

É esta perspectiva que orienta a nossa visão do novo modelo da justiça para as crianças e jovens<sup>87</sup>, cujo pilar assenta na *criança com uma tripla dimensão – pessoa em desenvolvimento, com autonomia progressiva, com direitos imanentes e específicos à sua condição humana. Ou melhor, um sujeito, titular de direitos.*

---

<sup>85</sup> Machado, J, Baptista (1983) *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, pág. 191.

<sup>86</sup> Cf. os variadíssimos instrumentos legais e as inúmeras organizações governamentais e da sociedade civil criadas para garantir a realização dos direitos da criança.

<sup>87</sup> Actualmente vigente no ordenamento jurídico português.

## SEGUNDA PARTE

### O DIREITO DE PARTICIPAÇÃO E AUDIÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO INTERNACIONAL

#### I. Generalidades

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 Convénio<sup>88</sup>.

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 internacionais<sup>89</sup> 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 suscitado<sup>90</sup>.

O cumprimento efectivo da obrigação de garantir o exercício daquele, a nível nacional, só se satisfaz quando o Estado Parte adoptar medidas que assegurem a realização do direito na sua dupla dimensão: 1) reconhecimento normativo e 2) implementação de meios para a sua realização<sup>91</sup>.

O que, diga-se, em Portugal, ainda não foi conseguido. Segundo o Comité dos Direitos da Criança das Nações Unidas<sup>92</sup>, Portugal ainda não implementou, a nível

---

<sup>88</sup> Só assim se compreende a expressão «garantem» o direito inserta no art. 12º citado.

<sup>89</sup> Referimo-nos não só ao direito convencional (pactos e convenções) e ao direito europeu que assinalaremos adiante, 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.

<sup>90</sup> 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.

<sup>91</sup> Com efeito, foi esse o compromisso assumido pelos Estados Partes quando, no art. 4º, se obrigaram a tomar todas as medidas legislativas, administrativas e outras necessárias à realização dos direitos reconhecidos na Convenção, de entre os quais, se integra o direito de participação e audição.

<sup>92</sup> Observações finais relativas aos 3.º e 4.º Relatórios sobre a aplicação, por Portugal, da Convenção sobre os Direitos da Criança, adoptadas pelo Comité das Nações Unidas dos Direitos das Crianças, em 31 de Janeiro de 2014 (CRC/C/PRT/CO/3-4), acessível em <http://tbinternet.ohchr.org>.

nacional e local, o respeito pela opinião das crianças, de forma adequada e em áreas relevantes<sup>93</sup>.

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 que leva a práticas que acabam por negar aquele direito, nomeadamente, às crianças com menos de 12 anos<sup>94</sup>.

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.

## **II. A dimensão internacional do direito de participação e audição da criança**

O art. 12º, da Convenção sobre os Direitos da Criança dispõe que:

1 - *Os Estados Partes garantem à criança com capacidade de discernimento o direito de exprimir livremente a sua opinião sobre todas as questões que lhe respeitem, sendo devidamente tomadas em consideração as opiniões da criança, de acordo com a sua idade e maturidade.*

2 - *Para esse fim, é assegurada à criança a oportunidade de ser ouvida nos processos judiciais e administrativos que lhe respeitem, seja directamente, seja através de representante ou de organismo adequado, segundo as modalidades de processo da legislação nacional.*

Na Europa, aqueles mesmos direitos foram reconhecidos e garantidos à criança.

A Carta Europeia dos Direitos Fundamentais da União Europeia consagra-o expressamente, no seu art. 24º<sup>95</sup>, onde se lê que as crianças têm direito à protecção e aos cuidados necessários ao seu bem-estar, podendo «*exprimir livremente a sua*

---

<sup>93</sup> Tendo, por isso, instado o nosso país a: a) envidar esforços, mesmo, ao nível da legislação, para garantir que o direito de a criança ser ouvida seja aplicado a todos os processos judiciais (incluindo os civis e os penais) e processos administrativos, em que se tomem decisões que afectem as crianças e que seja dada a devida relevância à opinião manifestada pela criança, de acordo com a sua idade e maturidade; b) envidar esforços para garantir que as crianças tenham o direito de expressar as suas opiniões livremente sobre todos os assuntos que lhes dizem respeito, opiniões essas que deverão ser tidas em consideração, seja na escola, seja em outras instituições ou na família, nelas incluindo as que dizem respeito a uma avaliação do sistema de ensino (...) como à reforma do sistema para melhor atender às necessidades educativas das crianças; e c) garantir que os profissionais dos sectores judiciais, cuidador e outros que lidam sistematicamente com as crianças, recebem formação adequada para a audição das crianças, de acordo com a sua idade e maturidade, tendo em conta as opiniões destas em todas as decisões que as afectem.

<sup>94</sup> Como melhor explicitaremos adiante.

<sup>95</sup> O art. 24º inserido no Título III denominado "Igualdade", consagra, também, o princípio do superior interesse da criança e o direito a manter regularmente relações pessoais directos com ambos os progenitores (cf. nºs 2 e 3).



*opinião, que será tomada em consideração nos assuntos que lhes digam respeito, em função da sua idade e maturidade».*

Já a Convenção Europeia sobre o Exercício dos Direitos das Crianças regula a forma como se garante que a opinião da criança seja tida em consideração nos processos que corram perante autoridades judiciais<sup>96</sup>, realçando o *direito a ser consultada e a exprimir a sua opinião*.

Por seu lado, a Convenção Europeia dos Direitos do Homem<sup>97</sup>, ao garantir que a criança, enquanto pessoa, goza de todos os direitos substantivos e processuais inscritos na Convenção e nos seus Protocolos, está a reconhecer-lhe o direito de participação e audição<sup>98</sup>.

Não temos, pois, dúvidas, 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 Parlamentar<sup>99</sup> para a promoção da participação das crianças nas decisões que lhe dizem respeito e a Recomendação CM/Rec (2012)<sup>100</sup>.

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.

Dito de outro modo, concede-se à criança o direito de participar e de ser ouvida sobre uma concreta questão que a afecte.

---

<sup>96</sup> Entendendo-se esta, como um tribunal ou uma autoridade administrativa dotada de competências equivalentes [art. 2º, al. a) e art. 1º, nº 3].

<sup>97</sup> Adotada em Roma, a 4 de Novembro de 1950, assinada por Portugal, em 22 de Setembro de 1976; aprovada para ratificação pela Lei n.º 65/78, de 13 de Outubro, publicada no Diário da República, I Série, n.º 236/78 (rectificada por Declaração da Assembleia da República publicada no Diário da República, I Série, n.º 286/78, de 14 de Dezembro). Entrou em vigor na ordem jurídica portuguesa, em 9 de Novembro de 1978.

<sup>98</sup> Directrizes do Comité de Ministros do Conselho da Europa sobre a Justiça adaptada às crianças, pág. 18, acessível em [www.coe.int/children](http://www.coe.int/children).

<sup>99</sup> Pretende-se que sejam realizados esforços suplementares para garantir que as crianças expressem as suas opiniões, livremente, numa atmosfera de respeito, confiança e compreensão mútua.

<sup>100</sup> Do Comité dos Ministros adoptada em 28 de Março de 2012, na 1138ª Reunião de Delegados de Ministros.

A participação (do latim *participare*) consiste no acto de a criança tomar parte nos assuntos que lhe dizem respeito, exprimindo livremente a sua opinião, sendo esta valorada e tida em conta pelo adulto.

Audição (acto de ser ouvida, por si ou através de representante) constitui o meio adequado para concretizar a participação. Só ouvindo a opinião da criança, relevando-a no processo decisório, se concretiza o acto de participação da criança naquele assunto.

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.

Reconhece-se à criança um papel activo, de co-envolvimento nas decisões que a afectem, direito que deve ser respeitado e garantido pelo adulto, ouvindo-a e valorando a sua opinião.

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 subdivide-se, assim, em dois direitos (o de participação e o de audição) que surgem complementados em ordem a uma dupla finalidade: o desenvolvimento integral<sup>101</sup> da criança e a promoção da sua autonomia<sup>102</sup>.

O direito de audição e participação, 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 a

---

<sup>101</sup> 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).

<sup>102</sup> 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.

democracia, valores humanos e de cidadania imprescindíveis à realização do homem enquanto tal, como alguns estudos científicos o têm revelado<sup>103</sup>.

Instrumental em relação ao exercício e efectivação de outros princípios<sup>104</sup> e de outros direitos da criança<sup>105</sup>.

O reconhecimento à criança do direito de participação e audição com as duas vertentes assinaladas, vincula a família, a sociedade, e o Estado, a envolverem a criança em cada um dos aspectos da sua vida, de forma a que aquela, exercendo pessoal e livremente ou através de representante, estes direitos, participe activamente na construção da sua vida, na família e na sociedade.

O legislador português acolheu esta dimensão do direito de participação e audição, como segue:

«A protecção da infância para a promoção e protecção dos direitos das crianças e dos jovens» e das famílias constitui o núcleo central da Lei de Protecção de Crianças e Jovens em Perigo, incorporando «a abordagem integrada dos direitos da criança que é dada pela Convenção das Nações Unidas Sobre os Direitos da Criança, ao reconhecer que o pleno desenvolvimento da criança implica a realização de direitos sociais, culturais, económicos e civis, e ao estabelecer um equilíbrio entre os direitos das crianças e os seus responsáveis legais, concedendo àquelas o **direito de participar nas decisões que lhe dizem respeito**, de acordo com uma perspectiva global de responsabilidade e solidariedade social. Configura-se, assim, um novo modelo de justiça de menores que, superando os anteriores, assenta no **princípio de**

---

<sup>103</sup> 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.

<sup>104</sup> Como por exemplo, o superior interesse da criança, princípio 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.

<sup>105</sup> 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).

**que as crianças são actores sociais**, cuja protecção deve ser sinónimo de promoção dos seus direitos individuais, económicos, sociais e culturais»<sup>106</sup>(negrito nosso).

Dentro deste espírito do «novo modelo de justiça de menores», a Lei de Protecção das Crianças e Jovens em Perigo consagrou, 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 participação<sup>107</sup>, 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 o direito de ser ouvidos e a participar nos actos e na definição da medida de promoção e protecção».*

### **III. Algumas manifestações concretas do direito**

A preocupação com o reconhecimento e garantia jurídica do direito de participação e audição da criança estava já presente na Recomendação R(84) relativa às responsabilidades parentais<sup>108</sup>, onde se salientava, no seu art. 3º a obrigação da *autoridade competente em tomar uma decisão* - relativa à atribuição ou ao exercício das responsabilidades parentais que afectasse os interesses essenciais do menor - *consultar o menor se o grau de maturidade em relação à decisão o permitir.*

O Estado Português tem vindo a admitir e a garantir o direito de participação e audição da criança, seja, através de convénios internacionais, seja por aplicação directa do direito europeu.

Todos eles reconhecem como regra o direito de participação e audição da criança, constituindo a limitação àquele direito, uma excepção.

Assim:

A Convenção de Haia sobre os Aspectos Civis do Rapto Internacional de Crianças<sup>109</sup> que, tem por objectivo principal, o regresso<sup>110</sup> imediato de uma criança ao país de origem, quando esteja ilicitamente deslocada ou retida num outro país, reconhece à criança o direito de se opor àquele regresso, quando, nos termos do

---

<sup>106</sup> Exposição de Motivos da Lei 265/VII que aprova a Lei de Protecção das Crianças e Jovens em Perigo.

<sup>107</sup> Artº 4º, al. j) da Lei de Protecção de Crianças e Jovens em Perigo.

<sup>108</sup> Adoptada pelo Comité de Ministros do Conselho da Europa, em 28 de Fevereiro de 1984.

<sup>109</sup> Assinada em 25 de Outubro de 1980, foi aprovada por Decreto do Governo nº 33/83, de 11 de Maio, ratificada em 29 de Setembro de 1983, DR, I Série nº 254, de 4 de Novembro de 1983, tendo entrado em vigor em Portugal em 1 de Dezembro de 1983.

<sup>110</sup> A propósito do regresso da criança, cf. também, a Convenção entre a República Portuguesa e o Grão-Ducado do Luxemburgo relativa ao Auxílio Judiciário em matéria de Direito de Guarda e de Direito de Visita, aprovada pela Resolução da Assembleia da República nº 6/94, publicada no Diário da República, Série I A, nº 30, de 5 de Fevereiro de 1994, a qual prevê, também, que se considere a opinião do menor, tendo em conta a sua idade e maturidade, na avaliação sobre a integração deste no novo ambiente (art. 13º).

artigo 13º, tenha atingido uma idade e um grau de maturidade tais que levem a tomar em consideração as suas opiniões sobre o assunto.

O que implica, a nosso ver, que se tenha por pressuposto e implícito ao direito de oposição, o direito da criança manifestar livremente a sua opinião sobre o seu regresso ao país de origem, devendo aquela opinião ser valorada e considerada pela autoridade decisora, sob pena de se esvaziar o conteúdo deste direito.

O mesmo é dizer que, no âmbito dos processos abrangidos pela Convenção e antes de se tomar uma decisão sobre o regresso da criança, deve-lhe ser dada a oportunidade de expressar o seu ponto de vista sobre aquele assunto, através da sua audição. Caso a opinião da criança se manifeste em oposição ao seu regresso ao país de origem, então, o decisor deve valorar aquele sentir, de acordo com a idade e o grau de maturidade que a criança revelar, em concreto, para aquele assunto.

A Convenção Relativa à Protecção das Crianças e à Cooperação em matéria de Adopção Internacional<sup>111</sup> define, no art. 4º, como um dos requisitos para a adopção internacional, a garantia de que as autoridades competentes do Estado de origem *tomem em consideração os desejos e as opiniões da criança, tendo em atenção a sua idade e o grau de maturidade da criança.*

Também, aqui, a participação da criança neste tipo de processos se encontra assegurada, através da sua audição, momento em que expressará os seus *desejos e a sua opinião.*

De forma mais clara e expressiva, consagram, como regra, o direito de participação e audição da criança e como excepção a não audição, alguns dos diplomas que respeitam ao reconhecimento e execução das decisões proferidas num dos Estados num outro Estado<sup>112</sup>, a saber:

A Convenção relativa à Competência, à Lei aplicável, ao Reconhecimento, a Execução e à Cooperação em matéria de Responsabilidade Parental e Medidas de Protecção de Crianças<sup>113</sup> pressupõe para o reconhecimento de pleno direito das medidas tomadas pelas autoridades de um Estado contratante [art. 23º<sup>114</sup>, nº 1] que à criança tenha *sido dada a oportunidade de ser ouvida em processo administrativo ou*

---

<sup>111</sup> Feita em Haia, em 29 de Maio de 1993 e assinada por Portugal em 26 de Agosto de 1999.

<sup>112</sup> Contratante ou Membro, conforme se trate de Convenção ou Regulamento da União Europeia.

<sup>113</sup> Feita em Haia, a 19 de Outubro de 1996, assinada por Portugal, em 01/04/2003, aprovada pelo Decreto n.º 52/2008, publicada no Diário da República I, n.º 221, de 13/11/2008, e depositado o instrumento de ratificação em 14/04/2011, vigente em Portugal desde 01/08/2011. Substituiu a Convenção Relativa à Competência das Autoridades em Matéria de Protecção de Menores na relação entre os Estados contratantes desta convenção, concluída em Haia em 5 de Outubro de 1961.

<sup>114</sup> Ao proceder à ratificação da Convenção, a República Portuguesa formulou a seguinte declaração em relação aos artigos 23.º, 26.º e 52.º: As decisões em matérias abrangidas pela Convenção, quando proferidas por um tribunal de um Estado membro da União Europeia, serão reconhecidas e executadas em Portugal, aplicando-se a regulamentação interna pertinente do direito comunitário, dado que o sistema de reconhecimento e execução das decisões é, pelo menos, tão favorável como as regras constantes da presente Convenção.

*judicial* [23º, nºs 1 e 2, al. b)], excepcionando-se os casos em que a urgência tenha justificado a não audição da criança.

O regulamento (CE) 1347/2000 do Conselho de 29 de Maio de 2000<sup>115</sup> relativo à Competência, ao Reconhecimento e à Execução de Decisões em matéria Matrimonial e em matéria do Poder Paternal em relação a Filhos Comuns do Casal - que antecedeu ao Regulamento (CE) 2201/2003 – prescrevia que as decisões proferidas num Estado Membro fossem reconhecidas nos outros Estados Membros sem necessidade de recurso a qualquer outro procedimento (art. 14º, nº 1).

Porém, a decisão em matéria de poder paternal não seria reconhecida, nos termos do art. 15º, nº 2, al. b), se, *excepto os casos de urgência, tivesse sido proferida, sem que ao filho, em violação de regras fundamentais de processo do Estado Membro requerido, tivesse sido oferecida a possibilidade de ser ouvido.*

Este mesmo fundamento constituía motivo de recusa de indeferimento do pedido de declaração da executoriedade de uma decisão proferida num Estado-Membro sobre o exercício do poder paternal relativamente a um filho num outro Estado Membro, nos termos do art. 24º, nº 1, nº 2.

O Regulamento (CE) nº 2201/2003, de 27 de Novembro de 2003, relativo à Competência, ao Reconhecimento e à Execução de decisões em matéria Matrimonial e em matéria de Responsabilidade Parental<sup>116</sup>, sem ter por objectivo alterar procedimentos nacionais relativos a audição da criança, reforça no Considerando nº 19, a *importância que a audição da criança desempenha para efeitos de aplicação do Regulamento.*

A audição e opinião da criança são essenciais à tomada de decisão sobre o seu regresso, dispendo o art. 11º, nº 2<sup>117</sup>, que o tribunal requerido deve providenciar para que a *«criança tenha a oportunidade de ser ouvida no processo, excepto se tal for considerado inadequado em função da sua idade ou grau de maturidade».*

O art. 42º, nº 1, do Regulamento estipula que à decisão que determine o regresso da criança, nos termos do art. 11º, nº 8 [abrangida pela alínea b) do artigo 40º] é reconhecida e goza de força executória noutro Estado Membro, sem necessidade de qualquer declaração que lhe reconheça essa força e sem que seja possível contestar o seu reconhecimento, se essa decisão tiver sido homologada no Estado Membro de origem, nos termos do nº 2.

O juiz de origem que se pronunciou sobre a decisão, nos termos da al. b, do nº 1, do art. 40º, só emite a certidão executória, se certificar, além do mais, que *a criança*

---

<sup>115</sup> JO 247, de 31 de Agosto de 1999.

<sup>116</sup> JO L 338 de 23 de Dezembro de 2003, pág. I.

<sup>117</sup> Por remissão para os artigos 12º e 13º da Convenção de Haia sobre os Aspectos Civis do Rapto, já acima analisados.

*teve oportunidade de ser ouvida ou que, excepcionalmente o não foi, por ter sido considerada inadequada a sua audição, atendendo à sua idade ou ao grau de maturidade [artigos 40º, nº1, al. b) e 42º, nº 1 e 2, al. a)].*

Do mesmo modo, o direito de visita referido na alínea a) do nº 1 do artigo 40º, concedido por uma decisão executória proferida num Estado-Membro, é reconhecido e goza de força executória noutro Estado-Membro sem necessidade de qualquer declaração que lhe reconheça essa força e sem que seja possível contestar o seu reconhecimento, se essa decisão tiver sido homologada no Estado-Membro de origem nos termos do seu nº 2.

Também aqui o juiz de origem só emite a certidão executória relativa ao direito de visita se a *criança tiver tido a oportunidade de ser ouvida, excepto se for considerada inadequada uma audição, em função da sua idade ou grau de maturidade (art. 41º, nº 1 e 2, al. c) do Regulamento).*

O mesmo é dizer, que um dos requisitos de abolição do *exequatur* das decisões acima é a participação e audição da criança.

As decisões proferidas sobre o exercício das responsabilidades parentais em determinado Estado Membro precisam da declaração de executoriedade<sup>118</sup> para, a pedido do interessado, produzirem efeitos num outro Estado Membro (art. 28º, nº 1).

Um dos fundamentos de recusa da declaração de executoriedade corresponde, precisamente, ao caso em que *não foi dada oportunidade à criança de ser ouvida*, em violação das normas processuais fundamentais do Estado requerido, excepcionando-se os casos de urgência, o qual está expressamente previsto no art. 23º, a. b), ex vi art. 31º, nº 2 do Regulamento.

Da conjugação dos preceitos supra citados, ressalta que o direito de participação e audição da criança nos assuntos e nos processos do âmbito dos dispositivos legais acabados de enunciar assume uma tal importância que, quando desrespeitado, pode fundamentar a recusa do reconhecimento de uma decisão ou medida num outro Estado.

Por outro lado, ao nível europeu, suprime-se o *exequatur* – dispensando o processo de revisão e confirmação de decisão estrangeira relativa ao direito de visita e raptó parental - quando se tenha garantido a audição da criança.

De todo o exposto, ressalta que Portugal, ao vincular-se aos normativos acima transcritos, reconheceu o direito de participação e audição da criança, cujo conteúdo definiremos de seguida.

---

<sup>118</sup> Todavia, no Reino Unido, essas decisões só são executadas em Inglaterra e no País de Gales, na Escócia ou na Irlanda do Norte depois de registadas para execução, a pedido de qualquer parte interessada, numa dessas partes do Reino Unido, consoante o caso (art. 28º, nº 2).

## **IV. O conteúdo do direito internacional de participação e audição**

Na esteira dos instrumentos internacionais já mencionados, *maxime* o já aludido art. 12º, da Convenção Sobre os Direitos da Criança que irradiou o conteúdo do direito de participação<sup>119</sup> para os demais instrumentos internacionais que se lhe seguiram, o direito de participação e audição da criança em relação ao assunto que lhe diga respeito, é composto por três elementos: dois constitutivos do direito de participação e um de garantia daquele, a audição.

São constitutivos do direito da participação:

- O direito da criança a exprimir livremente a sua opinião;
- O dever do decisor considerar aquela opinião, em função da sua idade ou maturidade;

Tais direitos são garantidos através do terceiro elemento: a audição da criança enquanto 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. O direito de exprimir livremente a sua opinião**

##### **1.1.1. 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, sendo certo que a aptidão natural para formar aquela opinião varia em função do desenvolvimento físico e psíquico da criança.

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.

Se, de um lado, a criança sujeito de direitos impõe que o direito se adeque ao seu estágio de desenvolvimento pessoal, promovendo a sua autonomia, de outro, pode haver assuntos em relação aos quais, a criança não tenha habilidade natural para formar a sua opinião.

---

<sup>119</sup> Cf. Directrizes do Comité de Ministros do Conselho da Europa sobre a justiça adaptada às crianças, ponto 32.



«A apreciação da capacidade natural da criança e do adolescente para afirmar a sua capacidade de agir deve atender não só à sua idade mas também à *natureza e importância jurídico-social do acto, em relação ao qual a capacidade de agir está a ser avaliada*. (...). Na verdade, uma criança de certa idade pode possuir capacidade (natural) para a prática de um acto e não a possuir para a realização de um outro de natureza e importância jurídico-social diversas<sup>120</sup>».

Note-se, que o acto para o qual a criança deve possuir a capacidade natural, se traduz na formação e expressão da sua opinião sobre um determinado assunto e não já uma tomada de decisão elaborada assente numa vontade esclarecida de querer e entender.

A este propósito, o art. 12º, nº 1 da Convenção Sobre os Direitos de Criança e o art. 3º da Convenção Sobre os Direitos da Criança aludem à «capacidade de discernimento da criança», conceito a densificar à luz do direito nacional.

O primeiro daqueles normativos preceitua que os Estados Partes garantam à *criança com capacidade de discernimento* o direito de exprimir livremente a sua opinião, já o segundo reconhece à *criança com capacidade de discernimento suficiente*, o direito a ser consultada e a exprimir a sua opinião, nos processos que corram perante as autoridades judiciais.

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.

De todo o modo, adiante-se, desde já, que, a capacidade de discernimento da criança para formar e exprimir uma opinião, de um lado, e a consideração desta por parte do adulto, segundo a sua idade e maturidade, de outro, são dois conceitos distintos, quanto ao sujeito e quanto à natureza. O primeiro diz respeito à pessoa da criança e integra um dos elementos do seu direito, enquanto que o segundo corresponde ao dever que recai sobre o decisor de considerar a opinião da criança. Este dever do adulto é correlativo ao direito da criança em exprimir a sua opinião, tendo como referência o assunto que será o objecto da decisão.

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*

---

<sup>120</sup> Martins, Rosa (2008) *Menoridade (In)capacidade e Cuidado Parental*, pág. 119 e 120.

*seu real interesse, através da ulterior valoração da opinião que lhe será dada pelo decisor.*

### **1.1.2. A opinião da criança**

Mas de que opinião falamos?

A expressão “capacidade de discernimento para exprimir a sua opinião” decorre da tradução da expressão em inglês «*the child who is capable of forming or her own views*» do art. 12º da Convenção Sobre os Direitos da Criança.

O que pode significar, o seu ponto de vista, a sua perspectiva, a sua ideia, o seu modo de pensar ou a sua maneira de perceber 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 seu<sup>121</sup>.

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*<sup>122</sup>».

«Investigações indicam que crianças, desde muito pequenas, têm aptidão para formar pontos de vistas, mesmo quando não têm capacidade de os expressar verbalmente.

(...)

As formas não verbais de comunicação, tais como a brincadeira, a linguagem corporal, a expressão facial ou o desenho e a pintura através dos quais as crianças muito pequenas fazem escolhas, expressam preferências e demonstram entendimento do seu ambiente, devem ser reconhecidas pelos Estados Partes como formas de expressão da opinião da criança<sup>123</sup>».

Daí que a introdução do critério da idade, para determinar a aquisição de capacidade de discernimento seja desaconselhado aos Estados Partes<sup>124</sup>, na medida que restringe o direito à participação da criança nos assuntos que lhe dizem respeito».

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.

---

<sup>121</sup> Acessível em <https://www.youtube.com/watch?v=pkK1g438Y00>.

<sup>122</sup> Comité dos Direitos das Crianças das Nações Unidas, *Comentário Geral nº 12*, nºs 20 e 21.

<sup>123</sup> Lansdown, Gerison (UNICEF – Save de Children) *Every Child's Right to be heard, a resource Guide on the un Committee on the Rights of the Child General Comment nº 12*, págs 20 a 22.

<sup>124</sup> Comité dos Direitos das Crianças das Nações Unidas, *Comentário Geral nº 12*, nº 21.

### **1.1.3. 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 outros<sup>125</sup>.

Para tanto, é fundamental:

- prestar à criança toda a informação relevante<sup>126</sup> sobre o assunto, de forma adequada aos seus níveis de compreensão, designadamente, as possíveis decisões que possam vir a ser tomadas e bem assim as consequências de cada uma delas na vida da criança;

- criar espaços onde lhe sejam dados tempo, encorajamento e apoio adequados ao desenvolvimento e manifestação da sua opinião.

- transmitir à criança segurança e confiança para poder explorar e expressar as suas opiniões, sem medo de crítica ou castigo.

Em suma, 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.

### **1.2. O dever do decisor considerar aquela opinião, em função da sua idade ou maturidade**

Ao direito da criança exprimir livremente a sua opinião corresponde o dever do adulto de a considerar e valorar em função da sua idade e maturidade<sup>127</sup>.

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 para exprimir a opinião, 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

---

<sup>125</sup> Comité dos Direitos das Crianças das Nações Unidas, *Comentário Geral nº 12*, nº 22.

<sup>126</sup> Como designa o art. 3º da Convenção Europeia sobre o Exercício dos Direitos da Criança.

<sup>127</sup> 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.

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.

A relevância dada à idade e à maturidade será maior ou menor conforme os efeitos que a decisão possa ter na vida desta, os riscos e o perigo que aquela transporta.

Permitir que se satisfaça o desejo de um jovem de 12 anos em ir a pé com os amigos para a escola que fica perto de casa, correndo o risco de ser atropelado, é um caso a ponderar, tendo em atenção a sua idade e maturidade.

Do mesmo modo, estes critérios devem estar presentes, mas com mais rigor e adequação, se houver que decidir se se permite àquele jovem sair com amigos que o podem expor ao consumo de drogas.

Os pais ou quem tenha legalmente a seu cargo a criança devem assegurar a esta, de forma compatível com o desenvolvimento das suas capacidades, a orientação, bem como os conselhos necessários e adequados ao exercício efectivo do direito de participação e audição, nos termos do art. 5º, da Convenção sobre os Direitos da Criança

Quanto maiores forem as capacidades naturais da criança maior autonomia e responsabilidade lhe deve ser reconhecida nas decisões que lhe respeitem.

À medida que a criança cresce e se desenvolve vai, simultaneamente, ganhando graus de autonomia e perdendo graus de fragilidade natural, relevando, neste processo, não só a idade biológica, mas também, toda a ambiência familiar, social e cultural se insere.

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

## **2. 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;

Ouvir as crianças e jovens e dar a devida importância à sua opinião, segundo a sua idade e maturidade, é essencial para a concretização do seu superior interesse, constituindo um meio de protecção contra a violência, abuso, negligência e maus-tratos;

A capacidade das crianças e jovens e as contribuições que podem dar são um recurso único para o reforço dos direitos humanos, a democracia e a coesão social nas sociedades europeias.

Devem, pois, ser enveredados todos os esforços para que se garanta o exercício da audição da criança, para que esta seja levada a sério e participe na tomada de decisões em todos os assuntos que lhes dizem respeito.

Uma criança de tenra idade abusada pode exprimir as suas memórias e as suas opiniões, dando a sua visão dos acontecimentos ao decisor. Para tanto, é necessário que se lhe seja dada a oportunidade de o fazer.

Especial relevo merece a audição da criança quando a decisão que a afecta possa ser tomada no âmbito de processos administrativos ou judiciais.

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 ou à decorrente do patrocínio judiciário.

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 <sup>128</sup>.

A Convenção Europeia Sobre o Exercício dos Direitos das Crianças, no seu art. 1º, define como objectivo: *a promoção dos direitos das crianças, concedendo-lhes direitos processuais, facilitando o exercício desses mesmos direitos, garantindo que elas possam ser informadas, directamente ou através de outras pessoas ou entidades, e que estão autorizadas a participar em processos perante autoridades judiciais que lhes digam respeito*, assim garantindo o superior interesse das crianças.

Assim, nos processos que digam respeito a uma criança, e sempre que esta possua discernimento, a autoridade judicial<sup>129</sup>, antes de tomar uma decisão deverá:

- assegurar que a criança recebeu toda a informação relevante<sup>130</sup>;
- consultar pessoalmente a criança nos casos apropriados, se necessário, em privado, directamente ou através de outras pessoas ou entidades, numa forma adequada à capacidade de discernimento da criança, a menos que tal seja manifestamente contrário ao interesse superior da criança;
- permitir que a criança exprima a sua opinião.
- ter devidamente em conta a sua opinião.

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.*

---

<sup>128</sup> Comité dos Direitos das Crianças das Nações Unidas, *Comentário Geral*, nº 12, ponto 35.

<sup>129</sup> Entendendo-se esta, como um tribunal ou uma autoridade administrativa dotada de competências equivalentes [art. 2º, al. a) e art. 1º, nº 3].

<sup>130</sup> A informação relevante que deve ser prestada à criança corresponde à mais adequada à sua idade e à sua capacidade de discernimento, devendo ser-lhe fornecida por forma a permitir-lhe exercer plenamente os seus direitos, a menos que a prestação dessa informação seja prejudicial ao seu bem-estar [art. 2º, al. d)].

## TERCEIRA PARTE

### O DIREITO DE PARTICIPAÇÃO E AUDIÇÃO DA CRIANÇA NO ORDENAMENTO JURIDICO INTERNO

#### I. Enquadramento do direito nos processos de natureza cível

O direito interno não contém um preceito legal que directa e expressamente reconheça à criança o direito de participação e audição em todos os assuntos que lhe digam respeito, nomeadamente, nos processos administrativos e judiciais de natureza cível, no âmbito dos quais se tomem decisões que a afectem.

Porém, em linha com o estabelecido na ordem jurídica internacional tal como referenciado no capítulo anterior, está hoje, interna e juridicamente reconhecido e até de alguma forma, aplicado (pelos tribunais), o direito à participação e audição da criança com a dimensão e conteúdo já referidos.

Sobram, no entanto, algumas zonas escuras<sup>131</sup>. Nos factores que contribuem para a sua existência, contam-se:

- a omissão de dispositivos legais explícitos que, de um lado, garantam de forma clara e indubitável, o exercício do direito de participação e audição a todas as crianças, por si ou através de representante, e, de outro, a imposição ao decisor para considerar a opinião da criança, em todos os processos que lhe digam respeito.

- a co-existência no sistema jurídico português dos dois conceitos, o de menor e de criança;

- a falta de adequação expressa e clara do novo modelo de justiça de crianças e jovens a normativos que se mantiveram em vigor;

- a pouca clareza da definição da posição processual das crianças com menos de 12 anos de idade, na Lei de Protecção das Crianças e Jovens em Perigo.

Estes factores estão na base de uma interpretação restritiva do direito de participação e audição da criança, como a que está patente no Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra<sup>132</sup>, de 29 de Março de 2011.

Os fundamentos invocados naquela decisão correspondem aos que, tradicionalmente, são esgrimidos para afastar a regra do direito de participação e

---

<sup>131</sup> Cf. nota 92, pág. 23.

<sup>132</sup> *Colectânea de Jurisprudência*, ano 2011, Tomo II, pág. 32 a 34.



audição das crianças e jovens - em especial, as que têm menos de 12 anos de idade - das decisões tomadas nos processos de natureza cível, a saber:

a) Nos processos de regulação do exercício das responsabilidades parentais, o disposto do art. 175º sobrepõe-se ao princípio orientador do art. 147º E da Organização Tutelar de Menores.

b) Aquele preceito não impõe ao juiz uma obrigação legal a observar sempre, mas antes um poder a exercitar segundo o julgamento casuístico da adequação dessa criança ao interesse do menor.

c) De todo o modo, ainda que se aplique o art. 84º da Lei de Protecção de Crianças e Jovens em Perigo, por força do art. 147º A da Organização Tutelar de Menores, tal normativo apenas consagra a obrigatoriedade de audição dos menores com mais de 12 anos de idade, condicionando a audição do menor com idade inferior a essa, à constatação de que este possui capacidade para compreender o sentido da intervenção.

d) Não existe na lei nacional a obrigatoriedade de se proceder à audição do menor.

e) Essa obrigatoriedade que, só é compreensível por força do chamado «superior interesse» da criança, poderia, em determinados casos, revelar-se “*apriori*”, como ainda que de forma, indirecta, potencialmente perigosa para a tutela desse interesse, designadamente, quando sendo exigível uma decisão urgente ou provisória, o procedimento da audição do menor fosse passível de acarretar risco para a eficácia da decisão.

f) A isto acresce a não obrigatoriedade da audição do menor à luz da legislação portuguesa, atenta a circunstância de, à data da decisão, o menor ter apenas 11 anos de idade

Contudo, demonstraremos que:

O novo modelo de justiça de crianças e jovens reflectido na Lei de Protecção de Crianças e Jovens em Perigo, não contém norma geral e abstracta que fixe uma determinada idade, acima da qual ou abaixo da qual, se confere à criança o direito de participar e ser ouvida nos assuntos que lhe dizem respeito.

Pelo contrário, do conjunto dos normativos reveladores do direito de participação e audição da criança, pode concluir-se que o legislador nacional reconheceu, em abstracto, aquele direito a todas as crianças, prevendo, directa e expressamente, os limites e as excepções ao exercício daquele direito pelos seus titulares.

No que toca à capacidade para o exercício do direito de participação e audição, estabelecem-se dois critérios: um objectivo (a idade igual ou superior a 12 anos) e um

subjectivo (a capacidade de discernimento e/ou a capacidade para compreender o sentido da intervenção para as crianças com idade inferior àquela).

Para a criança com idade igual ou superior a 12 anos, o direito de, pessoal, livre e autonomamente, participar e ser ouvida no processo que lhe diz respeito, impõe-se em relação a todos os actos que, directa e expressamente, lhe são reconhecidos na Lei de Protecção de Crianças e Jovens em Perigo, atribuindo-lhe, desta forma, uma capacidade geral de agir.

Para a criança com idade inferior a 12 anos, o exercício do direito de participar e ser ouvida no processo que lhe diz respeito, de forma pessoal, livre e autónoma, corresponde à sua capacidade de discernimento ou à capacidade de compreender o sentido de intervenção.

O interesse superior da criança pode, também, constituir uma excepção ao exercício pessoal daquele direito por parte do seu titular.

Porém, tanto não significa, que o legislador fixou o limite da idade - 12 anos - abaixo do qual, nega, às crianças dessa faixa etária, capacidade para, por si e autonomamente, poderem exercer o direito de participação e audição.

O recurso a um critério subjectivo para aferir a capacidade da criança com menos de 12 anos de idade para, por si só, exercer o direito de participar e ser ouvida no processo que lhe diz respeito, equivale a remeter para o aplicador do direito a verificação casuística daquela capacidade através de despacho fundamentado.

A capacidade de discernimento ou para compreender o sentido da intervenção, distingue-se do grau de maturidade e de compreensão para o sentido da intervenção, enquanto critérios de valoração da opinião da criança pelo decisor.

O juiz tem o dever de ouvir obrigatoriamente a criança e não apenas um poder a exercitar, casuisticamente, de acordo com o interesse da criança.

O direito de participação e audição, tal como é concretizado e definido na Lei de Protecção das Crianças e Jovens em Perigo, é extensivo aos processos tutelares cíveis, especialmente, aos que respeitem a decisões que se repercutam na esfera pessoal da criança.

## **II. O direito da participação e audição no novo modelo de justiça de crianças e jovens**

### **1. O direito estatuído**

O art. 12º da Convenção sobre os Direitos da Criança reconhece e garante o direito de participação e audição a todas as crianças que tenham «capacidade de discernimento», cabendo aos Estados Partes a sua densificação.

Vejamos, então, como é que o legislador português concretizou o direito participação e audição e bem assim a capacidade de discernimento.

### 1.1. O Código Civil

É conhecida a regra geral da incapacidade dos «menores» - as pessoas que ainda não completaram dezoito anos - para o exercício de direitos, excepcionada<sup>133</sup> nos casos legalmente previstos (artigos 122º e 123º do Código Civil).

Como é sabido, aquela incapacidade de exercício é suprida pelo «poder paternal<sup>134</sup>» e, subsidiariamente pela tutela<sup>135</sup>, tal como resulta expressamente do art. 124º daquele diploma.

Estando os filhos sujeitos às responsabilidades parentais até à maioridade<sup>136</sup> ou emancipação<sup>137</sup>, compete aos pais<sup>138</sup> ou a terceiro<sup>139</sup> representá-los.

«O poder de representação compreende o exercício de todos os direitos e o cumprimento de todas as obrigações do filho, *exceptuados os actos puramente pessoais, aqueles que o menor tem o direito de praticar pessoal e livremente e os actos respeitantes a bens cuja administração não pertença aos pais*<sup>140</sup>».

Se houver «conflito de interesses cuja resolução dependa de autoridade pública, entre qualquer dos pais e o filho sujeito a responsabilidades parentais, ou entre os filhos, ainda que, neste caso, algum deles seja maior, são os menores representados por um ou mais curadores especiais nomeados pelo tribunal<sup>141</sup>».

Conjugando estes preceitos, temos que:

---

<sup>133</sup> Não cuidaremos, aqui, das excepções legais à incapacidade geral de exercício em razão da idade, consagradas no direito civil, como por exemplo, a orientação religiosa a partir dos 16 anos (*a contrario* do art. 1886º), a convocação do Conselho de família, por jovem com idade superior a 16 anos de idade (art. 1957º, nº 1, do Código Civil), e os actos de administração ou disposição de bens que o maior de dezasseis anos haja adquirido por seu trabalho.

<sup>134</sup> Embora a Lei 61/2008, de 31 de Outubro, não tenha expressamente alterado a expressão «poder paternal» deste preceito para responsabilidades parentais, deverá, a nosso ver, fazer-se uma interpretação extensiva e actualista do art. 3º, nº 2, daquele diploma que dispõe: «A expressão «poder paternal» deve ser substituída por «responsabilidades parentais» em todas as disposições da secção II do capítulo II do título III do livro IV do Código Civil. Assim o exige a unidade do sistema jurídico no que toca à natureza, conteúdo e finalidades daquele conceito.

<sup>135</sup> Também aqui, a expressão tutela tem de ser adaptada ao novo modelo de justiça de crianças e jovens, abrangendo não só a tutela, mas também, o exercício das responsabilidades parentais por terceira pessoa (art. 1907º do Código Civil).

<sup>136</sup> Que se atinge aos 18 anos (artigos 130º do Código Civil).

<sup>137</sup> Nos termos dos artigos 132º e 133º, o menor é, de pleno direito, emancipado pelo casamento, atribuindo a este plena capacidade de exercício de direitos, habilitando-o a reger a sua pessoa e a dispor livremente dos seus bens como se fosse maior, salvo o disposto no art. 1649º.

<sup>138</sup> Art. 1878º, nº 1, in fine do Código Civil.

<sup>139</sup> Cf. 1907º, nº 1 e 1921º do Código Civil.

<sup>140</sup> Di-lo o art. 1881º, nº1 do Código Civil.

<sup>141</sup> Art. 1881º, nº 2 do Código Civil.

- Se a lei atribuir aos jovens com menos de 18 anos, capacidade, para pessoal e livremente exercer um direito, fica afastada a regra da incapacidade geral para o exercício desse mesmo direito (art. 123º, nº 1, primeira parte, do Código Civil);

- A criança exerce pessoal e livremente os direitos de natureza pessoal;

- Nos casos em que o acto da criança esteja sujeito ao poder de representação<sup>142</sup> e haja conflito de interesses entre representante e representado, cuja resolução dependa de autoridade pública, o tribunal deve suprir a incapacidade da criança para aquele, nomeando-lhe um ou mais curadores especiais.

O direito de participação e audição da criança nos assuntos que lhe dizem respeito é um direito pessoal e fundamental. Por isso, deve, em princípio e em abstracto, ser exercido pessoal e livremente pelo seu titular, excepto nos casos em que a lei, por norma especial, o limitar.

O ordenamento jurídico civilístico não contém uma norma que integre o conceito de capacidade de discernimento a que se refere o art. 12º da Convenção sobre os Direitos da Criança e o art. 3º da Convenção sobre o Exercício dos Direitos da Criança.

Contudo, alguns preceitos referenciam a expressão «capacidade natural» ou «capacidade de entender e de querer» para excepcionar a regra da incapacidade geral do exercício de direitos, inserta no art. 123º do Código Civil, quais sejam:

- Os «menores» podem celebrar negócios jurídicos da sua vida corrente, desde que estejam ao alcance da sua «capacidade natural» e só impliquem despesas ou disposições de bens de pequena importância<sup>143</sup>;

- O procurador não necessita de ter mais do que a capacidade de entender e querer exigida pela natureza do negócio que haja de efectuar (cf. art. 263º do Código Civil).

Donde, os poderes de representação estabelecidos no art. 262º podem ser atribuídos a crianças ou jovens, desde que este tenha «capacidade de entender e querer exigida pela natureza do negócio que haja de efectuar».

Esta regra aplica-se ao contrato de mandato, por força do art. 1178º, nº1, do Código Civil.

Numa outra perspectiva, a «capacidade de entender e querer» subjaz ao princípio da imputabilidade, para efeitos de responsabilidade civil. O art. 488º, nºs 1 e 2, do Código Civil, faz depender aquela imputabilidade daquela capacidade, presumindo, em relação aos menores de sete anos a sua falta de imputabilidade.

---

<sup>142</sup> Dos pais ou de terceiro, legal representante.

<sup>143</sup> Art. 127º, nº 1, al. b), do Código Civil.

Para este efeito, o legislador permite que se possa demonstrar que o menor de 7 anos tinha capacidade de entender e de querer o facto danoso.

Neste caso, a referência a incapacidade de querer e entender do «menor» é determinada em função de uma situação concreta.

Em suma, a regra da incapacidade geral para o exercício dos direitos a todos os sujeitos com menos de 18 anos, é afastada, nos casos legalmente previstos.

Atribuindo a Lei de Protecção de Crianças e Jovens às crianças e jovens o direito de participação e audição, a exercer pessoal e livremente nos termos que, concretamente regula, aquela afasta a regra da incapacidade geral de exercício do direito dos titulares do direito, com todas as suas consequências<sup>144</sup>.

## **1.2. A Lei de Protecção de Crianças e Jovens em Perigo**

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; b) as que referenciam idade inferior a 12 anos, c) as que não referenciam qualquer idade e d) as que indicam apenas o critério da maturidade.

### **1.2.1 Crianças e jovens com idade igual ou superior a 12 anos**

A criança com idade igual ou superior a 12 anos assume uma posição processual autónoma em relação à dos seus pais, seus representantes legais ou pessoa que tenha a guarda de facto<sup>145</sup>, porquanto se lhes reconhece expressa e claramente, o direito de audição e participação nos actos processuais e na definição da medida de promoção e protecção.

Este direito expressa-se, desde logo, no art. 10º da Lei de Protecção de Crianças e Jovens em Perigo, quando se exige como pressuposto de legitimidade para a intervenção das entidades com competência em matéria de infância e juventude<sup>146</sup> e das comissões de protecção de crianças e jovens<sup>147</sup>, a não oposição<sup>148</sup>

---

<sup>144</sup> Ver infra, quarta parte, III, nºs 2 e 3.

<sup>145</sup> As previsões dos artigos 105º, nº2, 112º e 114º, nº 1, da Lei de Protecção das Crianças e Jovens em Perigo, aplicam-se, quer às crianças e jovens com idade igual ou superior a 12 anos, quer aos pais, aos representantes legais ou à pessoa que tenha a guarda de facto.

<sup>146</sup> As entidades com competência em matéria de infância e juventude são pessoas singulares ou colectivas públicas, cooperativas, sociais ou privadas que, por desenvolverem actividades na área da infância e juventude têm legitimidade para intervir na promoção dos direitos e na protecção da criança e jovem em perigo, não tendo competência para aplicar medidas de promoção de direitos e de protecção e é efectuada de modo consensual com os pais, representantes legais ou com quem tenha a guarda de facto, consoante o caso [art. 5º, al. d) e 7º]. Não têm competência para aplicar medidas de promoção de direitos e de protecção [*a contrario* art. 5º, al. e)].

<sup>147</sup> As comissões de protecção de crianças e jovens, adiante designadas por comissões de protecção, são entidades oficiais não judiciárias com autonomia funcional que visam promover os direitos da criança e do jovem e prevenir ou por termo a situações susceptíveis de afectar a sua segurança, saúde, formação, educação ou desenvolvimento integral (art. 12º).

da criança ou jovem com idade igual ou superior a 12 anos, preceito que, dada a sua importância para o nosso tema será abordado em separado.

O direito de audição e participação do jovem desta faixa etária, manifesta-se, ainda, na idoneidade de, por si ou através de representantes iniciar, participar e opinar, em processos judiciais ou administrativos que lhe digam respeito, como sejam:

- O direito de requerer a revisão da medida de promoção e protecção antes de decorrido o prazo fixado no acordo ou na decisão judicial (art. 62º, nº 2).

- O direito de ser ouvido 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 (art. 84º, nº 1).

- O direito a deduzir oposição à realização de exames médicos que possam ofender o seu pudor (art.87º, nº1 e 3).

- O direito ao impulso processual, requerendo a intervenção do tribunal, nos casos em que Comissão não profira decisão, decorridos que sejam 6 meses desde que tenha tido conhecimento da situação (105º nº 2).

- O direito a ser convocado para a conferência, com vista à obtenção de acordo de promoção e protecção (art. 112º).

- O direito a ser notificado para alegar por escrito e apresentação de prova, nos termos e para efeitos do disposto no nº1 do art.114º.

### **1.2.2. Crianças e jovens com idade inferior a 12 anos**

No que toca às crianças e jovens com idade inferior a 12 anos, os art. 10º e 84º prevêm, respectivamente, a relevância da sua oposição, de acordo com a «capacidade para compreender o sentido da intervenção» e «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 relativamente à aplicação, revisão ou cessação de medidas de promoção e protecção.

### **1.2.3 Crianças e jovens sem menção de idade**

A audição obrigatória e participação<sup>149</sup> - um dos princípios<sup>150</sup> orientadores a que deve obedecer a intervenção para promoção dos direitos e para a protecção da

---

<sup>148</sup> A expressão de não oposição é, também, usada no art. 8º do Decreto-Lei 185/93 de 22 de Maio, na redacção que lhe foi dada pela Lei 31/2003, de 22 de Agosto: "O jovem com idade superior a doze anos deve expressar inequivocamente a não oposição à decisão de confiança administrativa"

<sup>149</sup> Art. 4º, al. i) da Lei de Protecção de Crianças e Jovens em Perigo.

<sup>150</sup> O art. 4º consagra, além do mais, outros dois princípios com relevância para esta matéria, por poderem constituir excepções ao direito de participação e audição da criança: o superior interesse da criança e o da intervenção mínima.

criança e do jovem em perigo - consiste no direito da criança ou jovem «ser ouvido e participar nos actos e na definição da medida de promoção e protecção».

Tal direito é, aqui, atribuído, em igualdade de circunstâncias, a todas as crianças e jovens, independentemente da idade<sup>151</sup>.

Qualquer criança pode solicitar a intervenção das comissões de protecção (art. 93º, nº 1).

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, informando-os e ouvindo-os sobre ela.

A informação respeita ao modo como se processa a sua intervenção, as medidas que podem tomar, o direito de não autorizarem a intervenção e as suas possíveis consequências e ao direito de se fazerem representar por advogado.

A nomeação de patrono quando os interesses da criança ou jovem e os dos seus pais, representante legal ou de quem tenha a guarda de facto sejam conflitantes é obrigatória para todas as crianças (art. 103º, nº 2).

O mesmo se diga, em relação à nomeação obrigatória de advogado, caso não tenha sido constituído, no debate judicial (art. 103º, nº 4).

Também, o princípio do contraditório é assegurado a toda a criança ou jovem<sup>152</sup>, podendo estes requerer as diligências, oferecer meios de prova, e alegar por escrito no debate judicial<sup>153</sup>, independentemente de notificação para esse efeito.

Na audição obrigatória da criança ou jovem pelo juiz a que alude o art. 107º, nº1, al. a) não se faz menção à idade.

O direito ao recurso previsto no art. 123º, nº 2, também não referencia qualquer idade.

#### **1.2.4. A maturidade**

A criança ou jovem pode consultar pessoalmente o processo, se o juiz autorizar, atendendo à «sua maturidade, capacidade de compreensão e natureza dos factos» (art. 88º, nº 4).

Tem direito a nomeação obrigatória de advogado, a criança com «maturidade adequada» que o solicite ao tribunal (art. 103º, nº 2).

---

<sup>151</sup> Os pais, representante legal ou pessoa que tenha a guarda de facto são de igual modo abrangidos pelas disposições dos artigos 93º, nº 1, 94º, nº 1 e 2, 104º, 107º, nº1, al. c) e 123º.

<sup>152</sup> Nos termos do art. 104º.

<sup>153</sup> Art. 104º, nº 2.

### III. O conteúdo do direito em relação aos processos de promoção e protecção

No normativo da Lei de Protecção de Crianças e Jovens em Perigo, não consta a explicitação do conteúdo do direito de participação e audição da criança nos processos que lhe digam respeito.

Contudo, é possível, descortinar no conjunto do diploma, o reconhecimento à criança do direito de participação e audição da criança, na sua dupla dimensão: de direito de participar em todos os actos e na definição da medida de promoção e protecção, garantido através da obrigatoriedade da informação<sup>154</sup> e do direito à sua audição obrigatória.

Tal resulta claramente dos dois princípios orientadores a que deve obedecer a intervenção para a promoção dos direitos e para a protecção das crianças: o da obrigatoriedade de informação e o da audição obrigatória e participação<sup>155</sup>.

A criança deve conhecer os seus direitos, os motivos que determinaram a intervenção e o porquê da forma como se processa, o que implica obrigatoriedade de lhe serem prestadas aquelas informações de forma compreensível, considerando a sua idade e o seu grau de desenvolvimento intelectual e psicológico [artigos 4º, al. h) e 86º, nº 1].

Como deve participar em todos os actos e na definição da medida de promoção e protecção.

Chamando à colação, o conteúdo que aquele direito possui no ordenamento jurídico internacional<sup>156</sup>, 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 pelos três elementos: dois constitutivos do direito de participação e um de garantia daquele, a audição.

São constitutivos do direito da participação:

- O direito da criança a exprimir livremente a sua opinião;
- O dever do decisor considerar aquela opinião, em função da sua idade, da maturidade ou compreensão do sentido da intervenção.

Tais direitos são garantidos através do terceiro elemento: a audição da criança enquanto meio adequado ao exercício da participação.

---

<sup>154</sup> A obrigação de informação dos seus direitos substantivos e processuais, dos motivos que determinaram a intervenção na sua vida e da forma como esta se processa e irá decorrer, constitui um o princípio orientador do art. 4º, al. h).

<sup>155</sup> Cf. art. 4º, al. h) e i).

<sup>156</sup> Ver supra IV, Segunda Parte.



## **1. O direito de participação**

### **1.1. O direito de exprimir livremente a sua opinião**

Resulta claramente do direito estatuído referenciado em II, desta terceira parte, que 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 podem<sup>157</sup> 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.

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.

Sobre o que se deve entender por opinião, remetemos, para o que supra afirmamos em IV, 1.1.2, da segunda parte.

---

<sup>157</sup> 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.

## 1.2. A capacidade da criança para formar e exprimir a sua opinião

### 1.2.1. A ausência de uma regra geral e abstracta

A densificação do conceito de capacidade de discernimento<sup>158</sup> da criança para formar e exprimir a sua opinião é determinada pela lei nacional.

A este propósito, o legislador nacional 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. Com efeito, não se vislumbra norma que, directa e expressamente formule uma previsão geral da capacidade ou incapacidade geral para o exercício do direito de audição e participação, similar à que consta no art. 122º e 123º do Código Civil<sup>159</sup>.

O mesmo é dizer que o regime jurídico português não contém uma *regra geral e abstracta*, que, objectiva ou subjectivamente, densifique o conceito de capacidade de discernimento.

Contudo, pode afirmar-se, que o conjunto de normativos insertos na Lei de Protecção de Crianças e Jovens em Perigo<sup>160</sup>, revela a intenção do legislador português em reconhecer, em abstracto, o exercício daquele direito de participação e audição a todas as crianças, prevenindo directa e expressamente, os limites e as excepções ao exercício daquele direito pelos seus titulares.

Com efeito, conjugando o conjunto de normas que regulam uma e outra situação, constatamos, que o legislador optou por 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 para, por si, exercerem, pessoal e livre e autonomamente, alguns direitos que são manifestações do direito de participação e audição, como veremos infra.

Para as segundas, recorre, em abstracto, ao critério **subjectivo** da capacidade de discernimento ou da capacidade de compreensão do sentido da intervenção, remetendo, para o decisor, a verificação casuística, da capacidade da criança para o exercício do direito de participação e audição.

Dito de outro modo, se e quando uma criança com menos de 12 anos de idade, apresentar capacidade de discernimento ou capacidade para compreender o sentido da intervenção, deve-lhe ser conferido o direito de, pessoalmente, participar e de ser ouvida, sem quaisquer limitações externas àquela capacidade.

---

<sup>158</sup> A que se reportam o art. 12º da Convenção sobre os Direitos da Criança e o art. 3º, nº 1, da Convenção Europeia sobre o Exercício dos Direitos da Criança.

<sup>159</sup> Que não se aplica ao direito de participação e audição, por se tratar de um direito pessoal e fundamental da criança.

<sup>160</sup> E, também, na Lei nº 61/2008, de 31 de Outubro.

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<sup>161</sup>.

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 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 medida<sup>162</sup>. 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 de gozo e de exercício não são transpostos para o quadro dos direitos fundamentais<sup>163</sup>.

A criança «tem em regra (*prima facie*) os mesmos direitos dos adultos, admitindo-se excepções (sobretudo quanto ao exercício) quando da natureza do direito em causa se possa extrair metódico-interpretativamente a legitimidade de restrições nos termos do regime específico dos direitos liberdades e garantias<sup>164</sup>».

*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*

---

<sup>161</sup> 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».

<sup>162</sup> Alexandrino, José de Melo (2008) *Os Direitos das Crianças Linhas para uma construção unitária (...)* ponto 7.1.

<sup>163</sup> 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.

<sup>164</sup> Canotilho, Gomes (2002) *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, pág. 425.

*vedado ao aplicador do direito, ficcionar da idade uma presunção legal daquele tipo de incapacidade*<sup>165</sup>.

Até, porque, como vimos, existem outros normativos do Código Civil, que conferem capacidade de exercício à criança para determinado assunto, desde que tenha capacidade natural de querer e entender<sup>166</sup>.

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.

### **1.2.2. Os critérios: objectivo (a idade) e subjectivo (a capacidade natural)**

O novo modelo de justiça de crianças e jovens<sup>167</sup> não adoptou, assim, 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 protecção<sup>168</sup>.

Como já se disse, resulta dos normativos elencados II, 1.2 que é possível, afirmar que o legislador nacional acolheu, para aferir a capacidade de discernimento referida no art. 12º da Convenção sobre os Direitos da Criança, dois critérios: Um critério objectivo – idade igual ou superior a 12 anos<sup>169</sup> – 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

---

<sup>165</sup> 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.

<sup>166</sup> Supra II, 1.1, desta Terceira Parte.

<sup>167</sup> 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.

<sup>168</sup> 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).

<sup>169</sup> 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.

para compreender o sentido da intervenção<sup>170</sup> e o de «grau de desenvolvimento intelectual e psicológico» a que se alude no art. 86<sup>o</sup><sup>171</sup>.

O reforço normativo da participação da criança com idade igual ou superior a 12 anos<sup>172</sup>, 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 intervenção<sup>173</sup>.

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 pode, pessoalmente, participar e ser ouvida no processo. Só assim, será, quando, casuisticamente, estiver demonstrada aquela capacidade.

Tal interpretação traduz-se, ao fim e ao cabo, numa presunção de incapacidade decorrente da idade para o exercício do direito de participação e audição. 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.

A posição processual das crianças diferenciada em razão da idade dos 12 anos, não corresponde à fixação de um limite de idade abaixo do qual se presume, em abstracto, a incapacidade geral da criança com menos de 12 anos de idade, para formar e exprimir a sua opinião.

A questão da capacidade para formar e exprimir<sup>174</sup> uma opinião coloca-se, assim, em relação às crianças com idade inferior a 12 anos, já que quanto a elas o legislador não tomou no corpo do diploma uma posição tão clara quanto deixou antever na exposição de motivos e no princípio orientador<sup>175</sup>.

---

<sup>170</sup> Referida nos artigos 10<sup>o</sup>, nº 2 e 84<sup>o</sup>, nº 1.

<sup>171</sup> Este critério está implícito no art. 86<sup>o</sup>. 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.

<sup>172</sup> 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. 12<sup>o</sup> 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.

<sup>173</sup> Como se afirma no Acórdão Tribunal da Relação de Coimbra de 29 de Maio de 2011, já referenciado.

<sup>174</sup> A capacidade para formar uma opinião é diferente de capacidade para exprimir uma opinião.

<sup>175</sup> O princípio orientador reconhece a todas as crianças, sem qualquer critério limitador, o direito de participarem em todos os actos processuais e na definição da medida de promoção e protecção, através da sua audição obrigatória. As crianças e jovens assumem ao lado dos seus pais, seus representantes legais, ou pessoas que tenham a guarda de facto, um posição processual autónoma, com capacidade para, pessoalmente, poderem exercer os direitos que lhes são directa e expressamente conferidos na Lei de Protecção de Crianças e Jovens em Perigo.

Além de que, a falta de firmeza do legislador sobre o que entende, em concreto, por capacidade da criança com menos de 12 anos para exprimir uma opinião, não pode ter outra interpretação que não seja a de deixar em aberto ao aplicador do direito, a averiguação concreta da capacidade, sem que possa presumir abstractamente da idade a falta daquela, sob pena de violar aquele direito fundamental da criança<sup>176</sup>.

Assim:

*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.*

### **1.2.3. 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”<sup>177</sup> 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.

**«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.**

---

<sup>176</sup> Recorde-se, que a interpretação das normas que limitam a capacidade para exercer um direito fundamental, como é o direito de exprimir uma opinião, não pode deixar de ser restritiva e devidamente fundamentada, nos termos conjugados dos artigos 26º, nº 3 e 18º da Constituição da República Portuguesa.

<sup>177</sup> 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.

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 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.

A oposição da criança - se tiver mais que 12 anos – ou a oposição da criança com menos idade, mas considerada relevante, têm os mesmos efeitos jurídicos, a saber: 1) impede a intervenção da comissão de protecção; 2) impõe a comunicação ao Ministério Público<sup>178</sup>; 3) retira legitimidade de intervenção à comissão que comunica a situação ao Ministério Público competente, com a remessa do processo ou dos elementos que considere relevantes para apreciação da situação<sup>179</sup> e, por último, 4) legitima a intervenção judicial, desde que observados os demais pressupostos<sup>180</sup>.

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 intervenção<sup>181</sup>.

Para tanto é necessário, no primeiro momento em que se ouve o jovem, prestar-lhe esclarecimento e informação prévia, sobre os seus direitos, os motivos que justificaram a intervenção, a forma como decorre, e ainda sobre a definição, conteúdo e finalidade das medidas de promoção e protecção, com vista à formação de uma declaração de vontade e de escolha, livre, responsável e esclarecida<sup>182</sup>.

Não basta, pois, que os autos retratem a mera declaração formal «de não oposição», devendo estes conter as declarações do jovem da qual resulte

---

<sup>178</sup> Art. 68º, al. b).

<sup>179</sup> art. 95º.

<sup>180</sup> art. 11º, al. c).

<sup>181</sup> 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.

<sup>182</sup> cf. art.3º a), art.6º a) e b) da Convenção Europeia sobre o exercício dos Direitos da Criança

inequivocamente o «acto de não oposição», rejeitando-se, assim, a possibilidade de formação tácita<sup>183</sup> da declaração de não oposição a exarar como “mera declaração” nos autos.

Dito de outra forma, os autos devem reproduzir a opinião da criança, seja de adesão, rejeição ou outra, às propostas que lhe são feitas.

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 falar*<sup>184</sup>».

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 opinião<sup>185</sup>.

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 informações<sup>186</sup>, em níveis adequados à sua maturidade.

As informações devem esclarecer as razões da intervenção, o modo como esta se processa na comissão de protecção, as medidas que podem ser tomadas, o direito de dizer não àquela intervenção, as suas possíveis consequências e o direito de se fazer acompanhar por advogado.

Aliás, a relevância da opinião – seja ela qual for - da criança com idade igual ou superior a 12 anos, está patente quando lhe é conferido o direito<sup>187</sup> de:

---

<sup>183</sup> 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».

<sup>184</sup> 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».

<sup>185</sup> 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.

<sup>186</sup> 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.

<sup>187</sup> A par dos seus pais, representante legal ou da pessoa que tenha a guarda de facto (art. 9º)



- Solicitar um prazo não superior a 8 dias, para prestar o consentimento ou manifestar a não oposição (art. 98º, nº 2), o que implica uma informação clara sobre os seus direitos.

- Requerer a revisão da medida de promoção e protecção antes de ter decorrido o prazo fixado no acordo ou decisão judicial, desde que ocorrem factos que a justifiquem (art. 62º, nº, 2).

Também a declaração de não oposição da criança e jovem é exigido para a realização dos exames médicos que possam ofender o pudor da criança ou do jovem<sup>188</sup>.

De realçar, aqui, a opinião da criança no sentido de poder desejar que o exame se realize sem a presença de um dos progenitores, opinião que deve ser considerada, (art. 87º, nº 1).

Por outro lado, o direito da criança exprimir livremente a sua opinião sobre a definição da medida de promoção e protecção está bem patente na tónica consensual<sup>189</sup> do processo de promoção e protecção, todo ele orientado para o envolvimento e empenhamento da criança e do jovem, dos seus pais, representantes legais ou da pessoa que tenha a sua guarda de facto, para um compromisso negociado<sup>190</sup>. A ter êxito, culmina no acordo de promoção de protecção a formalizar nos termos dos artigos 55º a 57º.

Havendo acordo entre a comissão de protecção e as pessoas a que se refere o art. 9º e 10º no tocante à medida a adoptar, a decisão é reduzida a escrito, tomando a forma de acordo, nos termos do disposto nos artigos 55º a 57º<sup>191</sup>, o qual é assinado pelos intervenientes (art. 98º, nº 3), incluindo a criança.

A oposição das crianças com mais de 12 anos impede automaticamente a intervenção da comissão de protecção, que, nos termos do art. 95º, comunica a

---

<sup>188</sup> Tal como determina o art. 87º, nº 1 e 3, da Lei de Protecção das Crianças e Jovens Perigo. Tais exames médicos apenas são ordenados se, assim, for julgado, como indispensável e exigido pelo interesse da criança.

<sup>189</sup> Norma geral que se aplica nas duas fases do processo: administrativa e judicial.

<sup>190</sup> Na execução da medida de acolhimento familiar, a criança com idade superior a 12 anos, ou com idade inferior, com maturidade para perceber o sentido de intervenção, tem o direito de ser ouvida pela instituição de enquadramento sobre o processo de escolha da família de acolhimento, assim como a participar na elaboração do Plano de Intervenção que lhe diz respeito - cf. o art. 5º Decreto-Lei nº 11/2008, de 17 de Janeiro.

Na regulamentação das medidas de promoção e protecção previstas no art. 35º, nomeadamente de apoio junto dos pais, apoio junto de outro familiar ou de confiança a pessoa idónea, reconhece-se à criança ou jovem o direito de ser ouvido e participar em todos os actos relacionados com a execução dessa medida, de acordo com a sua capacidade para entender o sentido da intervenção - art. 22º do Decreto-Lei 12/2008 de 17 de Janeiro.

Para além de ser ouvida pela comissão ou pelo tribunal, a criança ou jovem é devidamente informada e preparada para a concretização da medida de promoção e protecção, atendendo à sua capacidade para compreender o sentido da intervenção, assim, como é seu direito participar e colaborar em todos os actos da execução da medida, de acordo com a sua capacidade para entender os compromissos que lhe dizem respeito - cf. artigos 17º e 23º do Decreto Lei nº 12/2008 citado.

<sup>191</sup> Estas mesmas regras têm aplicação quando o acordo de promoção e protecção é realizado na fase judicial do processo de promoção e protecção, nos termos do art. 113º, nºs 1 a 3.

situação ao Ministério Público competente, remetendo-lhe o processo ou os elementos que considere relevantes para apreciação da situação.

Do mesmo modo, não havendo acordo, e mantendo-se a situação que justificou a aplicação da medida, a comissão de protecção remete o processo ao Ministério Público (art. 98º, nº 4).

Quando o acordo de promoção e protecção se mostrar manifestamente improvável ou quando se frustrar a decisão negociada a que alude o art. 112º, há lugar ao prosseguimento dos autos para a fase do debate judicial, com a notificação da criança ou jovem, com mais de 12 anos<sup>192</sup>, para, alegar, por escrito, querendo, e apresentar prova no prazo de 10 dias<sup>193</sup>.

Concluindo:

*A criança com idade igual ou superior a 12 anos tem capacidade para, pessoal, livre e autonomamente, exercer o direito de exprimir a sua opinião sobre os actos processuais que o afectem, ou seja, o direito de participar em todos os actos e 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 decisor<sup>194</sup> 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 capacidade da criança em exprimir o seu ponto de vista, é aferida em função de um dos elementos constitutivos do direito de participação da criança, manifestado na liberdade de emitir a sua opinião, enquanto que a valoração daquela mesma opinião integra o dever do decisor que, para esse efeito, deve dar à criança a oportunidade de livremente a exprimir.

---

<sup>192</sup> A par do Ministério Público, dos pais, do representante legal ou da pessoa que tenha a guarda de facto da criança ou jovem.

<sup>193</sup> Art. 114º, nº 1.

<sup>194</sup> 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.

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 vista<sup>195</sup>, independentemente da relevância que, posteriormente, venha ser dada pelos decisores à oposição que, eventualmente, venha a revestir a opinião que manifestou.

A capacidade para exprimir a opinião sobre a intervenção não tem que ser elaborada. Corresponde apenas ao ponto de vista da criança sobre a situação em concreto. Seja qual for a perspectiva que a criança exprimiu, aquela é sujeita a posterior valoração pelo adulto.

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 palavra<sup>196</sup> 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.

Voltando, ao exemplo, do bebé abusado<sup>197</sup>: tem capacidade para exprimir o que sente em relação ao agressor, mas não terá capacidade para compreender a forma como decorre o processo destinado a promover os seus direitos e a protegê-lo.

Tanto significa que possui aptidão para manifestar o seu sentir sobre as causas da intervenção e até mesmo a medida da protecção<sup>198</sup>, mas já não tem capacidade para compreender, por exemplo, o modo como 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, e, de outro, avaliar a capacidade da criança para compreender o sentido da intervenção, para os efeitos de definição da sua posição processual em relação à prática de determinados actos.

---

<sup>195</sup> Que pode ser de rejeitar ou aceitar a proposta dos responsáveis pela intervenção.

<sup>196</sup> 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.

<sup>197</sup> Ver supra pág. 34.

<sup>198</sup> Tem capacidade para exprimir o que sente em relação ao abusador e, por exemplo, à pessoa a quem possa vir a ser confiada.

A opinião da criança – seja ou não relevada para efeitos de oposição – assume especial relevância na definição da medida de promoção e protecção.

Veja-se, por exemplo, uma situação de perigo criada pela própria criança ou jovem, quando assume comportamentos ou se entrega a actividades ou consumos que afectam gravemente a sua saúde, segurança, formação, educação e desenvolvimento [al. f) do nº 2 do art. 3º].

Nestes casos, é de primordial importância envolver a criança na contratualização da medida de protecção, que, nos termos do art. 56º, nº3, pode conter directivas e obrigações relativamente a meios ou locais que aquela não deva frequentar, pessoas com quem não deva acompanhar, substâncias ou produtos que não deva consumir e as condições e horários dos tempos de lazer.

Note-se, ainda, que as crianças antes de exprimirem a sua posição sobre se aceitam ou não a intervenção da comissão de protecção, podem solicitar um prazo, não superior a 8 dias, para formar a sua ideia<sup>199</sup>, nos termos do art. 98º, nº 2, da Lei de Protecção de Crianças e Jovens em Perigo.

Por outro lado, o direito a requerer a revisão da medida antes de decorrido o prazo fixado no acordo de promoção e protecção, nos termos do art. 62º, nº 2, tem como implícito que a criança com menos de 12 anos, manifestou previamente uma opinião de adesão ao acordo.

Deste modo, a criança com menos de 12 anos de idade, ainda que não deduza qualquer oposição à intervenção, deve ser envolvida no acordo de promoção e protecção<sup>200</sup>, nele figurando como um interveniente autónomo dos demais, quer este ocorra na fase administrativa<sup>201</sup>, quer na fase judicial<sup>202</sup>.

Vale isto para dizer que a exigência a que alude o art. 55º, nº1, al. c) – as declarações de consentimento ou de não oposição necessárias - não se reduz à mera formalidade da «não oposição da criança e do jovem com mais de 12 anos», incluindo, também, aqui, a declaração emitida pela criança ou jovem com idade inferior: de adesão ou de oposição ao acordo.

Até, porque, em caso de oposição da criança com idade inferior a 12 anos, ao acordo de promoção e protecção, deve o decisor apreciar a relevância da dita oposição em função da capacidade da criança para compreender o sentido da intervenção, através de deliberação ou despacho fundamentado<sup>203</sup>.

A criança, com menos de 12 anos, deve, também, exprimir a sua opinião sobre a realização de exames médicos que possam ofender o seu pudor, nos termos do

---

<sup>199</sup> Que pode ir da rejeição à indiferença, passando pela oposição.

<sup>200</sup> Cf. artigos 55º a 57º.

<sup>201</sup> Art. 98º, nº 3.

<sup>202</sup> Art. 113º, nº 1.

<sup>203</sup> Deliberação da comissão de protecção ou decisão do juiz, conforme a fase processual.

art.87º, nº 1 e 4. Com efeito, só se poderá chegar à oposição relevante da criança, caso lhe seja dada a oportunidade de formar e emitir uma opinião sobre aquele acto.

Neste quadro legislativo, garante-se à criança com menos de 12 anos de idade, logo que seja necessária uma intervenção protectora, o direito de exprimir livremente a sua opinião sobre aquele assunto, de acordo com seu grau de desenvolvimento intelectual e psíquico, ou seja a sua capacidade natural.

A avaliação desta é casuística, impondo-se, por isso, verificar, caso a caso, se a criança consegue, com os meios adequados exprimir o que sente sobre o assunto que se está a apreciar. Se não for capaz de o fazer, então, aí, através de decisão fundamentada, julga-se a falta de capacidade da criança para emitir qualquer opinião<sup>204</sup>.

Do mesmo modo, se deve fundamentar a decisão que conclua que a opinião manifestada pela criança em «oposição» à prática de determinado acto, não se pode considerar relevante, em virtude de, no caso concreto, aquela declaração demonstrar que a criança não compreendeu naturalmente o sentido daquele acto.

Não decorre, assim, do art. 10º, que só tem aptidão para exprimir a sua opinião, as crianças que tenham idade igual ou superior a 12 anos e as que compreendam o sentido da intervenção.

Todas as crianças, independentemente da sua idade, têm o direito a exprimir a sua opinião, nos processos que lhe dizem respeito, ainda que seja necessário o recurso aos meios técnicos indicados no art. 86º.

Difícilmente concebemos que se consiga determinar o melhor interesse de uma criança sem nunca lhe ter visto o rosto ou percebido o que sente, pelo menos em relação ao assunto que está viver<sup>205</sup>.

A capacidade de compreensão a que ali se alude funciona como critério de valoração da opinião da criança (ou de oposição para determinados efeitos), e não como limitadora da capacidade da criança para exprimir a opinião (que como se viu, pode ser outra que não a de oposição).

Concluindo:

---

<sup>204</sup> A questão coloca-se em relação às crianças, cujos interesses estejam em conflito com o representante legal, que acabam por ficar ao lado e fora do processo. Os meios processuais existentes: curador provisório, representação pelo Ministério Público ou a nomeação de advogado não se mostram adequados à representação da criança que manifesta a falta de capacidade para compreender o sentido da intervenção.

<sup>205</sup> O primeiro contacto que o juiz tem com a criança deve, a nosso ver, ser realizado, sem a presença dos demais intervenientes processuais. Desta forma, perceber-se-á o modo de estar e de sentir da criança em relação ao assunto em questão, avaliando-se quais os meios mais adequados para que a criança se sinta livre e segura, quando exprimir a sua opinião.

*O novo modelo de justiça de crianças e jovens recorre a dois critérios para preencher o conceito de capacidade de discernimento<sup>206</sup> da criança para formar e exprimir a sua opinião: um objectivo e um outro subjectivo<sup>207</sup>.*

*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 fundamentada<sup>208</sup>.*

### **1.3. O dever do decisor de considerar a opinião da criança**

Depois de a criança ter formado e exprimido a sua opinião sobre um ou mais aspectos da intervenção protectiva, incumbe ao decisor apreciar e decidir o valor que atribui àquela opinião<sup>209</sup>.

A primeira valoração a fazer corresponde, desde logo, a constatar o estágio de desenvolvimento natural da criança, para aferir se não tem ou não aptidão para participar em determinado acto, nomeadamente, a «capacidade para compreender o sentido da intervenção», para efeitos do disposto nos artigos art. 10º, nº 2; 11º, al. c), 55º, nº1, al. c); 62º, nº 2; 84º, nº 1; 87º, nº 1 e 3, 98º, nºs 2 e 3.

A relevância dada à opinião da criança sobre cada um destes actos – que será relevada, de acordo com a sua capacidade para compreender o sentido da intervenção - manifesta, também, o juízo casuístico a que deve obedecer a valoração da opinião da criança.

Note-se que o superior interesse da criança – devidamente concretizado e fundamentado – pode justificar que a criança ou jovem não participe ou não seja ouvida em algum dos actos que lhe digam respeito.

De todo o modo, ouvir a opinião da criança, permite ao decisor percepcionar as necessidades e preocupações daquela. O ponto de vista da criança (único) permite uma decisão com maior acerto e adequação aos seus interesses.

---

<sup>206</sup> 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.

<sup>207</sup> 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.

<sup>208</sup> 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.

<sup>209</sup> A valoração da opinião da criança já é feita pelos nossos tribunais. Veja-se, a título de exemplo, o Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 28 de Junho de 2011.

A este propósito, o Acórdão da Relação de Lisboa de 17 de Fevereiro de 2004, chamando à colação o mencionado art. 12º da Convenção sobre os Direitos da Criança, decidiu em relação a dois jovens, de 14 e 7 anos de idade:

«Não se tendo provado que não tenham maturidade suficiente para formar uma opinião autónoma, e tendo ambos manifestado a sua vontade (...) essa vontade não pode deixar de ser tida em consideração, como impõe o respeito pelo seu direito constitucional ao desenvolvimento da personalidade».

O direito de audição e participação contribui, assim, para apreciação concreta do superior interesse da criança.

E, se a opinião da criança não salvaguardar o seu bem estar e o desenvolvimento integral (o seu melhor interesse<sup>210</sup>), levando a uma decisão diferente do desejo que formulou, há que explicar-lhe em que medida a sua opinião influenciou a decisão e quais as razões que determinaram a decisão concretamente tomada.

A participação da criança no processo decisório é, pois, um dos meios para chegar ao concreto interesse da criança<sup>211</sup>.

### **1.3.1 A capacidade da criança para compreender o sentido da intervenção**

Já se deixou nota<sup>212</sup> 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 verifique perigo para a sua segurança, saúde, formação, educação ou desenvolvimento<sup>213</sup>.

---

<sup>210</sup> O Acórdão da Relação de Lisboa de 27 de Outubro de 2011, decidiu que o juiz, uma vez manifestada a preferência da menor, com seis anos de idade, não está vinculado a segui-la, conservando o poder de apreciar, em concreto, o interesse da criança e podendo impor uma decisão contra a sua vontade. Do mesmo modo, o Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 14 de Janeiro de 2014, afirmou que, incumbe ao tribunal «a auscultação da vontade da criança ou do jovem, distinguir o verdadeiro do falso, a opinião do facto, quer naquilo que a criança ou jovem se contam a si próprios, quer por via daquilo que os outros lhe dizem».

Já o Acórdão da mesma Relação de 14 de Setembro de 2010 valorou a opinião dos jovens, por entender que, naquele caso, «os menores já não são propriamente crianças, encontrando-se na fase da pré-adolescência, sendo a sua opinião relevante em diversas matérias que lhe dizem respeito».

<sup>211</sup> Lansdown, Gerison (UNICEF – Save de Children) (2011) *Every Child's Right do Be Heard* (...) pág. 32.

<sup>212</sup> Ver supra pág. 58 a 61.

<sup>213</sup> 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 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.*

### **1.3.2. 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.<sup>214</sup>

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, nº1.

---

<sup>214</sup> Ver supra pág. 54 e 55.



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.*

A medida de promoção e protecção não se destina apenas e só a proteger a criança, mas também, a promover os seus direitos, devendo respeitá-la enquanto pessoa autónoma, deixando-a exprimir-se de acordo com as suas capacidades naturais<sup>215</sup>.

O que nos leva ao terceiro elemento constitutivo do direito de participação e audição, ou seja, aquele que assegura a realização dos dois primeiros (o de exprimir livremente a sua opinião, devendo esta ser considerada pelo decisor): a audição da criança.

## **2. O direito de audição da criança**

O direito de participação – que inclui o direito de exprimir uma opinião que deve ser considerada – só se assegura com a audição obrigatória da criança, através da qual, se lhe dá a oportunidade de falar, de expor a sua perspectiva, sobre os actos e a definição/decisão das medidas proferidas nos processos de natureza cível que lhe digam respeito.

---

<sup>215</sup> Sobre a comissão de protecção, o Ministério Público e os Juizes, recai o especial dever de garantirem a realização dos direitos de participação e audição da criança e não permitirem que a transformem, na prática, num sujeito sem voz protegido pelo direito

Também aqui, a questão se coloca em relação à criança com idade inferior a 12 anos, pois, há quem defenda<sup>216</sup> 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, deve 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).

## **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.

O que significa que a falta da exigência de notificação nos termos e para os efeitos do disposto no art. 114º, não diminui as garantias do direito de audição.

Pelo contrário reforça-as, devendo-se ter mais atenção, porque não estando expressamente previstas, mais facilmente podem ser esquecidas e desrespeitadas.

Para que tal não aconteça, e tendo em vista o exercício efectivo do contraditório – alegar por escrito – no debate judicial, impõe-se que a criança seja notificada para esse efeito, ou, pelo menos, notificada da designação da data do debate judicial.

É que, o art. 114º, ao conceder a possibilidade expressa de dar a oportunidade aos pais, representante legal e a quem tenha a guarda de facto ou à criança e jovem com mais de 12 anos, de alegarem por escrito, não retira o direito da criança com menos de 12 anos de contraditar os factos e a medida, nos termos aqui consagrados no art. 104º, ou nos termos gerais do Código de Processo Civil<sup>217</sup>.

Além de que «o juiz deve observar e fazer cumprir, ao longo de todo o processo, o princípio do contraditório, não lhe sendo lícito, salvo caso de manifesta desnecessidade, decidir questões de direito ou de facto, mesmo que de conhecimento

---

<sup>216</sup> 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.

<sup>217</sup> Dispõe o artigo 3º, nº 2, do Código de Processo Civil que, só nos casos excepcionais previstos na lei, se podem tomar providências contra determinada pessoa sem que esta seja previamente ouvida.

oficioso, sem que as partes tenham tido a possibilidade de sobre elas se pronunciarem», como resulta claramente do art. 3º, nº 3, do Código de Processo Civil, ex vi artigos 100º e 126º da Lei de Protecção das Crianças e Jovens em Perigo.

A criança e o jovem com menos de 12 anos têm, como qualquer outro cidadão, direito, nos termos do art. 20º, nº 4, da Constituição da República Portuguesa, a um processo equitativo.

Tendo, por isso, direito, a que as normas processuais lhe proporcionem, «os meios efectivos de defesa dos seus direitos ou interesses legalmente protegidos e paridade entre as partes na dialéctica que elas protagonizam no processo (Acórdão nº 632/99).

Um processo equitativo postula, por isso, a efectividade do direito de defesa no processo, bem como dos princípios do contraditório e da igualdade de armas (...).

Um processo equitativo e leal deve assegurar a cada uma das partes, o poder de expor as suas razões de facto e de direito perante o tribunal, antes que este tome uma decisão. É o direito de defesa dos interessados perante tribunais onde se discutem questões que lhe dizem respeito. As partes devem, por outro lado, poder exercer o direito de defesa em condições de igualdade, devendo-lhes ser assegurado o princípio do contraditório. (...) O conteúdo do direito de defesa e do princípio do contraditório resulta, *prima facie* que cada uma das partes deve poder exercer uma influência efectiva no desenvolvimento do processo, devendo ter a possibilidade não só de apresentar as razões de facto e de direito que sustentam a sua posição antes do tribunal decidir, mas também de deduzir as suas razões, oferecer as suas provas, controlar as provas do adversário e tomar posição sobre o resultado de umas e outras<sup>218</sup>».

Os nºs 2 e 3 do art. 104º, reforçam a consagração do princípio do contraditório, assegurado no debate judicial e, em todas as fases<sup>219</sup> do processo, quanto se aplicar a medida de promoção e protecção de confiança a pessoa ou a instituição com vista a futura adopção.

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 conflituantes (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 como formas de audição da criança e do jovem, mas também, como meios que garantem

---

<sup>218</sup> Miranda, Jorge e Medeiros, Rui (2005) Constituição Portuguesa Anotada, tomo I, págs. 192 a 194

<sup>219</sup> Conferência tendo em vista a obtenção de acordo e debate judicial

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, efectiva o direito de audição e de participação da criança.

A criança tem ainda direito ao recurso nos termos do art. 123º, nº 2, nos exactos termos dos pais, do representante legal ou de quem tenha a guarda de facto.

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 representantes<sup>220</sup> 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:

---

<sup>220</sup> 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.

«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 entenda<sup>221</sup> 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.

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.

Não concordamos com esta posição, não só pelas razões que deixámos explanadas quanto à concepção da criança, sujeito de direitos e à natureza de direito fundamental da 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 ouvido<sup>222</sup>, individualmente ou acompanhado pelos pais, pelo representante legal, por advogado da sua escolha ou oficioso ou por pessoa de confiança.

---

<sup>221</sup> Neste sentido, cf. o Acórdão da Relação de Coimbra de 29 de Março de 2011.

<sup>222</sup> 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.

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.

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)<sup>223</sup>.

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.

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

---

<sup>223</sup> 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 vista, o disposto na Constituição da República Portuguesa sobre a restrição dos direitos, liberdades e garantias<sup>224</sup>.

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 fundamentada<sup>225</sup>.

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»<sup>226</sup>.

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.

«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 teórica<sup>227</sup>».

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:*

---

<sup>224</sup> 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.

<sup>225</sup> 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.

<sup>226</sup> Directrizes do Comité de Ministros do Conselho da Europa sobre a Justiça adaptada às crianças, pág. 18.

<sup>227</sup> Barreto, Ireneu Cabral (2004) *Direitos da Criança na Convenção Europeia dos Direitos do Homem*: Direitos das Crianças, Corpus Iuris Gentium Conimbrigae,

*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 desaconselhe<sup>228</sup>, 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<sup>229</sup>.*

#### **IV. 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.

O art. 147º A da Organização Tutelar de Menores<sup>230</sup> 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 justiça<sup>231</sup>: 1) processos de promoção e protecção 2) processo tutelar educativo e 3) processos tutelares cíveis

##### **1. Processos de promoção e protecção**

Os processos de promoção e protecção são os regulados na Lei de Protecção de Crianças e Jovens em Perigo, e constituem os meios processuais adequados à apreciação, do que designamos, por medidas de protecção, em sentido lato, que englobam:

---

<sup>228</sup> 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.

<sup>229</sup> Cf. nota 19.

<sup>230</sup> Sob a epígrafe “Princípios Orientadores”.

<sup>231</sup> 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).



- as providências adequadas a remover o perigo vivenciado pela criança ou jovem, protegendo-as, e que podem ser aplicadas pela entidades com competência em matéria de infância e juventude – art. 7º da Lei de Protecção de Crianças e Jovens em Perigo;

- as medidas adequadas para protecção imediata da criança em perigo iminente para a vida ou integridade física, a que alude o art. 91º, da Lei de Protecção das Crianças e Jovens em Perigo, e que podem ser tomadas pelas entidades com competência em matéria de infância e juventude e pelas Comissões de Protecção.

- as medidas de promoção dos direitos e de protecção, ou seja, as providências adoptadas pelas comissões de protecção e pelos tribunais para proteger a criança e o jovem do perigo - cf. art. 5º, al. e) da Lei de Protecção de Crianças e Jovens em Perigo.

As medidas de protecção *lato sensu* correspondem às providências necessárias e adequadas a remover aquele perigo em que a criança ou jovem se encontre, as quais não se confundem nem se reduzem às medidas de promoção e protecção enquadradas na alínea e) do art. 5º da Lei de Protecção de Crianças e Jovens em Perigo.

Todos os processos que apreciem estas medidas são processos de promoção e protecção.

## **2. Processos tutelares educativos**

Os processos tutelares educativos destinam-se à apreciação e decisão de medidas tutelares educativas que visam a educação do menor para o direito e a sua inserção, de forma digna e responsável na vida em comunidade.

Na pendência de um processo tutelar educativo – fase de inquérito, jurisdicional e execução de medida - verificada uma situação de urgência, podem, também, ser decretadas as medidas de protecção em sentido amplo, verificada que seja a adequação à situação de urgência e à remoção do perigo (art. 43º, nº 1, al. c) e nº 2 da Lei Tutelar Educativa).

Este diploma mais do que verter o direito à audição e participação, consagra, uma verdadeira autonomia do jovem, quando entronca no princípio da intervenção mínima, com o inarredável respeito pelo direito do jovem à liberdade e à auto-determinação e o de, por regra, evoluir num ambiente sócio-familiar natural, sem constrangimentos por parte de outrem ou do Estado<sup>232</sup>.

---

<sup>232</sup> O Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 23 de Outubro de 2013, defendeu que, no caso de revisão oficiosa de medida tutelar educativa, fica ao critério do juiz a audição do Mº Pº, do menor e a da entidade encarregada da execução da medida, para efeitos do reexame dos pressupostos da medida tutelar aplicada ouvindo-os “sempre que necessário”.

### 3. Os processos tutelares cíveis

#### 3.1 A tipologia dos processos

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 VI<sup>233</sup>, 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 único<sup>234</sup> Título, com a designação de “Processos Tutelares Cíveis”, subdividido em dois Capítulos.

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 146º<sup>235</sup> e 147º<sup>236</sup> 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

---

<sup>233</sup> 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);

<sup>234</sup> Já que o outro Título respeita apenas e só às disposições finais e transitórias.

<sup>235</sup> 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; f) 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;

<sup>236</sup> 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.

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 Público<sup>237</sup> e seguem a tramitação prevista no Decreto-Lei nº 272/2001, de 13 de Outubro.

Também o exercício das responsabilidades parentais, quando homologado pela Conservatória do Registo Civil<sup>238</sup> 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 2000<sup>239</sup>, que, aplicando directa e automaticamente o conceito de capacidade de discernimento do art. 12º da Convenção sobre os Direitos da Criança, decidiu em relação a uma jovem de 13 anos, o seguinte:

---

<sup>237</sup> Art. 2º, nº 1, al. b) e d) e 4º, nº1 do Decreto-Lei nº 272º/2001, de 13 de Outubro.

<sup>238</sup> 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).

<sup>239</sup> Colectânea de Jurisprudência, ano XXV, Tomo IV, pág. 79 a 80.

«não havendo nos autos qualquer referência negativa da maturidade psíquica (...) aceita-se, sem dificuldade que terá um desenvolvimento mental correspondente àquela idade», sendo assim, «inegável que a ..., com 13 anos de idade completos, tem capacidade de discernimento que a coloca como destinatária» do art. 12º referenciado. «A sua voz deve, pois, ser escutada pelo julgador relativamente às questões que são eminentemente do seu interesse, como é o caso da forma como será exercido sobre si o poder paternal, face à separação dos pais. E, mesmo antes da vigência em Portugal da referida Convenção, sempre entenderíamos que ao menor em idade escolar devia ser facultada a possibilidade de opinar sobre o seu destino, no âmbito deste tipo de processos. Actualmente e em face destas disposições, o que poderia assumir a natureza de um poder discricionário do juiz, tornou-se uma vinculação legal, a ser observada relativamente a crianças dotadas pela sua idade e desenvolvimento de capacidade de discernimento».

*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.*

*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.*

### **3.2. Participação e audição vs Assistência a que alude o art. 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.

Que dizer?

Que assim era, quando a criança ainda assumia a qualidade de sujeito-menor protegido pelo direito.

Após a entrada em vigor do novo modelo de justiça de crianças e jovens, a consagração jurídica da criança, como sujeito titular de direitos, na sua tripla dimensão - pessoa humana, em desenvolvimento, com autonomia progressiva – opõe-se à transformação do direito de participar e ser ouvido nos processos de regulação do exercício das responsabilidades parentais numa simples sujeição a uma assistência autorizada na conferência dos seus pais.

Nos processos de regulação do exercício das responsabilidades parentais<sup>240</sup>, 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.

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 Menores<sup>241</sup> 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.

---

<sup>240</sup> Como, aliás, dos demais tutelares cíveis, em especial, aqueles em que se apreciam questões conexas com as responsabilidades parentais.

<sup>241</sup> 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.

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.

*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 noutra 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.

## QUARTA PARTE

### UM CASO CONCRETO

Não obstante o reconhecimento internacional e interno do direito à participação e audição da criança, em todas as decisões que a afectem e proferidas no âmbito dos processos de natureza cível, sabemos, que, na prática, não é reconhecido às crianças com menos de 12 anos de idade (e até mesmo com idade igual ou superior a 12 anos) o direito de, por si só, poderem praticar actos no processo, chegando mesmo a defender-se, que não possuem capacidade judiciária para exercerem o direito processual para requerer ao juiz a sua audição, como o demonstra o caso concreto que iremos analisar de seguida.

#### **I. A decisão da primeira instância<sup>242</sup>**

É pedido pelo progenitor, ao abrigo do Regulamento (CE) nº 2201/2003, aos Tribunais portugueses, o regresso de Maria, com 14 anos de idade que, veio de um país da União Europeia, para Portugal com a mãe e sem o consentimento do pai.

Sem que oiça a opinião da jovem, o juiz convoca a progenitora para uma diligência, onde esta se compromete a, voluntariamente, fazer regressar a filha até à residência do pai, no prazo de 8 dias.

Porém, quando a mãe chega a casa, comunicando esta decisão à jovem, esta recusa o regresso a casa do pai, não só porque não quer deixar os amigos e o meio escolar onde, agora, está inserida, mas também, porque terá sido maltratada no país de onde foi ilicitamente deslocada.

---

<sup>242</sup> As identificações são fictícias, para salvaguarda completa da intimidade e privacidade da jovem, respeitando, assim, a sua opinião.

Por isso, em requerimento escrito por si, pede ao juiz para a ouvir, o que este recusa, sem que invoque qualquer fundamento de facto ou de direito.

Ao ter conhecimento deste despacho, pede, de novo, ao juiz que lhe explique as razões pelas quais não lhe é dada a oportunidade de ser ouvida, tendo-lhe sido, também, negada, esta informação.

Igual atitude, tem o Ministério Público que rejeita ouvir a Maria.

Querendo recorrer dos despachos proferidos, a jovem solicita junto da Segurança Social apoio judiciário e subscreve uma procuração forense a favor de um advogado.

Requerida a junção aos autos da procuração e de cópia do pedido de apoio judiciário, com a concordância do Ministério é proferido o seguinte despacho:

«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.(...).

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».

Comunicou-se à Segurança Social que a jovem não tinha capacidade para requerer o apoio judiciário.

## **II. As questões suscitadas**

As questões suscitadas no caso em análise consistem em saber:

1. Se a jovem tem o direito de participar e ser ouvida num processo judicial em que se pede o regresso daquela ao país onde residia com o pai.
2. Se a jovem tem capacidade judiciária;
3. Se a jovem pode escolher livremente um advogado;
4. Qual o vício e efeitos da preterição audição da jovem.

## **III. Análise crítica**



## 1. O direito de participação e audição da jovem no processo em que se pede o regresso desta ao país de onde foi deslocada.

Independentemente das razões que justificariam ou não o regresso da jovem à residência do pai, o que se realça, desde logo, é o desrespeito e a desconsideração com que os pais, o Ministério Público e o Juiz tratam uma jovem com 14 anos de idade: um sujeito-menor sem voz, sem qualquer capacidade para participar numa decisão tão importante e que a afecta, como é a de regressar a um outro país, não lhe dando sequer, a oportunidade de ser ouvida, para expressar a sua opinião.

O direito de participação e audição da jovem foi, em nosso entender, manifestamente, violado.

Quando a mãe e o julgador, por acordo, tomam uma decisão que a afecta, sem ouvir a sua opinião, e sem a informarem dos seus direitos, tal como lhe é reconhecido e garantido pela ordem jurídica internacional<sup>243</sup> e interna<sup>244</sup>, desrespeitou-se o direito de participação da jovem.

Quer a mãe, quer o decisor estavam vinculados a ouvir a jovem sobre o seu regresso, antes de tomarem uma decisão.

A mãe ao assumir em nome da filha que a faria regressar a casa do pai, sem lhe ter dado a oportunidade de a ouvir, violou, o direito daquela de participação e audição num assunto que a afecta, designadamente o previsto no art. 1878º, nº 1, do Código Civil, que prevê que os pais, de acordo com a maturidade dos filhos, devem ter em conta a sua opinião nos assuntos familiares importantes e reconhecer-lhes autonomia na organização da própria vida<sup>245</sup>.

Ao conceder-se aos filhos o direito de formar e exprimir a sua opinião sobre assuntos familiares importantes, com o correlativo dever dos pais terem em conta a opinião dos filhos, que será valorada segundo a sua maturidade, bem como a reconhecer-lhes que organizem a sua vida, com autonomia, dá-se corpo ao direito de participação das crianças nos assuntos familiares.

Este direito de participação não significa que a opinião dos filhos se imponha perante os pais vinculando-os à vontade daqueles.

---

<sup>243</sup> Nomeadamente, o que a este propósito, refere o Regulamento Europeu, no Considerando nº 19, em que reforça o papel importante que a audição da criança desempenha na aplicação do diploma. Trata-se de um dever vinculado e não discricionário do juiz e a Convenção Europeia sobre dos Direitos do Homem.

<sup>244</sup> O Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 27 de Maio de 2008 reconhece que a decisão do tribunal, quando se reporte, a crianças ou jovens, «tem de respeitar os princípios fundamentais definidos no art. 4º da Lei de Protecção das Crianças e Jovens em Perigo».

Ora, entre eles, consta a **audição** obrigatória e a **participação das crianças**, segundo o qual jovem tem o direito a ser ouvido obrigatoriamente e a participar nos actos processuais e na decisão que determine o seu regresso.

<sup>245</sup> Oliveira, Guilherme, (2001) *A criança maltratada*, Temas de Direito da Família, Coimbra Editora, 2ª edição, defende, a propósito deste preceito, que o Código Civil, na versão de 1977, «impõe aos pais um dever positivo de respeito pela personalidade dos filhos».

Não se trata, como afirmou, Pires de Lima e Antunes Varela<sup>246</sup>, de proclamar «qual D. Pedro I nas plácidas margens do Ipiranga, a *independência* do filho menor «na organização da própria vida», para quem se transferiu a responsabilidade da decisão dos assuntos que respeitam aos filhos.

Os pais continuam responsáveis<sup>247</sup> por avaliar e decidir qual a solução que, no caso, satisfaz o melhor interesse do filho, tendo primacialmente em conta o seu superior interesse, assegurando ao filho a promoção do desenvolvimento da personalidade, dos seus dons e aptidões mentais e físicos, na medida das suas potencialidades.

Contudo, deixaram os pais de poder fazer a avaliação do que é melhor para os filhos, sozinhos, ponderando apenas e só os seus critérios, sem ouvir, sem conhecer a perspectiva do filho.

Por isso, a progenitora da jovem, antes de se comprometer em fazer regressar a filha a casa do pai, deveria tê-la auscultado, para saber qual era a sua opinião.

No que toca ao tribunal, a sua audição é imposta pelo art. 11º, nº 2, do Regulamento (CE) 2201/2003, artigo 13º da Convenção da Haia de 1980.

«A autoridade judicial ou administrativa pode também recusar-se a ordenar o regresso da criança se verificar que esta se opõe a ele e que a criança já atingiu uma idade e grau de maturidade tais que levem a tomar em consideração as suas opiniões sobre este assunto», lê-se, no último dos preceitos citados.

Ora, só se pode saber se a criança se recusa ou não a regressar, se efectivamente, lhe for dada a oportunidade de ser ouvida.

Daí que, o art. 11º, nº 2, do Regulamento reforce a obrigação da audição da criança, para que esta se possa pronunciar sobre o seu regresso.

Só assim não será, quando, através de despacho fundamentado, se verificar que a audição da criança é inadequada em função da sua idade e grau de maturidade.

Não tendo sido colhida a opinião de uma jovem de 14 anos sobre o seu regresso a casa da mãe, violou-se, o direito que lhe é concedido, pelos normativos supra citados.

Quando a jovem requer ao juiz para ser ouvida e lhe é negado esse direito, violou-se, o direito à sua audição.

---

<sup>246</sup> Pires de Lima e Antunes Varela, *Código Civil Anotado* (1995), Volume V, Coimbra Editora, pág. 389.

<sup>247</sup> Sobre a articulação entre os poderes dos adultos e os direitos das crianças, cf. Morrow, Virgínia (1999), “*We are people too*”; *Children’s and young people’s perspectives on children’s rights and decision-making in England*, The International Journal of Children’s Rights, Vol. 7, pág.s 149 a 170.

Por último, é-lhe coarctado o acesso ao exercício do direito de participação e audição, quando a impedem de ter acesso ao processo, de reclamar e/ou recorrer da decisão e de ser representada por um advogado.

Neste caso, a jovem ficou reduzida à sua condição de «menoridade civil», sem que lhe fossem garantidos os direitos de protecção decorrentes daquela incapacidade, como veremos de seguida.

## 2. A incapacidade judiciária

Consistindo a capacidade judiciária<sup>248</sup> na susceptibilidade de estar, por si, em juízo, tendo por base e por medida a capacidade do exercício de direitos, há que averiguar se a jovem de 14 anos era dotada ou não desta capacidade para por si só exercer o direito de ser participar e ser ouvida no processo.

Assim:

Os menores - pessoas que ainda não tiverem completado 18 anos – carecem de capacidade para o exercício de direitos, salvo se existir disposição legal a estipular o contrário (artigos 122º e 123º do Código Civil).

A incapacidade dos menores termina quando atingem a maioridade ou forem emancipados, ou seja, quando perfizerem 18 anos ou se casarem (artigos 129º, 130º e 132º do Código Civil).

Com a maioridade ou emancipação<sup>249</sup>, a pessoa adquire plena capacidade para o exercício de direitos, ficando habilitada a reger a sua pessoa e a dispor dos seus bens (art. 130º e 133º do Código Civil).

No entanto «a incapacidade do menor continua a não ser rigidamente determinada, nem sequer obedecendo a faixas etárias de capacitação rigorosamente fixada. A menoridade era e continua a ser considerada, não como uma causa anormal e rígida de incapacidade (...), mas como um estágio normal e progressivo para a aquisição da plena capacidade de exercício. Os actos praticados ao longo desse estágio estão sujeitos a um regime bastante flexível e adaptável às circunstâncias de cada caso concreto.

Não é outro o sentido do apelo feito à capacidade natural do menor na al. b) do art. 127º<sup>250</sup>».

Neste quadro normativo pode afirmar-se que, uma pessoa com menos de 18 anos de idade tem capacidade jurídica para o exercício de um determinado direito, sempre que a lei lha atribua expressamente.

---

<sup>248</sup> Art. 15º, nºs e 2, do novo Código de Processo Civil

<sup>249</sup> Salvo o disposto no art. 1649º do Código Civil.

<sup>250</sup> Varela, Antunes e Lima, Pires (1982) *Código Civil Anotado*, Volume I, pág. 141.

Um desses casos é, a nosso ver, o estatuído nos artigos 13º da Convenção de Haia de 1980 e o art. 11º, nº 2, do Regulamento (CE) 2201/2003<sup>251</sup>, segundo os quais, a criança tem o direito de se poder opor ao pedido de regresso ao país de onde foi ilicitamente deslocada, devendo, para esse efeito, ser ouvida pelo tribunal requerido.

Reconhecida à criança com idade igual ou superior a 12 anos, o direito de, pessoal, livre e autonomamente, exercer o direito de participar e de ser ouvida neste tipo de processos<sup>252</sup>, possui, capacidade jurídica para o exercício daquele direito, nos termos, do nº 1, primeira parte do art. 123º do Código Civil<sup>253</sup>.

Ademais, trata-se de um direito pessoal que, nos termos do art. 1881º, nº 1, do Código Civil, deve ser exercido pelo próprio titular.

Ora, se, no caso, foi preterido o direito da jovem a emitir a sua opinião sobre o seu regresso, direito, para o qual tinha capacidade de exercício, então, tem, também, capacidade judiciária para requerer, no processo, a sua audição.

É que, como se disse, a capacidade judiciária consiste, nos termos do art. 15º, nºs 1 e 2, do novo Código de Processo Civil, na susceptibilidade de estar, por si, em juízo, tendo por base e por medida a capacidade do exercício de direitos.

A jovem possuía, assim, capacidade para, processualmente, exercer o direito que lhe assistia, requerendo ao juiz a sua audição, com vista a expressar a sua opinião sobre o seu regresso a casa da mãe.

Outra interpretação esvazia de todo o conteúdo o direito de participação e audição da jovem.

Consequentemente, possui, capacidade judiciária para, por si só, praticar os actos processuais que directa e expressamente lhe são conferidos por lei, entre os quais se conta o de requerer a sua audição, reclamar<sup>254</sup> e/ou recorrer do despacho que lhe recusa aquele direito.

De qualquer modo, sempre se dirá, que, caso se entendesse, que a jovem não tinha capacidade judiciária, carecendo de ser representada pelos seus pais, como se afirma no despacho acima transcrito, ainda, assim, a consequência legal, não seria a de «ver os seus pedidos indeferidos liminarmente, quer sejam por ela subscritos, de per si, quer o sejam através da sua mandatária».

---

<sup>251</sup> Já que integram directamente o direito interno.

<sup>252</sup> Como se deixou explicitado em supra, al. a) do nº 1.2.3, III da Terceira Parte, a Lei de Protecção de Crianças e jovens em Perigo – aplicável aos processos onde se apreciem aspectos inerentes às responsabilidades parentais – confere à criança com idade igual ou superior a 12 anos, uma posição processual autónoma em relação aos seus pais, representante legal ou pessoa que tenha a guarda de facto e ao Ministério Público, conferindo-lhe o direito de, pessoal e livremente, participar nos actos processuais e na decisão que a afecte.

<sup>253</sup> O mesmo se diga quanto à criança com idade inferior a 12 anos que tenha deduzido oposição ao regresso, oposição essa julgada relevante de acordo com a sua idade e maturidade.

<sup>254</sup> Arguindo vícios da decisão [v.g por falta de fundamentação (art. 154º e art. 615º do Código de Processo Civil)] ou nulidades processuais, nos termos dos artigos 195º a 199º do mesmo diploma.

Na verdade, para os casos de incapacidade, dispõe o artigo 28º, nº1, do Código de Processo Civil, que, recai sobre o juiz o dever, de, oficiosamente, providenciar pela regularização da instância.

A regularização da instância *sub judice* corresponderia à notificação dos pais, nos termos e para os efeitos do artigo 27º, do Código de Processo Civil<sup>255</sup>.

Havendo desacordo dos pais acerca da renovação dos actos praticados pela jovem, então tal desacordo seria dirimido, nos termos do art. 18º<sup>256</sup>, do mesmo diploma.

Porém, em vez, de se tomarem as diligências para regularizar a instância, antes se optou, por pressupor, que a jovem não «conseguiria» «estar legalmente representada em juízo» «atenta a posição do progenitor».

Se assim, acontecia, mais não restava ao tribunal, do que verificar se os interesses da jovem estavam em conflito com o de um ou de ambos os pais, decidir quem, naquele caso representaria a jovem: se um dos pais ou um curador especial<sup>257</sup>.

Tudo isto para dizer que, mesmo que se entendesse que a jovem não possuía capacidade judiciária, ainda assim, a consequência legal e processual que temos por mais adequada não era a de indeferimento liminar de todos os requerimentos, mas sim, a tomada de medidas destinadas a suprir a referida incapacidade judiciária, garantindo-se à jovem, o acesso ao direito.

### 3. O direito a escolher advogado e ao apoio judiciário

O direito de qualquer pessoa ter acesso à justiça e a beneficiar de um processo equitativo – em todas as 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) – é, também, aplicável às crianças, reconhece a Convenção Europeia dos Direitos do Homem e o art. 20º, nº 4, da Constituição da República Portuguesa.

---

<sup>255</sup> Se a irregularidade verificada consistir na preterição de algum dos pais, tem-se como ratificado o processado anterior, quando o preterido, devidamente notificado, nada disser dentro do prazo fixado.

<sup>256</sup> Sob a epígrafe, «desacordo entre os pais na representação do menor», dispõe o seguinte: 1 - Se, sendo o menor representado por ambos os pais, houver desacordo entre estes acerca da conveniência de intentar a acção, pode qualquer deles requerer ao tribunal competente para a causa a resolução do conflito. 2 - Se o desacordo apenas surgir no decurso do processo, acerca da orientação deste, pode qualquer dos pais, no prazo de realização do primeiro ato processual afectado pelo desacordo, requerer ao juiz da causa que providencie sobre a forma de o incapaz ser nela representado, suspendendo-se entretanto a instância. 3 - Ouvido o outro progenitor, quando só um deles tenha requerido, bem como o Ministério Público, o juiz decide de acordo com o interesse do menor, podendo atribuir a representação a só um dos pais, designar curador especial ou conferir a representação ao Ministério Público, cabendo recurso da decisão. 4 - A contagem do prazo suspenso reinicia-se com a notificação da decisão ao representante designado. 5 - Se houver necessidade de fazer intervir um menor em causa pendente, não havendo acordo entre os pais para o efeito, pode qualquer deles requerer a suspensão da instância até resolução do desacordo pelo tribunal da causa, que decide no prazo de 30 dias.

<sup>257</sup> Cf. art. 18º do Código de Processo Civil e art. 1881º, nº 2 do Código Civil.

O princípio do primado de direito deve ser plenamente aplicado às crianças tal como é aplicado aos adultos<sup>258</sup>.

A jovem de 14 anos, tem assim, direito a ser representada por advogado para poder exercer e garantir o seu direito de exprimir a sua opinião sobre o seu regresso a casa do pai.

A questão que se coloca é a de saber se a jovem pode escolher um advogado da sua confiança para a representar no processo.

Defendemos que sim, pelos seguintes argumentos:

A jovem, com 14 anos tem, como vimos, capacidade para exercer por si o direito de participar e ser ouvida sobre o seu regresso a casa do pai, pois tal direito constitui uma excepção à sua incapacidade geral de exercício de direitos.

Deve, por isso e, neste aspecto, ser tratada como adulto, no que respeita ao exercício do direito e à forma de como o quer exercer<sup>259</sup>.

O acto de escolher um advogado para fazer valer o seu direito em juízo, insere-se dentro do âmbito do seu direito de participação e audição. Expressar livremente a sua opinião significa, também, poder fazê-lo, por si ou através de um representante, que bem pode ser um advogado da sua confiança.

Daí que não vejamos óbice a que a jovem possa escolher um advogado para a representar no processo<sup>260</sup>, desde que essa escolha, não seja fonte de outras obrigações que excedam os limites do direito que pessoal, livre e autonomamente, pode exercer, designadamente, pecuniárias.

Por outro lado, se, de um lado, a criança que possua «capacidade de entender e querer exigida pela natureza do negócio que haja de efectuar» pode ter poderes de representação<sup>261</sup>, através da constituição de um mandato (art. 1178º, nº 1, do Código Civil), e, de outro, pode celebrar negócios jurídicos próprios da sua vida corrente que, estando ao alcance da sua capacidade natural, só impliquem despesas, ou disposições de bens de pequena importância (art. 127º, nº 1, al. b), do Código Civil), poderá, por analogia<sup>262</sup>, recorrer ao mandato judicial<sup>263</sup> para escolher advogado que a represente no processo<sup>264</sup>.

---

<sup>258</sup> Directrizes do Comité de Ministros do Conselho da Europa sobre a Justiça adaptada às crianças, pág., 18.

<sup>259</sup> No sentido de que o maior de 16 anos, podendo constituir-se assistente, em conformidade com o disposto no art. 68º, nº1, al. a), do Código de Processo Penal, também pode passar procuração a advogado para o representar nessa qualidade, cf. o Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 3 de Junho de 2009.

<sup>260</sup> Nos termos do art. 12º, nº 2 da Convenção sobre os Direitos da Criança, a criança pode escolher livremente quem a represente no processo, podendo ser um advogado.

<sup>261</sup> Art. 263º do Código Civil

<sup>262</sup> No sentido de que os menores, de qualquer idade, podem prestar consentimento para todos os actos de assistência médica que se revistam de pequena importância e que estejam ao alcance da sua capacidade natural, fundamentada no art. 127º, nº, 1, al. b), cf. Oliveira, Guilherme (1999) *O Acesso dos Menores aos Cuidados de Saúde*, Revista de Legislação e Jurisprudência, ano 132º, nº 3898, pág. 16 a 19. Sobre a conjugação dos artigos 123º, 127º e 1881º, do Código Civil, veja-se, entre outros, Guimarães, Maria da Nazareth Lobato (1982) *Ainda Sobre os Menores e Consultas de Planeamento Familiar*, na Revista do Ministério Público, ano 3, volume 9, páginas 193 a 201.

Defendemos, pois, que a jovem, tem capacidade de exercício para outorgar a procuração a favor do advogado que escolheu, desde que a constituição do mandato judicial não lhe traga obrigações jurídicas para além das que pode pessoalmente exercer.

Como tinha capacidade de exercício para requerer o apoio judiciário e para reclamar e/ou recorrer dos despacho que lhe eram desfavoráveis<sup>265</sup>.

Por último, diga-se que o acesso ao direito e à tutela jurisdicional efectiva do direito da jovem exprimir a sua opinião sobre o seu regresso a casa do pai<sup>266</sup> deveria ter sido assegurado com a nomeação obrigatória de um advogado<sup>267</sup>, dado que os interesses da jovem colidiam com os dos progenitores.

#### **4. Preterição da audição: natureza do vício e efeitos**

Do que acabamos de expor, podemos afirmar que, no caso concreto, a realização do direito de participação e audição da jovem só teria ficado garantido se o Ministério Público e/ou o Juiz lhe tivessem dado a oportunidade de exprimir a sua opinião, designando, para esse efeito, dia para a sua audição e, se, depois, de a terem ouvido, tivessem considerado, na decisão final, a sua opinião, de acordo com a sua idade e maturidade.

Não o tendo feito, violou-se não só o direito de participação e audição da jovem, mas também, o dever legal<sup>268</sup> do juiz ouvir, obrigatoriamente, a criança, em todos os aspectos importantes da sua vida, *maxime*, os que integrem o conteúdo das responsabilidades parentais.

A questão que, agora, se coloca, é a de saber, se tal omissão constitui uma nulidade, pois, como se sabe, nos termos do art. 195º, do Código de Processo Civil, o acto preterido só produz nulidade, quando se verificar uma de duas situações:

- A lei comina com nulidade o vício cometido, ou,

---

<sup>263</sup> Nos termos do Artigo 43º do Código de Processo Civil, o mandato judicial pode ser conferido: a) Por instrumento público ou por documento particular, nos termos do Código do Notariado e da legislação especial ou b) Por declaração verbal da parte no auto de qualquer diligência que se pratique no processo.

<sup>264</sup> O conteúdo e alcance do mandato judicial vêm previstos no art. artigo 44.º do Código de Processo Civil.

<sup>265</sup> Com fundamento no art. 123º da Lei de Protecção das Crianças e Jovens, aplicável às decisões que apliquem, alterem ou façam cessar medidas tutelares cíveis, por força do novo modelo de justiça de crianças e jovens. Diga-se, que não faria sentido que uma criança tenha legitimidade para recorrer de uma medida de promoção e protecção que, pela própria natureza é provisória – só perdura enquanto se mantiver a situação de perigo – e não o pudesse fazer em relação a uma decisão tutelar cível, de cariz mais definitivo.

<sup>266</sup> Como decorre do art. 20º da Constituição da República Portuguesa

<sup>267</sup> Cf., também, o art. 103º, nº 2, da Lei de Protecção de Crianças e Jovens em Perigo.

<sup>268</sup> Defendendo que a criança tem que ser ouvida directamente pelo juiz e não através do «inquérito social», decidiui a Relação de Lisboa, no Acórdão de 5 de Julho de 2000, já citado, que a «criança deve transmitir directamente ao juiz a sua vivência dos factos, tal como eles são apreendidos pela sua inteligência e pela sua sensibilidade, manifestando livremente a sua vontade relativamente ao relacionamento com os pais e familiares». No sentido de que nos processos de jurisdição voluntária a audição «dos menores e da família natural pode muito bem limitar-se a uma audição indirecta, através da Segurança Social», cf. o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 15 de Maio de 2007.

- A irregularidade cometida influi no exame ou na decisão da causa.

A este propósito, decidiu-se no Acórdão da Relação de Lisboa, de 14 de Abril de 2005, que a preterição da audição das crianças (pelo menos, as que tinham 15 e 16 anos de idade)<sup>269</sup> corresponde a uma «omissão de formalidade prevista na lei. Porém, tal omissão só constituirá nulidade se, em concreto, for susceptível de influir no exame da causa (...) o que não ocorre no caso».

Fundamenta esta sua asserção na circunstância do tribunal não estar sujeito a critérios de legalidade estrita, por se tratar de um processo de jurisdição voluntária<sup>270</sup>, podendo, por isso, «adoptar a solução que julgue mais conveniente».

Salvo o devido respeito por esta opinião, com ela não concordamos.

Na verdade, mesmo nos processos de jurisdição voluntária, os poderes conferidos ao juiz, estão vinculados, à observância do princípio do contraditório, sendo certo que a criança é uma pessoa em desenvolvimento com autonomia progressiva, em relação aos seus pais, ao representante legal ou a quem tenha a sua guarda de facto, com os direitos que directa e expressamente lhe são conferidos por lei.

A audição da criança nos processos que lhe dizem respeito, enquanto meio instrumental à realização do seu direito de exprimir a sua opinião e de ver esta valorada pelo decisor, equivale, em sentido amplo, ao princípio do contraditório.

Ou seja, nenhuma decisão que a afecte pode ser tomada sem que se lhe dê a oportunidade de se pronunciar sobre ela.

A violação do princípio do contraditório<sup>271</sup> é, quanto a nós, susceptível de influir na decisão sobre o regresso, pois foi tomada sem considerar a opinião da jovem, elemento primordial na definição do seu interesse.

Acresce que:

Existindo um processo que se destina, exclusivamente, a proferir uma decisão sobre um dos aspectos da vida da criança, temos por evidente, que a parte principal do processo é a criança.

Ora, interpretando art. 219º, nº 1, do novo Código de Processo Civil, em relação aos processos de jurisdição de crianças e jovens, podemos afirmar que a citação da criança e do jovem<sup>272</sup>, será o meio processual adequado para lhe dar conhecimento de que foi instaurado um processo judicial, no âmbito do qual se irá proferir uma decisão que a afecte, ou a chamá-lo pela primeira vez ao processo.

---

<sup>269</sup> Que deveriam ter sido ouvidas, no âmbito de um processo de regulação do exercício das responsabilidades parentais  
<sup>270</sup> Cf. art. 150º da Organização Tutelar de Menores e 1410º do anterior Código de Processo Civil

<sup>271</sup> Neste sentido, cf. o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 30 de Novembro de 2011 – acessível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt) – que decidiu que a violação do princípio do contraditório, sendo susceptível de influir no exame e decisão da causa, teve como consequência a anulação da decisão recorrida e de todos os actos que dela dependam absolutamente.

<sup>272</sup> Que, como vimos, assume uma posição autónoma no processo, em relação aos seus pais, representante legal, ou pessoa que tenha a guarda de facto.



Sendo este acto omitido, estamos perante uma verdadeira falta de citação [art. 188º, al. a) do Código de Processo Civil] - uma nulidade principal (art. 198º do mesmo diploma) - que tem como consequência a nulidade de todo o processado subsequente ao acto omitido [art. 187, nº 1 al. a) daquele compêndio normativo].

Ademais, a preterição da audição da criança influi no exame ou decisão da causa, pois esta forneceria elementos ao decisor para melhor ajuizar e valorar o real interesse daquela.

A total preterição da audição da criança num processo que lhe diga respeito, viola o direito fundamental de participação e audição, pois a audição é essencial à garantia do direito da criança exprimir a sua opinião e de a ver valorada pelo decisor.

Nestas circunstâncias, pugnamos que a omissão audição da jovem, com 14 anos de idade, como era o caso da Maria, constitui uma nulidade principal de conhecimento oficioso, que importa a anulação da decisão proferida bem como dos actos processuais dele dependentes, tal como preceitua o art. 196º e 187º, do Código de Processo Civil.

## 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.

O conteúdo do direito de participação e audição é composto por três elementos: (1) o direito da criança exprimir livremente a sua opinião nos actos e na definição das medidas de promoção e protecção; (2) o dever do decisor valorar aquela opinião, em função da sua idade ou maturidade ou capacidade para compreender o sentido de intervenção; (3) assegurando para esse efeito, a audição da criança ou jovem.

A capacidade natural da criança para formar e exprimir uma opinião não se confunde com o dever do decisor a valorar, 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 ou incapacidade para ter voz no processo.

Contudo, pode afirmar-se que, em bloco, o novo modelo de justiça de crianças e jovens recorre a dois critérios para preencher o conceito de capacidade de discernimento da criança para formar e exprimir a sua opinião: um objectivo e um outro subjectivo.

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 lhes 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 tribunal<sup>273</sup>.

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.

---

<sup>273</sup> 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.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

### Estrangeira

- Anderson, P. (1995). *Listening to children: children, ethics and social research*. Essex: Barnardos.
- Boyden, J., & Ennew, J., (1997). *Children in focus: a manual for participatory research with children*. Stockolm, Sweden: Radda Barnen.
- Crowley, P. (1998). *Participacion infantil: para una definicion del marco conceptual. Seminario "La participacion de niños y adolescentes en el contexto de la convencion sobre los derechos del niño: vision e perspectivas"*. Bogotá.
- Holt, John (1974) *Escape from children. The needs and rights of the children*: E. P. Dutton.
- Lansdown, Gerison (1994), *Children Right's In. B. Mayall Children's childhoods: observed and experienced*. London, Falmer Press.
- Lansown, Gerison (UNICEF – Save de Children), *Every Child's Right to Be Heard, A resource Guide on the un Committee on the Rights of the Child General Comment nº 12*.
- Lansdown, Gerison, (2001). *Promoting children's participation in democratic decision-making*. Florence: Innocenti Research Centre.
- Meulders-Klein, M. T., (1999). *Droits Des Enfants et responsabilité parentals: Quel juste équilibre*.
- Meulders-Klein, *La Personne, La famille et le droit, 1968-1998 Trois décennies de Mutations en Occidant*. Bruylant, Bruxelles: LGDJ.
- Shier, H. (2001). *Pathways to participation: Opennings, Opportunities and Obligations*. *Children e Society*, 15.
- Théry, Irene (2007) *Novos Direitos da Criança – a poção mágica?* in a Lei e as Leis. *Direito e Psicanálise*, Rio de Janeiro, Revinter
- Van Buren, Geraldine (1995) *The International Law and Rights on the Right of the child in Fordham International Law Journal*, Volume 19, artigo 28.

## Portuguesa

- Alexandrino, José de Melo (2008) *Os Direitos das Crianças Linhas para uma Construção Unitária*: Revista da Ordem dos Advogados, ano 68, vol. I.
- Almeida, M., (1981). *Efeitos da filiação, Reforma do Código Civil*. Lisboa: Ordem dos Advogados.
- Baptista-Lopes, M. M., & Duarte da Fonseca, A.C., (1991). *Aspectos da Relação Jurídica entre pais e filhos, Infância e Juventude, Justiça – Os caminhos da mudança*. Número especial 232.
- Barreto, Ireneu Cabral (2004) *Direitos da Criança na Convenção Europeia dos Direitos do Homem: Direitos das Crianças, Corpus Iuris Gentium Conimbrigae*.
- Canotilho, Gomes, (2002), *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*.
- Canotilho, Gomes e Moreira, Vital (2007) *CRP Anotada – Artigos 1º a 107*.
- Carvalho, O., (s.d.). *A teoria geral do direito civil: sumários desenvolvidos para uso dos alunos do 2º ano (1ª turma do curso jurídico 1980/1981)*.
- Carvalho, Orlando (1981) *Para uma teoria da Relação Jurídica Civil, I, A Teoria Geral da Relação Jurídica, Seu sentido e Limites*. Centelha.
- 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.
- Carvalho Fernandes, L., (2001). *A Teoria Geral do Direito Civil, I – Pressupostos da Relação Jurídica*.
- Clemente, Rosa (2009), *Inovação e Modernidade no Direito de Menores - A perspectiva da Lei de Protecção de Crianças e Jovens em Perigo*, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Centro de Direito da Família, Coimbra Editora.
- Coelho, P., (2001). *Curso de Direito da Família, Introdução, Direito matrimonial*, vol.I.
- Epifânio, Rui M. L; Farinha, António H. L. (1997): *Organização Tutelar de Menores – Contributo para uma nova visão interdisciplinar do direito de menores e da família*.
- Gonçalves, Cunha (1929), *Tratado de Direito Civil em Comentário ao Código Civil*, volume I.
- Guimarães, Maria da Nazareth Lobato, (1982), *Ainda Sobre os Menores e Consultas de Planeamento familiar*, *Revista do Ministério Público*, Ano 3, vol.9.
- Guimarães, P., (2001). *Uma aventura na terra dos direitos Instituto para o desenvolvimento Social*.

- Horster, H. E., (1993). *A parte Geral do Código Civil Português, Teoria Geral do Direito Civil*, Coimbra Almedina.
- Leandro, Armando Gomes (2001) *Protecção dos Direitos da Criança em Portugal: Direitos das Crianças*, Corpus Iuris Gentium Conimbrigae, 3.
- Leandro, Armando Gomes (2009), *Crianças e Jovens em Notícia*, Livros Horizonte.
- Leite de Campos, D., (s.d.). *Direito da Família e das Sucessões*.
- Machado, J. B., (2010). *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*. Coimbra, Edições Almedina.
- Martins, Rosa, (2001). *Processos de jurisdição voluntária: acções de regulação do poder paternal: audição do menor*, Separata do Boletim da Faculdade de Direito, vol. 77.
- Martins, Rosa, (2004). Poder paternal vs autonomia da criança e do adolescente, *Separata de Lex Familia: Revista Portuguesa de Direito da Família*.
- Martins, Rosa, (2008) *Menoridade, (In) capacidade e Cuidado Parental* Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Centro de Direito da Família.
- Martins, Rosa, (2008). *Responsabilidades parentais no século XXI: a tensão entre o direito de participação da criança e a função educativa dos pais*, *Lex Familia: Revista Portuguesa de Direito da Família*, ano V, nº 10.
- Martins, Ernesto Candeias (2006) *A Infância desprotegida na primeira metade do século XX*, Revista de Infância e Juventude, Outubro-Dezembro, 06-04.
- Mendes, Castro (1983). *Teoria Geral do Direito Civil*, vol II, AAFDL.
- Mendes, Castro, *Direito Civil, Teoria Geral*, Lições dadas no ano lectivo de 1978/1979, Volume I.
- Mendes, Castro e Sousa, Teixeira (1990-1991). *Direito da família*, AAFDL.
- Menezes Cordeiro, (1999). *Tratado de Direito Civil Português*, parte Geral, tomo I.
- Miranda, Jorge, (1978) *A Constituição de 1976 – formação, estruturação, princípios fundamentais*.
- Miranda, Jorge, (1990). *Sobre o poder paternal RDES*, Janeiro-Dezembro, ano Ano XXXII, 1990.
- Miranda, Jorge e Medeiros, Rui (2005) *A Constituição da República Portuguesa Anotada*, tomo I.
- Mónaco, G. F.de C., *O 15º aniversário da Convenção Sobre os Direitos da Criança: contributo para o aprofundamento e implementação do direito internacional dos direitos humanos*, Revista de Infância e Juventude, nº 4 Outubro-Dezembro.
- Mónaco, G. F.de C., & Campos, M.L.F., (2006) *O direito à audição de crianças e jovens em processos de regulação do exercício do poder familiar*, Revista de Infância e Juventude, nº1 Janeiro-Março.



- Moreira, Vital (2007), *CRP Anotados artigos 1º a 107º*, Coimbra Editora.
- Morrow, Virginia (1999), 'We are people too': *Children's and young people's perspectives on children's rights and decision-making in England. The International Journal of Children's Rights* 7: 149-170.
- Queoz, Nicolas (1991): *Protecção, intervenções e direitos das crianças e jovens*: Revista de Infância e Juventude, Outubro – Dezembro 91.4.
- Pais, Marta Santos (2000) *Child Participation*, Documentação e Direito Comparado, nº 81 e 82.
- Pais, Marta Santos, (1996) Aspects juridiques concernant la participation des enfants à la vie familiae, *Documentação e Direito Comparado*, nº 65 e 66.
- Pais, José Manuel Santos (2005) *Direito à participação das crianças: um conto á procura dos seus autores*, Revista de Infância e Juventude, 05.1.
- Oliveira, Guilherme,(1999), *O acesso dos menores aos cuidados de saúde*, RLJ ano 132, nº 3898.
- Oliveira, Guilherme, (2001), *A criança maltratada*, Temas de Direito da Família, Coimbra Editora, 2ª edição.
- 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.
- Pinto, C., e Mota A., *Teoria Geral do Direito Civil*.
- Ribeiro, Alcina da Costa, *Autonomia da Criança no tempo de criança* (2010), Separata de Estudos em Homenagem a Rui Epifânio.
- Saias, M. A., (2002). *A Convenção dos Direitos da Criança*. Revista da Faculdade de Direito de Lisboa, vol. 43, nº1.
- Santos, L., Jorge, A. & Antunes, I., (2000). *Carta da criança hospitalizada: comentários*. IAC, Caderno 1.
- Silvam, Gomes, *Tratado de Direito Civil*, vol. II.
- Smeets, C.,(2003). *Um advogado das Crianças*, Revista da Infância e Juventude, nº 2.
- Soares, Natália Fernandes (2004). *Infância e Direitos: as marcas da diversidade e da participação em quarto andamento*.
- Sotto Mayor, M. C., (1998). *Breves reflexões sobre a evolução do estatuto da criança e a tutela do nascituro*, Nos 20 anos da Faculdade de Direito da UCP, Porto.
- Sousa, R.C. de, (2004). *As partes especiais dos direitos da Família e das sucessões, A parte geral e as outras partes especiais no Código Civil*, Separata de Comemorações dos 35 anos da reforma de 1977. Coimbra Editora.
- Sousa, R.C. de, (1995). *O direito geral de personalidade*. Coimbra.

- Tomás, Catarina, (2001), *Posso falar? De um direito adquirido a um direito subtraído*, Revista de Infância e Juventude, Lisboa, nº2.
- Tomás, Catarina (2012) *Um Roteiro pela História dos Direitos da Criança*, Alicerces, Lisboa, Edições Colibri/Instituto Politécnico de Lisboa
- Varela, Antunes, *Das Obrigações em Geral*, vol I.
- Varela, Antunes e Lima, Pires, (1982) *Código Civil Anotado*, vol. I, Coimbra Editora.
- Varela, Antunes e Lima, Pires, (1995) *Código Civil Anotado*, vol. V, Coimbra Editora.
- Vieira de Andrade, (s.d.). *Os Direitos fundamentais na Constituição Portuguesa*.
- Vítor, P. T., (2008). *A administração do património das pessoas com capacidade diminuída*, Coimbra Editora.
- Zambujo T., (2000). *A Convenção vista pelos olhos das crianças* Pretextos. Lisboa.

### **Relatórios**

- O Comité das Nações Unidas dos Direitos da Criança (2009), *no Comentário Geral nº 12* (RC/C/GC/12 de 20 de Julho de 2009).
- Relatório de Portugal Sobre a Aplicação da Convenção dos Direitos da Criança, 1999.
- 3.º e 4.º Relatórios sobre a aplicação, por Portugal, da Convenção sobre os Direitos da Criança, adoptadas pelo Comité das Nações Unidas dos Direitos das Crianças, em 31 de Janeiro de 2014 (CRC/C/PRT/CO/3-4), acessível em <http://tbinternet.ohchr.org>.

### **Links**

- <https://www.youtube.com/watch?v=pkK1q438Y00>
- <http://cedic.iec.uminho.pt/> Centro de Documentação e Informação sobre a Criança, Instituto de Estudos sobre a Criança, Universidade do Minho.
- <http://www.crin.org/> Child Rights Information Network.
- <http://www.unicef-irc.org/> Unicef – Innocenti Research Centre.
- [www.child-to-child.org](http://www.child-to-child.org) Direito de participação das crianças.
- <http://www.childwatch.uio.no/> The Childwatch International Research Network.
- [www.unesco.org/education/educprog/ecf/index.htm](http://www.unesco.org/education/educprog/ecf/index.htm) UNESCO'S Early Childhood and Children's Rights Activities.
- <http://www.abmp.org.br/> Associação Brasileira de Magistrados e Promotores de Justiça da Infância e da Juventude.
- <http://www.childoneurope.org/> The European Network of National Observatories on Childhood.
- <http://cscy.group.shef.ac.uk/index.htm> Centre for the Study of Childhood and Youth, Sheffield University.
- <http://www.ntnu.no/noseb/english> Norwegian Centre for Child Research (NOSEB)

<http://www.minori.it/> Centro nazionale di documentazione e analisi per l'infanzia e l'adolescenza.

<http://www.eurochild.org> Eurochild.

<http://www.ohchr.org>

<http://www.cnpcjr.pt> Comissão Nacional de Protecção de Crianças e Jovens em Risco.

<http://www.iacrianca.pt> Instituto de Apoio à Criança.

<http://www.onuportugal.pt> Centro de Informação das Nações Unidas.

<http://www.gddc.pt> Centro de Documentação de Direito Comparado.

[www.coe.int/children](http://www.coe.int/children) Directrizes do Comité de Ministros do Conselho da Europa sobre a justiça adaptada às crianças.

<http://www.europal.eu.int> Gabinete de Informação do Parlamento Europeu.

<http://www.portaldacrianca.com.pt> Portal da Criança.

<http://www.coe.int/children>

## Conteúdo

INTRODUÇÃO.....	2
PRIMEIRA PARTE .....	9
DO SUJEITO-MENOR PROTEGIDO PELO DIREITO À CRIANÇA SUJEITO TITULAR DE DIREITOS.....	10
I. O sujeito-menor protegido pelo Direito.....	10
II. A Criança sujeito titular de direitos.....	14
III. O «menor» e a «criança» no ordenamento jurídico português.....	17
IV. A criança no novo modelo de justiça das crianças e jovens .....	19
SEGUNDA PARTE .....	23
O direito de participação e audição no ordenamento jurídico internacional.....	23
I. Generalidades .....	23
II. A dimensão internacional do direito de participação e audição da criança.....	24
III. Algumas manifestações concretas do direito .....	28
IV. O conteúdo do direito internacional de participação e audição .....	32
1. O direito de participação .....	32
1.1. O direito de exprimir livremente a sua opinião .....	32
1.1.1. Capacidade de discernimento.....	32
1.1.2. A opinião da criança .....	34
1.1.3. A Liberdade de exprimir opinião.....	36
1.2. O dever do decisor considerar aquela opinião, em função da sua idade ou maturidade.....	36
2. A audição da criança .....	38
TERCEIRA PARTE.....	39
O DIREITO DE PARTICIPAÇÃO E AUDIÇÃO DA CRIANÇA NO ORDENAMENTO JURIDICO INTERNO.....	40
I. Enquadramento do direito nos processos de natureza cível .....	40
II. O direito da participação e audição no novo modelo de justiça de crianças e jovens .....	42

1. O direito estatuído.....	42
1.1. O Código Civil .....	43
1.2. A Lei de Protecção de Crianças e Jovens em Perigo.....	45
1.2.1. Crianças e jovens com idade igual ou superior a 12 anos.....	45
1.2.2. Crianças e jovens com idade inferior a 12 anos .....	46
1.2.3. Crianças e jovens sem menção de idade .....	46
1.2.4. A maturidade .....	47
III. O conteúdo do direito em relação aos processos de promoção e protecção.....	48
1. O direito de participação .....	49
1.1. O direito de exprimir livremente a sua opinião .....	49
1.2. A capacidade da criança para formar e exprimir a sua opinião .....	50
1.2.1. A ausência de uma regra geral e abstracta.....	50
1.2.2. Os critérios: objectivo (a idade) e subjectivo (a capacidade natural) .....	52
1.2.3. A capacidade para exprimir uma opinião e a «declaração de não oposição» do art. 10º .....	54
a) A declaração de não oposição das crianças com idade igual ou superior a 12 anos .....	55
b) A opinião das crianças com idade inferior a 12 anos .....	58
1.3. O dever do decisor de considerar a opinião da criança.....	62
1.3.1. A capacidade da criança para compreender o sentido da intervenção.....	63
1.3.2. A relevância da opinião da criança com capacidade para compreender o sentido da intervenção .....	64
2. O direito de audição.....	65
2. 1 Audição em sentido amplo .....	66
2. 2 Audição em sentido restrito.....	68
IV. Os processos do novo modelo de justiça de crianças e jovens .....	72
1. Processos de promoção e protecção .....	72
2. Processos tutelares educativos .....	
3. Os processos tutelares cíveis .....	74
3.1. A tipologia dos processos .....	74

3.2. O direito de participação e audição vs assistência autorização do art. 175º da organização tutelar de menores.....	76
QUARTA PARTE .....	78
UM CASO CONCRETO.....	79
I. A decisão da primeira instância .....	79
II. As questões suscitadas .....	80
III. Análise crítica .....	80
1. A incapacidade judiciária .....	83
2. O direito a escolher advogado e ao apoio judiciário .....	85