

Alguns Aspetos dos Direitos humanos da Criança: Superior Interesse e Direito de Audição da Criança ¹

1. Introdução.

Fui convidado pelo então Exmo. Senhor Juiz Desembargador José Manuel Bernardo Domingos, Presidente deste Tribunal, para abordar o tema dos Direitos da Criança no âmbito da comemoração do septuagésimo aniversário da Declaração Universal dos Direitos Humanos e o quadragésimo aniversário da Convenção Europeia dos Direitos Humanos (CEDH) ⁽²⁾.

As minhas primeiras palavras são de agradecimento pelo convite que me foi dirigido para participar nesta comemoração e expressar o enorme prazer que tenho em poder participar num tema ao qual me dediquei exclusivamente durante 12 anos.

Falar sobre os direitos da criança é dissertar sobre os direitos humanos dos mais desprotegidos, na medida em que o seu exercício efetivo está condicionado à intervenção de terceiros, em particular dos seus representantes legais, que os exercem em sua representação e no seu interesse, nem sempre da forma mais adequada, é certo, em razão da sua própria condição de incapacidade de exercício.

⁽¹⁾ *Intervenção proferida no Tribunal da Relação de Évora, em 2 de outubro de 2018, no âmbito da Conferência sobre os Direitos Humanos – Direitos da Criança, comemorativa dos 70 anos da Declaração Universal de Direitos Humanos e dos 40 anos de Adesão de Portugal à Convenção Europeia de Direitos Humanos.*

⁽²⁾ Adotada pelo Conselho da Europa, em 4 de novembro de 1950.

Aprovada para ratificação pela Lei n.º 65/78, de 13 de Outubro, publicada no Diário da República, I Série, n.º 236/78 (retificada por Declaração da Assembleia da República publicada no Diário da República, I Série, n.º 286/78, de 14 de Dezembro);

Depósito do instrumento de ratificação junto do Secretário-Geral do Conselho da Europa: 9 de Novembro de 1978;

Aviso de depósito do instrumento de ratificação: Aviso do Ministério dos Negócios Estrangeiros publicado no Diário da República, I Série, n.º 1/79, de 2 de Janeiro;

Entrada em vigor na ordem jurídica portuguesa: 9 de Novembro de 1978.

A CEDH é um tratado internacional destinado a proteger os direitos humanos e as liberdades fundamentais na Europa. Os 47 países que formam o Conselho da Europa são parte na Convenção, sendo 28 desses países membros da UE.

A Convenção criou o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, destinado a proteger os cidadãos contra violações dos direitos humanos. Qualquer pessoa cujos direitos tenham sido violados por um Estado parte nos termos da Convenção pode levar o caso ao Tribunal. Esta foi uma característica inovadora, na medida em que conferiu aos cidadãos direitos no plano internacional. Os acórdãos que determinem que houve violação dos direitos humanos são vinculativos para os países em causa. O Comité dos Ministros do Conselho da Europa acompanha a execução dos acórdãos.

Com efeito, em 10 de dezembro 1948 a Assembleia Geral das Nações Unidas aprovou a *Declaração Universal dos Direitos Humanos*, assente no reconhecimento da dignidade do homem e no valor da pessoa humana, texto que continha implicitamente os direitos da criança. E, em 20 de novembro 1959, aprovou a *Declaração Universal dos Direitos da Criança* (data que ficou designada como o dia Internacional dos Direitos da Criança), explicitando em longos de dez princípios ⁽³⁾ os direitos da criança contemplados na Declaração de 1948 e onde se reconheceu expressamente que a criança, pela sua maior fragilidade, merece um cuidado especial e uma proteção jurídica, quer antes quer depois do nascimento, com vista ao seu desenvolvimento saudável.

Reconhecimento que consta no Considerando desta Declaração, nomeadamente em que esta maior proteção jurídica era imposta pela “Declaração de Genebra dos Direitos da Criança de 1924 e reconhecida na Declaração Universal dos Direitos do Homem e nos estatutos de organismos especializados e organizações internacionais preocupadas com o bem-estar das crianças”, tendo-se em vista uma infância feliz e ao gozo, para bem da criança e da sociedade, dos direitos e liberdades enunciados, visando chamar atenção dos pais, enquanto homens e mulheres, das organizações voluntárias, autoridades locais e Governos nacionais, para o reconhecimento dos direitos e para a necessidade de se empenharem na respetiva aplicação através de medidas legislativas ou outras progressivamente tomadas de acordo com estes princípios.

Porém, atendendo a que a Declaração Universal dos Direitos da Criança não vinculava juridicamente os Estados, em 20 de novembro de 1989 é aprovada pela ONU

⁽³⁾ Esses princípios podem ser sintetizados nos seguintes direitos das crianças:

- 1.º *O Princípio da igualdade*: Todas as crianças são iguais e têm os mesmos direitos, independentemente da sua raça, cor, sexo, língua, religião, opinião ou nacionalidade;
- 2.º *Direito a especial proteção* para o seu desenvolvimento físico, mental e social;
- 3.º *Direito a um nome e a uma nacionalidade*;
- 4.º *Direito a alimentação, moradia e assistência médica* adequadas para a criança e a mãe;
- 5.º *Direito a educação e a cuidados especiais* para a criança física ou mentalmente deficiente;
- 6.º *Direito ao amor e compreensão* por parte dos pais e da sociedade;
- 7.º *Direito a educação gratuita* e ao lazer infantil;
- 8.º *Direito a ser socorrido* em primeiro lugar, em caso de catástrofes;
- 9.º *Direito a ser protegido* contra o abandono e a exploração no Trabalho; e
- 10.º *Direito a crescer* dentro de um espírito de solidariedade, compreensão, amizade e justiça entre os povos.

a *Convenção sobre os Direitos da Crianças*, passando a constituir, sem dúvida, o primeiro instrumento de direito internacional a conceder a força jurídica internacional aos direitos da criança e à sua realização, representando a base da proteção internacional dos *direitos humanos da criança*, sendo, sem dúvida, o instrumento internacional mais ratificado pelos Estados ⁽⁴⁾, enaltecendo e valorizando a criança enquanto sujeito de direito e titular de direitos juridicamente reconhecidos, fixando a base e os padrões universais de direitos humanos para as crianças.

A partir desta altura, a criança passa a ser “sujeito de direitos” e deixa de ser “objeto de proteção”. Os direitos da criança assumem radicalmente outra conceção, e a Convenção passou a ser responsável pela discussão internacional sobre a vida da criança e o seu desenvolvimento, em que os Estados partes passaram a assumi-la como um imperativo jurídico e moral.

A CDC foi ratificada por Portugal em 12 de Setembro de 1990 (Resolução da Ass. da República n.º 20/90), e descreve os direitos da criança ao longo de 54 artigos, à qual acrescem três protocolos facultativos - Protocolo Facultativo à Convenção Relativo à Venda de Crianças, Prostituição Infantil e Pornografia Infantil; Protocolo Facultativo à Convenção Relativo à Participação de Crianças em Conflitos Armados, adotados em 25 de Maio de 2000, em Nova Iorque; e Protocolo Facultativo à Convenção sobre os Direitos da Criança Relativo à Instituição de Um Procedimento de Comunicação, adotado em Nova Iorque, em 19 de dezembro de 2011, aprovado pela Resolução da Assembleia da República n.º 134/2013, em 24 de julho de 2013.

Os direitos da criança consagrados na CDC assentam em quatro princípios fundamentais:

1. A não discriminação entre as crianças.
2. O interesse da criança deve ser o mais importante quando forem tomadas decisões que a afetem;
3. Todas as crianças têm direito à sobrevivência e ao desenvolvimento, incluindo o direito ao bem-estar mental e físico;
4. As crianças têm o direito a expressar os seus pontos de vista e a ser sempre levadas em consideração as suas opiniões nos assuntos que as afetem.

⁽⁴⁾ 195 Países, incluindo todos os Estados da ONU, exceto os EUA.

Iremos, pois, tecer breves considerações sobre estes dois aspetos estruturantes da CDC – o interesse *superior da criança* e o seu direito de *audição*.

2. O superior interesse da criança.

A CDC prevê no seu art.º 3.º/1: “*Todas as decisões relativas a crianças, adotadas por instituições públicas ou privadas de proteção social, por tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, terão primacialmente em conta o interesse superior da criança*”.

Ao interesse superior da criança se refere também o Princípio 2.º da Declaração Universal dos Direitos da Criança, estabelecendo que na promulgação de leis que tenham por fim proteger a criança “*a consideração fundamental a que se atenderá será o interesse superior da criança*”.

Este princípio foi incorporado no n.º2 do art.º 24.º, da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (que entrou em vigor com o Tratado de Lisboa em dezembro de 2009), estatuindo que “*Todos os atos relativos às crianças, quer praticados por entidades públicas, quer por instituições privadas, terão primacialmente em conta o interesse superior da criança*”.

Também a Convenção da Haia relativa à Competência, à Lei Aplicável, ao Reconhecimento, à Execução e à Cooperação em Matéria de Responsabilidade Parental e Medidas de Proteção de Crianças ⁽⁵⁾, afirma que os Estados membros reconhecem que a aplicação da Convenção e o reconhecimento das medidas de proteção tomadas pelas autoridades de um Estado Contratante poderão ser recusados se for “manifestamente contrário à ordem pública do Estado requerido, tendo em conta os *melhores interesses da criança*” (alínea d) do n.º1 do seu art.º 23.º), sendo executadas em conformidade com a lei do Estado Requerido, “tomando em conta os *melhores interesses da criança* (art.º 28).

Os citados textos de direito internacional impõem, pois, como critério fundamental e estruturante da proteção e promoção dos direitos da criança que todas as

(5) De 19 de Outubro de 1996 (aprovada pelo Decreto n.º 52/2008, de 13 de Novembro, Publicado no D.R., 1.ª Série, n.º 221, de 13 de novembro de 2008.

Publicada igualmente no *Jornal Oficial da União Europeia*, L 151/39, de 11/6/2008.

Portugal procedeu ao depósito do seu instrumento de ratificação da Convenção em 14 de abril de 2011, pelo que está em vigor em Portugal desde 1 de agosto de 2011.

decisões que lhe digam respeito devem ter plenamente em conta o seu *interesse superior*.

Princípio expressamente acolhido pelo legislador nacional na alínea a) do art.º 4.º da Lei de Proteção de Crianças e Jovens em Perigo (LPCJP - aprovada pela Lei 147/99, de 1 de setembro), ao prever como princípio orientador da intervenção para a promoção dos direitos e proteção da criança e do jovem em perigo que se “*deve atender prioritariamente aos interesses e direitos da criança e do jovem*”, princípio que é também aplicável aos processos tutelares cíveis, por força da remissão contida no n.º 1 do art.º 4.º do Regime Geral do Processo Tutelar Cível (RGPTC – aprovado pela Lei n.º 141/2015, de 8 de setembro).

E também o encontramos na alínea a) do art.º 3.º Regime Jurídico do Processo de Adoção (RJPA – aprovado pela Lei n.º 143/2015, de 8 de setembro), que sujeita as decisões em matéria de adoção ao “*interesse superior da criança*”, assim como se prescreve expressamente no n.º 2 do art.º 1978.º do C. Civil, quanto à verificação dos pressupostos da confiança da criança com vista a futura adoção.

Mas o que é esse o *interesse superior da criança* e como se densifica esse conceito?

Nem a lei interna nem os instrumentos internacionais mencionados definem o que se deve entender por “*interesse da criança ou do jovem*”.

O *interesse da criança* constitui um conceito vago e genérico utilizado pelo legislador, por forma a permitir ao juiz alguma discricionariedade, bom senso e alguma criatividade, e cujo conteúdo deve ser apurado em cada *caso concreto* (cf. Maria Clara Sottomayor, in “Regulação do Exercício do Poder Paternal nos Casos de Divórcio”, 2.ª Ed., págs. 36 e 37).

Segundo Almiro Rodrigues ⁽⁶⁾, o *interesse superior da criança* deve ser entendido como “o direito da criança ao desenvolvimento são e normal no plano físico, intelectual, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e dignidade”, e só “definir-se através de uma perspetiva sistémica e interdisciplinar, mas que não pode nunca esquecer e deixar de ponderar o grau de desenvolvimento sócio psicológico do

⁽⁶⁾ In “Interesse do menor, contributo para uma definição”, Revista Infância e Juventude, n.º 1, 1985, 18-19.

menor, já que o processo de desenvolvimento é uma sucessão de estádios, com características e necessidades próprias”.

O “*superior interesse da criança*” é, acima de tudo, um *critério orientador* na resolução de casos concretos.

É, como refere o Prof. Melo Alexandrino ⁽⁷⁾, “uma *norma de competência* (norma que estabelece uma habilitação para criar normas ou decisões), ora a favor do legislador (na configuração a dar ao ordenamento), ora a favor do juiz e da administração tutelar (na construção de normas de decisão de casos concretos; em segundo lugar é uma *norma impositiva*, que ordena ao juiz e à administração que, na tomada de uma decisão que respeite à criança, não deixem nunca de recorrer (mas sempre dentro dos limites do direito aplicável e circunstâncias do caso) à ponderação dos interesses superiores da criança, ou seja, dos interesses conexos com os bens prioritários da criança (a vida, a integridade, a liberdade, no contexto dos bens e interesses relevantes no caso”.

Para melhor compreensão e densificação deste princípio importa atender às Diretrizes do Comité de Ministros do Conselho da Europa sobre a justiça adaptada às crianças, adotadas em 17 de novembro de 2010, que pese embora não densifique o conceito de “*superior interesse da criança*”, elenca algumas linhas mestras que nos ajudam à sua concretização, nomeadamente (III-B - “Interesse superior da criança”), a considerar os seus pontos de vista e opiniões e a respeitar todos os demais direitos da criança, nomeadamente o direito à dignidade, à liberdade e à igualdade de tratamento, devendo ser adotada uma abordagem abrangente, que tenha em devida conta o conjunto dos interesses em causa, incluindo o bem-estar psicológico e físico da criança e os seus interesses jurídicos, sociais e económicos.

Assim, podemos adiantar que o *interesse superior da criança* só será respeitado, no caso concreto, quando esteja salvaguardado o exercício efetivo dos seus direitos, todos os seus direitos. Por isso que o conceito de “*superior interesse da criança*” esteja relacionado com o exercício efetivo dos seus direitos. O que significa que no confronto dos vários interesses e direitos em presença, porventura legítimos, deve prevalecer “o *superior interesse da criança*”, ou seja, na decisão concreta a tomar deve dar-se preferência e prevalência à solução que *melhor garanta o exercício dos seus direitos*.

⁽⁷⁾ In “O Discurso dos Direitos”, Coimbra Editora, págs. 140 e segs.

Nesse sentido, podemos concluir que o *interesse superior da criança* pressupõe o reconhecimento de que tem os seus direitos próprios e que necessitam de ser observados quotidianamente, o mesmo é dizer que em todas as decisões que a possam afetar tem de estar garantida a sua satisfação integral.

3. *Audição da criança.*

A audição da criança, traduzindo a manifestação e concretização do seu direito de participação, constitui um instrumento fundamental para a avaliação e densificação do seu interesse superior, como se enunciou supra e como se reconhece, aliás, no n.º1 do art.º 5.º do RGPTC.

Na realidade, uma das caracterizações do princípio do reconhecimento do superior interesse da criança é, sem dúvida, o direito a ser ouvida e a ser tida em consideração a sua opinião, conferindo-lhe a possibilidade de participar nas decisões que lhe dizem respeito, com a sua autonomia e identidade próprias.

A criança ou jovem com capacidade de discernimento tem o direito de exprimir livremente a sua opinião sobre as questões que lhe respeitem, devendo ser devidamente tomadas em consideração as suas opiniões, de acordo com a sua idade e maturidade, não se estabelecendo qualquer limite de idade para esse efeito, como prevê expressamente no art.º 12.º da Convenção Sobre os Direitos da Criança, ao impor aos Estados Partes o dever de garantir à criança com capacidade de discernimento o direito de exprimir livremente a sua opinião sobre as questões que lhe respeitem e de ser ouvida nos processos que lhe respeitem.

O direito à audição e participação da criança é, como se referiu, um dos Direitos estruturantes da CDC.

O direito de audição e de participação está previsto para os processos tutelares cíveis (art.º 4.º, alínea c) e 5.º do RGPTC, e alínea j) do art.º 4.º da LPCJP, e tem também consagração explícita no art.º 6.º da Convenção Europeia Sobre o Exercício dos Direitos das Crianças, adotada em Estrasburgo, em 25 de janeiro de 1996, nele se mencionando que nos processos que digam respeito a uma criança, a autoridade judicial antes de tomar uma decisão “*deverá verificar se dispõe de informação suficiente para tomar uma decisão no superior interesse da criança e, se necessário, obter mais informações, nomeadamente junto dos titulares de responsabilidades parentais; e tendo a criança, à luz do direito interno, discernimento suficiente, deve assegurar que*

recebeu toda a informação relevante; e ter devidamente em conta as opiniões expressas pela criança”.

Direito que merece igual acolhimento no art.º 24.º, n.º 1, da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, estatuinto que *“As crianças podem exprimir livremente a sua opinião, que será tomada em consideração nos assuntos que lhes digam respeito, em função da sua idade e maturidade”.*

Os termos concretos de realização dessa audição e participação vêm enunciados no art.º 5.º do RGPTC, nomeadamente em espaço ou ambiente tranquilo, seguro, não hostil ou inadequado à sua idade, maturidade e características pessoais, impondo-se que os magistrados não usem o seu traje profissional, o mesmo se devendo aplicar aos advogados, de modo a que a sua opinião seja prestada com espontaneidade, de forma clara, sincera e inequívoca, devendo a criança ser assistida no decurso do ato processual por um técnico especialmente habilitado para o seu acompanhamento, previamente designado para o efeito, sendo essa inquirição feita apenas pelo juiz, sem prejuízo de o Ministério Público e os advogados poderem formular perguntas adicionais.

Neste preceito reafirma-se o direito da criança a ser ouvida e a ser tida em consideração a sua opinião. Não se exige que a decisão a tomar respeite integralmente essa opinião, mas que seja considerada na ponderação dos interesses em causa e que respeite o seu superior interesse.

Trata-se do reconhecimento de um direito fundamental da criança, e não de um dever, em consonância com as Diretrizes do Comité de Ministros do Conselho da Europa sobre a justiça adaptada às crianças, adotadas pelo Comité de Ministros do Conselho da Europa em 17 de novembro de 2010, em que depois de estabelecer no (Ponto IV-3) n.º 44 que *“Os juízes devem respeitar o direito das crianças a serem ouvidas em todos os assuntos que lhes digam respeito ou, pelo menos, quando se considerar que têm compreensão suficiente dos assuntos em questão”*, expressa no seu n.º46 que *“ O direito a ser ouvido é um direito, e não um dever, da criança”*.

E pode ser ouvida em qualquer fase do processo, desde que o seu interesse o justifique, pelo tribunal, seja a requerimento ou oficiosamente, a fim de que o seu depoimento possa ser considerado como meio probatório nos atos processuais posteriores, incluindo o julgamento – n.º6 do art.º 5.º do RGPTC.

Direitos de audição e participação que foram igualmente incorporados nas alíneas *b) e c)* do art.º 3.º da Convenção Europeia Sobre o Exercício dos Direitos das

Crianças, aí impondo que no direito interno a criança seja oficiosamente consultada e exprima a sua opinião, devendo ser informada sobre as possíveis consequências de se agir em conformidade com a sua opinião, bem como sobre as possíveis consequências de qualquer decisão.

Mas a manifestação dessa opinião só será relevante se a criança for devidamente informada sobre o significado e alcance das suas declarações.

No mesmo sentido apontam as Diretrizes do Comité de Ministros do Conselho da Europa sobre a justiça adaptada às crianças, consagrando no ponto III-A) “Participação”, o dever de respeitar o *“direito de todas as crianças a serem informadas sobre os seus direitos, disporem de meios adequados de acesso à justiça e serem consultadas e ouvidas nos processos que lhes digam respeito ou que as afetem. Tal inclui dar o devido valor aos pontos de vista da criança, tendo em atenção a sua maturidade e eventuais dificuldades de comunicação, a fim de que a sua participação seja relevante”*.

E no que respeita ao direito da criança a ser previamente informada, aí se consignou, nomeadamente no ponto “IV. A justiça adaptada às crianças antes, durante e depois do processo judicial”, sobre a epígrafe “Informação e aconselhamento”, que *“Desde o seu primeiro contacto com o sistema judicial ou com outras autoridades competentes (como a polícia ou os serviços de imigração, de educação, sociais ou de saúde) e ao longo desse processo, as crianças e os pais devem ser rápida e adequadamente informados sobre, nomeadamente sobre os seus direitos, em particular os direitos específicos das crianças relativamente ao processo judicial ou extrajudicial que lhe diga ou possa dizer respeito, bem como sobre os instrumentos disponíveis para recorrer contra eventuais violações dos seus direitos, incluindo a possibilidade de recorrer a um processo judicial ou extrajudicial, ou a outro tipo de ação”*.

O direito de audição da criança merece idêntico tratamento no Regulamento (CE) n.º 2201/2003, relativo à competência, ao reconhecimento e à execução das decisões em matéria matrimonial e em matéria de responsabilidade parental, usualmente designado Regulamento Bruxelas II Bis, salientando-se que a audição da criança ou o despacho fundamentado da sua não realização são condições necessárias de exequibilidade de decisões, em particular no que respeita a matérias de direito de visita ou relativas à deslocação ou retenção ilícita de crianças - artigos 11.º n.º 2, a al. b) do art.º 23.º, o n.º 2 da al. c) do art.º 41.º e o n.º 2, al. a) do art.º 42º do Regulamento.

Com efeito, prevê-se no Artigo 23.º, al. b) deste Regulamento que uma sentença proferida em matéria de responsabilidade parental não é reconhecida “*Se, exceto em caso de urgência, tiver sido proferida sem que a criança tenha tido a oportunidade de ser ouvida, em violação de normas processuais fundamentais do Estado-membro requerido*”.

Assim como também pode ser recusado reconhecimento e execução de uma decisão de proteção da criança tomada por um Estado Contratante, ao abrigo da Convenção da Haia relativa à Competência, à Lei Aplicável, ao Reconhecimento, à Execução e à Cooperação em Matéria de Responsabilidade Parental e Medidas de Proteção de Crianças, “*Se a medida tiver sido tomada, salvo em caso de urgência, num contexto de um processo judiciário ou administrativo, sem se ter concedido à criança a possibilidade de ser ouvida, violando os princípios fundamentais dos procedimentos do Estado requerido*” – seu art.º 23.º/2, alínea b).

No que respeita à violação do direito de audição da criança ou do jovem, resta acrescentar que o Supremo Tribunal de Justiça já se pronunciou no seu Acórdão de 14/12/2016, Proc. 268/12.0TBMGL.C1.S1 (www.dgsi.pt), considerando que a audição da criança não pode ser encarada apenas como um meio de prova, tratando-se antes de um direito da criança a que o seu ponto de vista seja considerado no processo de formação da decisão que a afeta, constituindo um meio privilegiado de prossecução do *superior interesse da criança* e a violação deste direito afeta a validade das decisões finais dos correspondentes processos por corresponder a um princípio geral com relevância substantiva, não sendo adequado aplicar-lhe o regime das nulidades processuais, ou seja, conduz à *anulação da decisão*.

Muito obrigado pela Vossa atenção.

Tomé Ramião

Juiz Desembargador