



Nathália Monte Adelino **A Convenção de Haia sobre os Aspectos Cíveis do Rapto Internacional de 1980 e a proteção do direito da criança a ser ouvida em Portugal**

Uminho | 2019



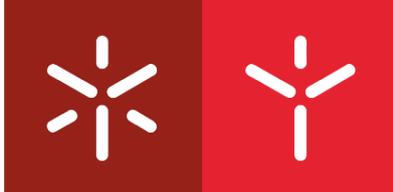
**Universidade do Minho**  
Escola de Direito

Nathália Monte Adelino

**A Convenção de Haia sobre os Aspectos Cíveis do Rapto Internacional de 1980 e a proteção do direito da criança a ser ouvida em Portugal**

Janeiro de 2019





**Universidade do Minho**

Escola de Direito

Nathália Monte Adelino

**A Convenção de Haia sobre os Aspectos Cíveis  
do Rapto Internacional de 1980 e a proteção  
do direito da criança a ser ouvida em Portugal**

Dissertação de Mestrado  
em Direito das Crianças, Família e Sucessões

Trabalho efetuado sob a orientação da  
**Professora Doutora Patrícia Jerónimo**

## DECLARAÇÃO

Nome: Nathália Monte Adelino

Endereço eletrónico: nathalia.monte.adelino@gmail.com

Número do Título de Residência: 921G768T8

Título da dissertação: A Convenção de Haia sobre os Aspectos Cíveis do Rapto Internacional de Crianças de 1980 e a proteção do direito da criança a ser ouvida em Portugal

Orientadora: Prof.<sup>a</sup> Doutora Patrícia Jerónimo

Ano de conclusão: 2019

Designação do Mestrado: Mestrado em Direito das Crianças, Família e Sucessões.

É AUTORIZADA A REPRODUÇÃO PARCIAL DESTA DISSERTAÇÃO, APENAS PARA EFEITOS DE INVESTIGAÇÃO, MEDIANTE DECLARAÇÃO ESCRITA DO INTERESSADO, QUE A TAL SE COMPROMETE.

Universidade do Minho, \_\_/\_\_/\_\_\_\_

Assinatura:

---

*A Deus,*

*Por mais uma grande bênção concedida.*

*Ao meu pai Virgílio dos Santos,*

*Minha fortaleza, minha culpa eterna pela ausência.*

## **AGRADECIMENTOS**

Concluída, finalmente, a elaboração da presente dissertação, cabe dirigir os respectivos agradecimentos às pessoas que contribuíram de forma decisiva na construção do percurso que me levou até aqui.

Aos meus pais, minha mãe Maria Isabel Monte, mulher guerreira, que enfrentou a dor da saudade por anos, e meu pai Virgílio Assis dos Santos, meu pai do coração, meu super herói. Por acreditarem em mim incondicionalmente, pelo apoio e dedicação contínuo e incessante.

Ao Tomás Teixeira, por estar ao meu lado em todos os momentos desse projeto, por me apoiar em tudo e por sempre acreditar em mim. Por ser uma pessoa incrível, um exemplo de bondade, e ser o meu Sol nos dias obscuros.

Um agradecimento especial a orientadora Doutora Patrícia Jerónimo, pela paciência e bondade constante. Por ter dedicado seu tempo e por estar sempre disponível a ajudar. Pelo rigor com os quais me orientou durante esta dissertação, e pelos conhecimentos transmitidos, ao ter que lidar com as exigências indicadas. Um especial obrigado.

## RESUMO

A Convenção sobre os Direitos da criança constituiu um marco importantíssimo na construção do estatuto jurídico da criança, impondo aos Estados Partes o reconhecimento da criança como um sujeito titular de direitos e com autonomia progressiva conforme sua idade e maturidade. A partir desse momento, o interesse superior da criança torna-se o pilar nas tomadas de decisões que lhe afetem e, como reflexo deste princípio, a Convenção sobre os Direitos da Criança reconhece o seu direito a ser ouvida e a que sua opinião seja levada em consideração, conforme a sua idade e maturidade, nos termos do seu artigo 12.º.

O direito da criança a ser ouvida é de tamanha importância que, com o passar dos anos, foi cada vez mais afirmado em vários instrumentos jurídicos internacionais e regionais. Demonstrando quão imperativa é a necessidade de a criança ser ouvida nos processos que a envolvam para que a decisão seja credível e seja assegurado, desta forma, o seu interesse superior.

Em uma situação de rapto internacional, fenômeno intensificado pela fácil transição de pessoas entre os países e aumento das famílias plurinacionais, o direito da criança a ser ouvida faz-se extremamente relevante. A questão é regulada pela Convenção de Haia de 1980, a nível internacional, e pelo Regulamento de Bruxelas II *bis*, no Direito da União Europeia, ambos preocupados em proteger a criança e em assegurar seus direitos, que garantiram em seus preceitos o direito da criança a ser ouvida.

O objeto da presente dissertação, mediante revisão de literatura, quadro normativo e prática jurisprudencial, será compreender como Portugal assegura em concreto o direito da criança a ser ouvida em casos de rapto internacional e como suas autoridades judiciárias interpretam o dever de assegurar o interesse superior da criança e desta forma o seu direito a ser ouvida de forma inteiramente livre e consciente durante o processo de rapto internacional.

**Palavras chaves:** Convenção sobre os Direitos da Criança, interesse superior da criança, direito da criança a ser ouvida, rapto internacional.

## **ABSTRACT**

The Convention on the Rights of the Child was a very important milestone in the construction of the legal status of the child, imposing on the States Parties the recognition of the child as a holder of rights and with progressive autonomy according to his or her age and maturity. From that moment on, the best interest of the child becomes the pillar in the decisions that affect him/her, and as a reflection of this principle, the Convention on the Rights of the Child recognizes the child's right to be heard and to have his or her opinions taken into account, according to their age and maturity, in accordance with Article 12 thereof.

The right of the child to be heard is of such importance that, over the years, it has been increasingly affirmed in several international and European Union legal instruments. Demonstrating how imperative it is for the child to be heard in the procedures that involve him/her in order for the decision to be credible and thus ensure the child's best interest.

In a situation of international abduction, a phenomenon intensified by easy mobility between countries and an increase in the number of multinational families, the right of the child to be heard becomes extremely relevant. The subject is regulated by the 1980 Hague Convention, at international level, and by the Brussels II Regulation, at European Union level, both concerned with protecting the child and ensuring his/her rights, guaranteed in their precepts the right of the child to be heard.

The purpose of this dissertation is to understand, through a review of the literature, the normative framework and case law, how Portugal concretely guarantees the child's right to be heard in cases of international abduction and how Portuguese judicial authorities interpret their duty to ensure the best interests of the child and thus their right to be heard in a completely free and conscious way during the process of international abduction.

**Key Words:** Convention on the Rights of the Child, best interest of the child, the right of the child to be heard, international abduction.

## LISTA DE ABREVIATURAS

BIAD – Direção Nacional da Polícia Judiciária

CE – Conselho Europeu

CDC – Convenção sobre os Direitos da Criança

CPCJ - Comissões de Proteção de Crianças e Jovens

Cf. – Conferir

DGPJ - Direção Geral de

LPCJP L - Lei de Promoção e Proteção de Crianças e Jovens em Perigo

LTE - Lei Tutelar Educativa

N.º – Número

OEA - Organização dos Estados Americanos

OIT – Organização Internacional do Trabalho

OTM - Organização Tutelar de Menores

p. – Página

pp. – Páginas

RGPTC - Regime Geral do Processo Tutelar Cível

RJPA - Regime Jurídico do Processo de Adoção

TEDH – Tribunal Europeu dos Direitos do Homem

TJUE – Tribunal de Justiça da União Europeia

Vol. – Volume

## ÍNDICE

1. INTRODUÇÃO .....	7
2. METODOLOGIA.....	11
<b>CAPÍTULO I - A PROTEÇÃO DA CRIANÇA PELO DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS E O RECONHECIMENTO DO DIREITO DA CRIANÇA A SER OUVIDA ...</b>	<b>12</b>
1.1 INSTRUMENTOS DE DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS RELEVANTES PARA A PROTEÇÃO DOS DIREITOS DA CRIANÇA: BREVE APONTAMENTO HISTÓRICO .....	12
1.2 A CONVENÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE OS DIREITOS DA CRIANÇA DE 1989 .....	20
1.2.1 Trabalhos Preparatórios.....	21
1.2.2 Princípios estruturantes da Convenção sobre os Direitos da Criança	24
1.2.2.1 Não Discriminação .....	24
1.2.2.2 Interesse superior da criança .....	25
1.2.2.3 Direito à vida, à sobrevivência e ao desenvolvimento .....	28
1.2.2.4 Direito a ser ouvida e a exprimir livremente a sua opinião sobre as questões que lhe respeitem.....	29
1.3. O DIREITO DA CRIANÇA A SER OUVIDA COMO EXPRESSÃO DO NOVO PARADIGMA REPRESENTADO PELA CONVENÇÃO DE 1989.....	30
1.3.1. Interpretação e densificação do artigo 12.º da Convenção sobre os Direitos da Criança .....	30
1.3.2. Os instrumentos adotados pela Conferência da Haia de Direito Internacional Privado .....	34
1.3.3. O direito da criança a ser ouvida em instrumentos regionais, no quadro do Conselho da Europa e da União Europeia .....	35
<b>CAPÍTULO II - O DIREITO DA CRIANÇA A SER OUVIDA NOS PROCESSOS DE RAPTO INTERNACIONAL DE CRIANÇAS .....</b>	<b>38</b>
2.1 A RESPOSTA DA SOCIEDADE INTERNACIONAL AO FENÓMENO DO RAPTO INTERNACIONAL DE CRIANÇAS DESDE A DÉCADA DE 1970.....	38

2.2 CONVENÇÃO DE HAIA SOBRE OS ASPETOS CIVIS DO RAPTO INTERNACIONAL DE CRIANÇAS .....	42
2.2.1 Trabalhos preparatórios .....	42
2.2.2 A importância do princípio do interesse superior da criança na Convenção de Haia de 1980 .....	46
2.2.3 Regime da Convenção de Haia de 1980.....	47
2.2.3.1 Exceções ao regresso imediato da criança.....	52
2.2.4 O direito da criança a ser ouvida e a oposição da criança como exceção ao regresso imediato ao Estado de residência anterior ao rapto....	55
2.3 O REGULAMENTO (CE) N.º 2201/2003, DE 27 DE NOVEMBRO, COMO COMPLEMENTO AO REGIME INSTITUÍDO PELA CONVENÇÃO SOBRE OS ASPECTOS CIVIS DO RAPTO INTERNACIONAL DE CRIANÇAS.....	57
2.3.1 Trabalhos preparatórios .....	57
2.3.2 Especificidades do regime do Regulamento Bruxelas II <i>bis</i> face à Convenção de Haia de 1980 .....	60
2.3.2.1 Competência .....	61
2.3.2.2 Regresso da criança .....	65
2.3.2.3 Reconhecimento e execução das decisões .....	69
2.3.3 O direito da criança a ser ouvida e as suas implicações no Regulamento.....	77
2.3.4 Proposta de Alteração 2016 ao Regulamento de Bruxelas II <i>bis</i> .....	81
<b>CAPÍTULO III - DESAFIOS PRÁTICOS À CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO DA CRIANÇA A SER OUVIDA – ESTUDO DE CASO SOBRE A ORDEM JURÍDICA PORTUGUESA .....</b>	<b>84</b>
3.1 A TRADUÇÃO NORMATIVA DOS COMPROMISSOS INTERNACIONAIS NO PLANO DO DIREITO INTERNO PORTUGUÊS .....	84
3.1.1 A proteção dos direitos da criança na ordem jurídica portuguesa .....	84
3.1.1.1 Alterações ao quadro legislativo nacional motivado pela ratificação da CDC, Convenção de Haia de 1980 e entrada em vigor do Regulamento de Bruxelas II <i>bis</i> .....	86

3.1.1.2	Apreciação feita pelo Comité dos Direitos da Criança sobre a efetivação dos direitos da criança em Portugal .....	98
3.2.	A PRÁTICA JUDICIÁRIA NOS CASOS DE RAPTO INTERNACIONAL DE CRIANÇAS E O DIREITO DA CRIANÇA A SER OUVIDA .....	101
3.2.1	A prática judiciária em Portugal nos casos de rapto internacional ..	104
3.2.2	A prática das autoridades judiciárias portuguesas na concretização do direito da criança a ser ouvida .....	108
3.2.2.1	Análise da jurisprudência .....	112
3.2.2.2.	Resultado de entrevistas com magistrados e advogados judiciais	116
3.2.2.3.	Principais problemas .....	118
3.2.2.4.	Boas práticas .....	122
4.	<b>CONCLUSÃO</b> .....	125
5.	<b>LISTA BIBLIOGRÁFICA</b> .....	129
6.	<b>LISTA DE REFERÊNCIAS JURISPRUDENCIAIS</b> .....	134
	<b>ANEXO I</b> .....	136
	<b>ANEXO II</b> .....	146
	<b>ANEXO III</b> .....	156
	<b>ANEXO IV</b> .....	165
	<b>ANEXO V</b> .....	171

## 1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho é consequência de uma inquietação suscitada pelo estudo dos direitos da criança, nomeadamente sobre o direito da criança a ser ouvida no processo judicial, acrescida de uma curiosidade que o fenómeno do rapto internacional da criança pelos seus progenitores despertou.

Este trabalho foi desenvolvido com dois objetivos distintos, mas relacionados entre si. O primeiro objetivo foi o de, através de uma síntese da legislação e da doutrina jurídica, fazermos um estudo sobre o direito da criança a ser ouvida, para mostrar a importância que este direito pode ter no processo de rapto internacional. Com o segundo objetivo, pretendemos perceber de que modo é que o direito da criança a ser ouvida e a ter a sua opinião levada em consideração na tomada de decisões que lhe digam respeito, nos casos de rapto internacional de criança, é assegurado. Para então compreender como os tribunais portugueses interpretam este direito, e assim, podermos identificar, não só as boas práticas na sua aplicação, mas também as incongruências entre o texto de lei e a sua aplicabilidade.

O estudo do direito da criança a ser ouvida, por ser uma prática considerada nova em Portugal, é importante para preencher ainda mais o acervo de pesquisa sobre os temas de rapto internacional e do direito da criança a ser ouvida, dois temas de Direito de Família com necessidade de debate constante. E também faz-se relevante por chamar a atenção para a importância de se fazer uma análise do modo como alguns juizes atuam com as crianças nos processos em Portugal.

No decurso da presente dissertação, propomo-nos levar a cabo um estudo sobre o rapto internacional e a proteção do direito da criança a ser ouvida, direito este trazido pela Convenção sobre os Direitos da Criança, como um princípio estruturador dos seus direitos.

A Convenção sobre os Direitos da Criança constituiu um marco fundamental na construção do estatuto jurídico da criança, ao impor, aos Estados Parte, o reconhecimento, às crianças sob a sua jurisdição, de uma extensa lista de direitos civis, sociais, culturais e económicos e ao impor como princípio chave norteador da interpretação de todos os demais preceitos da Convenção o princípio do interesse superior da criança (artigo 3.º). Os outros princípios estruturantes da Convenção são o do respeito pelo direito da criança à sobrevivência e ao desenvolvimento (artigo 6.º), o princípio da não discriminação (artigo 8.º) e, para o que diretamente nos interessa neste

trabalho, o direito da criança a ser ouvida e a ter as suas opiniões levadas em consideração nas decisões que lhe digam respeito, de acordo com o seu grau de maturidade (artigo 12.º).

A criança passou a ser reconhecida como um sujeito titular de direitos e com autonomia progressiva, conforme a sua maturidade. Partindo desta nova conceção da criança, compreende-se a importância atribuída ao direito da criança a ser ouvida e a que a sua opinião seja tida em consideração na tomada das decisões que lhe digam respeito. Nos termos do artigo 12.º da Convenção sobre os Direitos da Criança, os Estados devem garantir, a todas as crianças sob a sua jurisdição, o direito de estas exprimirem livremente a sua opinião, assim como devem garantir a oportunidade de serem ouvidas nas questões judiciais e administrativas que lhes digam respeito, de acordo com a sua idade e maturidade e segundo as modalidades previstas pelas regras de processo da legislação nacional de cada Estado. Desta maneira, a Convenção impõe aos Estados Parte que reconheçam e assegurem o direito da criança a ser ouvida nos processos judiciais e administrativos, com o intuito de as tornar participantes ativas na promoção, proteção e monitoração dos seus direitos.

O direito da criança a ser ouvida na tomada de decisões judiciais e administrativas que lhe dizem respeito assume hoje uma particular importância nos processos judiciais, nos quais estejam em causa raptos internacionais de criança, por ser crucial a sua participação na decisão do local onde passarão a viver.

Com a intensificação da mobilidade internacional, é cada vez maior o número de casos de rapto internacional de crianças por um dos progenitores. A mobilidade internacional potenciou situações em que os pais, durante a união, mas sobretudo depois de separados, residindo em Estados diferentes, frequentemente se fazem acompanhar da criança, sem autorização do outro progenitor, com prejuízo do bem-estar e do interesse superior da criança. O rapto internacional de crianças é um problema que afeta milhares de crianças todos os anos e que já se estende por várias décadas.

O instrumento jurídico regulador dos casos de rapto internacional de criança é a Convenção de Haia sobre os Aspectos Cíveis do Rapto Internacional de Crianças, de 1980, um tratado multilateral em que os Estados signatários assumiram o compromisso de cooperarem entre si, a fim de localizarem as crianças raptadas e de facilitarem o seu regresso ao Estado onde tinham residência habitual antes do rapto. O seu objetivo primordial visa proteger a criança dos efeitos nocivos resultantes deste tipo de rapto (que, por norma, acontece por meio de uma deslocação ou retenção ilícitas),

estabelecendo as formas que garantam o interesse superior da criança, o seu regresso imediato ao Estado de residência habitual e a proteção do direito de guarda e de visita.

Esta Convenção, quando estatuiu que a oposição da criança ao seu regresso imediato para o Estado de residência habitual antes do rapto, podia obstar a regra de regresso, antecipou o que veio a ser um dos princípios estruturantes da Convenção sobre os Direitos da Criança, de 1989: o direito da criança a ser ouvida e a ter as suas opiniões levadas em consideração conforme o seu grau de maturidade.

Os Estados Membros da União Europeia, todos signatários da Convenção da Haia de 1980, são, por isso, obrigados a cumprir os seus preceitos nos respetivos territórios e em cooperação com os demais Estados Contratantes. No entanto, a aplicação da referida Convenção nos Estados Membros, com exceção da Dinamarca, foi complementada com a entrada em vigor do Regulamento n.º 2201/2003, relativo à Competência, ao Reconhecimento e à Execução de Decisões em Matéria Matrimonial e em Matéria de Responsabilidade Parental do Conselho da União Europeia, adotado em 27 de novembro de 2003.

Este Regulamento completa a Convenção de Haia de 1980, nomeadamente no que respeita ao artigo 11.º (considerando 17). As suas regras procuram melhorar alguns pontos da Convenção de Haia de 1980, relativamente à efetividade do regresso da criança.

As regras estipuladas no Regulamento visam um processo de regresso célere e voltado para o interesse superior da criança. O Regulamento reforça o direito da criança a ser ouvida nos processos de rapto internacional na União Europeia e evidencia uma preocupação em efetivar o direito da criança a ser ouvida nos processos que lhe digam respeito ao determinar, através do artigo 42.º, n.º 1 e 2, alínea a), que uma decisão de regresso terá força executória apenas se a criança tiver tido a oportunidade de ser ouvida adequadamente, conforme a sua idade e maturidade.

A consideração da opinião da criança como possível exceção ao regresso, na Convenção de Haia de 1980, assim como o facto de o desrespeito desse direito ser um pressuposto para a perda da força executória e de reconhecimento de uma decisão de regresso, no Direito da União Europeia, confirmam o entendimento da criança como um sujeito titular de direito e participante ativa no processo.

Contudo, ainda que o princípio do direito da criança a ser ouvida tenha sido afirmado no Direito internacional, nos últimos anos, a forma como se deve concretizar esse direito na prática não foi determinada pela Convenção de Haia de 1980 nem pela

Convenção sobre os Direitos da Criança nem mesmo pelo Regulamento, tendo ficado à mercê de cada Estado, a formulação de regras para a criança ser ouvida nos processos que as envolvam.

No ordenamento jurídico português, foi a Lei n.º 141/2015, de 8 de setembro, que pela primeira vez regulamentou direta e expressamente o direito da criança a ser ouvida e a ter a sua opinião levada em consideração, tendo em conta o seu discernimento sobre o assunto em causa, ditando regras básicas de como realizar a audição da criança.

Em Portugal, existe oportunidade e proteção para que a criança seja ouvida nos processos que a envolvam. Denota-se o interesse em tornar cada vez melhor a efetivação do direito da criança a ser ouvida e a ter a sua opinião levada em consideração, procurando atender às recomendações da CDC e dos demais instrumentos jurídicos internacionais que defendem o direito da criança a ser ouvida.

Mas apesar do ordenamento jurídico internacional enfatizar o direito da criança a ser ouvida e o ordenamento jurídico português ter, textualmente, efetivado este direito, ainda há divergências relativamente à atuação e funcionamento da justiça quanto às necessidades da criança no processo da sua audição.

Perante este cenário, esta investigação pretende averiguar de que modo é que na prática é assegurado o direito da criança a ser ouvida e ter sua opinião levada em consideração nos processos que lhe dizem respeito e, conseqüentemente, no processo de rapto internacional em Portugal. Interessar-nos-á, sobretudo, compreender de que modo as autoridades judiciais portuguesas e os agentes de Direito que lidam com a criança durante o processo interpretam o dever de assegurar o direito da criança a ser ouvida e garantir que a criança expresse a sua vontade de forma inteiramente livre e consciente.

Iniciámos o trabalho com um breve enquadramento normativo, onde serão analisados os principais instrumentos internacionais de direitos humanos para proteção dos direitos da criança, com especial atenção para a Convenção sobre os Direitos da Criança de 1989. Partindo daí, faremos uma reflexão sobre o direito da criança a ser ouvida e a ter as suas opiniões levadas em consideração, bem como sobre o modo como esse direito tem sido interpretado e desenvolvido nos diferentes instrumentos jurídicos internacionais e regionais.

Em seguida, procuraremos examinar o fenómeno do rapto internacional de crianças e o modo como a Convenção de Haia sobre os Aspectos Cíveis do Rapto Internacional de Crianças e o Regulamento (CE) n.º 2201/2003 procuram proteger as

crianças envolvidas neste tipo de situação, para com isso podermos analisar como é salvaguardado o direito da criança a ser ouvida nas tomadas de decisões, nesse contexto.

Depois de analisado o quadro normativo geral, a Convenção sobre os Direitos da Criança e o quadro normativo específico para rapto internacional de crianças – Convenção de Haia de 1980 e Regulamento de Bruxelas II *bis* –, iremos tomar o ordenamento jurídico português como estudo de caso, de modo a podermos avaliar, em primeiro lugar, de que modo é que o Estado Português traduz os seus compromissos internacionais nesta matéria, para o seu respetivo ordenamento jurídico e, num segundo lugar, de que modo é que as autoridades judiciárias de Portugal asseguram, em concreto, o direito das crianças a serem ouvidas, em casos de rapto internacional.

## **2. METODOLOGIA**

Este trabalho foi desenvolvido na perspetiva sociojurídica, “lei em contexto”, em que se almeja verificar a efetividade do Direito postulado na sociedade.

Para este estudo, utilizamos duas metodologias ou técnicas investigativas. A primeira foi a revisão da literatura, com o objetivo de estabelecermos o conhecimento existente sobre o tema. Foram selecionados e analisados vários livros, artigos e manuais para a construção do entendimento sobre o Direito em geral, assim como sobre o direito da criança a ser ouvida em particular. Também foram analisadas algumas decisões jurisprudenciais referentes ao direito da criança a ser ouvida em casos de responsabilidade parental e do rapto internacional.

A segunda metodologia utilizada foi a investigação empírica que visa estudar as situações concretas de um determinado problema. O método empírico proporciona uma utilização de factos que conhecemos para aprender ou inferir sobre factos que não conhecemos. A investigação empírica deste estudo foi realizada através de entrevistas a vários magistrados judiciais e a um advogado, realizadas em obediência aos requisitos de consentimento informado e gravadas em áudio. A partir das opiniões recolhidas, procurámos compreender como é interpretado, na prática, o direito da criança a ser ouvida nos tribunais.

## CAPÍTULO I

### A PROTEÇÃO DA CRIANÇA PELO DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS E O RECONHECIMENTO DO DIREITO DA CRIANÇA A SER OUVIDA

#### 1.1 Instrumentos de Direito internacional dos direitos humanos relevantes para a proteção dos direitos da criança: breve apontamento histórico

A criança viveu, desde os primórdios da história, um longo período de indiferença, tendo sido frequentemente submetida a condições deploráveis. Devido a essa indiferença, as fontes sobre a trajetória da infância são escassas. As crianças eram vítimas das vicissitudes de um contexto social e económico que ignorava completamente as necessidades e limitações próprias da idade, sendo frequentemente tratadas com violência.

Segundo Philippe Ariès, a infância foi, durante séculos, entendida como um período de transição, em que a criança era apenas um “homem de tamanho reduzido”, que, se sobrevivesse aos primeiros anos e desenvolvesse as características físicas necessárias, era, de imediato, tratada como um adulto e, por conseguinte, considerada apta para o trabalho. A criança era considerada propriedade da família, um objeto que esta podia utilizar da forma que achasse conveniente. Havia, para Philippe Ariès, uma indiferença generalizada no tratamento das crianças e justificada pela excessiva mortalidade infantil<sup>1</sup>.

Na Idade Média, havia uma notória hierarquia na relação entre os pais e os filhos. Pelo facto de serem consideradas propriedade familiar, as crianças ficavam, não raras vezes, expostas não só à violência dos familiares, mas também a condições exaustivas e degradantes de trabalho. A violência sofrida pelas crianças era tratada com normalidade e indiferença. Mas nem todos os historiadores estão de acordo com esta teoria. Por exemplo, a historiadora Maria João Martins evidencia na sua obra o carinho e os cuidados com que reis e rainhas tratavam os filhos na Idade Média e apresenta como exemplo a família real portuguesa, o rei D. Manuel e a rainha D. Maria, que estavam sempre presentes nas lições, nos passeios e nas brincadeiras do seu filho, o príncipe D. João. Conta ainda esta autora que, segundo crónicas e relatos reais, estes se

---

<sup>1</sup> Cf. Philippe ARIÈS, *História Social da Criança e da Família*, 2.<sup>a</sup> edição, Rio de Janeiro, Zahar, 1981, p. 50. Para o autor, a mortalidade infantil, na Idade Média, era devida a várias causas, tais como a falta de higiene, a carência de cuidados básicos, o sufocamento por dormirem com os pais; causas estas que tanto podiam ser acidentais como propositadas, tendo o infanticídio persistido de forma camuflada até ao final do século XVII.

referiam à dor da perda de uma criança ou à alegria de as ver crescer saudáveis. Para esta historiadora, “o que muda, ao longo dos séculos, não é a natureza do amor pelos filhos, mas o modo como a sociedade percebe o indivíduo”<sup>2</sup>.

Entre os séculos XVI e XVII, inicia-se, sob a influência do Renascimento, um sentimento novo em relação à infância<sup>3</sup>, que se manifesta essencialmente pela distinção do vestuário, pela criação de brinquedos e pela inserção da criança em obras de arte. A sociedade passa finalmente a ter uma consciência positiva acerca do estatuto da criança, a preocupar-se com sua educação e bem-estar. Entretanto, foram os avanços ocorridos no século XIX, em áreas como a sociologia, a medicina e as ciências pedagógicas, que permitiram compreender as especificidades da criança e tornaram imprescindível o reconhecimento de alguns dos seus direitos<sup>4</sup>. Foram publicados vários tratados filosóficos sobre a educação da criança e a escolarização passou a ser uma prioridade familiar e social. Os poderes públicos passaram a olhar para a criança como uma possível vítima da família e da sociedade. Como constata Lloyd DeMause, é no século XIX que começa a haver o entendimento da criança como um ser com “necessidades especiais, dada a sua vulnerabilidade e desamparo, e não como adultos pequenos, com a obrigação de prestar os seus serviços durante dezasseis horas por dia ou como escravos dos pais”<sup>5</sup>.

Inicia-se assim, no século XIX, a chamada era *Child-saving*, onde o Estado passa a ter uma maior intervenção sobre o exercício do poder parental, com a finalidade de conseguir uma maior proteção para a criança. A mudança de mentalidades conduz à adoção de legislação sobre os jardins de infância, asilos, trabalho infantil e frequência escolar<sup>6</sup>. Surgem Sociedades Protetoras da Infância e multiplicam-se os debates e congressos nacionais e internacionais sobre a proteção à infância. Da mesma forma,

---

<sup>2</sup> Cf. Maria João MARTINS, *História da criança em Portugal*, Lisboa, Ed. Parsifal, 2014, pp. 12-13.

<sup>3</sup> Cf. Philippe ARIÉS, *L'enfant et la vie familiale sous l'ancien régime*, Paris, Plon, 1960, p. 179. Nos fins da Idade Média, a sociedade começa a ter em consideração o valor da criança, acompanhado de uma nova sensibilidade em relação à infância, de uma nova consciência da sua educabilidade e de uma crescente preocupação com sua educação. Cf. A. Reis MONTEIRO, *Direitos da criança: era uma vez...*, Coimbra, Almedina, 2010, p. 18.

<sup>4</sup> Cf. Maria Luíza MARCILIA, “A Lenta Construção dos Direitos da Criança Brasileira Século XX”, in *Revista USP*, n.º 37, 1998. Neste sentido, também A. Reis MONTEIRO, *Direitos da criança: era uma vez...*, *ob. cit.*, p. 19.

<sup>5</sup> Cf. Lloyd DEMAUSE, *História da Infância*, trad. de María Dolores López Martínez, Madrid, Alianza Editorial, 1982, p. 471.

<sup>6</sup> Cf. A. Reis MONTEIRO, *Direitos da criança: era uma vez...*, *ob. cit.*, p. 27. O trabalho infantil era considerado normal até ao séc. XIX, tendo sido agravado com a industrialização. Em 1834, foi adotada uma lei sobre o trabalho infantil, em Inglaterra, que proibia empregar crianças com menos de nove anos, estipulava a jornada de trabalho em nove horas e duas horas de escola por dia. Leis como essa foram aprovadas em França (1841) e na Prússia (1839). *Idem, ibidem*, p. 28.

começa a questionar-se a aplicação a crianças de penalidades que não tinham em consideração nem a sua maturidade nem a fase do seu desenvolvimento, surgindo, assim, a necessidade de uma especialização e de uma nova forma de aplicação da justiça centrada na criança<sup>7</sup>.

É neste contexto que, em Nova Iorque, no final do século XIX, o caso Ellen Wilson<sup>8</sup> chama a atenção para a situação da criança, gerando grande indignação a nível internacional e impulsionando a criação de um movimento em defesa dos direitos da criança. Neste movimento, destacou-se o papel de Eglantine Jebb<sup>9</sup>, que foi presa por defender que as crianças eram as maiores vítimas da guerra promovida pelos adultos e por expor fotografias de crianças famintas e abandonadas. Este acontecimento veio provocar uma onda de solidariedade à causa, tendo dado início ao movimento internacional de defesa dos direitos da criança. Mais tarde, Jebb veio a elaborar a base do que viria a ser a Declaração dos Direitos da Criança, de 1924<sup>10</sup>.

Com o movimento internacional em defesa da criança a crescer internacionalmente, é criado, em 1899, na cidade de Chicago, o primeiro Tribunal, em todo o mundo, especializado em infância. Já na Europa, é em Inglaterra, na cidade de Birmingham, que, em 1905, é criado o primeiro Tribunal da Infância, seguindo-se a Alemanha, em 1907, a Hungria, em 1908, a Rússia, em 1910, Portugal, em 1911, a Bélgica, em 1912, e França e Espanha, em 1918<sup>11</sup>.

---

<sup>7</sup> Cf. A. Reis MONTEIRO, *Direitos da criança: era uma vez..., ob. cit.*, pp. 27 e 29.

<sup>8</sup> Mary Ellen foi adotada aos dois anos de idade pela família McCormark. Porém, passado um tempo, o pai adotivo morreu. A Sra. McCormark casou-se novamente, iniciando uma história de maus tratos a Mary Ellen. A violência a que foi submetida, juntamente com a inexistência de normas jurídicas em prol da criança em situação de maus tratos familiares, gerou um movimento de solidariedade. Este contribuiu para a formação em 1876, em Nova Iorque, da Sociedade para a Prevenção da Crueldade contra as Crianças. O movimento estendeu-se à Europa e, em 1884, foi criada a Sociedade Londrina para Prevenção da Crueldade Sobre as Crianças. Informação disponível em: <http://www.nytimes.com/2009/12/15/health/15abus.html> [13.02.2017].

<sup>9</sup> Eglantine Jebb, reformista social britânica (1876–1928), fundou em 17 de maio de 1923 o Save the Children International Union – organização não-governamental. Ficou mais tarde conhecida como a criadora do que seria a Declaração dos Direitos da Criança de 1924. Mais informações disponíveis em: [http://www.savethechildren.org/site/c.8rKLIXMGIpI4E/b.6354847/k.2DD5/The\\_Woman\\_Who\\_Saved\\_the\\_Children.htm](http://www.savethechildren.org/site/c.8rKLIXMGIpI4E/b.6354847/k.2DD5/The_Woman_Who_Saved_the_Children.htm) [13.02.2017]. Esta organização foi criada com o patrocínio do Comité Internacional da Cruz Vermelha. Disponível em: <https://www.savethechildren.net> [22.10.2017].

<sup>10</sup> Cf. Declaração dos Direitos da Criança, conhecida popularmente como Declaração de Genebra. Disponível em: <http://un-documents.net/gdrc1924.htm> [13.02.2017].

<sup>11</sup> Cf. Maria Rosa Ferreira Clemente de Morais TOMÉ, *Justiça e Cidadania Infantil em Portugal (1820-1978) e a Tutoria de Coimbra*, Coimbra, Universidade de Coimbra, Tese de Doutoramento em Letras, área de História na especialidade de História Contemporânea, 2012. Disponível em: [https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/23812/3/Tese\\_RosaTomé.pdf](https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/23812/3/Tese_RosaTomé.pdf) [23.10.17].

O século XX é considerado o século da criança<sup>12</sup>. É um período de transição e inovação, em que o reconhecimento dos direitos da criança entra finalmente na agenda internacional. A Declaração dos Direitos da Criança, aprovada em 1923 pela International Save the Children Union, é adotada em 26 de setembro de 1924 pela Assembleia Geral da Sociedade das Nações. A Declaração, para além de ser a primeira a referir as palavras e a noção de “direitos da criança” num instrumento de Direito internacional, defendia a proteção da criança independentemente da sua nacionalidade, raça, religião e classe social, mesmo tratando-se de um texto genérico e muito breve. Assentava os seus pilares em cinco princípios que se baseavam no reconhecimento dos direitos da criança e na garantia de proteção e assistência especial. É possível perceber e comprovar esta ideia em seu texto quando afirma que a criança deve receber os meios para seu desenvolvimento normal, tanto material como espiritualmente, que a criança com fome deve ser alimentada e a delinvente recuperada. O órfão e a criança abandonada devem ser abrigados e socorridos, e, em momentos de aflição, os primeiros a receber ajuda. A criança deve ser protegida contra toda forma de exploração, e educada, com a consciência de que seus talentos devem ser dedicados ao serviço da sociedade<sup>13</sup>.

É importante realçar que estes cinco princípios constitutivos da Declaração dos Direitos da Criança, de 1924, traduziam uma responsabilidade cívica relativa à criança e procuravam proporcionar-lhe um desenvolvimento saudável em todos os aspetos. Consecutivamente, este documento fomentou o movimento em prol dos direitos da criança, tendo sido um primeiro passo para positivizar juridicamente o direito à assistência e proteção da criança, ao estimular a sociedade a guiar-se pelos seus princípios.

Em 1946, após a Segunda Guerra Mundial, intentando mobilizar o mundo a ajudar as crianças perante as consequências da guerra, o Conselho Económico e Social das Nações Unidas sugeriu a adoção efetiva dos princípios da Declaração dos Direitos

---

<sup>12</sup> Ellen Key, feminista sueca, publica em 1900 o livro *O século da Criança*, considerado um manifesto em favor da infância que, devido a seu enorme sucesso, foi rapidamente traduzido em várias línguas. Mais informações em: <https://www.britannica.com/biography/Ellen-Key> [23.10.2017].

<sup>13</sup> Texto Original: “The child must be given the means requisite for its normal development, both materially and spiritually; The child that is hungry must be fed; the child that is sick must be nursed; the child that is backward must be helped; the delinquent child must be reclaimed; and the orphan and the waif must be sheltered and succored; The child must be the first to receive relief in times of distress; The child must be put in a position to earn a livelihood, and must be protected against every form of exploitation; The child must be brought up in the consciousness that its talents must be devoted to the service of fellow men”. Disponível em: <http://un-documents.net/gdrc1924.htm> [22.10.2017].

da Criança, de 1924. Nesse sentido, foi criado, no mesmo ano, o International Children's Emergency Found – ICEF<sup>14</sup>, com o objetivo de ajudar as crianças dos países afetados pela guerra. Dois anos depois, em 10 de dezembro de 1948, foi proclamada a Declaração Universal dos Direitos do Homem, pela Assembleia Geral das Nações Unidas<sup>15</sup>. A Declaração Universal revestiu-se de extrema importância ao enunciar, pela primeira vez num instrumento jurídico internacional, direitos civis, políticos, económicos e sociais comuns a todos os seres humanos. Por meio desta Declaração, estabeleceu-se e defendeu-se a igualdade, liberdade e dignidade das pessoas e proclamou-se a proteção universal dos direitos humanos. O seu artigo 25.º, n.º 2, trata especificamente a proteção da infância, ao prever que toda a criança, nascida dentro ou fora do casamento, goza de igual proteção.

Tendo como base os princípios da Declaração Universal dos Direitos do Homem e da Declaração dos Direitos da Criança, de 1924, ambas alicerçadas no conceito de proteção das crianças e na responsabilidade da humanidade em lhes proporcionar o melhor, a Assembleia Geral das Nações Unidas proclamou, em 1959, por unanimidade, uma nova Declaração dos Direitos da Criança<sup>16</sup>, articulada em dez princípios, com o intuito de atualizar e estender a proteção sugerida pela Declaração de 1924. Durante muitos anos, a Declaração de 1959 traduziu um enquadramento moral-base universal relativamente aos direitos da criança, tendo tido um grande impacto na atuação dos Estados, principalmente por, indiretamente, introduzir o conceito de superior interesse da criança como um princípio orientador para quem tinha a responsabilidade pelo seu cuidado e educação<sup>17</sup>.

Por meio desta Declaração, foi reconhecido à criança o direito a um nome e nacionalidade, sendo reconhecido que a criança, por motivo da sua falta de maturidade física e intelectual, tem necessidade de proteção e cuidados especiais, nomeadamente de proteção jurídica adequada. Para além disso, também passam a ser reconhecidos à criança direitos sociais que legitimam o acesso a cuidados médicos, à obtenção de uma

---

<sup>14</sup> Em 1953, a Assembleia Geral das Nações Unidas tomou a decisão de dar ao fundo um estatuto permanente e alterou seu nome para United Nations Children's Found – UNICEF. Disponível em: <http://www.unicef.pt/> [13.02.2017].

<sup>15</sup> Cf. Declaração Universal dos Direitos do Homem. Aprovada pela Resolução 217-A(III), da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 10-12-1948. Disponível em: <http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionais-dh/tidhuniversais/cidh-dudh.html> [13.02.2017].

<sup>16</sup> Cf. Declaração dos Direitos da Criança. Aprovada pela Resolução 1386 (XIV) da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 20-11-1959. Disponível em: <http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionais-dh/tidhuniversais/dc-declaracao-dc.html> [15.02.2017].

<sup>17</sup> Cf. Maria Luiza MARCILIA, “A Lenta Construção dos Direitos da Criança Brasileira Século XX”, *ob. cit.* Neste sentido, também Cf. A. Reis MONTEIRO, *Direitos da criança: era uma vez..., ob. cit.*, p. 20.

alimentação saudável e à proteção e cuidados perante situações de desfavorecimento físico, mental ou social. É desenvolvida a noção de que a fragilidade física e mental da criança é condição fulcral para a obtenção de uma proteção especial<sup>18</sup>. E é reafirmada a importância da universalidade, objetividade e igualdade na consideração das questões sobre os direitos da criança<sup>19</sup>.

Apesar dos avanços que a Declaração dos Direitos da Criança de 1959 representou, o seu carácter não vinculativo manteve em aberto a questão sobre a necessidade da criação de um documento internacional que impusesse obrigações jurídicas aos Estados e que englobasse mecanismos que garantissem a transposição dessas obrigações para os órgãos jurídicos internos dos Estados<sup>20</sup>.

Há ainda a salientar que, em 1973, a Conferência Geral da Organização Internacional do Trabalho adotou a Convenção n.º 138, sobre a Idade Mínima para o Trabalho<sup>21</sup>, tendo especificado, a fim de assegurar “a efetiva abolição do trabalho infantil e elevar, progressivamente, a idade mínima de admissão a emprego ou trabalho em um nível adequado ao pleno desenvolvimento físico e mental do jovem”<sup>22</sup>, a idade mínima para a admissão em qualquer trabalho, os 15 anos. Esta alteração ao limite de idade da criança para começar a trabalhar veio demonstrar, mais uma vez, o interesse e a preocupação que a sociedade internacional assumia em proteger a criança e em que esta tivesse um desenvolvimento equilibrado.

Neste período e contexto, vários instrumentos jurídicos foram desenvolvidos no quadro do Conselho da Europa, com implicações para a proteção jurídica da criança. Entre eles, destacam-se a Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, de 1950<sup>23</sup>, destinada a proteger as pessoas contra violações dos direitos humanos e que faz referência direta à criança duas vezes, no artigo 5.º, sobre o direito à liberdade, e no artigo 6.º, em relação ao direito a um julgamento justo;

---

<sup>18</sup> Como se afirma no Preâmbulo da Declaração Universal dos Direitos da Criança de 1959.

<sup>19</sup> Cf. Maria Luiza MARCILIO, “A Lenta Construção dos Direitos da Criança Brasileira Século XX”, *ob. cit.*; A. Reis MONTEIRO, *Direitos da criança: era uma vez...*, *ob. cit.*, p. 49.

<sup>20</sup> Cf. Maria Luiza MARCILIO, “A Lenta Construção dos Direitos da Criança Brasileira Século XX”, *ob. cit.*; A. Reis MONTEIRO, *Direitos da criança: era uma vez...*, *ob. cit.*, p. 49.

<sup>21</sup> Cf. Convenção n.º 138 sobre a Idade Mínima, adotada em 6 de junho de 1973, pelo Conselho de Administração da Repartição Internacional do Trabalho, na 58ª sessão. Disponível em: [http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100\\_ILO\\_CODE:C138](http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C138) [15.02.2017].

<sup>22</sup> Cf. Convenção n.º 138 sobre a Idade Mínima, artigo 1.º.

<sup>23</sup> Cf. Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais de 1950, chamada popularmente de Convenção Europeia dos Direitos do Homem. Disponível em: [http://www.echr.coe.int/Documents/Convention\\_POR.pdf](http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf) [17.02.2017].

a Carta Social Europeia, de 1961<sup>24</sup>, que enfatizou a proteção da criança ao estabelecer regras que equilibravam a educação e o trabalho na vida de crianças menores de 16 anos (artigo 7.º, n.º 35); a Convenção Europeia para adoção de crianças, de 1967<sup>25</sup>, que valorizou a opinião da criança no processo de adoção e proporcionou um equilíbrio entre o direito da criança adotada a conhecer a sua identidade e o direito dos pais biológicos a permanecerem anónimos; e a Convenção Europeia sobre o Estatuto Jurídico das Crianças nascidas fora do Casamento, de 1975<sup>26</sup>, convenção esta que equiparou o estatuto jurídico das crianças nascidas fora do casamento com as nascidas dentro do casamento.

Percebe-se, claramente, durante a segunda metade do século XX, consolidado nos documentos elaborados, um entendimento internacional da criança fundado na lógica da assistência e da necessidade de proteção. A criança era encarada como um ser que possuía direitos básicos e necessitava de cuidados especiais. De um modo geral, a criança era entendida apenas como recetora das medidas de proteção e de direitos<sup>27</sup>.

Mais tarde, em 1976, a Assembleia Geral das Nações Unidas, para assinalar o 20.º aniversário da Declaração de 1959, decidiu que o ano de 1979 seria o Ano Internacional da Criança. Este evento tinha como objetivo consciencializar a sociedade internacional, não só para a necessidade de uma assistência especial em prol da criança, mas também para mobilizar uma implementação mais efetivada sua proteção nos sistemas jurídicos internos dos Estados. Foi neste contexto que o governo polaco apresentou um projeto para uma Convenção sobre os Direitos da Criança, que viria a mudar significativamente o entendimento sobre a infância<sup>28</sup>.

Após muitos anos de preparação, foi finalmente adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, em 20 de novembro de 1989, a Convenção sobre os Direitos da Criança (doravante CDC), que é o instrumento jurídico mais completo sobre os direitos da criança. Assim e resumidamente, a Convenção enuncia direitos novos, reúne todos os

---

<sup>24</sup> Cf. Carta Social Europeia de 1961. Disponível em: <https://rm.coe.int/168006b642> [17.02.2017].

<sup>25</sup> Cf. Convenção Europeia sobre a Adoção de Crianças. Disponível em: <https://rm.coe.int/1680084823> [17.02.2017].

<sup>26</sup> Cf. Convenção Europeia sobre o Estatuto Jurídico das Crianças Nascidas fora do Casamento. Disponível em: <https://rm.coe.int/1680076da4> [17.02.2017].

<sup>27</sup> Cf. António Teixeira FERNANDES, “Dinâmicas familiares no mundo actual: harmonias e conflitos”, in *Análise Social*, vol. XXIX, n.º 129, 1994, pp. 1149-1151. Segundo o autor, as dinâmicas familiares passaram, nos últimos vinte anos, por transformações amplas na sociedade global, tendo havido mudanças nos padrões de conduta familiar. Ao mesmo tempo em que ocorre uma quebra no modelo tradicional da família, uma desinstitucionalização, a mudança não se opera apenas nas estruturas, mas nas mentalidades e atitudes. A criança assume um papel prioritário e concentração de afetividade.

<sup>28</sup> Cf. A. Reis MONTEIRO, *Direito da Criança: era uma vez..., ob. cit.*, p. 31.

direitos da criança num só documento, eleva o nível de proteção para com a criança, altera o seu estatuto para sujeito de direitos, dá-lhe o direito de participação relativo à expressão e à valorização da sua opinião, tornando-a uma obrigação jurídica para os Estados Partes. Uma análise mais pormenorizada da CDC será feita mais adiante neste trabalho.

A CDC inspirou a adoção de vários instrumentos a nível internacional e regional em matéria de proteção da infância: a Convenção de Haia, de 1993, relativa à Proteção das Crianças e à Cooperação em matéria de Adoção Internacional, que foi desenvolvida para completar os princípios da CDC, criando um quadro jurídico em matéria de adoção internacional; a Convenção da OIT n.º 182 para a Eliminação Imediata das Piores Formas de Trabalho Infantil, adotada em 1999, concebida para identificar, como juridicamente inaceitáveis, situações de exploração da criança.

Na Europa, a CDC influenciou a adoção, no quadro do Conselho da Europa, da Convenção sobre o Exercício dos Direitos das Crianças, em 25 de janeiro de 1996<sup>29</sup>. Trata-se de um instrumento vinculativo que compreende a criança como um sujeito de direitos e que, além de promover o seu superior interesse, veio facilitar o exercício dos direitos substantivos da criança ao fortalecer os direitos processuais que podem ser exercidos pela própria criança ou por meio de outras pessoas ou órgãos. Também veio enfatizar a ideia de promover os direitos das crianças, uma vez que o termo "promoção" é mais amplo do que o termo "proteção", utilizado até meados do século XX<sup>30</sup>.

Destaca-se ainda, na Europa, a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, adotada em 2000<sup>31</sup>. A Carta enuncia de forma significativa, no seu artigo 24.º, três princípios fundamentais sobre os direitos da criança: o direito da criança a exprimir livremente a sua opinião, em função da sua idade e maturidade (n.º 1); o direito a que o seu interesse superior seja primordialmente tido em conta em todos os atos que lhe digam respeito (n.º 2); e o direito de manter regularmente relações pessoais e contactos

---

<sup>29</sup> Cf. A Convenção Europeia sobre o Exercício dos Direitos das Crianças foi aprovada para ratificação pela Resolução da Assembleia da República n.º 7/2014, de 13 de dezembro de 2013, e ratificada pelo Decreto do Presidente da República n.º 3/2014. Disponível em: <https://rm.coe.int/168007cdaf> [18.02.2017].

<sup>30</sup> Cf. Explanatory Report to the European Convention on the Exercise of Children's Rights, p. 3. Disponível em: <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=09000016800cb5ee> [17.02.2017].

<sup>31</sup> Cf. Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia. Disponível em: [http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text\\_pt.pdf](http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_pt.pdf) [17.02.2017]

diretos com ambos os progenitores (n.º 3). O Conselho da União Europeia, reconhecendo que, nos Estados membros, a consideração do interesse da criança tinha importância fundamental em matéria de decisões relativas à sua guarda, definiu, em 2007, as Orientações da UE em Matéria de Promoção e Proteção dos Direitos da Criança<sup>32</sup>, com o intuito de integrar esses direitos em todas as atividades da UE com os Estados não membros. A CDC tem sido sempre o pilar no modo como as instituições europeias praticam e efetivam os direitos da criança, tendo-se tornado a principal fonte de influência para o desenvolvimento normativo internacional nesta matéria.

Face ao exposto, pode facilmente compreender-se o grande avanço ocorrido nas questões relativas aos direitos da criança, antes considerada como um ser frágil, inferior e incompleto, pertença da família e competindo à família satisfazer apenas as necessidades básicas da criança até que esta se tornasse um adulto, o que ocorria geralmente em idade muito pouco avançada. Era facilmente exposta a violência física por parte dos familiares, assim como era obrigada a trabalho excessivo. No entanto, com o avanço de ciências como a sociologia, a medicina e a psicologia, a fragilidade da criança passa a ser entendida como algo que tem de ser protegido, reconhecendo-se como imprescindíveis alguns direitos. Porém, só no século XX, com a adoção da Declaração dos Direitos da Criança, de 1924, esta situação ganha visibilidade mundial. A criança começa, então, a ser entendida como um ser frágil em processo de crescimento, com necessidades de proteção, apoio e respeito. E, em 1989, com a adoção da Convenção sobre os Direitos da Criança, ocorre uma viragem na lógica de assistência e proteção. A criança é, finalmente, reconhecida como um sujeito de direitos, passando a ser-lhe assegurados direitos de proteção e consagrados no, mesmo plano de importância, o direito a ser ouvida e a ter uma participação mais ativa nas decisões que a afetem, em conformidade com a sua maturidade. Deste modo, a CDC vem trazer um novo olhar sobre a criança, alterando a antiga lógica de assistência e proteção, para um sistema novo e completo, que não só a protege, mas também a reconhece como sujeito autónomo de direitos e se preocupa com que a criança seja ouvida.

## **1.2 A Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança de 1989**

---

<sup>32</sup> Cf. Orientações da UE em matéria de promoção e proteção dos direitos da criança, Bruxelas, 10 de dezembro de 2007. Disponível em: <https://www.consilium.europa.eu/uedocs/cmsUpload/16031.pt07.pdf> [18.02.2017].

### 1.2.1 Trabalhos Preparatórios

Como foi referido anteriormente neste trabalho, no ano de 1978, o Governo polaco propôs à Comissão de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas<sup>33</sup> um projeto para uma Convenção sobre os Direitos da Criança. Contudo, o projeto suscitou muitas críticas, principalmente, por, em tempos de Guerra Fria, apresentar um discurso demasiado pró-soviético quanto aos direitos humanos e privilegiar os direitos económicos, sociais e culturais de maneira muito próxima aos direitos proclamados na Declaração de 1959. Outro ponto negativo do projeto foi a imprecisão de alguns dos direitos reconhecidos e do modo como estes poderiam ser efetivados<sup>34</sup>.

Esta circunstância levou a que a Comissão de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas criasse um grupo de trabalho aberto aos vários Estados (*open-ended Working Group*), para que, com uma análise pormenorizada e modificações ao projeto polaco, formulasse uma Convenção sobre os Direitos da Criança de forma mais adequada à diversidade dos países<sup>35</sup>.

O grupo de trabalho tinha a participação dos Estados representados na Comissão dos Direitos Humanos, assim como de organizações não-governamentais (ONG), mas estas últimas apenas com estatuto consultivo. O grupo de trabalho reuniu anualmente, entre 1980 e 1987, com o objetivo de finalizar até 1989 aquele projeto comum. As reuniões desenrolaram-se num clima de muita tensão e conflito, uma vez que se visava a criação de um tratado internacional, no qual se encontravam envolvidos vários Estados com interesses muito diferentes, com desigual acesso a recursos e poder e com conceitos sobre a infância muito divergentes<sup>36</sup>.

Finalmente, em 1989, após muitas reuniões, discordâncias e disputas, no dia 20 de novembro, foi adotada e aberta à assinatura e ratificação dos Estados a Convenção sobre os Direitos da Criança (CDC)<sup>37</sup>. Até ao momento, 196 Estados<sup>38</sup> ratificaram-na,

---

<sup>33</sup> A Comissão de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas passou a ser chamada Conselho de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas e é parte do corpo de apoio da Assembleia Geral das Nações Unidas. Disponível em: <http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/HRC/Pages/HRCIndex.aspx> [24.02.2017].

<sup>34</sup> Cf. Catarina ALBUQUERQUE, “As Nações Unidas, a Convenção e o Comité”, in *Boletim de Documentação e Direito Comparado*, n.º 83/84, 2000, p. 30. Disponível em: [http://bibliobase.sermais.pt:8008/BiblioNET/upload/PDF3/01835\\_PP-8384crianca.pdf](http://bibliobase.sermais.pt:8008/BiblioNET/upload/PDF3/01835_PP-8384crianca.pdf) [05.04.2017].

<sup>35</sup> Cf. Catarina ALBUQUERQUE, “As Nações Unidas, a Convenção e o Comité”, *ob. cit.*, p. 30.

<sup>36</sup> Cf. Fúlvia ROSEMBERG e Carmem Sussel MARIANO, “A Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança: Debates e tensões”, in *Cadernos de Pesquisa*, v. 40, n.º 141, 2010, p. 708.

<sup>37</sup> Adotada e aberta à assinatura, ratificação e adesão pela Resolução 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 e foi assinada por Portugal em 26 de janeiro de 1990. Aprovada e ratificada, respetivamente, pela

com exceção dos EUA<sup>39</sup>. A CDC é, assim, o instrumento de direitos humanos com maior número de ratificações.

A CDC foi um marco fundamental na construção do estatuto jurídico da criança, tendo sido o primeiro instrumento internacional a impor a obrigatoriedade dos direitos da criança, ao contrário do que tinha ocorrido com as Declarações adotadas anteriormente. Cumpre realçar que esta Convenção tem a particularidade de combinar direitos civis, económicos, sociais e culturais num só documento. Foi além da conceção de necessidade de proteção, reconhecendo as crianças como sujeitos de direito com autonomia progressiva, conforme a sua maturidade. A CDC define como criança alguém com idade inferior a 18 anos (artigo 1.º) e impõe que seja assegurado o interesse superior da criança em quaisquer situações (artigo 3.º). Protege, ainda, o direito da criança à sobrevivência e ao seu desenvolvimento (artigo 6.º), assim como promove o direito da criança a exprimir os seus pontos de vista e a receber as informações necessárias (artigos 12.º e 13.º).

Na conceção de A. Reis Monteiro, a CDC é o instrumento jurídico internacional mais completo sobre a criança, ao enunciar direitos novos, ao universalizar direitos que muitas vezes eram reconhecidos apenas num plano regional, ao reunir direitos que estavam dispersos noutros instrumentos e ao impor, ainda, como se referiu, um sentido de obrigatoriedade aos Estados<sup>40</sup>. Maria dos Prazeres Beleza também partilha desta opinião, quando refere que a CDC é “o primeiro instrumento internacional que vem fixar um quadro jurídico completo para a proteção dos direitos da criança”<sup>41</sup>.

Importa ressaltar que o quadro jurídico colocado pela CDC é complementado pelo Protocolo Facultativo à Convenção sobre os Direitos da Criança Relativo à Venda de Crianças, Prostituição e Pornografia Infantil<sup>42</sup> e o Protocolo Facultativo à Convenção

---

Resolução da Assembleia da República 20/90 e pelo Decreto do Presidente da República 49/90, publicada 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. Disponível em:

[https://www.unicef.pt/docs/pdf\\_publicacoes/convencao\\_direitos\\_crianca2004.pdf](https://www.unicef.pt/docs/pdf_publicacoes/convencao_direitos_crianca2004.pdf) [21.01.2017]

<sup>38</sup> Dados de fevereiro de 2018, informação disponível em: <http://indicators.ohchr.org/> [22.02.2018].

<sup>39</sup> Referente aos EUA. O principal motivo da não ratificação decorre do teor do artigo 37.º que trata a pena de morte e prisão perpétua para menores de 18 anos. Embora tenha ocorrido um grande número de ratificações, muitas delas foram feitas com reservas de 68 países. Alguns Estados, como por exemplo, os Estados muçulmanos, não deram validade jurídica a determinados artigos. Cf. A. Reis MONTEIRO, *Direitos da criança: era uma vez...*, *ob. cit.*, p. 154.

<sup>40</sup> Cf. A. Reis MONTEIRO, *Direitos da criança: era uma vez...*, *ob. cit.*, p. 37.

<sup>41</sup> Cf. Maria dos Prazeres, BELEZA, “Os instrumentos internacionais e o princípio da audição da criança”, in *Revista do CEJ*, Lisboa, Almedina, Tomo III, novembro, 2014, p. 191.

<sup>42</sup> Cf. Protocolo Facultativo a Convenção Sobre Os Direitos da Criança Relativo à Venda de Crianças, Prostituição e Pornografia Infantil. Aprovado pela Resolução 16/2003 de 05.03.2003. Disponível em:

sobre os Direitos da Criança Relativo ao Envolvimento de Crianças em Conflitos Armados<sup>43</sup>, adotados, ambos, em 25 de maio de 2000, pela Assembleia Geral das Nações Unidas. Pretendeu-se, com estes protocolos, não só alargar as medidas de proteção da criança diante de um crescente tráfico internacional, cuja finalidade era a venda, a prostituição e a pornografia infantil, mas também reforçar a proteção da criança contra qualquer participação em conflitos armados. Mais tarde, em 2011, foi adotado o Protocolo Facultativo à Convenção sobre os Direitos da Criança Relativo à Instituição de Um Procedimento de Comunicação<sup>44</sup>, com vista a reforçar os mecanismos regionais e nacionais existentes de modo a permitir à criança cujos direitos tiverem sido violados apresentar queixa e aceder a vias de recurso internas eficazes, atribuindo ao Comité dos Direitos da Criança competência nesse domínio.

A CDC, tomando como exemplo outros instrumentos de Direito internacional de direitos humanos e com o intuito de acompanhar o cumprimento das suas disposições, instituiu um organismo de controlo: o Comité dos Direitos da Criança<sup>45</sup>. Com isto, os Estados Partes, ao ratificarem a Convenção, comprometem-se também a apresentar relatórios sobre as medidas tomadas para a concretização dos direitos que foram reconhecidos pela CDC, conforme artigo 44.º. Através destes relatórios apresentados periodicamente, o Comité avalia e faz um balanço dos progressos e problemas na aplicação da CDC, nos regimes internos. Para além da análise dos relatórios, o Comité dos Direitos da Criança promove dias de debates gerais com temas voltados para a aplicação da CDC. Como consequência de tais debates, são formulados os Comentários Gerais<sup>46</sup> considerados essenciais para o esclarecimento, aos Estados Partes, de muitos pontos considerados de difícil interpretação, contribuindo, assim, para uma compreensão e implementação correta dos preceitos da Convenção.

---

<http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionais-dh/tidhuniversais/protocolo-crian%E7as2.html> [02.03.2017].

<sup>43</sup> Cf. Protocolo Facultativo a Convenção Sobre Os Direitos Da Criança Relativo Ao Envolvimento De Crianças Em Conflitos Armados. Aprovado pela Resolução 22/2003 de 28.03.2003. Disponível em: <http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionais-dh/tidhuniversais/protocolo-crian%E7as1.html> [02.03.2017].

<sup>44</sup> Cf. Protocolo Facultativo à Convenção sobre os Direitos da Criança Relativo à Instituição de Um Procedimento de Comunicação. Aprovado pela Resolução 134/2013 de 09.09.2013. Disponível em: [http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei\\_mostra\\_articulado.php?nid=2023&tabela=leis](http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=2023&tabela=leis) [03.03.2017].

<sup>45</sup> É um órgão de vigilância composto primeiramente por 18 peritos de “alta autoridade moral e de reconhecida competência no domínio abrangidos pela presente Convenção” (artigo 43.º, n.º 2), indicados pelos países que a ratificaram. Iniciou os seus trabalhos em 30 de setembro de 1991. Mais informações: <http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CRC/Pages/CRCIndex.aspx> [02.11.2017].

<sup>46</sup> Note-se que os Comentários Gerais estão fundamentados no artigo 73.º das Regras de Procedimento do Comité. São considerados como uma interpretação autêntica da CDC, com o intuito de promover uma melhor aplicação pelos Estados.

Em outubro de 1991, teve lugar a primeira sessão do Comité, onde foram aprovadas diretrizes que ajudassem os Estados Partes a redigir e a estruturar os relatórios iniciais<sup>47</sup>, mas tendo como objetivo principal a abordagem das dificuldades e dos obstáculos encontrados na implementação da Convenção em cada um dos diferentes países. A apresentação dos relatórios pelos Estados Partes não consiste num mero cumprimento de uma obrigação formal ao abrigo da CDC, mas antes na reafirmação de um compromisso por parte desses Estados, no sentido de respeitarem e assegurarem os direitos humanos das crianças e promoverem, assim, uma cooperação e diálogo entre o Estado e o Comité<sup>48</sup>.

### **1.2.2 Princípios estruturantes da Convenção sobre os Direitos da Criança**

A CDC promoveu o reconhecimento internacional dos direitos da criança, de carácter obrigatório e baseado no respeito da dignidade do ser humano. Consagrou, para sua interpretação e aplicação, quatro grandes princípios norteadores, designadamente: o princípio da não discriminação (artigo 8.º); o princípio do interesse superior da criança (artigo 3.º); o direito da criança à sobrevivência e ao desenvolvimento (artigo 6.º); e o direito da criança a ser ouvida e a que as suas opiniões sejam consideradas nas decisões que lhe digam respeito, de acordo com o seu grau de maturidade (artigo 12.º).

#### **1.2.2.1 Não Discriminação**

No artigo 2.º, n.º 1, pode ler-se que os “Estados Partes comprometem-se a respeitar e a garantir os direitos previstos na presente Convenção a todas as crianças que se encontrem sujeitas à sua jurisdição, sem discriminação alguma, independentemente de qualquer consideração de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou outra da criança, de seus pais ou representantes legais, ou da sua origem nacional, étnica ou social, fortuna, incapacidade, nascimento ou de qualquer outra situação”.

Este enunciado traduz a preocupação da CDC em dar a todas as crianças, independentemente da sua origem, as mesmas oportunidades, assim como proteção contra qualquer tipo de discriminação.

---

<sup>47</sup> Cf. Linhas Gerais de Orientação sobre a Forma e Conteúdo dos Relatórios. Disponível em: [http://tbinternet.ohchr.org/\\_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRC/C/5&Lang=en](http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRC/C/5&Lang=en) [20.03.2017].

<sup>48</sup> Cf. Catarina ALBUQUERQUE, “As Nações Unidas, a Convenção e o Comité”, *ob. cit.*, p. 45.

O Comité dos Direitos da Criança interpreta este princípio de um modo bastante abrangente, uma vez que também se preocupa com a discriminação de que são vítimas as crianças com VIH/SIDA, as crianças que habitam em zonas rurais remotas, as crianças indígenas ou as crianças que possuam algum tipo de deficiência, por muito pequeno que seja esse grau de deficiência. Admite, ainda, que a adversidade igual não deverá corresponder um tratamento idêntico, mas antes um tratamento que se detenha nas particularidades de cada criança e que será necessário tomar medidas especiais consoante a situação de discriminação<sup>49</sup>, com vista à eliminação das causas.

O Comité dos Direitos da Criança sublinha a importância da criação, por parte dos Estados Partes, de medidas que possibilitem a diminuição ou eliminação de condições que causem algum tipo de discriminação.

### **1.2.2.2 Interesse superior da criança**

O artigo 3.º consagra um princípio primordial ao declarar que “todas as decisões relativas a crianças, adoptadas por instituições públicas ou privadas de proteção social, por tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, terão primordialmente em conta o interesse superior da criança”.

Este princípio, que surge de forma mais visível no decorrer do século XX, não é algo novo. É anterior à CDC e está consagrado na Declaração dos Direitos da Criança, de 1959, no parágrafo 2.º, e na Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, de 1975, no n.º 1 do artigo 16.º, assim como em instrumentos regionais e nacionais<sup>50</sup>.

Depois de ter sido adotado pela CDC, este princípio inspirou ainda mais instrumentos e documentos internacionais, tendo, finalmente, obtido uma interpretação ampla, onde é reconhecido, por exemplo, o direito da criança a ser ouvida pelos órgãos administrativos e judiciais nos processos de decisão que lhe digam respeito. Direito inovador e que será analisado detalhadamente mais adiante neste trabalho.

---

<sup>49</sup>Cf. Committee on the Rights of the Child, *General comment no. 5: General measures of implementation of the Convention on the Rights of the Child (articles 4, 42 and 44, para. 1)*, nota 6, Genebra, ONU, 2003. Disponível em: <http://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/docs/AdvanceVersions/CRC-C-GC-12.pdf> [05.03.2017].

<sup>50</sup> Cf. Committee on the Rights of the Child, *General comment no.14: on the right of the child to have his or her best interests taken as a primary consideration (article 3 para. 1)*, Notas 2 e 3, Genebra, ONU, 2013. Disponível em: [http://www2.ohchr.org/English/bodies/crc/docs/GC/CRC\\_C\\_GC\\_14\\_ENG.pdf](http://www2.ohchr.org/English/bodies/crc/docs/GC/CRC_C_GC_14_ENG.pdf) [05.03.2017].

O princípio do interesse superior da criança é considerado como um princípio orientador de toda a convenção, por ser todas as suas normas fundamentadas na defesa e promoção do interesse superior da criança, que apenas será “salvaguardado se todas as normas constantes da Convenção forem devidamente cumpridas”<sup>51</sup>.

Este princípio é ainda mencionado noutros preceitos da CDC, como:

a) artigo 9.º, n.º 1, que garante que as crianças não sejam separadas dos seus pais, a menos que as autoridades competentes o decidam e que essa separação seja necessária pela salvaguarda do interesse superior da criança;

b) artigo 18.º, que determina a responsabilidade de ambos os pais na educação e desenvolvimento da criança e, nesse contexto, que o interesse superior da criança constitua a sua preocupação fundamental;

c) artigo 20.º, que determina que uma criança que, no seu interesse superior, não possa ser deixada no seu ambiente familiar, tenha direito a proteção e assistência especiais do Estado;

d) artigo 21.º, que aborda a questão da adoção e determina que o interesse superior da criança deverá constituir a consideração primordial neste domínio;

e) artigo 37.º, alínea c), que estipula que as crianças privadas de liberdade devem ser separadas dos adultos, a menos que, no interesse superior da criança, tal não pareça aconselhável;

f) artigo 40.º, n.º 2, alínea b) iii), que trata da situação da criança suspeita, acusada ou que se reconheceu ter infringido a lei penal, determinando que a criança deve ter direito a que a sua causa seja examinada sem demora por uma autoridade competente, independente e imparcial ou por um tribunal, de forma equitativa nos termos da lei, na presença do seu defensor ou de outrem, assegurando assistência adequada e, a menos que tal se mostre contrário ao interesse superior da criança, na presença dos seus pais ou representantes legais<sup>52</sup>.

Com a mudança do estatuto da criança para sujeito de direitos, operada com a CDC, todos os órgãos ou instituições legislativas, administrativas e judiciárias dos Estados são chamados a aplicar o princípio do interesse superior da criança de forma ativa. O objetivo é fazer com que os pais, a sociedade e o Estado coloquem a criança e o seu bem-estar em primeiro lugar e, dessa forma, contribuam para o desenvolvimento

---

<sup>51</sup> Cf. Patrícia JERÓNIMO, “O direito da criança em Timor-Leste”, in *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Heinrich Ewald Hörster*, Coimbra, Almedina, 2012.

<sup>52</sup> Cf. Catarina ALBUQUERQUE, “O princípio do interesse superior da criança”, in *Revista do CEJ Tomo III*, Lisboa, n.º 1, 2014, p. 194.

harmonioso da criança, garantindo a satisfação efetiva de todos os direitos assinalados na CDC. Este princípio deverá afetar todas as decisões e ações relativas à criança<sup>53</sup>.

Rui Amorim, ao discorrer sobre o tema, salienta que este princípio deverá ser um objetivo a abraçar pelos três pilares da sociedade que contribuem para o desenvolvimento da criança: os pais, no seu papel de educadores; as instituições, ao assegurar a sua tutela, e o Estado, ao garantir o real exercício dos seus direitos<sup>54</sup>. Clara Sottomayor define este princípio como um conceito que, embora indeterminado, goza de uma força apelativa e humanitária, que coloca a criança como pessoa com direitos. A autora acredita, contudo, que, na prática, este princípio se tem revelado tarefa difícil para os tribunais, devido à flexibilidade de interpretação<sup>55</sup>. Nesse sentido, Patrícia Jerónimo também aponta que, mesmo sendo um princípio onipresente nas situações que envolvam a criança, é elusivo e desafiador em sua aplicação prática, possuindo um caráter indeterminado, em que se permite múltiplas interpretações<sup>56</sup>.

O interesse superior da criança não é um conceito estático, mas antes um conceito jurídico indeterminado e dinâmico, uma vez que pode ser completamente diferente de criança para criança. O conceito de interesse superior da criança possui uma pluralidade de sentidos quando aplicado a casos concretos. Neste sentido, Maria Clara Sottomayor aponta que, “não só porque o seu conteúdo se altera de acordo com o espírito da época e com a evolução dos costumes, ou porque é diferente para cada família e para cada criança, mas também porque relativamente ao mesmo caso, é passível de conteúdos diversos igualmente válidos, conforme a valoração que o juiz faça da situação de facto”<sup>57</sup>.

Como observam Rui Epifânio e António Farinha, o interesse superior da criança é uma “noção cultural, intimamente ligada a um sistema de referências vigente em cada momento, em cada sociedade, sobre a pessoa do menor, sobre as suas necessidades, as

---

<sup>53</sup> Cf. Ana Isabel SANI, “Reflexões sobre infância e os direitos de participação da criança no contexto da justiça”, in *E-Cadernos CES*, n.º 20, 2013.

<sup>54</sup> Cf. Rui Jorge Guedes Faria AMORIM, “O interesse do menor: um conceito transversal à jurisdição de família e crianças”, in *Revista do CEJ*, n.º 12, 2009, p. 90.

<sup>55</sup> Cf. Maria Clara SOTTOMAYOR, *Exercício do poder paternal (relativamente à pessoa do filho, após o divórcio ou à separação de pessoas e bens)*, 2.ª ed., Lisboa, Publicações Universidade Católica, 2003, pp. 40 e ss.

<sup>56</sup> Cf. Patrícia JERÓNIMO VINK e Nadine FINCH, “Judicial implementation of article 3 of the Convention on the rights of the child in europe - The case of migrant children including unaccompanied children”, in *Report to Unicef*, Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights Regional Office for Europe, 2012, p.12.

<sup>57</sup> Cf. Maria Clara SOTTOMAYOR, *Exercício do poder paternal...*, *ob. cit.*, p. 110.

condições adequadas ao seu bom desenvolvimento e ao seu bem-estar material e moral”<sup>58</sup>.

O Comité dos Direitos da Criança, procurando clarificar o entendimento deste princípio, elaborou o Comentário Geral n.º 14<sup>59</sup>, onde destaca que este princípio deve ser entendido como um conceito triplo, isto é:

a) um direito substantivo – o direito a ter o seu superior interesse considerado como primário, quando diferentes interesses estejam a ser avaliados e a garantia de que este direito será sempre a base para uma decisão relativa à criança;

b) um princípio jurídico fundamental e interpretativo – quando uma disposição legal possui muitas interpretações, deverá ser escolhida aquela que melhor beneficie a criança;

c) uma regra de procedimento – sempre que uma decisão tiver que ser tomada relativamente a uma criança, deverá haver uma avaliação do impacto positivo e negativo que essa decisão poderá ter na sua vida. Para além disso, deverá salientar-se que o seu direito foi tido em conta, que foi respeitado e quais os critérios em que foi baseada a decisão<sup>60</sup>.

O Comité, ademais, recomenda a previsão de mecanismos de natureza processual que garantam e salvaguardem os direitos da criança, consagrando-se o direito de audição e participação da criança no processo, como reflexo da garantia de seu superior interesse.

Desta forma, o superior interesse da criança pode ser considerado uma força base que deve impulsionar a ação relativamente a quaisquer problemas que envolvam a criança, com capacidade expansiva e com carácter flexível. No entanto, diante da sua imprecisão conceitual, caberá ao juiz determinar a solução ajustada a cada situação concreta.

### **1.2.2.3 Direito à vida, à sobrevivência e ao desenvolvimento**

---

<sup>58</sup> Cf. Rui EPIFÂNIO e António FARINHA, *Organização Tutelar de Menores Anotado*, Coimbra, Almedina, 1987, p. 326.

<sup>59</sup> Cf. Committee on the Rights of the Child, *General comment no.14: on the right of the child to have his or her best interests taken as a primary consideration*, cit.

<sup>60</sup> Cf. Committee on the Rights of the Child, *General comment no.14: on the right of the child to have his or her best interests taken as a primary consideration (article. 3.º, par. 1)*, cit., nota 6.

O artigo 6.º da CDC declara que “1. Os Estados Partes reconhecem à criança o direito inerente à vida. 2. Os Estados Partes asseguram na máxima medida possível a sobrevivência e o desenvolvimento da criança”.

O preceito em causa, ao consagrar o direito à vida, alarga-o ao assegurar o direito à sobrevivência e ao desenvolvimento para todas as crianças na *máxima medida possível*. Sobre este princípio, o Comité dos Direitos da Criança sublinha que o Estado deve interpretar a palavra “desenvolvimento” de forma abrangente, não considerando apenas a saúde física, mas também o desenvolvimento mental, espiritual, moral, cultural e social. Aconselha os Estados a implementarem medidas destinadas a alcançar um desenvolvimento completo para a criança<sup>61</sup>.

#### **1.2.2.4 Direito de exprimir livremente a sua opinião sobre as questões que lhe respeitem**

O artigo 12.º da CDC dispõe: “1. Os Estados Partes garantem à criança, com capacidade de discernimento, o direito de exprimir livremente a sua opinião sobre as questões que lhe digam respeito e essas opiniões devem ser devidamente tomadas em consideração de acordo com a sua idade e maturidade; 2. Para este fim, é assegurada à criança a oportunidade de ser ouvida nos processos judiciais e administrativos que lhe digam respeito, seja diretamente, seja através de representante ou de um organismo adequado, segundo as modalidades previstas pelas regras de processo da legislação nacional”.

Este princípio indica que uma criança com idade e maturidade adequada é livre de expor a sua opinião sobre as questões que lhe digam respeito e essa opinião deverá ser tomada em consideração sempre que necessário. Este preceito assenta no conceito da criança como um participante ativo na promoção, proteção e monitorização dos seus direitos<sup>62</sup>, sendo o Estado o responsável por tomar as medidas necessárias a fim de efetivar esse direito. Este princípio é fundamental para o objeto deste estudo e será analisado mais detidamente na secção seguinte.

---

<sup>61</sup> Cf. Committee on the Rights of the Child, *General comment no.5: General measures of implementation of the Convention on the Rights of the Child*, cit., nota 12.

<sup>62</sup> Cf. Committee on the Rights of the Child, *General comment no.5: General measures of implementation of the Convention on the Rights of the Child*, cit., nota 13.

### 1.3. O direito da criança a ser ouvida como expressão do novo paradigma representado pela convenção de 1989

#### 1.3.1. Interpretação e densificação do artigo 12.º da Convenção sobre os Direitos da Criança

A CDC, ao conceber a criança como sujeito de direitos, veio introduzir uma alteração ao seu estatuto. De mero objeto de proteção, quando a perspectiva jurídica estava centralizada no adulto, a criança passa a ser considerada como um sujeito autónomo de direitos, adquirindo, de forma gradual, autonomia para exercer os seus direitos conforme a sua idade e maturidade<sup>63</sup>.

Surge, então, com a CDC, uma nova conceção de criança, em que esta é reconhecida como um ser humano com natural vulnerabilidade, que pressupõe proteção e assistência da família, da sociedade e do Estado, mas também é reconhecida como um ser com dignidade, capacidade e voz ativa consoante o seu progressivo crescimento e a autonomia para formar e expressar as suas opiniões e influenciar as questões que lhe digam respeito<sup>64</sup>. Para Clara Sottomayor, a CDC reflete a especificidade da infância ao conceber, de forma inovadora, a criança como titular de direitos e liberdades fundamentais, logo, com o direito de participar nas decisões que com elas se relacionem<sup>65</sup>.

Ao entender a criança como um sujeito de direitos e ao proclamar o princípio do seu superior interesse como base primordial para tudo o que a afete, a CDC orienta os Estados no sentido de estes ouvirem a opinião das crianças, estando expresso no seu artigo 12.º, tal como referido anteriormente, a importância atribuída ao direito da criança a ser ouvida. Nesse sentido, Lúcia Castro refere que “um sujeito de direitos só o é na medida em que a sua ação é *a priori* considerada válida e manifestação singular do seu ser”<sup>66</sup>. E para reforçar a ideia da criança como sujeito de direitos, é necessária a sua participação ativa nas questões que são do seu interesse, devendo essas opiniões ser tidas em consideração.

---

<sup>63</sup> Cf. Maria Clara SOTTOMAYOR, *Temas de Direito das Crianças*, Coimbra, Almedina, 2014, pp. 21 e 45.

<sup>64</sup> Cf. Catarina TOMÁS, “Um Roteiro pela História dos Direitos da Criança”, in *Alicerces*, 2012, p. 18.

<sup>65</sup> Cf. Maria Clara SOTTOMAYOR, *Temas de Direito das Crianças*, *ob. cit.*, pp. 21 e 52-53.

<sup>66</sup> *Apud* Catarina TOMÁS, “Participação não tem idade”, in *Revista Contexto e Educação*, ano 22, n.º 78, 2007, p. 51.

Este princípio, no seu sentido material, significa que a criança ouvida tem a possibilidade de influenciar as decisões que lhe digam respeito ou que a afetem. É, assim, a concretização do princípio do superior interesse da criança<sup>67</sup>. Significa também que a criança, na medida em que a sua idade e o seu discernimento o permitam, deve estar envolvida no processo decisório das questões que lhe concernem, como atora, e não como mera espectadora. Reconhece-se à criança direitos processuais que não se reduzem à possibilidade de esta ser ouvida, mas que também englobam o direito da criança a ser informada, assistida e representada, de modo a que o decisor possa obter toda a informação necessária e adequada à tomada de uma decisão de acordo com o superior interesse da criança.

O direito da criança a ser ouvida implica que ela seja consultada e exprima a sua opinião. Esta consulta não equivale apenas ao facto de indagar se a criança quer ou não ser ouvida, mas também ser informada sobre todos os pontos do assunto que a afeta, como consequência da sua opinião e quais os reflexos possíveis numa decisão. Com isso, caberá à criança, de forma livre, exprimir sua opinião e assim participar da decisão que lhe concerne<sup>68</sup>.

Para Rachel Hodgkin e Peter Newell, o artigo 12.º da CDC traduz um dos valores fundamentais da Convenção, sendo o objetivo garantir que a opinião da criança seja um fator importante nas decisões que afetem a sua vida, compreendendo que não é possível implementar um sistema efetivo sem o envolvimento da criança. E, por isso, consideram como um desafio a sua implementação específica, que é garantir o direito da criança a ser ouvida em variadas situações, citando, como exemplo: na adoção, por envolver questões familiares; na vida escolar, quando uma decisão poderá levar a criança a ser expulsa; na comunidade em que vive, ao expressar a sua opinião sobre a implantação dos parques infantis, etc.<sup>69</sup>.

A importância do direito da criança a ser ouvida é tal que o Comité dos Direitos da Criança, no seu Comentário Geral de n.º 12<sup>70</sup>, se dedica a esclarecer minuciosamente este direito. Através do referido Comentário, o Comité recomenda aos Estados Partes

---

<sup>67</sup> Cf. Maria dos Prazeres BELEZA, “Os instrumentos internacionais e o princípio da audição da criança”, *ob. cit.*, p. 399.

<sup>68</sup> Cf. Alcina da Costa RIBEIRO, “O Direito de Participação e Audição da Criança no Ordenamento Jurídico Português”, in *Revista Data Venia - Revista Jurídica Digital*, ano 3, n.º 4, 2015, pp. 114-115.

<sup>69</sup> Cf. Rachel HODGKINE e Peter NEWELL, *Manual de aplicación de La Convención sobre los Derechos Del Niño*, Ginebra, UNICEF, 2004, pp.173 -174.

<sup>70</sup> Cf. Committee on the Rights of the Child, *General comment no.12: the right of the child to be heard*, Ginebra, ONU, 2009. Disponível em: <http://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/docs/AdvanceVersions/CRC-C-GC-12.pdf> [10.04.2017].

que encorajem a criança a expor a sua opinião, sendo esta recomendação considerada relevante, não só para a tomada de decisões, como também na preparação de leis. Este direito tem de ser garantido a todas as crianças. Os Estados não devem presumir a incapacidade de uma criança para exprimir a sua opinião ou estabelecer uma idade mínima para que ela possa exercer este direito<sup>71</sup>, nem devem criar restrições ao direito da criança a ser ouvida, por entenderem que o artigo 12.º deva ser interpretado conjuntamente com os demais preceitos da CDC. Pretende-se que a capacidade de discernimento e maturidade da criança seja avaliada casuisticamente<sup>72</sup>.

O Comité recomenda que a criança seja, preferivelmente, ouvida diretamente e sem intimidação. Caso isso não seja possível, aconselha a que a criança seja representada por um dos pais, por um advogado ou por alguém relevante para a criança<sup>73</sup>, devendo aplicar-se, sem qualquer limitação, a oportunidade de ser ouvida, a qualquer processo, administrativo ou judicial, que afete a criança<sup>74</sup>. Importa salientar que a imposição de concretização do direito da criança a ser ouvida apenas se aplica aos Estados Membros, não se aplicando em relação à criança. Esta é livre para escolher se pretende expressar a sua opinião sobre alguma questão ou, se pelo contrário, pretende manter-se calada<sup>75</sup>.

Outra questão de grande importância que também aí é levantada é referente às crianças com dificuldades de expressão, sendo aconselhado, nesses casos, que seja prestada à criança assistência especial e que sejam envolvidos técnicos credenciados. De igual forma, é referido que crianças portadoras de alguma incapacidade, crianças que pertençam a grupos minoritários, crianças indígenas ou migrantes ou que não falem o idioma maioritário tenham direito a assistência à medida das suas necessidades, sem discriminação e sempre com garantia de privacidade e proteção da criança. Assim, é fundamental a concretização e materialização do direito da criança a ser ouvida, nos

---

<sup>71</sup>Cf. Committee on the Rights of the Child, *General comment no.12: the right of the child to be heard*, *ob. cit.*, nota 21.

<sup>72</sup> A ressaltar que, para o Comité dos Direitos da Criança, maturidade significa a habilidade de compreender as implicações de um caso em particular. Cf. Committee on the Rights of the Child, *General comment n.º 12: the right of the child to be heard*, *cit.*, nota 30, disponível em: <http://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/docs/AdvanceVersions/CRC-C-GC-12.pdf>, [10.04.2017].

<sup>73</sup>Cf. Committee on the Rights of the Child, *General comment no.12: the right of the child to be heard*, *cit.*, par. 35 e 36.

<sup>74</sup>Cf. Committee on the Rights of the Child, *General comment no.12: the right of the child to be heard*, *cit.*, nota 32.

<sup>75</sup>Cf. Committee on the Rights of the Child, *General comment no.12: the right of the child to be heard*, *cit.*, nota 15 e 16.

regimes internos, principalmente quando esta é vítima de maus tratos, abusos ou violência familiar<sup>76</sup>.

No que diz respeito à eficácia do direito da criança a ser ouvida nos processos em que se encontre envolvida, o Comité coloca como condição de relevância a transmissão de informação suficiente e em formato adequado e acessível sobre o caso. Destaca ainda uma conexão entre o artigo 12.º e os outros princípios gerais da CDC, quando refere que o direito da criança a ser ouvida apenas será coerentemente aplicado se forem respeitados os outros princípios consagrados pela CDC<sup>77</sup>.

De igual modo, o Comité, com o intuito de ampliar o entendimento na aplicação prática deste direito, definiu cinco passos<sup>78</sup> essenciais para a sua execução e que são: i) a preparação, ii) a forma como se ouve a criança, iii) a avaliação da capacidade da criança, iv) a informação sobre o peso dado à opinião da criança (*feedback*) e v) a possibilidade de reclamação contra alguma violação do direito a ser ouvida. O Comité determina ainda que qualquer processo em que a criança participe (isto é, em que seja ouvida) deve ser transparente, informativo, voluntário (a criança não deve ser coagida a expor a sua opinião), respeitador das opiniões da criança, relevante, amigo da criança – *childfriendly* (os métodos de trabalho envolvidos devem ser adequados à sua capacidade), inclusivo (dever de evitar qualquer discriminação), executado por pessoas preparadas (os intervenientes precisam de preparação e habilidade para a ouvir), seguro, sensível ao risco que a manifestação dos pontos de vista podem envolver e, finalmente, claro para com a criança quanto ao peso que a sua participação teve na decisão<sup>79</sup>.

O Comité recomenda, por fim, que os Estados Partes se devem coibir de abordagens muito formais que possam limitar a expressão da opinião da criança, assim como de não atribuírem a essas opiniões o devido peso e importância na decisão. Sublinha também que a manipulação das crianças pelos adultos, colocando-as em situações em que lhes é dito o que elas podem ou não dizer ou expondo-as a riscos através da sua participação, não é considerada ética, não podendo, por isso, ser

---

<sup>76</sup>Cf. Committee on the Rights of the Child, *General comment no.12: the right of the child to be heard*, *cit.*, nota 17.

<sup>77</sup> Cf. Committee on the Rights of the Child, *General comment no.12: the right of the child to be heard*, *cit.*, notas 70 e 84.

<sup>78</sup> Cf. Committee on the Rights of the Child, *General comment no.12: the right of the child to be heard*, *cit.*, notas 40 e 46.

<sup>79</sup> Cf. Committee on the Rights of the Child, *General comment no.12: the right of the child to be heard*, *cit.*, notas 134.

entendida como uma forma de aplicação do artigo 12.º. O Comité chama a atenção para a necessidade de ter em atenção os sinais de manipulação<sup>80</sup>.

Desta forma, o Comité dos Direitos da Criança, por meio do Comentário Geral do n.º 12, explica como se deve aplicar o direito da criança a ser ouvida. Esclarece e aconselha os Estados Partes sobre quais os pontos essenciais para uma correta e efetiva execução e interpretação do direito da criança a ser ouvida e a ter a sua opinião tida em consideração pelas entidades decisoras de assuntos que lhe digam respeito.

### **1.3.2. Os instrumentos adotados pela Conferência da Haia de Direito Internacional Privado**

No que toca a este tema, torna-se indispensável ter em consideração a Conferência de Haia de Direito Internacional Privado, organização intergovernamental criada em 1893, que tem como finalidade a unificação progressiva das regras de Direito internacional privado<sup>81</sup>, com o propósito de, com a cooperação internacional dos Estados, resolver conflitos. É uma organização permanente desde 1955, data em que os seus estatutos entraram em vigor, contando atualmente com 150 países participantes nos seus trabalhos e com 83 países como membros.

Importa também fazer referência aos instrumentos adotados pela Conferência de Haia de Direito Internacional Privado. Como exemplo, temos a Convenção de Haia sobre os Aspectos Cíveis do Rapto Internacional de Crianças, de 1980<sup>82</sup>, a primeira a consagrar expressamente o direito da criança a ser ouvida. No seu artigo 13.º, salienta a recusa da criança como um fator determinante na decisão judicial e no reconhecimento dessa decisão, algo extraordinário para a época em que a Convenção foi formulada. Por sua vez, a Convenção Relativa à Proteção das Crianças e à Cooperação em Matéria de Adoção Internacional, de 1993, também faz menção a este direito. No seu artigo 4.<sup>o83</sup>,

---

<sup>80</sup> Cf. Committee on the Rights of the Child, *General comment no.12: the right of the child to be heard*, cit., notas 110 e 114.

<sup>81</sup> Cf. Conferência da Haia de Direito Internacional Privado, artigo 1.º. Disponível em: <https://www.hcch.net/> [17.07.2017].

<sup>82</sup> Cf. Convenção de Haia sobre os Aspectos Cíveis do Rapto Internacional de Crianças de 1980. Decreto do Governo n.º 33/83 de 11 de maio. Disponível em: <https://www.hcch.net/pt/instruments/conventions/full-text/?cid=24> [10.04.2017].

<sup>83</sup> Cf. Convenção Relativa à Proteção das Crianças e à Cooperação em Matéria de Adoção Internacional de 1993. Resolução da Assembleia da República n.º 8/2003 de 25 de fevereiro. Disponível em: <https://www.hcch.net/pt/instruments/conventions/full-text/?cid=69> [10.04.2017]. Declara o seu artigo 4.º, *alínea d)* - “tiverem-se assegurado, observada a idade e o grau de maturidade da criança, de: 1) que tenha sido a mesma convenientemente orientada e devidamente informada sobre as consequências de seu

estipula como essencial ouvir a opinião da criança no processo de adoção. Em 1996, a Convenção Relativa à Competência, à Lei Aplicável, ao Reconhecimento, à Execução e à Cooperação em Matéria de Responsabilidade Parental e de Medidas de Proteção das Crianças<sup>84</sup> também estabelece o direito da criança a ser ouvida, como um fator preponderante para o reconhecimento da medida tomada pela autoridade de um Estado Contratante. Estabelece, no seu artigo 24.º, n.º 2: “Todavia, o reconhecimento poderá ser recusado: b) 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”.

Assim, como se pode constatar, o direito da criança a ser ouvida e a que a sua opinião seja tida em consideração tem um embasamento jurídico extenso. Constitui, portanto, um padrão de Direito supranacional que se impõe ao Direito interno dos Estados.

### **1.3.3. O direito da criança a ser ouvida em instrumentos regionais, no quadro do Conselho da Europa e da União Europeia**

No âmbito do Conselho da Europa, a Convenção Europeia sobre o Exercício dos Direitos da Criança<sup>85</sup> reforça o direito da criança a ser ouvida. No seu artigo 3.º, a Convenção determina que, a criança que, à luz do Direito interno, se considere ter discernimento suficiente, deverão ser concedidos, nos processos que lhe digam respeito e perante uma autoridade judicial, os seguintes direitos, cujo exercício ela pode solicitar: a) obter todas as informações relevantes; b) ser consultada e exprimir a sua opinião; c) ser informada sobre as possíveis consequências de agir em conformidade com a sua opinião, bem como sobre as possíveis consequências de qualquer decisão. O artigo 6.º

---

consentimento à adoção, quando este for exigido; 2) que tenham sido levadas em consideração a vontade e as opiniões da criança; 3) que o consentimento da criança à adoção, quando exigido, tenha sido dado livremente, na forma legal prevista, e que este consentimento tenha sido manifestado ou constatado por escrito; 4) que o consentimento não tenha sido induzido mediante pagamento ou compensação de qualquer espécie”.

<sup>84</sup> Cf. Convenção Relativa à Competência, à Lei Aplicável, ao Reconhecimento, à Execução e à Cooperação em Matéria de Responsabilidade Parental e de Medidas de Proteção das Crianças. Entrada em vigor na ordem internacional em 1 de janeiro de 2002. Decreto n.º 52/2008 de 13 de novembro. Disponível em: [http://direitoshumanos.gddc.pt/3\\_3/IIIPAG3\\_3\\_6\\_A.htm](http://direitoshumanos.gddc.pt/3_3/IIIPAG3_3_6_A.htm) [10.04.2017]

<sup>85</sup> Cf. Convenção sobre o Exercício dos Direitos da Criança. Resolução da Assembleia da República n.º 7/2014. Disponível em: [http://direitoshumanos.gddc.pt/3\\_3/IIIPAG3\\_3\\_10.htm](http://direitoshumanos.gddc.pt/3_3/IIIPAG3_3_10.htm) [10.03.2017].

da Convenção acrescenta que, nos processos que digam respeito a uma criança, a autoridade judicial, antes de tomar uma decisão, deverá: a) 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; b) caso à luz do Direito interno se considere que a criança tem discernimento suficiente, assegurar que a criança recebeu toda a informação relevante, consultar pessoalmente a criança nos casos apropriados, se necessário em privado, diretamente ou através de outras pessoas ou entidades, numa forma adequada à capacidade de discernimento da criança, a menos que tal seja manifestamente contrário ao interesse superior da criança e permitir que a criança exprima a sua opinião; c) ter devidamente em conta as opiniões expressas pela criança.

Logo, esta Convenção reafirma o direito da criança a ser ouvida e exprimir livremente a sua opinião, especificamente em processos de Direito de Família julgados por uma autoridade judicial. A Convenção reconhece direitos processuais à criança ao garantir informação e participação nos processos judiciais que lhe digam respeito.

No quadro da União Europeia, a Carta dos Direitos Fundamentais consagra, no seu título III, o princípio do superior interesse da criança e, no artigo 24.º, pronuncia-se também sobre o direito da criança de expressar a sua opinião, quando declara que “as crianças podem exprimir livremente a sua opinião, que serão tomadas em consideração nos assuntos que lhes digam respeito, em função da sua idade e maturidade”<sup>86</sup>.

O Regulamento (CE) n.º 2201/2003<sup>87</sup>, relativo à competência, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria matrimonial e em matéria de responsabilidade parental, em vários momentos de seu texto, aponta para a relevância que tem a opinião da criança. Como exemplo, a Motivação n.º 19 expõe: “A audição da criança desempenha um papel importante na aplicação do presente regulamento embora este instrumento não se destine a alterar os procedimentos nacionais aplicáveis na matéria”. As Motivações n.ºs 20 e 21 e os artigos 11.º, 23.º, 41.º e 42.º também apontam, como alicerce jurídico na aplicação do Regulamento, o exercício do contraditório e o direito da criança a ser ouvida. Preceitos que serão analisados posteriormente.

---

<sup>86</sup> O artigo 24.º está inserido no Título III denominado “igualdade”.

<sup>87</sup> Cf. Regulamento (CE) n.º 2201/2003 do Conselho, 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. Publicado no Jornal Oficial n.º L 338 de 23/12/2003. Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex%3A32003R2201> [11.03.2017].

Tais exemplos revelam um consenso positivo, no plano regional europeu, quanto à importância da concretização do direito da criança a ser ouvida<sup>88</sup>.

---

<sup>88</sup> Cf. Maria dos Prazeres BELEZA, “Os instrumentos internacionais e o princípio da audição da criança”, *ob. cit.*, p. 399.

## CAPÍTULO II

### O DIREITO DA CRIANÇA A SER OUVIDA NOS PROCESSOS DE RAPTO INTERNACIONAL DE CRIANÇAS

#### 2.1 A resposta da sociedade internacional ao fenómeno do rapto internacional de crianças desde a década de 1970

A segunda metade do século XX foi marcada pela globalização, ou seja, pela facilidade de circulação entre países, de pessoas, de serviços, de transações financeiras e comerciais. Foi também neste período que ocorreu o grande desenvolvimento da tecnologia e das comunicações, da expansão do comércio internacional e da intensificação dos movimentos migratórios, o que veio contribuir para o aumento das relações jurídicas familiares plurinacionais e subsequentes litígios, acarretando com isso alterações sociais, económicas e legislativas, numa busca de adaptação às novas realidades sociais<sup>89</sup>.

No espaço europeu, o crescimento de casamentos entre pessoas de nacionalidades diferentes foi impressionante, estimando-se que, em 2007, tenham sido cerca de 13% dos 2,4 milhões de casamentos celebrados. Em 2011, calcula-se a existência de 16 milhões de “casais” de nacionalidade diferente só na União Europeia. Este crescimento acelerado das relações jurídicas familiares plurinacionais provocou, assim, uma necessidade urgente de harmonização e regulamentação legislativa face às dificuldades encontradas quanto à lei a aplicar, ao apoio jurídico a prestar, à jurisdição competente, às demoras processuais e à tendência de priorização da lei nacional<sup>90</sup>.

Foi neste cenário que o fenómeno de rapto internacional começou a intensificar-se, afetando milhares de crianças durante décadas. A facilidade de mobilidade internacional veio potenciar as situações em que pais de nacionalidades diferentes e com origem em Estados diferentes, durante a união, mas sobretudo, depois da separação, frequentemente partiam, fazendo-se acompanhar do seu ou seus descendentes, sem

---

<sup>89</sup> Cf. Helena MOTA, “Os efeitos patrimoniais do casamento e das uniões de facto registadas no Direito Internacional Privado da União Europeia. Breve análise dos Regulamentos (UE) 2016/1103 e 2016/1104, de 24 de junho”, in *Revista Eletrônica de Direito*, n.º 2, junho, 2017, p.4.

<sup>90</sup> Cf. Helena MOTA, “Os efeitos patrimoniais do casamento e das uniões de facto registadas no Direito Internacional Privado da União Europeia...”, *ob. cit.*, p.4.

autorização do outro progenitor, geralmente com o intuito de provocar o cônjuge, de se vingarem ou, ainda, de fugirem de maus tratos ou de violência doméstica<sup>91</sup>.

Em 1970, a Conferência de Haia de Direito Internacional Privado iniciou um estudo focalizado no rapto internacional de crianças, na sua maioria levado a cabo por pais indignados com as decisões judiciais que normalmente favoreciam as mães. Posteriormente, em 1976, teve lugar o primeiro alerta para os casos de rapto legal de crianças a nível internacional, quando a delegação canadense levou o assunto para discussão na Comissão Especial da Conferência da Haia de Direito Internacional Privado, sob o título *legal kidnapping*, cuja base justificativa foi o crescimento de casos de deslocamento ilícito de crianças, as dificuldades de recuperação da criança deslocada ou retida ilicitamente por um dos progenitores e a falta de colaboração entre países para uma resolução justa destas situações<sup>92</sup>.

Importa salientar que os problemas apresentados no estudo feito pela Conferência de Haia de 1970 e na discussão havida a nível internacional, em 1976, decorriam de falhas da Convenção de Haia Relativa à Competência das Autoridades e à Lei Aplicável em Matéria de Proteção de Menores, de outubro 1961<sup>93</sup>. Primeiro, porque a autoridade do país para onde a criança tinha sido deslocada considerava ser esse o seu país de residência habitual, passando esse novo local a ser competente. Segundo, porque o superior interesse da criança era interpretado de acordo com as novas circunstâncias e com a lei do país para onde a criança tinha sido deslocada, resultando em vitória para o genitor-raptor. Terceiro, recuperar uma criança raptada era deveras complicado, uma vez que a parte interessada na recuperação da criança não sabia a sua localização e não podia contar com o apoio da autoridade do país para onde a criança tinha sido levada. E, finalmente, no caso do interessado na recuperação da criança a ter localizado, o interessado tinha que ingressar na jurisdição local, iniciar a verificação da situação da criança e, após um longo processo, ter como resultado, por mais irregular que tenha sido a deslocação, a não restituição da criança<sup>94</sup>. No entanto, não era a legislação distinta

---

<sup>91</sup> Cf. Carolina Helena Lucas MÉRIDA, "Sequestro Interparental: O Novo direito das crianças", in *Revista Internacional de Direito e Cidadania*, n.º 9, 2011, p. 10. Disponível em: <http://www.sdh.gov.br/assuntos/adocao-e-sequestro-internacional/legislacao-e-publicacoes/sequestro-interparental-o-novo-direito-das-criancas> [19.06.2016].

<sup>92</sup> Cf. Carolina Helena Lucas MÉRIDA, "Sequestro Interparental: O Novo direito das crianças", *ob.cit.*, p. 10.

<sup>93</sup> Cf. Convenção de Haia Relativa à Competência das Autoridades e à Lei Aplicável em Matéria de Proteção de Menores de outubro 1961. Disponível em: <https://www.hcch.net/pt/instruments/conventions/full-text/?cid=39> [17.07.2017].

<sup>94</sup> Cf. Fernanda TONINELLO, "A Aplicação dos direitos fundamentais nos casos de sequestro internacional de menores", in *Revista Direitos Fundamentais e Democracia*, vol. 1, n.º 1, 2007, pp. 1-30.

entre os Estados o maior problema nestes casos, antes sim, a falta de colaboração entre os órgãos judiciais desses Estados, que, potenciada pela “tendência de valorização da lei nacional na regulamentação da situação”, causava sérias dificuldades a uma eficiente decisão de um tribunal estrangeiro<sup>95</sup>.

Perante esta conjuntura de não colaboração entre os Estados, a Conferência de Haia de Direito Internacional Privado, permanentemente preocupada com a proteção dos direitos da criança<sup>96</sup>, providenciou uma pesquisa ainda mais alargada sobre a frequência dos raptos e a ausência de resultados benéficos para a criança. Em resultado disso, propôs-se elaborar, com a intermediação de fóruns, uma convenção direcionada a proteger a criança do rapto internacional, a acautelar o seu superior interesse no que toca às decisões de guarda e a restabelecer a guarda arbitrariamente interrompida. O resultado foi a Convenção sobre os Aspectos Cíveis do Rapto Internacional de Crianças (adiante designada como Convenção de Haia de 1980), concluída e aprovada em 25 de outubro de 1980<sup>97</sup>.

Uma vez que o rapto internacional era contrário ao superior interesse da criança e ao bem jurídico da família, veio a impor-se a obrigação de que todos os Estados garantissem a reunião familiar. Estes direitos, que seriam mais tarde consagrados na CDC, instituíam que uma criança, cujos pais residissem em diferentes Estados, tinha o direito de manter, salvo circunstâncias excecionais, relações pessoais e contactos diretos e regulares com ambos os progenitores, assim como era dever dos Estados tomarem medidas adequadas ao combate da deslocação e da retenção ilícitas das crianças<sup>98</sup>.

Importa ressaltar que, no espaço europeu, a livre circulação de pessoas entre países e a facilidade no estabelecimento de residência veio dar origem a um número surpreendente de casamentos entre pessoas de nacionalidades diferentes e, conseqüentemente, de divórcios entre elas, facto este que veio a causar um aumento dos raptos internacionais e a atrair a atenção do Conselho da Europa, na década de 1980.

---

<sup>95</sup> Cf. Maria Clara SOTTOMAYOR, *Regulação do Exercício do Poder Parental nos Casos de Divórcio*, Coimbra, Almedina, 2014, p. 104.

<sup>96</sup> É evidenciada a preocupação do órgão com os direitos da criança pela formulação de vários instrumentos jurídicos sobre a temática. Como exemplo temos: Convenção de 12 de junho de 1902 para Regular a Tutela dos Menores; Convenção de 5 de outubro de 1961, relativa à Competência das Autoridades e à Lei Aplicável em Matéria de Proteção de Menores; e a Convenção de 19 de outubro de 1996, relativa à Competência, Lei Aplicável, Reconhecimento, Execução e Cooperação em Matéria de Responsabilidade Paternal e de Medidas de Proteção dos Menores.

<sup>97</sup> Cf. Convenção sobre os Aspectos Cíveis do Rapto Internacional de Crianças de 1980. Aprovada pelo Decreto Lei 33/83, de 11 de maio, entrou em vigor em Portugal dia 1 de dezembro de 1983. Disponível em: <https://www.hcch.net/pt/instruments/conventions/full-text/?cid=24> [10.07.2017].

<sup>98</sup> Cf. Convenção sobre os Direitos da Criança, artigos 10.º, n.º 2, e 11.º, n.º 1.

Assim, para resolver o problema, foi elaborado, no mesmo ano da Convenção de Haia de 1980, a Convenção Europeia sobre o Reconhecimento e a Execução das Decisões Relativas à Guarda de Menores e sobre o Restabelecimento da Guarda de Menores, concluída em Luxemburgo<sup>99</sup>, no dia 28 de maio de 1980. Consequentemente, compreendendo ser a cooperação judiciária a melhor maneira de solucionar o problema dos raptos internacionais, em 1984, o Estado português conjuntamente com o Estado francês, perante o grande fluxo migratório entre os dois países e por ambos estarem preocupados com a proteção da criança na situação de rapto internacional, estabeleceram um acordo de cooperação judiciária sobre a matéria, a chamada Convenção Luso-francesa de Cooperação Judiciária relativa à Proteção de menores<sup>100</sup>. Esta Convenção pretendia facilitar a entrega judicial de uma criança deslocada ou retida ilicitamente num dos dois países. Relativamente aos Estados da União Europeia, destaca-se o Regulamento Bruxelas II *Bis*, de 27 de novembro de 2003, que tinha como pretensão fazer ajustamentos ao regime da Convenção de Haia de 1980, com o intuito de facilitar e tornar mais diligente o regresso da criança e o exercício do direito de visita, sem, no entanto, excluir a aplicação da Convenção no seu território.

Para além dos Estados membros do Conselho da Europa, na América Latina, a Organização dos Estados Americanos (OEA)<sup>101</sup> também identificou a cooperação judiciária e administrativa como resolução do problema da deslocação ou retenção ilícita da criança. Por meio das Conferências Interamericanas sobre o Direito Internacional Privado<sup>102</sup>, a OEA formulou algumas convenções como a de 1984, sobre os Conflitos de Leis em Matéria de Adoção<sup>103</sup>, a de 1989, sobre a Restituição Internacional de Menores e as Obrigações Alimentares e a de 1994, sobre o Tráfico de Crianças.

---

<sup>99</sup> Cf. Convenção Europeia sobre o Reconhecimento e a Execução das Decisões Relativas à Guarda de Menores e sobre o Restabelecimento da Guarda de Menores de 1980. Aprovada pelo Decreto n.º 136/82, de 21 de dezembro. Disponível em: [http://direitoshumanos.gddc.pt/3\\_3/IIIPAG3\\_3\\_9.htm](http://direitoshumanos.gddc.pt/3_3/IIIPAG3_3_9.htm) [10.07.2017]. Esta Convenção apenas se aplica quando a decisão relativa à guarda for tomada entre um dos países contratantes, princípio da reciprocidade. E ao contrário da Convenção de Haia de 1980, para suceder o regresso da criança tem que se passar por várias condições e um processo complexo.

<sup>100</sup> Cf. Convenção Luso-francesa de Cooperação Judiciária relativa à Proteção de menores, assinada em Lisboa em 20 de julho de 1983. Resolução da Assembleia da República n.º 1/84, de 3 de Fevereiro de 1984.

<sup>101</sup> Cf. Organização dos Estados Americanos - OEA. Disponível em: <http://www.oas.org/pt/default.asp> [14.07.2017].

<sup>102</sup> Cf. Conferências Interamericanas sobre Direito Internacional Privado. Disponível em: <http://www.oas.org/council/pr/CAJP/dir%20internacional.asp> [14.07.2017].

<sup>103</sup> Cf. Convenção sobre Conflitos de Leis em Matéria de Adoção. Disponível em: <http://www.oas.org/juridico/portuguese/treaties/B-48.htm> [14.07.2017].

Pode concluir-se, assim, que a resposta da sociedade internacional para solucionar o problema do rapto internacional de criança por parte de um dos progenitores, como consequência das relações jurídicas familiares plurinacionais, foi a cooperação judiciária entre os Estados, através de instrumentos jurídicos internacionais, tais como convenções, acordos multilaterais, regulamentos, etc. Esta cooperação é traduzida por um “pensar e organizar formas jurídicas de relacionamento” entre os vários Estados<sup>104</sup>, onde se procura, primordialmente, solucionar problemas de competência internacional, de determinação do Direito aplicável e de reconhecimento de decisões estrangeiras em matéria de proteção de crianças. Por conseguinte, considera-se que o principal instrumento jurídico internacional existente para o rapto internacional será a já referida Convenção de Haia de 1980, que está em concordância com os preceitos da Convenção sobre os Direitos da Criança, criada posteriormente, em 1989.

## **2.2 Convenção de Haia sobre os Aspectos Cíveis do Rapto Internacional de Crianças**

### **2.2.1 Trabalhos preparatórios**

A conclusão da Convenção de Haia sobre os Aspectos Cíveis do Rapto Internacional de Crianças, de 1980, foi um marco de grande relevância devido à ineficácia da Convenção de Haia sobre a Proteção de Menores, de 1961<sup>105</sup>. Essa Convenção veio regular os casos resultantes do aumento de relações jurídicas familiares plurinacionais e o conseqüente aumento de divórcios nessas famílias, onde, muitas vezes, os filhos resultantes dessas uniões acabavam retidos ilícitamente num outro país, por um dos progenitores. Concluída e assinada na 14.<sup>a</sup> sessão da Conferência de Haia de Direito Internacional Privado, no dia 24 de outubro de 1980, após longas e conturbadas negociações, resultou na deliberação de uma “fórmula-chave” para a convenção “o

---

<sup>104</sup> Cf. Jorge SANTOS e Joana Marques VIDAL, *Cooperação judiciária internacional nas áreas civil, comercial, de família e menores*, Oeiras, Editora Ina, 2007, p. 42.

<sup>105</sup> A Convenção de Haia de 1961 por não obrigar os Estados à execução das medidas tomadas pelo Estado de origem, não permitia assegurar o regresso imediato da criança. Pelo contrário, as normas da Convenção reconheciam a competência ao Estado onde se encontrava a criança para adotar medidas conservatórias, o que legitimava a presença da criança (artigos 4.º e 7.º).

retorno ao *status quo ante* sem que houvesse dependência de uma decisão sobre o mérito da guarda”<sup>106</sup>.

Inicialmente, a Convenção de Haia de 1980 foi assinada por um conjunto de 29 Estados, contando, atualmente, com um total de 98 Estados Contratantes<sup>107</sup>. Foi considerada inovadora para a época por não continuar o modelo tradicional e por se focar exclusivamente na lei aplicável. Com os seus dispositivos de carácter legislativo, administrativo e judicial, pretendeu estabelecer instrumentos que promovessem e assegurassem um rápido retorno da criança e garantissem o direito de guarda e visita dos progenitores<sup>108</sup>. Desta forma, os Estados, ao tornarem-se signatários da Convenção de Haia de 1980, comprometeram-se a colaborar com o regresso o mais rápido possível da criança, desde que esta<sup>109</sup> tenha sido ilicitamente retida ou deslocada de um país signatário para outro e, ainda, a proteger o direito de visita dos progenitores. Em seu preâmbulo, afirma “proteger a criança, no plano internacional, dos efeitos prejudiciais resultantes de uma mudança de domicílio ou de uma retenção ilícitas e estabelecer as formas que garantam o regresso imediato da criança ao Estado da sua residência habitual, bem como assegurar a proteção do direito de visita”.

É importante salientar que o termo *rapto* internacional de crianças, traduzido do original *Child Abduction*, não tem relação com o termo rapto conhecido no Direito Penal<sup>110</sup>. A tradução para o termo *abduction* varia conforme o idioma do país. Em Portugal, utiliza-se o termo rapto, em Espanha escolheram *sustraccion*, em França *enlèvement*, no entanto, todas estas versões contêm uma conotação crítica<sup>111</sup>. Para a Convenção de Haia de 1980, temos um rapto quando uma criança é ilicitamente retida ou deslocada do seu país, isto é, sem autorização por parte de um dos seus progenitores, de e para qualquer Estado Parte da Convenção. Sobre essa questão, Maria Prazeres

<sup>106</sup> Cf. Renata Alvares GASPARG e Guilherme AMARAL, “Sequestro internacional de menores: os tribunais brasileiros têm oferecido proteção suficiente ao interesse superior do menor?”, in *Meritum: Revista de Direito da Universidade FUMEC*, vol. 8, n.º 1, 2013, p. 23.

<sup>107</sup> Dados fornecidos pelo site da Conferencia da Haia de Direito Internacional Privado. Disponível em: <https://www.hcch.net/pt/instruments/conventions/status-table/?cid=24> [05.05.2018].

<sup>108</sup> Cf. Nadia ARAUJO, *Direito Internacional Privado: Teoria e Prática Brasileira*, Rio de Janeiro, Renovar, 2006, p. 554.

<sup>109</sup> Note-se que para a Convenção de Haia de 1980 é considerado criança qualquer pessoa com até 16 anos de idade.

<sup>110</sup> Lei n.º 44/2018, de 09 de Agosto, Código de Direito Penal, artigo 161.º - Rapto: 1 – “Quem, por meio de violência, ameaça ou astúcia, raptar outra pessoa com a intenção de: a) Submeter a vítima a extorsão; b) Cometer crime contra a liberdade e autodeterminação sexual da vítima; c) Obter resgate ou recompensa; ou d) Constranger a autoridade pública ou um terceiro a uma acção ou omissão, ou a suportar uma actividade”.

<sup>111</sup> Cf. Fernando L. de L. MESSERE, *Direitos da Criança: O Brasil e a convenção sobre os aspectos civis do sequestro internacional de crianças*, Brasília, Faculdade de Direito – Centro Universitário UniCEUB, 2005, p. 85.

Beleza explica concisamente o rapto internacional de criança como a alteração da residência da criança, efetuada por um dos progenitores sem o consentimento do outro<sup>112</sup>.

A Convenção de Haia de 1980 entende a retirada ilícita como uma rutura na vida da criança, que deverá conviver com os dois progenitores. O Estado da sua residência habitual será o que estará em melhor posição para tomar uma decisão quanto à guarda da criança e o local onde esta deverá viver. Por isso, o regresso da criança deve ser assegurado o mais imediatamente possível. A Convenção surge, assim, com o intuito de proteger a criança que foi raptada por um dos seus progenitores e, conseqüentemente, afastada da sua residência habitual<sup>113</sup>, ou seja, afastada do local da sua convivência, da sua escola, da sua cultura, dos seus colegas e parentes. Como assinalou Adair Dyer, a verdadeira vítima de um rapto internacional de criança é a própria criança. É ela quem sofre o trauma de ser separada do progenitor com quem sempre conviveu, é ela quem sofre a insegurança e a frustração resultantes da necessidade de adaptação a um novo idioma, a uma nova cultura, a novos professores e a uma família desconhecida<sup>114</sup>.

A Convenção de Haia de 1980 previu um regime internacional de proteção da criança – a cooperação internacional, onde procurou garantir o seu regresso imediato aquando de uma deslocação ou retenção ilícitas, assim como salvaguardar os direitos de guarda e visita dos progenitores<sup>115</sup>. Sobre o assunto, Jacob Dolinger refere que a Convenção de Haia de 1980 “não visa tirar as crianças permanentemente dos pais raptadores e muito menos puni-los. A penalização do ato de deslocamento de uma criança de seu habitat normal para outro país levaria o raptor e, conseqüentemente, a criança raptada a refugiarem-se, dificultando mais ainda sua localização. A ideia é tudo fazer para que a criança possa, no futuro mais próximo possível, manter contato com ambos

---

<sup>112</sup> Cf. Maria dos Prazeres BELEZA, “Jurisprudência sobre rapto internacional de crianças”, in *Revista Julgar*, n.º 24, 2014, p. 83.

<sup>113</sup> Note-se que o conceito de Residência Habitual foi adotado primeiramente na Convenção relativa à lei aplicável em matéria de prestação de alimentos a menores de 1956 e na Convenção relativa à competência das autoridades e à lei aplicável em matéria de proteção de menores de 1961. Para maiores informações, disponível em: <http://www.dsaj.gov.mo/MacaoLaw/cn/Data/perspectiva/issued11/p2.pdf> [05.04.2017]. O princípio da Residência Habitual é entendido por Maria dos Prazeres BELEZA, em sua obra *Jurisprudência sobre rapto...*, *ob. cit.*, p.74, como o centro afetivo da criança, devendo ser considerado a duração, regularidade, a nacionalidade da criança, o local e as condições de escolaridade, os conhecimentos linguísticos, bem como os laços familiares e sociais que a criança tiver no Estado que esteja.

<sup>114</sup> *Apud* Elisa PÉREZ-VERA, *Explanatory report on the 1980 Hague child abduction convention*, Hague, HCCH, 1982, nota 20.

<sup>115</sup> Cf. Carolina Helena Lucas MÉRIDA, “Sequestro Interparental: O novo Direito das crianças”, in *Revista Internacional de Direito e Cidadania*, n.º 9, 2011, p. 3. Disponível em: <http://www.sdh.gov.br/assuntos/adocao-e-sequestro-internacional/legislacao-e-publicacoes/sequestro-interparental-o-novo-direito-das-criancas> [19.05.2017].

os pais, mesmo se esses estiverem vivendo em países diferentes. Daí a procura de uma solução para o rapto estritamente no plano civil”<sup>116</sup>.

A referida Convenção não indica qual a lei a aplicar nos casos de deslocação ou retenção ilícitas, assim como não trata da responsabilidade parental, ou do reconhecimento e execução das decisões judiciais dos outros Estados Contratantes. Enquanto instrumento de cooperação internacional, a Convenção “propõe uma cooperação processual com a finalidade específica de que duas jurisdições distintas mantenham uma coordenação de caráter permanente por meio das suas Autoridades Centrais”. Desta forma, o envolvimento dos Estados num regime de localização e avaliação da real situação da criança a nível internacional será o principal instrumento no combate internacional à deslocação ou retenção ilícitas de crianças<sup>117</sup>. A Convenção Estabelece um sistema de cooperação de caráter legislativo, administrativo e judicial com vista a garantir o regresso imediato de uma criança para a sua residência habitual<sup>118</sup>. Trata de identificar se houve uma deslocação ou retenção ilícitas e, se assim for, ordena o regresso imediato da criança. Seguidamente, o tribunal da sua residência habitual poderá apreciar o mérito do rapto, mas não da guarda.

Elisa Perez-Vera retrata a Convenção de Haia de 1980 como uma Convenção que procura evitar a movimentação internacional ilícita de crianças, mediante a criação de um sistema de estreita cooperação entre as autoridades judiciárias e administrativas dos Estados Contratantes<sup>119</sup>. Em síntese, a Convenção de Haia de 1980 tornou-se um poderoso instrumento internacional. Trouxe avanços significativos na discussão do tema do rapto internacional de criança assim como teve um grande impacto na garantia de retornos voluntários e na prevenção do rapto, ao intimidar os progenitores para que não retirem a criança do local de origem. Além disso, com a elaboração da “solução de retorno” (*return remedy*), apresentou uma ferramenta real e pragmática para tentar corrigir a situação do rapto internacional de crianças<sup>120</sup>.

---

<sup>116</sup> Cf. Jacob DOLINGER, *Direito Internacional Privado: A criança no Direito Internacional Privado*, Rio de Janeiro, Renovar, 2003, p. 235.

<sup>117</sup> Cf. Carolina Helena Lucas MÉRIDA, “Sequestro Interparental: O novo Direito das crianças”, *ob. cit.*, p.11

<sup>118</sup> Cf. Fernanda TONINELLO, "A Aplicação dos direitos fundamentais nos casos de sequestro internacional de menores", *ob. cit.*, pp. 1-30.

<sup>119</sup> Cf. Elisa PÉREZ-VERA, *Explanatory report on the 1980 Hague child abduction convention*, *ob. cit.*, nota 435. Texto original “la lucha contra La multiplicación de las sustracciones internacionales de menores debebasarsesiempreen el deseo de protegerles, interpretando suverdadero interes”. Disponível em: <https://www.hcch.net/en/publications-and-studies/details4/?pid=2779> [19.05.2017].

<sup>120</sup> Cf. Carolina Helena Lucas MÉRIDA, “Sequestro Interparental: O novo Direito das crianças”, *ob. cit.*, p.11.

Deste modo, a Convenção de Haia de 1980 é o ponto de partida para as situações de rapto internacional. Apesar de não poder ser considerada perfeita e de as suas limitações terem sido reveladas com o passar dos anos, não deixa, no entanto, de ser um instrumento que faz cumprir a maior parte de seus preceitos e que promoveu um sistema inovador e funcional na área do Direito da criança, em muitos e importantes aspetos<sup>121</sup>.

### **2.2.2 A importância do princípio do interesse superior da criança na Convenção de Haia de 1980**

A Convenção de Haia de 1980, com o objetivo de assegurar o regresso imediato da criança e de fazer respeitar o direito de guarda e visita, tem como base um princípio considerado não explícito: o do superior interesse da criança. Diante da imprecisão do termo, conforme já mencionado, ocorreram muitos erros no passado, na resolução de casos de rapto internacional de crianças. Em nome do superior interesse da criança, várias jurisdições internas dos Estados concediam a guarda ao genitor-raptor ou retentor. Nesse contexto, justifica-se o silêncio da Convenção na parte dispositiva sobre o princípio do superior interesse da criança, como critério corretor de seus objetivos<sup>122</sup>.

Contudo, mesmo não estando explícito, no seu preâmbulo, a Convenção de Haia de 1980 reflete a sua filosofia basilar ao declarar estarem os Estados “convictos de que os interesses da criança são de primordial importância em todas as questões relativas à sua custódia”. Para Elisa Perez-Vera, a filosofia da Convenção pode ser traduzida como uma luta contra a multiplicação dos raptos internacionais de crianças, fundamentada no desejo da sua proteção e focada na interpretação dos seus verdadeiros interesses<sup>123</sup>.

O princípio do interesse superior da criança, ditado pela Convenção de Haia de 1980, possui três vertentes principais: a primeira refere-se ao direito de não ser retida ou deslocada para um país estranho apenas em função do desejo dos seus progenitores; a segunda tange o direito da criança a conviver com os seus familiares e progenitores de maneira estável; a terceira e última diz respeito ao direito da criança a ser ouvida e de

---

<sup>121</sup> Cf. Carolina Helena Lucas MÉRIDA, “Sequestro Interparental: O novo Direito das crianças”, *ob. cit.*, p.10.

<sup>122</sup> Cf. Carolina Helena Lucas MÉRIDA, “Sequestro Interparental: O novo Direito das crianças”, *ob. cit.*, p.12.

<sup>123</sup> Cf. Elisa PÉREZ-VERA, *Explanatory report on the 1980 Hague child abduction convention*, *ob. cit.*, notas 23 e 24.

não ser inopinadamente retirada do seu país de origem, o que é manifestado nas exceções ao regresso, de que se falará mais adiante neste capítulo<sup>124</sup>.

Assim, a Convenção de Haia de 1980, ao pensar nos aspetos primordiais que traduzissem a aplicação coerente do princípio do interesse superior da criança na situação de rapto internacional, foi inovadora. Reformulou o sistema internacional de proteção dos direitos da criança, ao ter como fundamento basilar o princípio do interesse superior da criança, com o intuito de a proteger, no plano internacional, dos efeitos prejudiciais que uma mudança de domicílio ou uma retenção ilícitas e repentinas lhe pudessem causar, estabeleceu formas que garantissem o regresso imediato da criança ao Estado da sua residência habitual e assegurou a proteção ao direito de visita<sup>125</sup>.

A referida Convenção obriga os Estados Contratantes a um regime internacional de localização e avaliação da criança, de modo a que esta regresse ao seu Estado de residência habitual logo que possível. À luz do seu preâmbulo e artigo 1.º, a Convenção é um instrumento de cooperação judiciária internacional com dois objetivos gerais: assegurar o regresso imediato da criança deslocada ou retida ilicitamente em quaisquer Estados Contratantes e garantir, efetivamente, que os direitos de guarda e visita existentes em qualquer um desses Estados sejam respeitados nos demais<sup>126</sup>.

Estes objetivos não possuem uma ordem hierárquica, ambos manifestam a mesma preocupação: facilitar o regresso da criança e tomar todas as medidas necessárias para que esse regresso se realize. São, por isso, considerados as duas ideias-força da Convenção, que refletem a luta contra o crescimento dos casos de rapto internacional de crianças, com base no princípio do superior interesse da criança, quando vítima de uma deslocação inesperada e com possíveis traumas na adaptação a uma nova cultura, língua e costumes<sup>127</sup>.

### **2.2.3 Regime da Convenção de Haia de 1980**

Nos termos do seu artigo 4.º, a Convenção de Haia de 1980 aplica-se a crianças até aos 16 anos de idade, ficando estas excluídas dos seus efeitos a partir do momento

---

<sup>124</sup> Cf. Elisa PÉREZ-VERA, *Explanatory report on the 1980 Hague child abduction convention, ob. cit.*, notas 23- 24.

<sup>125</sup> Cf. Ana Margarida QUENTAL, Marcela VAZ e Luís LOPES, “O direito de audição da criança no âmbito de processos de rapto parental internacional”, in *Revista do CEJ*, n.º II, 2013, p. 185.

<sup>126</sup> Convenção de Haia sobre os Aspectos Cíveis do Rapto Internacional de Crianças de 1980, artigo 1.º.

<sup>127</sup> Cf. Elisa PÉREZ-VERA, *Explanatory report on the 1980 Hague child abduction convention, ob. cit.*, nota 24.

em que completam essa idade. A criança protegida pela Convenção também deverá: i) ter a sua residência habitual num Estado Parte da Convenção antes do desrespeito da guarda ou do impedimento do direito de visita; ii) encontrar-se num outro Estado Contratante; iii) ter a sua guarda atribuída ao progenitor que reclama o seu regresso, por força de lei, acordo ou decisão judicial.

A deslocação ou retenção de uma criança, conforme o artigo 3.º da Convenção de Haia de 1980, será considerada ilícita quando verificados dois pressupostos: a) tenha sido efetivada em violação de um direito de guarda atribuído a uma pessoa ou a uma instituição ou a qualquer outro organismo, individual ou conjuntamente, pela lei do Estado onde a criança tenha a sua residência habitual imediatamente antes da sua transferência ou da sua retenção; e b) este direito estiver a ser exercido de maneira efetiva, individualmente ou em conjunto, no momento da transferência ou da retenção, ou o devesse estar se tais acontecimentos não tivessem ocorrido.

Assim, a deslocação ou retenção da criança será caracterizada como ilícita quando for contrária a uma decisão judicial ou administrativa, quanto à guarda ou direito de visita, considerando-se o direito de guarda o resultado de uma atribuição de pleno direito, de uma decisão judicial ou administrativa ou de um acordo segundo o Direito desse Estado. Nos termos da Convenção de Haia de 1980, no seu artigo 5.º, o direito de guarda diz respeito, não só ao direito relativo aos cuidados devidos à criança como pessoa, mas também ao direito de decidir sobre o local da sua residência<sup>128</sup>. E, no que se refere ao direito de visita, a alínea b) do mesmo artigo esclarece ser equivalente a levar a criança, por um período limitado de tempo, para um lugar diferente daquele onde ela habitualmente resida. Sobre o direito de visita, Maria Clara Sottomayor considera a referida Convenção moderna, ao prever a tutela do direito de visita juntamente com a do direito de guarda, denotando, assim, preocupação em dar à criança uma continuidade na relação afetiva com ambos os progenitores, princípio que mais tarde foi consagrado na Convenção sobre os Direitos da Criança, em 1989<sup>129</sup>.

A fim de assegurar o regresso imediato da criança e de fazer cumprir os outros objetivos da Convenção, foi estabelecido um sistema de Autoridades Centrais<sup>130</sup>, encarregadas de dar cumprimento às obrigações impostas por cada Estado Contratante,

---

<sup>128</sup> Cf. Elisa PÉREZ-VERA, *Explanatory report on the 1980 Hague child abduction convention*, *ob. cit.*, nota 24.

<sup>129</sup> Cf. Maria Clara SOTTOMAYOR, *Regulação do Exercício do Poder Paternal nos Casos de Divórcio*, *ob. cit.*, p.108.

<sup>130</sup> A Autoridade Central Portuguesa é a Direção Geral de Reinserção e Serviços Prisionais. Disponível em: [http://www.dgrs.mj.pt/c/portal/layout?p\\_1\\_id=PUB.1001.79](http://www.dgrs.mj.pt/c/portal/layout?p_1_id=PUB.1001.79) [19.05.2017].

devendo estes cooperar entre si e promover a colaboração entre as autoridades competentes dos respectivos Estados (artigos 6.º e 7.º)<sup>131</sup>.

Deste modo, as Autoridades Centrais devem cooperar entre si e promover a colaboração entre as autoridades competentes de cada Estado, de forma a assegurar o regresso imediato da criança e a realizar os restantes objetivos desta Convenção. Conforme o artigo 7.º, as Autoridades Centrais deverão tomar, quer diretamente quer através de um intermediário, todas as medidas apropriadas para: a) localizarem a criança deslocada ou retida ilicitamente; b) evitarem novos danos à criança ou prejuízos às partes interessadas, tomando ou fazendo tomar medidas provisórias; c) assegurarem a reposição voluntária da criança ou facilitar uma solução amigável; d) procederem à troca de informações relativas à situação social da criança, se isso se considerar de utilidade; e) fornecerem informações de carácter geral respeitantes ao direito do seu Estado, relativas à aplicação da Convenção; f) introduzirem ou favorecerem a abertura de um procedimento judicial ou administrativo que vise o regresso da criança ou que permita a organização ou o exercício efetivo do direito de visita; g) acordarem ou facilitarem, conforme as circunstâncias, a obtenção de assistência judiciária e jurídica, incluindo a participação de um advogado; h) assegurarem, no plano administrativo, se necessário e oportuno, o regresso sem perigo da criança; i) manterem-se mutuamente informados sobre o funcionamento da Convenção e, tanto quanto possível, eliminarem os obstáculos que eventualmente se oponham à sua aplicação.

Desta forma, perante uma deslocação ilícita nos termos do artigo 3.º da Convenção de Haia de 1980, qualquer pessoa, instituição ou organismo pode participar o facto à Autoridade Central da residência habitual da criança ou à Autoridade Central de qualquer outro Estado Contratante. Note-se que, conforme o artigo 29.º, quem acreditar ter havido uma deslocação ilícita de uma criança poderá dirigir-se diretamente às autoridades judiciais e administrativas de qualquer Estado Contratante e fazer o pedido de regresso, de acordo com a Convenção ou mesmo ao abrigo do Direito interno desse Estado, caso seja possível. Este pedido deverá conter: a) informação sobre a identidade do requerente, da criança e da pessoa a quem se atribui a transferência ou a retenção da criança; b) a data de nascimento da criança, se possível; c) quais os motivos

---

<sup>131</sup> Em continuidade o artigo 6.º expõe que “Os Estados federais, os Estados em que vigorem vários sistemas legais ou os Estados em que existam organizações territoriais autónomas terão a liberdade de designar mais de uma autoridade central e de especificar a extensão territorial dos poderes de cada uma delas. O Estado que utilize esta faculdade deverá designar a autoridade central à qual os pedidos poderão ser dirigidos para o efeito de virem a ser transmitidos à autoridade central competente desse Estado”.

em que o requerente se baseia para exigir o retorno da criança; d) todas as informações disponíveis relativas à localização da criança e à identidade da pessoa com a qual, presumivelmente, se encontra a criança. O pedido ainda pode ser acompanhado ou complementado por: e) cópia autenticada de qualquer decisão ou acordo considerado relevante; f) atestado ou declaração emitidos pela Autoridade Central ou por qualquer outra entidade competente do Estado de residência habitual ou por uma pessoa qualificada, relativa à legislação desse Estado na matéria; g) qualquer outro documento considerado relevante<sup>132</sup>.

A Autoridade Central do Estado Contratante que tomou conhecimento do requerimento de regresso da criança, de acordo com o artigo 9.º, ao localizar ou supor que a criança se encontra noutro Estado Contratante, além de ordenar o regresso imediato da criança de forma direta e sem demora, deverá prestar para com a Autoridade Central desse Estado toda a assistência necessária. Entretanto, explica o artigo 27.º, se a Autoridade Central considerar o pedido sem fundamento ou se as condições exigidas pela Convenção não se encontrarem preenchidas, esta não será obrigada a receber tal pedido, devendo informar de imediato o requente ou a autoridade que remeteu o pedido, de forma fundamentada.

Uma das tarefas atribuída às Autoridades Centrais, no artigo 7.º, alínea c), é a de assegurar que ocorra primeiro a reposição voluntária da criança e facilitar uma solução amigável. O artigo 10.º determina que “[a] Autoridade Central do Estado onde a criança se encontrar deverá tomar ou mandar tomar todas as medidas apropriadas para assegurar a reposição voluntária da mesma”. A insistência na necessidade de assegurar a reposição voluntária da criança mostra a importância que a Convenção de Haia de 1980 atribui a um regresso amigável e voluntário da criança, por meio da mediação ou conciliação familiar<sup>133</sup>. Contudo, por vezes, a mediação familiar, ao tentar solucionar este tipo de problema, obstaculiza o regresso imediato da criança, prejudicando assim o interesse superior da criança. Para além disso, na maioria dos casos acaba por ser necessário o recurso ao poder judiciário<sup>134</sup>.

Sobre esse ponto, a 4.ª Reunião da Comissão Especial de Haia, no ano de 2001, procurando revisar o funcionamento da Convenção de Haia de 1980, como

---

<sup>132</sup> Convenção de Haia sobre os Aspectos Cíveis do Rapto Internacional de Crianças de 1980, artigo 8.º.

<sup>133</sup> Cf. *Guia de boas práticas nos termos da Convenção de Haia sobre os Aspectos Cíveis do Rapto Internacional de crianças*. Disponível em: [https://assets.hcch.net/upload/concl28sc4\\_e.pdf](https://assets.hcch.net/upload/concl28sc4_e.pdf) [21.05.2017].

<sup>134</sup> Sephora MARCHESINE, “Rapto parental internacional de menores na União Europeia a partir do ordenamento jurídico português”, in *Revista de Direito Internacional e Globalização Econômica*, vol. 1, n.º 1, 2017, p. 123.

recomendação final, descreve as vantagens do retorno voluntário: mínima interrupção da vida normal da criança; previne-se a polarização das atitudes das partes, resultante da ação judicial; há grandes probabilidades de uma satisfatória solução definitiva; possibilidade de prevenção da hostilidade entre as partes acerca de futuros planos de guarda; além de menor trauma à criança; um certo nível de acordo entre pais, que poderão reduzir as tensões do retorno; a redução do tempo e das custas que um processo judicial poderia gerar; o acordo entre pais sobre certas condições para facilitar o retorno<sup>135</sup>.

Não sendo possível o regresso voluntário da criança, a Autoridade Central adotará procedimentos de urgência, com vista ao regresso imediato da criança num prazo de seis semanas (artigo 11.º), prazo este fixado na tentativa de uma solução célere que evite consequências negativas provocadas pela retirada repentina da criança da sua residência habitual. Um prazo assim curto é justificado por ter por base o objetivo prioritário da Convenção de Haia de 1980, isto é, promover o regresso imediato da criança, fundamentado pelo princípio do seu superior interesse<sup>136</sup>.

Pode, assim, concluir-se que o sistema instituído pela Convenção de Haia de 1980 acolhe uma fase pré-contenciosa de natureza consensual a cargo da Autoridade Central, que procura uma solução amigável para o caso, um regresso voluntário, minimizando-se desta forma os danos para a criança e promovendo o seu superior interesse<sup>137</sup>. Para além de um caminho judicial e administrativo, a Convenção prevê também um caminho alternativo, ao valorizar a mediação como meio de assegurar à criança o regresso à sua residência habitual.

Aqui chegados, importa observar que as “hipóteses previstas na Convenção de Haia de 1980 são casos de cooperação internacional entre Estados” e não de Direito de família. A decisão de regresso imediato da criança não afeta os fundamentos do direito de guarda, pois não importa com qual dos progenitores irá ficar a criança, importa sim o direito da criança a ter a guarda regulada no seu Estado de residência habitual<sup>138</sup>. O

---

<sup>135</sup> Cf. 4.º Reunião da Comissão Especial de Haia, Haia, 2001. Disponível em: [https://assets.hcch.net/upload/concl28sc4\\_e.pdf](https://assets.hcch.net/upload/concl28sc4_e.pdf) [21.05.2017].

<sup>136</sup> Cf. Carolina Helena Lucas MÉRIDA, “Sequestro Interparental: O novo Direito das crianças”, *ob. cit.*, p.12.

<sup>137</sup> Cf. Elisa PÉREZ-VERA, *Explanatory report on the 1980 Hague child abduction convention*, *ob. cit.*, nota 105.

<sup>138</sup> Cf. Leonardo Peter da SILVA, “Breves considerações acerca da Convenção de Haia sobre os aspectos civis do sequestro internacional de crianças à luz do Direito Internacional Privado”, in *Jus Navigandi*, ano 11, n.º 1270, 2006. Disponível em: <http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/22268-22269-1-PB.pdf> [13.01.2018].

elemento de conexão que determina a competência para o julgamento do direito de guarda e de visita será sempre o do Estado de residência habitual da criança, conforme se pode inferir do artigo 16.º da Convenção, nos termos do qual as autoridades judiciais ou administrativas do Estado Contratante para onde a criança tenha sido levada ou onde esteja retida ilicitamente não poderão tomar decisões sobre o fundo do direito de guarda sem que antes fique determinado não estarem reunidas as condições previstas na Convenção para o regresso da criança ou sem que haja transcorrido um período razoável de tempo sem apresentação de um pedido de aplicação da presente Convenção.

Portanto, na prática, um dos progenitores, ao tomar conhecimento de que o seu ex-cônjuge foi para outro Estado, levando consigo a criança de forma ilícita, deve comunicar o facto à Autoridade Central do seu país, que, ao ser provocada, deverá fazer um juízo prévio de admissibilidade de aplicação da Convenção e adotar a pretensão daquele que fez o pedido de proteção, transformando-o em pretensão do Estado. Seguidamente, deverá encaminhar o pedido de restituição para o país onde se encontra a criança. Não compete aos progenitores ou a qualquer outra pessoa fazer o pedido diretamente ao país para onde a criança foi levada, mas sim ao Estado Provocado. É um Estado pedindo a outro Estado uma cooperação interestatal<sup>139</sup>.

### **2.2.3.1 Exceções ao regresso imediato da criança**

Mesmo com a obrigação de tornar viável o regresso imediato da criança diante de uma deslocação ou retenção ilícitas, as Autoridades Centrais, em algumas situações, não terão essa obrigatoriedade, conforme o descrito nos artigos 12.º, 13.º e 20.º da Convenção de Haia de 1980, que tratam as exceções ao regresso imediato. Assim, designadamente, quando: a) tenha passado um período superior a um ano entre a data da transferência e o início do processo e seja provado que a criança já se encontra integrada no novo ambiente (artigo 12.º); b) fique provado que quem possuía a custódia não a exercia efetivamente, que tinha havido consentimento prévio ou posterior concordância com a transferência ou retenção [artigo 13.º, alínea a)] ou, ainda, que existia risco grave de a criança ficar exposta a algum tipo de perigo com o seu regresso [artigo 13.º, alínea b)]; c) exista oposição por parte da criança (artigo 13.º, n.º 2); e d) haja possibilidade de

---

<sup>139</sup> Cf. Leonardo Peter da SILVA, “Breves considerações acerca da Convenção de Haia sobre os aspectos civis do sequestro internacional de crianças à luz do Direito Internacional Privado”, *ob. cit.*

o regresso não ser consentâneo com os princípios fundamentais do Estado requerido relativos à proteção dos direitos humanos e das liberdades fundamentais (artigo 20.º).

A primeira exceção, estabelecida no artigo 12.º da Convenção<sup>140</sup>, determina que se uma criança tiver sido ilicitamente retirada do seu Estado habitual nos termos do artigo 3.º e se tiver decorrido um período inferior a um ano entre a data da deslocação ou retenção ilícitas e a data do início do processo, a autoridade judicial ou administrativa do Estado Contratante onde a criança se encontrar deverá ordenar o seu regresso imediato. O artigo 12.º precisa um “período inferior a um ano”, ou seja, se a criança já se encontrar no país requerido há mais de um ano, a situação poderá ser diferente. Estando em causa a salvaguarda do superior interesse da criança e da sua estabilidade de vida, quando tiver decorrido um período de um ano ou superior, o regresso da criança poderá ser mesmo assim ordenado, salvo se for provado que a mesma já se encontra integrada no seu novo ambiente<sup>141</sup>.

O artigo 12.º suscita muitas dúvidas quanto à sua aplicabilidade, sendo alvo de várias discussões sobre os limites temporais de um ano e a prova de integração da criança no novo ambiente. Elisa Perez-Vera, sobre esta exceção, explica que a data da deslocação ou retenção ilícitas deverá ser considerada a data a partir da qual a criança deveria ser devolvida ao progenitor com direito de guarda ou a data em que o detentor deste direito recusou a extensão do prazo da criança fora do seu país<sup>142</sup>. Para além disso, e afim de evitar que as delongas processuais influenciem a decisão de regresso da criança, o *terminus ad quem* será determinado pela data de início do processo<sup>143</sup>. Já no que se refere à prova de integração da criança no novo ambiente, face ao silêncio da Convenção, fica a cargo do poder discricionário da autoridade competente formar juízo a partir das provas entregue pelas partes<sup>144</sup>.

---

<sup>140</sup> Cf. Convenção de Haia de 1980, artigo 12.º: “Quando uma criança tenha sido ilicitamente transferida ou retida nos termos do artigo 3.º e tiver decorrido um período de menos de 1 ano entre a data da deslocação ou da retenção indevidas e a data do início do processo perante a autoridade judicial ou administrativa do Estado contratante onde a criança se encontrar, a autoridade respetiva deverá ordenar o regresso imediato da criança. A autoridade judicial ou administrativa respetiva, mesmo após a expiração do período de 1 ano referido no parágrafo anterior, deve ordenar também o regresso da criança, salvo se for provado que a criança já se encontra integrada no seu novo ambiente”.

<sup>141</sup> Cf. Helena BOLIEIRO e Paulo GUERRA, *A criança e a família – uma questão de Direito(s): visão prática dos principais institutos do direito da família e das crianças e jovens*, Coimbra, Coimbra Editora, 2009, p. 439.

<sup>142</sup> Cf. Elisa PÉREZ-VERA, *Explanatory report on the 1980 Hague child abduction convention*, ob. cit., notas. 46-47.

<sup>143</sup> Cf. Elisa PÉREZ-VERA, *Explanatory report on the 1980 Hague child abduction convention*, ob. cit., notas. 108.

<sup>144</sup> Cf. Elisa PÉREZ-VERA, *Explanatory report on the 1980 Hague child abduction convention*, ob. cit., notas. 46-47.

No que se refere à segunda exceção apontada pelo artigo 13.º alíneas a) e b) da Convenção<sup>145</sup>, uma vez que um dos objetivos da Convenção de Haia de 1980 é também a proteção dos direitos de guarda do progenitor, é necessário que esse direito de guarda esteja a ser efetivamente exercido na época do rapto para que possa ocorrer a intervenção dos mecanismos da Convenção. O mesmo acontece nos casos de ter havido aceitação da deslocação ou da retenção por parte de quem possuía a guarda, cabendo ao requerido, o genitor-raptor, alegar e provar tais circunstâncias<sup>146</sup>.

No que se refere à alínea b) do artigo 13.º, a defesa mais comumente apresentada pelo progenitor-raptor é o facto de a criança correr graves riscos com o seu regresso, devendo, por isso, haver sempre uma análise dos factos de modo a garantir o superior interesse da criança. Esta exceção refere-se unicamente a situações em que o retorno da criança seria contrário ao seu interesse, por haver a possibilidade de esta enfrentar perigos físicos e/ou psicológicos<sup>147</sup>.

Sobre essa questão, Carol S. Bruch comenta que “os tribunais na sua maioria não aceitam afirmações vagas de perigo, defendendo que não passam de alegações táticas e impróprias de adiamento”<sup>148</sup>. Os tribunais consideram ser o grave risco que legitima a recusa de regresso ao abrigo do artigo 13.º, alínea b), um perigo “*real*”, físico ou psíquico. Há, no entanto, casos de que quem sofre grave risco de perigo, na eventualidade de um regresso, é o progenitor-raptor e numa interpretação extensiva da norma é autorizado o não regresso da criança<sup>149</sup>. Relativamente à expressão “*ficar numa situação intolerável*”, Elsa Dias Oliveira afirma que este termo abarca um conjunto amplo de situações passíveis de diversas interpretações, evidenciando que esta exceção

---

<sup>145</sup> Cf. Convenção de Haia de 1980, artigo 13.º, alínea a) afirma, a pessoa, instituição ou organismo que tinha a seu cuidado a pessoa da criança não exercia efetivamente o direito de custódia na época da transferência ou da retenção, ou que havia consentido ou concordado posteriormente com esta transferência ou retenção; ou b) Que existe um risco grave de a criança, no seu regresso, ficar sujeita a perigos de ordem física ou psíquica, ou, de qualquer outro modo, a ficar numa situação intolerável. A autoridade judicial ou administrativa pode também recusar-se a ordenar o regresso da criança se verificar que esta se opõe a ele e que a criança atingiu já uma idade e um grau de maturidade tais que levem a tomar em consideração as suas opiniões sobre o assunto. Ao apreciar as circunstâncias referidas neste Artigo, as autoridades judiciais ou administrativas deverão ter em consideração as informações respeitantes à situação social da criança fornecidas pela autoridade central ou por qualquer outra autoridade competente do Estado da residência habitual da criança.

<sup>146</sup> Cf. Elisa PÉREZ-VERA, *Explanatory report on the 1980 Hague child abduction convention, ob. cit.*, notas. 114-115.

<sup>147</sup> Cf. Elisa PÉREZ-VERA, *Explanatory report on the 1980 Hague child abduction convention, ob. cit.*, notas. 114-115.

<sup>148</sup> Cf. Carol S. BRUCH, “Casos de rapto internacional de crianças: Experiência ao abrigo da Convenção da Haia de 1980”, in *Infância e Juventude*, n.º 3, 1993, pp. 41- 44.

<sup>149</sup> Cf. Carol S. BRUCH, “Casos de rapto internacional de crianças: Experiência ao abrigo da Convenção da Haia de 1980”, *ob. cit.*

deriva diretamente da consideração dos interesses da criança, devendo, por isso, ser considerada com muita cautela<sup>150</sup>.

A terceira exceção, referida no artigo 20.º da Convenção<sup>151</sup>, remete para a possibilidade do não regresso da criança quando os princípios fundamentais do Estado requerido não permitam. Elisa Perez-Vera explica que, para rejeitar um pedido de regresso com base nessa alínea, será necessário que os direitos fundamentais na matéria aceites pelo Estado requerido não o permitam, não bastando que o retorno seja inconsistente ou mesmo claramente incompatível com esses princípios, é preciso que a justificação da não permissão seja explícita<sup>152</sup>.

Esta norma refere-se, sobretudo, a Estados onde os direitos da criança ainda são débeis ou onde o interesse superior da criança ainda não está protegido, devendo apenas ser invocada e aceite como pressuposto para o não regresso, quando a criança possa ficar sujeita a situações como trabalho forçado, escravidão, perseguição ou discriminação.

A quarta exceção, nos termos do artigo 13.º, n.º 2, diz respeito à oposição da criança ao seu regresso imediato, desde que a sua idade e maturidade o permitam. A Convenção de Haia de 1980 prevê a oposição da criança como um fundamento autónomo para a decisão de não regresso. Este assunto será analisado mais detalhadamente, no ponto seguinte.

#### **2.2.4 O direito da criança a ser ouvida e a oposição da criança como exceção ao regresso imediato ao Estado de residência anterior ao rapto**

De acordo com o artigo 13.º, n.º 2, da Convenção de Haia de 1980, e conforme referido atrás, a Autoridade Central não será obrigada a ordenar o regresso da criança desde que esta se oponha a esse regresso e seja considerado que tem idade e grau de maturidade para o fazer<sup>153</sup>. Ao estatuir que a oposição da criança ao seu regresso

---

<sup>150</sup> Cf. Elsa Dias de OLIVEIRA, “Convenções internacionais e Direito Comunitário no domínio do Direito dos menores”, in *Revista do CEJ*, n.ºs 3-4, 1995, pp. 66 e 67.

<sup>151</sup> A Convenção de Haia de 1980, no seu artigo 20.º, estatui: “O regresso da criança de acordo com as disposições contidas no Artigo 12º poderá ser recusado quando não for consentâneo com os princípios fundamentais do Estado requerido relativos à proteção dos direitos do homem e das liberdades fundamentais”.

<sup>152</sup> Cf. Elisa PÉREZ-VERA, *Explanatory report on the 1980 Hague child abduction convention*, *ob. cit.*, nota 115.

<sup>153</sup> Cf. A Convenção de Haia de 1980, artigo 13.º, n.º 2 - 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

imediatamente para seu Estado de residência habitual antes do rapto possa obstar a esse regresso, a Convenção de Haia de 1980, reconheceu a importância de a criança ser ouvida e considerada em assuntos da máxima importância para o seu futuro<sup>154</sup>. Deste modo, a Convenção antecipou o que veio a ser um dos princípios estruturantes da Convenção sobre os Direitos da Criança de 1989: o direito da criança a ser ouvida e a que as suas opiniões sejam tidas em consideração, conforme o seu grau de maturidade.

Conforme Elisa Perez-Vera, esta exceção ao regresso baseia-se no princípio do superior interesse da criança, ao permitir que a criança seja a própria intérprete dos seus interesses relativamente à decisão de regressar à sua residência habitual<sup>155</sup>. Assim, o direito da criança a ser ouvida é um dos reflexos do princípio do superior interesse da criança e é de tal modo importante e fulcral que, no Direito internacional e da União Europeia, é expressamente referido em instrumentos jurídicos posteriores a Convenção sobre os Direitos da Criança.

Para a Convenção de Haia de 1980, o interesse superior da criança é usualmente interpretado como exigindo que esta seja devolvida ao seu Estado de residência habitual. Dessa forma, a exceção aqui referenciada deve ser interpretada de maneira cautelosa e com um juízo de discricionariedade face às circunstâncias do caso, por parte do juiz responsável<sup>156</sup>.

A Convenção de Haia de 1980 considerou a recusa por parte da criança como um fundamento autónomo e relevante para a decisão judicial de oposição ao regresso. Ao conceder à criança esse direito, legitimou-se à criança, considerada com maturidade suficiente, o direito de ser ouvida no âmbito dos procedimentos da Convenção. Trata-se do reconhecimento da criança como pessoa, sujeito de direitos, independente dos seus progenitores e com uma participação efetiva nas decisões importantes de sua vida. Mas é crucial, por parte dos agentes de Direito, que se responsabilizem em ouvir a criança e em garantir que esta oposição é livre e equivalente à sua efetiva vontade. O tribunal que suspeite que a criança possa ter sido manipulada pelo progenitor-raptor a manifestar

---

atingiu já idade e grau de maturidade tais que seja apropriado levar em consideração as suas opiniões sobre o assunto.

<sup>154</sup> Cf. Ana Margarida QUENTAL, Marcela VAZ e Luís LOPES, “O direito de audição da criança no âmbito de processos de rapto parental internacional”, *ob. cit.*, p. 186.

<sup>155</sup> Cf. Elisa PEREZ-VERA, *Explanatory report on the 1980 Hague child abduction convention*, *ob. cit.*, nota 30.

<sup>156</sup> Cf. Ana Margarida QUENTAL, Marcela VAZ e Luís LOPES, “O direito de audição da criança no âmbito de processos de rapto parental internacional”, *ob. cit.*, p. 188.

oposição ao seu regresso não deverá considerar a oposição da criança, devendo decidir pelo regresso, apesar dessa objeção<sup>157</sup>.

Neste contexto, deve ser muito criteriosa a forma como a criança é ouvida, sendo essencial um sério cuidado no método utilizado, a fim de não pressionar ou influenciar a criança. Assim como a CDC, a Convenção de Haia de 1980 é omissa quanto aos procedimentos a adotar e quanto à definição da idade ideal da criança para ser ouvida, ficando a aplicação da norma ao critério da autoridade competente. Esta deve dar à criança a oportunidade de ser ouvida, deve assegurar que a criança tem idade e maturidade suficientes para ter uma opinião formada, deve avaliar se a criança pode ser ouvida e, finalmente, deve considerar se a oposição da criança é passível de justificar uma exceção ao regresso<sup>158</sup>.

Posto isto, pode concluir-se que a Convenção de Haia de 1980 ao estatuir sobre o direito da criança a ser ouvida e a que a sua opinião seja considerada, ao ponto de esta poder ser uma exceção à decisão de regresso imediato no processo de rapto internacional, reconhece a criança como sujeito de direitos e participante ativa numa decisão tão importante para seu futuro, como é o local da sua residência.

### **2.3 O Regulamento (CE) n.º 2201/2003, de 27 de novembro, como complemento ao regime instituído pela Convenção sobre os Aspectos Cíveis do Rapto Internacional de Crianças**

#### **2.3.1 Trabalhos preparatórios**

O legislador europeu, diante do problema do rapto internacional de crianças e da fragilidade na efetividade e garantia do seu regresso imediato, tal como pretendido pela aplicação da Convenção de Haia de 1980, procurou estabelecer, com o Regulamento (CE) n.º 1347/2000, regras comuns relativas à competência, ao reconhecimento e à execução de decisões em questões matrimoniais e de regulação do poder paternal em relação a filhos comuns do casal. No entanto, o seu âmbito de aplicação foi considerado restrito e não proporcionou reais soluções face aos casos que ocorriam. Surgiu assim o Regulamento (CE) n.º 2201, de 27 de novembro de 2003, que veio revogar o

---

<sup>157</sup>Cf. Ana Margarida QUENTAL, Marcela VAZ e Luís LOPES, “O direito de audição da criança no âmbito de processos de rapto parental internacional”, *ob. cit.*, p. 187.

<sup>158</sup> Cf. Ana Margarida QUENTAL, Marcela VAZ e Luís LOPES, “O direito de audição da criança no âmbito de processos de rapto parental internacional”, *ob. cit.*, p. 188.

Regulamento (CE) n.º 1347/2000<sup>159</sup>, pensado de modo a complementar e aperfeiçoar a aplicação da Convenção de Haia de 1980, com soluções equilibradas para os Estados Membros, onde foram definidos procedimentos específicos europeus quanto ao rapto internacional de crianças.

O Regulamento (CE) n.º 2201/2000, também denominado Regulamento Bruxelas II *bis* (a seguir referido como Regulamento), entrou em vigor em Portugal no dia 1 de agosto de 2004, tornando-se aplicável a partir de 1 de março de 2005. Com largo âmbito de aplicação, ao tratar o rapto internacional da criança no que tange ao processamento e competências, foi possível através deste instrumento modernizar as legislações dos Estados Membros da União Europeia no que concerne à matéria matrimonial e introduzi significativas modificações respeitantes à responsabilidade parental. É considerado um instrumento jurídico da máxima importância no quadro da cooperação jurídica e judiciária civil, tendo sido considerado um passo relevante na construção de um espaço de liberdade, segurança e justiça<sup>160</sup>.

Essencialmente, o Regulamento constitui-se como um instrumento com normas de direito processual civil internacional, de cunho duplo, pois outro dos seus objetivos primordiais é o estabelecimento de regras comuns sempre que haja conflitos entre jurisdições. A entrada em vigor deste Regulamento deu origem ao surgimento de dois pontos importantes: i) o alargamento do princípio do reconhecimento mútuo de todas as decisões em matéria de responsabilidade parental, considerado pedra angular na criação de um verdadeiro espaço judiciário, com vista a assegurar a igualdade de tratamento para com todas as crianças; e ii) a consagração de um sistema de execução das decisões relativas ao direito de visita, ponto este que assenta na atribuição de exequoriedade automática das sentenças proferidas nos Estados Membros, abolindo, assim, o *exequatur*<sup>161</sup>. Resumindo, trata-se de um instrumento ao serviço de um reconhecimento

---

<sup>159</sup> Cf. Regulamento (CE) n.º 2201 do Conselho, 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. Publicado no Jornal Oficial n.º L 338 de 23/12/2003. Entrada em vigor em 1 de agosto de 2004, em aplicação desde 1 de março de 2005. Disponível em: [http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei\\_mostra\\_articulado.php?nid=830&tabela=leis](http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=830&tabela=leis) [02.02.2018].

<sup>160</sup> O Tratado de Funcionamento da União Europeia (TFUE), em seu artigo 67.º, n.º 1 expõe "a União constitui um espaço de liberdade, segurança e justiça, no respeito dos direitos fundamentais e dos diferentes sistemas e tradições jurídicas dos Estados-Membros". Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex%3A12012E%2FTXT> [02.02.2018].

<sup>161</sup> Cf. Nuno Ascensão SILVA, "O Regulamento Bruxelas IIbis [Regulamento (CE) 2201/2003, do Conselho, 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 e que revoga o Regulamento (CE) n.º 1347/2000]", in *Revista do CEJ*, tomo III, novembro, 2014, p. 19.

mútuo entre os Estados Membros, que pretende concretizar um espaço livre e seguro, almejado pela União Europeia, através da cooperação judiciária.

No âmbito material do Regulamento apenas estão abrangidas as matérias cíveis e, no que tange à criança e tal como está definido no seu artigo 1.º, n.º 2, só se aplica a processos cíveis relativos à responsabilidade parental, tais como atribuição, exercício, delegação, limitação ou cessação<sup>162</sup>. O Regulamento, quanto à aplicabilidade territorial, é extensível a todos os Estados Membros da União Europeia, com exceção da Dinamarca<sup>163</sup>. Prevalece sobre o Direito nacional, sobre Convenções existentes entre dois ou mais Estados Membros e mesmo sobre a Convenção de Haia de 1980<sup>164</sup>, no que diz respeito às matérias que estão previstas no Regulamento. Referente à aplicabilidade temporal, o regime de reconhecimento mútuo e de execução automática do Regulamento é aplicável integralmente a ações judiciais, atos autênticos e acordos entre as partes instauradas após 1 de março de 2005. Também poderá ser aplicado a decisões anteriores a esta data, na sequência de processos instaurados após a data de entrada em vigor do Regulamento, desde que se trate de matérias por ele abrangidas e nele previstas.

No que se relaciona com a criança, o Regulamento, embora seja um instrumento processual civil, está profundamente direcionado para assegurar os direitos da criança, internacionalmente e comunitariamente reconhecidos, sendo recorrente ao longo do seu texto o princípio do interesse superior da criança<sup>165</sup>. Para além disso, estão minuciosamente detalhados no Regulamento dois princípios básicos: o direito da criança em manter relações pessoais regulares com os dois progenitores, formulando para isso disposições sobre o rapto internacional e direito de visita; e o direito da criança a ser ouvida e a que sua opinião seja considerada, conforme a idade e a maturidade da criança<sup>166</sup>.

---

<sup>162</sup> O Regulamento não é aplicável, segundo artigo 1.º, n.º 3, a) Ao estabelecimento ou impugnação da filiação; b) Às decisões em matéria de adoção, incluindo as medidas preparatórias, bem como à anulação e revogação da adoção; c) Aos nomes e apelidos da criança; d) À emancipação; e) Aos alimentos; f) Aos fideicomissos (“trusts”) e sucessões; g) Às medidas tomadas na sequência de infracções penais cometidas por crianças.

<sup>163</sup> Conforme considerando n.º 31 do Regulamento de Bruxelas II *bis*, a Dinamarca, nos termos dos artigos 1.º e 2.º do protocolo relativo à posição da Dinamarca anexo ao Tratado da União Europeia e ao Tratado que instituiu a Comunidade Europeia, não participa na aprovação do presente regulamento e, por conseguinte, não lhe fica vinculada nem sujeita à sua aplicação.

<sup>164</sup> Conforme artigo 60.º, alínea e) do Regulamento de Bruxelas II *bis*. Neste sentido, a Convenção de Haia de 1980 em seu artigo 36.º consente que os Estados contratantes celebrem entre si acordos para limitarem as restrições a que pode estar sujeito o regresso da criança.

<sup>165</sup> Cf. Nuno Ascensão SILVA, “O Regulamento Bruxelas IIbis...”, *ob. cit.*, p. 20.

<sup>166</sup> Cf. Nuno Ascensão SILVA, “O Regulamento Bruxelas IIbis...”, *ob. cit.*, p.20.

Para os casos de rapto internacional de criança entre os Estados Membros da União Europeia, o Regulamento é aplicado em conjunto com a Convenção de Haia de 1980<sup>167</sup>, que continua a produzir efeitos nas matérias não reguladas pelo Regulamento. As suas regras procuram corrigir falhas que, na prática, a Convenção de Haia de 1980 demonstrou ter relativamente à efetividade do regresso da criança<sup>168</sup>. O Regulamento veio complementar a Convenção a fim de solucionar pontos relativos ao rapto internacional de criança, e assim salvaguardar o interesse superior da criança, o direito desta em manter relações pessoais com os seus progenitores e a garantia de regresso imediato para seu Estado habitual.

### **2.3.2 Especificidades do regime do Regulamento Bruxelas II *bis* face à Convenção de Haia de 1980**

Apesar de serem complementares, o regime do Regulamento Bruxelas II *bis* e Convenção de Haia de 1980 demarcam-se em vários aspetos, sendo importante fazer uma análise das especificidades de cada um, no que se refere ao rapto internacional de criança.

O regime estabelecido no Regulamento, tal como foi mencionado anteriormente, é complementar à Convenção de Haia de 1980, estando ambos em consonância nos seus conceitos. A deslocação ou retenção ilícita<sup>169</sup> é entendida como uma violação ao direito de guarda conferido por decisão judicial, por atribuição de pleno direito ou por acordo em vigor por força da legislação do Estado Membro onde a criança tinha a sua residência habitual imediatamente antes da deslocação ou retenção, e desde que no momento da deslocação ou da retenção ilícitas, o direito de guarda estivesse a ser efetivamente exercido ou devesse estar a sê-lo. O Regulamento define, de igual forma, o direito de guarda<sup>170</sup> como o conjunto de direitos e de obrigações relativos aos cuidados

---

<sup>167</sup> Cf. Regulamento de Bruxelas II *bis*, considerando n.º 17 - "Em caso de deslocação ou de retenção ilícitas de uma criança, deve ser obtido sem demora o seu regresso; para o efeito, deverá continuar a aplicar-se a Convenção de Haia de 25 de outubro de 1980, completada pelas disposições do presente regulamento, nomeadamente o artigo 11.º".

<sup>168</sup> Cf. Anabela Susana de Souza GONÇALVES, "A deslocação ou retenção ilícitas de crianças no regulamento n.º 2201/2003 (Bruxelas II bis)", in *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 6, n.º 1, 2014, p. 151.

<sup>169</sup> Cf. Regulamento de Bruxelas II *bis*, artigo 2.º, n.º 11.

<sup>170</sup> Cf. Regulamento de Bruxelas II *bis*, artigo 2.º, n.º 9 e 10 dispõe: "Direito de guarda, os direitos e as obrigações relativos aos cuidados devidos à criança e, em particular, o direito de decidir sobre o seu lugar de residência. Direito de visita, nomeadamente o direito de levar uma criança, por um período limitado, para um lugar diferente do da sua residência habitual".

devidos à criança, isto é, o direito de decidir sobre o seu lugar de residência e direito de visita ou o direito de levar uma criança, por um período limitado de tempo, para um lugar diferente do da sua residência habitual. Menciona também que o direito de guarda é considerado guarda conjunta quando um dos titulares com responsabilidade parental não pode, por força de uma decisão ou por atribuição de pleno direito, decidir sobre o local de residência da criança sem o consentimento do outro titular com responsabilidade parental. Tais conceitos coincidem e acompanham harmoniosamente a noção firmada na Convenção de Haia de 1980.

Desta forma, tanto o Regulamento como a Convenção, ao darem importância ao princípio do superior interesse da criança, pressupõem o desenvolvimento célere do processo de regresso da criança ao seu Estado de residência habitual<sup>171</sup> por meio da cooperação judiciária entre os Tribunais e Autoridades dos Estados Membros. Também procuram desincentivar o rapto dentro da União Europeia ao protegerem as relações pessoais entre a criança e os familiares e ao evitarem que o processo seja moroso, o que iria beneficiar o genitor-raptor, convidando-o a conduta ilícita<sup>172</sup>.

### 2.3.2.1 Competência

Diante de um rapto internacional, no seu artigo 10.º, o Regulamento estabelece um regime de competência internacional considerado inovador e sofisticado<sup>173</sup>, definido em função do interesse superior da criança e, em particular, do critério de proximidade<sup>174</sup>. Ao definir que o tribunal do Estado Membro onde a criança residia habitualmente e imediatamente antes da deslocação ou retenção ilícitas<sup>175</sup> continua a ser

<sup>171</sup> Cf. Regulamento de Bruxelas II *bis*, considerando n.º 17 - " Em caso de deslocação ou retenção ilícitas de uma criança, deve ser obtido sem demora o seu regresso"

<sup>172</sup> Cf. Regulamento de Bruxelas II *bis*, Considerando 17. Neste sentido, também, cf. Anabela Susana de Sousa GONÇALVES, "Aspetos civis do rapto internacional de crianças: Entre a Convenção de Haia e o Regulamento de Bruxelas II Bis", *ob. cit.*, p. 183.

<sup>173</sup> Cf. Geraldo Rocha RIBEIRO, "O Regulamento Bruxelas II bis [Regulamento (CE) 2201/2003, do Conselho, de 27 de novembro de 2003, relativo à competência, ao reconhecimento e a execução de decisões em matéria matrimonial e em matéria de responsabilidade parental e que revoga o Regulamento (CE) 1347/2000]", *in Revista do CEJ*, tomo III, novembro, 2014, p. 24.

<sup>174</sup> Cf. Regulamento Bruxelas II *bis*, considerando 12.

<sup>175</sup> Neste sentido, a Proposta de Alteração do Regulamento de 2016, no interesse superior da criança declara que o tribunal competente deve designar "juízes de família ativos e experientes, em particular com experiência em questões com dimensão transfronteiriça" (artigo 10.º, n.º 5). Cf. Comissão Europeia, *Proposta de Regulamento do Conselho relativo à competência, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria matrimonial e em matéria de responsabilidade parental e ao rapto internacional de crianças*, COM/2016/411. Disponível em: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=REPORT&reference=A8-2017-0388&format=XML&language=PT> [02.03.2018].

competente até a criança passar a ter a sua residência habitual noutra Estado Membro, abre uma exceção à regra geral estabelecida no artigo 8.º que determina como competente o tribunal onde a criança residia habitualmente, à data em que o processo tenha sido instaurado. Pretende-se com esta regra do artigo 10.º criar "estabilidade na manutenção da competência do tribunal de residência habitual"<sup>176</sup> afim de se evitar perdas de tempo com disputas de jurisdição e conseguir-se, assim, decisões céleres que vão evitar que o genitor-raptor possa tirar algum benefício com os atrasos de tribunal.

Importa realçar que é possível alterar a residência habitual da criança para outro Estado Membro desde que estejam reunidas as circunstâncias estipuladas nas alíneas a) e b) do artigo 10.º do Regulamento, ou seja, é necessário que haja consentimento por parte dos titulares da responsabilidade parental para essa deslocação ou retenção. No entanto, há diferenças entre o Regulamento e a Convenção de Haia de 1980 quanto a esta questão. Para a Convenção de Haia de 1980 é suficiente haver uma ordem de retenção da criança para que seja atribuída jurisdição ao tribunal do Estado da nova residência, enquanto o Regulamento entende que essa ordem não é suficiente e só o consentimento dos titulares da responsabilidade parental pode permitir a atribuição de competência ao tribunal da nova residência da criança, não sendo considerado consentimento, o comportamento passivo ou a mera abstenção<sup>177</sup>. A alínea b) do artigo 10.º indica que na sequência de um rapto internacional, o facto da criança ter estado a residir noutra Estado Membro durante pelo menos um ano após a data em que o titular do direito da guarda tenha tomado ou devesse ter tomado conhecimento do seu paradeiro, possibilitará a alteração da competência para o tribunal da nova residência habitual da criança. Também aqui há uma divergência entre o Regulamento e a Convenção de Haia de 1980, estipulando aquele, que o período de um ano tem início aquando da deslocação ou retenção (conforme artigo 12.º da Convenção) da criança.

De realçar, que o decurso de um ano, por si só, não é suficiente para que seja atribuída jurisdição ao tribunal do Estado onde a criança se encontra. É, também, necessário que se verifique a real integração da criança<sup>178</sup>, conjuntamente com, pelo menos, uma das quatro condições elencadas na alínea b) do artigo 10.º: 1) não ter sido apresentado às autoridades competentes do Estado Membro para onde a criança foi

---

<sup>176</sup> Cf. Anabela Susana de Sousa GONÇAVES, "A deslocação ou retenção ilícitas de crianças no Regulamento n.º 2201/2003 (Bruxelas II bis)", *ob. cit.*, p. 152.

<sup>177</sup> Cf. Ilias BANTEKAS, "European Commentaries on Private International Law: Brussels II bis Regulation", *Journal of Private International Law*, vol. 9, 2013, pp. 122 - 124.

<sup>178</sup> Cf. Ilias BANTEKAS, "European Commentaries on Private International Law...", *ob. cit.*, p. 124.

deslocada ou se encontra retida, no prazo de um ano após a data em que o titular do direito de guarda tenha tomado ou devesse ter tomado conhecimento do paradeiro da criança, qualquer pedido de regresso desta; 2) o titular do direito de guarda ter desistido do pedido de regresso e não ter sido apresentado nenhum novo pedido dentro do prazo previsto na subalínea i); 3) o processo instaurado num tribunal do Estado-Membro da residência habitual da criança imediatamente antes da deslocação ou retenção ilícitas, ter sido arquivado nos termos do n.º 7 do artigo 11.º; 4) os tribunais do Estado-Membro da residência habitual da criança imediatamente antes da deslocação ou retenção ilícitas terem proferido uma decisão sobre a guarda que não determine o regresso da criança.

Sublinhe-se que o conceito de residência habitual, para o Regulamento, possui interpretação autónoma na legislação comunitária. De acordo com o Acórdão do Tribunal de Justiça (terceira secção), de 2 de abril de 2009 – *KorkeinHallinto-oikeus*, Finlândia, residência habitual deve ser entendida como "residência correspondente ao local que revelar uma determinada integração do menor num ambiente social e familiar", devendo ter-se em consideração "nomeadamente a duração, a regularidade, as condições e as razões da permanência no território de um Estado-Membro e da mudança da família para esse Estado, a nacionalidade do menor, o local e as condições de escolaridade, os conhecimentos linguísticos, bem como os laços familiares e sociais que o menor tiver no referido Estado"<sup>179</sup>.

Note-se, que a não ser possível determinar a residência habitual da criança ou mesmo aplicar a regra do artigo 12.<sup>o180</sup>, é considerado competente, o tribunal onde a criança se encontra, como noticia o artigo 13.º.

No que concerne à competência, é necessário mencionar que o Regulamento acolheu, excepcionalmente, a doutrina do *forum non con veniens*, flexibilizando o regime

---

<sup>179</sup> Cf. Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia, *KorkeinHallinto-oikeus*, processo C-532/07, de 2 de abril de 2009.

<sup>180</sup> Cf. Regulamento de Bruxelas II *bis*, artigo 12.º, n.º 1 - os tribunais dos Estados-Membros que, por força do artigo 3.º, são competentes para decidir de um pedido de divórcio, de separação ou de anulação do casamento, são competentes para decidir de qualquer questão relativa à responsabilidade parental relacionada com esse pedido quando: a) Pelo menos um dos cônjuges exerça a responsabilidade parental em relação à criança; e b) A competência desses tribunais tenha sido aceite, expressamente ou de qualquer outra forma inequívoca pelos cônjuges ou pelos titulares da responsabilidade parental à data em que o processo é instaurado em tribunal, e seja exercida no superior interesse da criança. Os tribunais de um Estado-Membro são igualmente competentes em matéria de responsabilidade parental em processos que não os referidos no n.º 1, quando: a) A criança tenha uma ligação particular com esse Estado-Membro, em especial devido ao facto de um dos titulares da responsabilidade parental ter a sua residência habitual nesse Estado-Membro ou de a criança ser nacional desse Estado-Membro; e b) A sua competência tenha sido aceite explicitamente ou de qualquer outra forma inequívoca por todas as partes no processo à data em que o processo é instaurado em tribunal e seja exercida no superior interesse da criança.

de competência, com vista ao superior interesse da criança, nos termos do artigo 15.<sup>o181</sup>. Daqui resulta que os tribunais de um Estado Membro competente para conhecer do mérito, caso considerem haver um tribunal doutro Estado Membro melhor colocado para conhecer o processo e, desde que tal sirva o superior interesse da criança, podem suspender a instância em relação à totalidade ou a parte do processo e convidar as partes a apresentarem um pedido num prazo a acordar, ou podem pedir a esse novo tribunal que se declare competente nos termos do n.º 5 do artigo 15.<sup>o182</sup>. De notar, que essa transferência só se pode efetuar por iniciativa do tribunal ou a pedido do tribunal do outro Estado Membro, se e só se, for aceite pelo menos por um dos progenitores.

Para além disso, o artigo 9.º do Regulamento, a pensar no direito de visita, permite o prolongamento da competência do Estado Membro da anterior residência habitual da criança deslocada legalmente. Considerado inovador também nesse aspeto, o Regulamento encoraja os titulares da responsabilidade parental a acordarem os ajustamentos necessários ao direito de visita e, caso isso não seja possível, garante-lhes a possibilidade de recorrerem ao tribunal competente da anterior residência habitual da criança, a fim de resolver o problema, num período de três meses subsequentes à deslocação<sup>183</sup>.

Assim, e muito resumidamente, constata-se, quanto ao regime de competência estatuído pelo Regulamento, que existe cautela em preservar a competência dos tribunais da residência habitual da criança, conforme o artigo 10.º; cuidado em garantir a organização do direito de visita, no período de três meses aquando duma deslocação lícita para outro Estado Membro, nos termos do artigo 9.º, n.º 1; adoção da doutrina do *forum non conveniens* ao admitir transferência da ação para um tribunal de outro Estado Membro com o qual a criança tenha uma ligação particular e que esteja bem colocado para apreciar a situação, de acordo com o artigo 15.º; e destaque do interesse superior da criança na determinação dos tribunais que podem assumir a jurisdição do caso, conforme os artigos 12.º e 15.<sup>o184</sup>.

---

<sup>181</sup> Cf. Geraldo Rocha RIBEIRO, “O Regulamento Bruxelas II *bis*...”, *ob. cit.*, p. 28.

<sup>182</sup> Note-se que o Regulamento de Bruxelas II *bis* em seu Considerando n.º 13 também expõe que “no interesse da criança, o presente regulamento permite que o tribunal competente possa, a título excepcional e em certas condições, remeter o processo a um tribunal de outro Estado Membro se este estiver em melhores condições para dele conhecer. Todavia, nesse caso, o segundo tribunal não deverá ser autorizado a remeter o processo a um terceiro tribunal”.

<sup>183</sup> Cf. Comissão Europeia, *Guia Prático para aplicação do Regulamento Bruxelas II*, p. 14. Disponível em: [http://ec.europa.eu/justice/civil/files/brussels\\_ii\\_practice\\_guide\\_pt.pdf](http://ec.europa.eu/justice/civil/files/brussels_ii_practice_guide_pt.pdf) [02.03.2018].

<sup>184</sup> Cf. Comissão Europeia, *Guia Prático para aplicação do Regulamento Bruxelas II*, p. 24.

### 2.3.2.2 Regresso da criança

É no artigo 11.º do Regulamento que consta o mecanismo do regresso imediato da criança em caso de rapto internacional. Quando um pedido destinado a obter o regresso da criança é apresentado ao Estado Membro em que a criança ilicitamente se encontra, conforme mencionado anteriormente, aplica-se a Convenção de Haia de 1980, conjuntamente com as disposições do artigo 11.º do Regulamento<sup>185</sup>, no que se refere a procedimento por adotar.

Este artigo prevê que o titular do direito de guarda possa pedir às autoridades competentes de um Estado Membro uma decisão baseada na Convenção afim de obter o regresso da criança deslocada ou retida ilicitamente, aplicando-se os n.ºs 2 a 8 do artigo, sendo que em caso afirmativo, terá de ser confirmado se se está realmente perante uma deslocação ou retenção ilícita nos moldes do Regulamento (artigo 2.º, n.º 11) e da Convenção (artigo 3.º). Caso se trate de uma deslocação legítima nos termos do direito nacional, deverá ser aplicado o artigo 9.º do Regulamento. Caso contrário deverá ser ordenado o regresso imediato da criança.

O regresso imediato da criança para o seu Estado de residência habitual é também uma das prioridades do Regulamento, não deixando, no entanto, de considerar a possibilidade de um não regresso, que terá de ser justificado por razões objetivas e que correspondam ao interesse superior da criança. Este facto vem explicar a existência de Exceções na Convenção de Haia de 1980 e a sua menção no Regulamento<sup>186</sup>. Basicamente, isto significa que o Regulamento, quanto às questões de guarda, bens, pensão, posicionamento dos progenitores e tudo o mais que diga respeito à criança, deixará a decisão ao critério do tribunal do Estado competente ou do tribunal da sua residência habitual, que poderá, inclusivamente, e sempre no superior interesse da criança, decidir que o melhor para a criança é o retorno ao Estado donde foi ilicitamente deslocada ou retida<sup>187</sup>.

O Regulamento não só reforça o princípio do regresso imediato consagrado no artigo 11.º da Convenção, como também reitera o entendimento de um procedimento urgente, quando estipula que o tribunal em que foi apresentado o pedido de regresso da

---

<sup>185</sup> Cf. Comissão Europeia, *Guia Prático para aplicação do Regulamento Bruxelas II*, p. 32.

<sup>186</sup> Cf. Rui Manuel Moura RAMOS, “O rapto de crianças no plano internacional”, in AAVV, *Direito n(um)a hora*, Coimbra, Ed. Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2017, p. 13.

<sup>187</sup> Cf. Jorge António MAURIQUE, “Anotações sobre a Convenção de Haia”, in *Revista de Doutrina da 4.ª Região*, 2017, p. 6.

criança deve acelerar a tramitação desse pedido utilizando os procedimentos mais expeditos da legislação nacional, num prazo máximo de seis semanas a contar da apresentação do pedido, conforme n.º 3 do artigo 11.º.

A urgência na obtenção de um pronunciamento por parte do Estado Membro competente, no prazo referido, foi assim definida para proteger a criança e seu superior interesse, uma vez que a criança possui um "tempo de maturidade diferente do dos adultos" e também por não ser desejável beneficiar o genitor-raptor com demoras processuais que venham a culminar na integração da criança no novo meio<sup>188</sup>. Sendo a rapidez com que se toma uma decisão, nestes casos de rapto, determinante e crucial é, no entanto, possível invocar circunstâncias excepcionais que impossibilitem o cumprimento desse prazo, tanto a nível prático como legal. Poder-se-á apontar como exemplo dessas circunstâncias excepcionais, entre outros, a demora na localização da criança ou a ausência de peritos que saibam lidar com a criança<sup>189</sup>. O Regulamento não menciona qualquer sanção para um eventual incumprimento de prazo, no entanto, a sua posição, ao contrário da posição da Convenção, tem carácter impositivo e mais rigoroso no cumprimento do prazo estipulado, não permitindo que sejam apresentadas justificações para eventuais atrasos<sup>190</sup>.

O n.º 3 do artigo 11.º do Regulamento não especifica qual o valor processual da tomada de decisão sobre a ordem de regresso ou retenção da criança, dentro do período das seis semanas, o que gerou dúvidas entre os órgãos decisores. No entanto, a Comissão Europeia pronunciou-se sobre o assunto tendo decretado que a referida decisão é executória e que cabe a cada Estado Membro o garante do seu cumprimento<sup>191</sup>. Sobre essa questão, sugere soluções aos Estados com a finalidade de se solucionarem possíveis problemas que possam ocorrer, nomeadamente: i) obstar à possibilidade de um recurso contra uma decisão que implica o regresso da criança; ii) permitir a possibilidade de recurso, mas estabelecer que uma decisão que implique o regresso da criança seja executória, mesmo na pendência de recurso; iii) criar

---

<sup>188</sup> Cf. Anabela Susana de Sousa GONÇALVES, "A deslocação ou retenção ilícitas de crianças no Regulamento n.º 2201/2003 (Bruxelas II bis)", *ob. cit.*, p. 151.

<sup>189</sup> Cf. Comissão Europeia, *Guia Prático para aplicação do Regulamento Bruxelas II*, *ob. cit.*, p. 48.

<sup>190</sup> Cf. Comissão Europeia, *Guia Prático para aplicação do Regulamento Bruxelas II*, *ob. cit.*, p. 48.

<sup>191</sup> Cf. Comissão Europeia, *Guia Prático para aplicação do Regulamento Bruxelas II*, *ob. cit.*, pp. 37 e 38.

procedimentos para garantir uma rápida apreciação do recurso por forma a assegurar o respeito do prazo peremptório de seis semanas<sup>192</sup>.

Assente no interesse superior da criança, o Regulamento no seu artigo 11.º, n.º 4, é mais restritivo no que concerne à recusa de regresso imediato, do que o que está previsto na *alínea b)* do artigo 13.º da Convenção de Haia de 1980 que considera não ser o tribunal obrigado a ordenar o regresso da criança se esta ficar numa situação intolerável, sujeita a perigos de ordem física, psíquica ou outra. A Convenção é bastante cautelosa quanto a esta exceção, apresentando uma interpretação restrita<sup>193</sup>. O Regulamento, pelo seu lado, alarga a obrigação de regresso mesmo nas situações em que a criança possa ficar exposta a perigo pós-regresso, desde que as autoridades do Estado Membro de origem provem tomar ou estar prontas a tomar, as medidas concretas e adequadas à salvaguarda da criança após o seu regresso<sup>194</sup>. Desta regra extrai-se do Regulamento "um princípio de emissão tendencial de uma decisão de regresso da criança", numa busca de estabilização da situação da criança diante do rapto<sup>195</sup>. Sobre este tema, Maria dos Prazeres Beleza declara que não basta serem tomadas medidas, mas é crucial que estas sejam adequadas a garantir a proteção da criança e que deverá haver um "juízo de adequação das medidas"<sup>196</sup> por parte do tribunal. Assim, a regra imposta pelo Regulamento é de que o tribunal deve optar sempre por ordenar o regresso da criança desde que esteja assegurada a sua proteção no Estado Membro de origem, revelando-se fundamental, também aí, o auxílio das Autoridades Centrais.

O Regulamento determina, nos termos do artigo 11.º, n.º 5, que o tribunal não pode recusar o regresso da criança se o requerente não tiver tido a oportunidade de ser ouvido e no n.º 2, do mesmo dispositivo, estabelece que ao aplicar os artigos 12.º e 13.º da Convenção de Haia de 1980, possíveis exceções ao regresso, se deve providenciar no sentido de a criança ter oportunidade de ser ouvida durante o processo, exceto se for considerado inadequado, em função da sua idade ou grau de maturidade. Estes dois pontos realçam o direito das partes a serem ouvidas durante o processo e assim ser tomada uma decisão justa e fundamentada no superior interesse da criança. Tendo em

---

<sup>192</sup> Cf. Comissão Europeia, *Guia Prático para aplicação do Regulamento Bruxelas II*, *ob. cit.*, pp. 37 e 38.

<sup>193</sup> Cf. Geraldo Rocha RIBEIRO, "O Regulamento Bruxelas II bis...", *ob. cit.*, p. 37.

<sup>194</sup> Cf. Comissão Europeia, *Guia prático para a aplicação do novo Regulamento Bruxelas II*, *ob. cit.*, p. 36.

<sup>195</sup> Cf. Anabela Susana de Sousa GONÇAVES, "A deslocação ou retenção ilícitas de crianças no Regulamento n.º 2201/2003 (Bruxelas II bis)", *ob. cit.*, p.154.

<sup>196</sup> Cf. Maria dos Prazeres BELEZA, "Jurisprudência sobre o rapto internacional de crianças", *ob. cit.*, p. 72.

conta a duração reduzida dos prazos, é importante que o direito a ser ouvido se cumpra o mais rápido e eficazmente possível, sendo sugerido, pela Comissão Europeia, a utilização do Regulamento n.º 1206/2001 do Conselho, de 28 de maio de 2001<sup>197</sup>, relativo à cooperação entre os tribunais dos Estados-Membros, no domínio da obtenção de provas de matéria civil ou comercial. Assim, o Regulamento facilita a cooperação entre os tribunais dos Estados Membros a nível da obtenção de provas, por exemplo, em matéria de direito de família, particularmente com a utilização de videoconferência e teleconferência, meios úteis para efeitos da obtenção de provas em casos destes<sup>198</sup>. Adiante será melhor analisada a questão sobre a oportunidade de a criança ser ouvida e de sua opinião ser considerada.

Tendo em conta as condições restritas estabelecidas pelo artigo 13.º da Convenção da Haia de 1980 e nos n.ºs 2 a 5 do artigo 11.º do Regulamento, nota-se que os tribunais tendem a decidir em prol do regresso da criança. Porém, em casos excepcionais, em que o tribunal decide pela não concessão do regresso da criança, o Regulamento, nos seus n.ºs 6 e 7 do artigo 11.º, prevê a transmissão ao tribunal do Estado competente ou ao tribunal da residência habitual da criança antes da deslocação ou retenção, dos documentos conexos à decisão de retenção, afim de que se possa garantir que a decisão obtida foi a adequada para a criança. A transmissão desses documentos, onde se incluem, devidamente traduzidos<sup>199</sup>, as atas das audiências e uma cópia da decisão, deve ser feita de forma direta ou por meio da Autoridade Central, de modo a que esses documentos sejam recebidos no prazo de um mês. O tribunal de origem também deverá enviar a informação necessária às partes e convidá-las a apresentar as observações que acharem pertinentes, nos termos do direito interno, no prazo de três meses a contar da data de notificação, devendo as partes indicar se pretendem que o tribunal de origem analise a questão da guarda da criança. Não sendo

---

<sup>197</sup> Cf. Regulamento n.º 1206/2001, relativo à cooperação entre os tribunais dos Estados Membros no domínio da obtenção de provas em matéria civil ou comercial. Jornal Oficial Série L n.º 174 de 27 de junho de 2001. Disponível em: [http://www.dgpj.mj.pt/sections/relacoes-internacionais/anexos/reg-1206-2001-obtencao/downloadFile/file/REG\\_1206.2001\\_Obtencao\\_de\\_Provas.pdf?nocache=1200065348.94](http://www.dgpj.mj.pt/sections/relacoes-internacionais/anexos/reg-1206-2001-obtencao/downloadFile/file/REG_1206.2001_Obtencao_de_Provas.pdf?nocache=1200065348.94) [05.03.2018].

<sup>198</sup> Cf. Comissão Europeia, *Guia Prático para aplicação do Regulamento Bruxelas II*, ob. cit., p. 37.

<sup>199</sup> “O artigo 11.º n.º 6 não regula os aspetos da tradução, devendo os juízes tentar encontrar uma solução pragmática que corresponda às necessidades e às circunstâncias de cada caso. O objetivo é estabelecer uma cooperação entre os juízes por forma a que o juiz de origem esteja em condições de ter em devida conta a justificação e as provas que fundamentam a decisão de retenção da criança. Se os juízes falarem ou compreenderem uma língua comum, não devem hesitar em estabelecer contacto diretamente pelo telefone ou por correio eletrónico para este efeito. Se existirem problemas de língua, as autoridades centrais poderão prestar assistência aos juízes”. Cf. Comissão Europeia, *Guia Prático para aplicação do Regulamento Bruxelas II*, ob. cit., pp. 40 e 42.

apresentada nenhuma observação nesse prazo, o tribunal deverá arquivar o processo, conforme é mencionado no n.º 7 do dispositivo. O n.º 6 do artigo 11.º evidencia o espírito de cooperação judiciária entre os Estados, ao impor a necessidade de comunicação entre as Autoridades Judiciais e, em conjunto com o n.º 7, normaliza a forma de notificação entre os Estados Membros quanto às decisões de retenção<sup>200</sup>.

O artigo 11.º do Regulamento mostra ser um procedimento pensado para a obtenção de um regresso célere da criança e, assim, salvaguardar o seu interesse superior. Os n.ºs 6, 7 e 8 deste dispositivo só se aplicam em caso de decisão de retenção, ao abrigo do artigo 13.º da Convenção de Haia de 1980. No n.º 8, o Regulamento, mais uma vez, reflete a preocupação com a criança, quando estipula que o tribunal de origem pode decidir o seu regresso, não obstante haver uma decisão anterior, pelo tribunal onde a criança se encontra, a favor da retenção, sendo reconhecido automaticamente ao tribunal de origem, a força executória, nos termos do artigo 42.º do Regulamento. Este preceito traduz o predomínio do tribunal de origem da criança sobre o tribunal onde a criança se encontra ilicitamente, na apreciação do caso, restando ao tribunal requerido a constatação da executoriedade da decisão certificada e os procedimentos a ter para o regresso da criança. Configura-se, assim, um procedimento que dá a "primazia das decisões do tribunal da residência habitual de origem da criança"<sup>201</sup>, não obstante a cooperação judiciária entre os Estados.

### **2.3.2.3 Reconhecimento e execução das decisões**

Tal como já foi referido, o Regulamento estabelece um sistema de reconhecimento e de execução de decisões mútuo e automático entre os Estados Membros. A prática de cooperação judiciária tem como objetivo assegurar que uma decisão tomada por um Estado Membro seja reconhecida e executada noutro Estado Membro, sem formalidades e delongas e, dessa forma, assegurar um espaço de liberdade, segurança e de justiça, onde seja garantida a livre circulação de pessoas e de decisões, promovendo uma estabilidade jurídica entre os Estados Membros. Ao mesmo

---

<sup>200</sup> Cf. Anabela Susana de Sousa GONÇALVES, "A deslocação ou retenção ilícitas de crianças no Regulamento n.º 2201/2003 (Bruxelas II bis)", *ob. cit.*, p. 155.

<sup>201</sup> Cf. Anabela Susana de Sousa GONÇALVES, "A deslocação ou retenção ilícitas de crianças no Regulamento n.º 2201/2003 (Bruxelas II bis)", *ob. cit.*, p. 155.

tempo que institui esse reconhecimento mútuo, também o reforça, ao restringir os fundamentos de recusa de decisões estrangeiras<sup>202</sup>.

O artigo 21.º do Regulamento determina como regra geral que "as decisões proferidas num Estado Membro são reconhecidas nos outros Estados Membros, sem quaisquer formalidades". Porém, esse reconhecimento automático não é incontestável. Qualquer parte interessada poderá requerer o reconhecimento ou o não reconhecimento da decisão, nos termos do artigo 21.º, n.º 3. A decisão, assim como a sua executoriedade, pode não ser reconhecida pelos motivos previstos, taxativamente, nos artigos 22.º e 23.º. O requerimento deverá ser apresentado ao tribunal competente do Estado Membro neste quesito, definido pela lei do Estado requerido, que estará indicado na lista, nos termos do artigo 68.º.

Os fundamentos de não reconhecimento das decisões, previsto no artigo 23.º são, resumidamente: 1) se tal for manifestamente contrário à ordem pública do Estado-Membro requerido, tendo em consideração o superior interesse da criança<sup>203</sup>; 2) se, exceto em caso de urgência, a criança não tenha tido oportunidade de ser ouvida (este fundamento será separadamente analisado mais a frente); 3) se a decisão for proferida à revelia da parte, que não tinha sido citada ou notificada do ato introdutório da instância em tempo útil e de forma a poder deduzir a sua defesa, exceto se estiver estabelecido que essa pessoa aceitou a decisão de forma inequívoca. Aqui pretende-se salvaguardar o princípio do contraditório; 4) se a pessoa que alega que a decisão obsta ao exercício da sua responsabilidade parental não tiver tido a oportunidade de ser ouvida; 5) se a decisão for incompatível com uma decisão posterior, segundo as condições previstas nas alíneas e) e f) do artigo 23.º; e por fim, 6) em caso de colocação da criança noutro Estado-Membro, se não tiver sido respeitado o procedimento previsto no artigo 56.<sup>o204</sup>.

Conforme os artigos 24.º e 26.º e com vista facilitar a circulação das decisões<sup>205</sup>, este sistema de reconhecimento não permite que a decisão seja revista quanto ao mérito

---

<sup>202</sup> Cf. Comissão Europeia, *Guia Prático para aplicação do Regulamento Bruxelas II*, *ob. cit.*, p. 43.

<sup>203</sup> Neste contexto esta em causa a ordem pública internacional do Estado requerido. Sobre a reserva de ordem pública, o TJUE não definiu o conteúdo, apenas controla os limites da reserva, de forma que se faça uso deste fundamento indevidamente. No caso submetido à apreciação do TJUE estaria em causa uma alegada violação do artigo 15.º do Regulamento, pelo tribunal que proferiu a decisão em questão. Salientou-se que não compete ao juiz do Estado requerido recusar o reconhecimento da decisão com fundamento na errada aplicação do direito da união. Cf. Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia, *P. vs. Q.*, processo n.º C-455/15, de 19 de novembro de 2015.

<sup>204</sup> Cf. Comissão Europeia, *Guia Prático para aplicação do Regulamento Bruxelas II*, *ob. cit.*, p. 26.

<sup>205</sup> Cf. Geraldo Rocha RIBEIRO, "O Regulamento Bruxelas II bis...", *ob. cit.*, p. 33.

nem permite que se proceda ao controlo da competência do tribunal do Estado Membro de origem.

No que diz respeito às decisões em matéria do direito de visita e do regresso de criança, não se aplicam os fundamentos de não reconhecimento das decisões, conforme o previsto nos artigos 41.º e 42.º. Nestes casos as decisões são certificadas com força executória. Importa acrescentar que o Regulamento, considerado inovador, foi o primeiro instrumento a eliminar o procedimento de *exequatur* nas decisões relativas ao direito de visita e de regresso da criança.

O artigo 28.º do Regulamento estabelece que as decisões proferidas sobre o exercício da responsabilidade parental relativa a uma criança num Estado Membro, que aí tenham força executória e desde que os progenitores tenham sido citados ou notificados, são executadas noutro Estado Membro depois de nele terem sido declaradas executórias a pedido de qualquer parte interessada, devendo ser observados os pressupostos necessários para obter esta declaração de executoriedade. Assim, a possibilidade de um ato ser considerado executório depende, resumidamente, da existência de uma decisão, que esta decisão seja proferida em matérias dentro do âmbito de aplicação do Regulamento, que tenha força executória no Estado Membro de origem e que as partes interessadas tenham sido notificadas<sup>206</sup>. O Procedimento de pedido de declaração de executoriedade é chamado *exequatur* e está regulado nos artigos 30.º a 36.º do referido Regulamento<sup>207</sup>. Deve ser apresentado no tribunal indicado na lista comunicada por cada Estado Membro à Comissão Europeia, nos termos dos artigos 29.º e 68.º<sup>208</sup>, sendo a forma de apresentação deste pedido regulada pela lei nacional do Estado Membro de execução. Qualquer parte interessada poderá iniciar um “procedimento de *exequatur*”, nomeadamente, o titular da responsabilidade parental ou Ministério Público, podendo o requerente beneficiar de assistência judiciária, desde que tenha beneficiado da mesma no Estado Membro de origem, ou ainda, poderá ser assistido pelas autoridades centrais noutro Estado Membro, conforme os artigos 50.º e 55.º, alínea b).

---

<sup>206</sup> Não é exigível que a decisão tenha transitado em julgado, podendo por isso, haver suspensão da instância caso tenha havido recurso ou ainda não tenha decorrido prazo para o interpor, segundo artigo 35.º do Regulamento.

<sup>207</sup> Cf. Comissão Europeia, *Guia Prático para aplicação do Regulamento Bruxelas II*, *ob. cit.*, p. 26.

<sup>208</sup> A lista referida no artigo 68.º pode ser encontrada em “Informações relativas aos tribunais e às vias de recurso, nos termos do artigo 68.º do Regulamento (CE) n.º 2201/2003 do Conselho, 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 e que revoga o Regulamento (CE) n.º 1347/2000”, *Jornal Oficial C49*, de 17.02.2005, p. 2.

O tribunal a que for apresentado tal pedido deve proferir a sua decisão de forma célere, como indica o artigo 31.º e, por ser um processo não contraditório<sup>209</sup>, não são permitidas intervenções nesta fase, nem por parte da criança nem por parte da pessoa contra a qual a execução é requerida, de acordo com o artigo 31.º, n.º 1. Para além disso, a decisão não é suscetível de revisão de mérito, sendo, no entanto, possível interpor recurso<sup>210</sup> no prazo de um mês e devendo ser tratado segundo as regras do contraditório (artigos 31.º, n.º 3, e 33.º).

O requerimento da declaração de executoriedade relativa a decisões de responsabilidade parental, de acordo com o artigo 31.º, n.º 2, só poderá ser recusado pelos motivos previstos nos artigos 22.º, 23.º e 24.º, cujos fundamentos são os mesmos que os previstos para a recusa do reconhecimento de decisões. As condições para o reconhecimento das decisões estrangeiras são dispostas de forma negativa enquanto fundamento de oposição ao reconhecimento e execução<sup>211</sup>. A atribuição de força executória poderá ser parcial se a decisão se referir a vários aspetos. Nos casos de direito de visita e regresso da criança prevê-se, entretanto, um regime especial.

É importante ressaltar que o entendimento comunitário, sobre o procedimento de declaração da executoriedade, é negativo e é entendido como um processo moroso e que acarreta grandes dificuldades na sua aplicação. O Relatório da Comissão Europeia de 2014 alude que o sistema de execução, nomeadamente, a necessidade de uma declaração de executoriedade, por não ser uniforme na interpretação do termo "execução" e por ser regulado pela lei nacional de cada Estado Membro, traz, na prática, algumas complicações. O Relatório relata ainda que alguns Estados, por não possuírem um sistema de execução relativo a decisões em matéria de direito de família, acabam por recorrer a sistemas previstos para a matéria civil, que não abarcam as especificidades que o direito de matéria de direito de família exige. Pode apontar-se como exemplo, a necessidade de celeridade, principalmente em matéria de responsabilidade parental e rapto internacional, que pode causar danos irreversíveis para a criança<sup>212</sup>.

---

<sup>209</sup> Cf. Geraldo Rocha RIBEIRO, "O Regulamento Bruxelas II bis...", *ob. cit.*, p. 33.

<sup>210</sup> Em Portugal, de acordo com a lista apresentada ao abrigo do artigo 68.º, será possível recorrer para o Supremo Tribunal de Justiça, por meio de um recurso limitado à matéria de direito.

<sup>211</sup> Cf. Geraldo Rocha RIBEIRO, "O Regulamento Bruxelas II bis...", *ob. cit.*, p. 36.

<sup>212</sup> Cf. Comissão Europeia, *Relatório da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho e ao Comité Económico e Social Europeu sobre a aplicação do Regulamento (CE) n.º 2201/2003 relativo à competência, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria matrimonial e em matéria de responsabilidade parental que revoga o Regulamento (CE) n.º 1347/2000*, COM/2014/0225. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/ALL/?uri=CELEX%3A52016PC0411> [10.04.2018].

O Regulamento prevê, para decisões em matéria de direito de visita e que exijam o regresso da criança, um regime especial de execução. Nestas circunstâncias não é necessário um procedimento prévio a fim de se obter a executoriedade da decisão, sendo apenas preciso que se preencham as condições previstas nos artigos 41.º e 42.º. Há aqui uma supressão do *exequatur* mediante certificação<sup>213</sup>.

Este regime diferenciado para os casos de direito de visita e regresso da criança é reflexo do princípio do reconhecimento mútuo e da confiança entre as Autoridades Judiciárias dos Estados Membros, ambos fundados “na base da política de cooperação judiciária”<sup>214</sup> e sempre com o objetivo de executar a decisão o mais rapidamente possível e assim assegurar o direito da criança a conviver com seus familiares, uma vez que o tempo, nos casos de rapto, é irrecuperável.

De notar que se trata de um regime facultativo e, portanto, nada impede o titular da responsabilidade parental de requerer o reconhecimento e a execução de uma decisão, nos termos gerais, como menciona o artigo 40.º, n.º 2. Por conseguinte, os fundamentos do não reconhecimento indicados no artigo 23.º, já referido, não se aplicam a estas decisões. Em regra, a parte que requer a execução de uma decisão em matéria de direito de visita e regresso da criança, noutro Estado Membro, terá apenas de apresentar uma cópia da decisão e certidão emitidas pelo juiz competente.

O artigo 41.º do Regulamento facilita o exercício do direito de visita transfronteiriço, ao prever que uma decisão nesta matéria é reconhecida e que 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, desde que acompanhada de uma certidão. Mesmo que a legislação nacional não preveja a força executória de pleno direito de uma decisão que conceda um direito de visita, o tribunal de origem pode declarar a decisão executória, não obstante qualquer recurso.

O juiz do tribunal de origem emitirá a certidão da força executória da decisão de direito de visita desse Estado, redigida na língua da decisão<sup>215</sup> e utilizando o formulário constante do anexo III do Regulamento. A emissão dessa certidão exige condições

---

<sup>213</sup> Cf. Geraldo Rocha RIBEIRO, "O Regulamento Bruxelas II bis...", *ob. cit.*, p. 37.

<sup>214</sup> Cf. Anabela Susana de Sousa GONÇALVES, "A deslocação ou retenção ilícitas de crianças no Regulamento n.º 2201/2003 (Bruxelas II bis)", *ob. cit.*, p. 158.

<sup>215</sup> O Regulamento de Bruxelas II bis, artigo 45.º, n.º 2 dispõe que para efeitos do presente artigo a certidão referida no n.º 1 do artigo 41.º deve ser acompanhada de uma tradução do ponto 12, relativo às disposições respeitantes ao exercício do direito de visita. Tradução da certidão deverá ser feita para a língua ou uma das línguas oficiais do Estado-Membro de execução ou para qualquer outra língua que este tenha declarado aceitar. A tradução deve ser autenticada por uma pessoa habilitada para esse efeito num dos Estados Membros.

específicas, isto é, que tenham sido consideradas determinadas garantias no decurso do processo e enumeradas no artigo 41.º, n.º 2, nomeadamente: a) a parte revel não tiver sido citada ou notificada do ato introdutório da instância ou ato equivalente, em tempo útil e de forma a poder deduzir a sua defesa ou, se tiver sido citada ou notificada sem observância dessas condições, desde que esteja estabelecido que essa pessoa aceitou a decisão de forma inequívoca; b) todas as partes implicadas tiverem tido a oportunidade de ser ouvidas; c) a criança tiver tido a oportunidade de ser ouvida, exceto se for considerada inadequada uma audição, em função da sua idade ou grau de maturidade.

Se o direito de visita apresentar carácter transfronteiriço, desde que a decisão seja proferida, a certidão será emitida oficiosamente logo que a decisão se torne executória, mesmo que provisoriamente. Entretanto, caso o carácter transfronteiriço seja posterior, a certidão é emitida a pedido de uma das partes, de acordo com artigo 41.º, n.º 3. Não é possível apresentar recurso contra a certidão. Porém, caso o juiz de origem tenha cometido algum erro no preenchimento da certidão ou caso esta não reflita o conteúdo da decisão – erro material – será possível requerer a retificação da certidão, artigo 43.º.

Ainda sobre o direito de visita, o artigo 48.º estabelece que o tribunal de execução do Estado Membro de origem poderá adotar disposições práticas para o exercício do direito de visita, se as disposições necessárias não tiverem sido previstas ou não tiverem sido suficientemente previstas na decisão proferida pelos tribunais competentes do Estado Membro para conhecer o mérito e, também, desde que os elementos essenciais da decisão sejam respeitados. Essas disposições práticas deixam de ser aplicáveis na sequência de uma decisão posterior dos tribunais competentes para conhecer o mérito desse Estado Membro.

O Regulamento, no seu considerando 17, determina que decisões que exijam o regresso da criança deverão ser executadas sem necessidade de qualquer procedimento específico para o reconhecimento e execução da referida decisão no Estado-Membro onde se encontra a criança raptada. O artigo 42.º esclarece, ainda, que a decisão de regresso da criança, proferida num Estado Membro, 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 e se acompanhada de certidão. Ainda que a legislação nacional não preveja força executória de pleno direito a uma decisão que exija o regresso da criança, o tribunal pode declarar a decisão executória, não obstante qualquer recurso. O objetivo aqui é assegurar o interesse

superior da criança com um regresso imediato ao seu Estado de residência habitual, sem que haja entraves e delongas processuais.

O juiz do Tribunal de origem que pronunciou a decisão de regresso imediato emitirá a certidão referente ao regresso da criança, cujo formulário consta do anexo IV do Regulamento. A certidão é redigida na língua da decisão. No caso de uma decisão de regresso, a certidão para ser emitida, de acordo com o artigo 42.º, n.º 2, deverá cumprir condições específicas, designadamente, a) a criança deve ter tido oportunidade de ser ouvida, exceto se tiver sido considerada inadequada uma audição, tendo em conta a sua idade ou grau de maturidade; b) as partes devem ter tido a oportunidade de ser ouvidas; e c) o tribunal, ao pronunciar-se, deve ter tido em conta a justificação e as provas em que assentava a decisão pronunciada, ao abrigo do artigo 13.º da Convenção de Haia de 1980. Nesse sentido, se o tribunal, ou qualquer outra autoridade, tomar medidas para garantir a proteção da criança após o seu regresso ao Estado-Membro onde reside habitualmente, essas medidas deverão ser especificadas na certidão.

De notar que a decisão homologada, cumprindo estes pressupostos no Estado Membro de origem, possui força executória em qualquer outro Estado Membro sem necessidade de formalidade e sem a possibilidade de ter contestado o seu reconhecimento. Deverão ser "executadas no Estado Membro de execução como se aí tivessem sido emitidas"<sup>216</sup>. A certidão emitida pelo tribunal de origem não é suscetível de recurso, mas a legislação do Estado Membro de origem é aplicável a qualquer retificação necessária devida a algum erro material cometido na certidão pelo juiz, conforme considerando n.º 24 e artigo 43.º.

Caso haja hipótese de ocorrerem alterações das circunstâncias que tornem a execução da decisão de regresso passível de prejudicar o interesse superior da criança, entende-se que tal situação deve ser levada ao tribunal de origem – tribunal considerado competente para avaliar a salvaguarda do interesse superior da criança, para apreciar a questão, podendo este, eventualmente, suspender a execução da decisão ou alterar a decisão de regresso<sup>217</sup>.

---

<sup>216</sup>Cf. Anabela Susana de Sousa GONÇALVES, “A deslocação ou retenção ilícitas de crianças no Regulamento n.º 2201/2003 (Bruxelas II bis)”, *ob. cit.*, p. 158.

<sup>217</sup> Cf. Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia, *DorisPovse vs. Mauro Alpago*, processo n.º C211/10, de 1 julho 2010.

Neste contexto, é importante mencionar o famoso caso *Inga Rinau*<sup>218</sup>, um caso de retenção ilícita de uma criança na Lituânia, por parte da mãe. Neste caso, o tribunal da Lituânia tomou uma decisão que exigia o regresso da criança ao país de residência habitual, a Alemanha. Esta decisão começou por ser suspensa, seguidamente foi anulada e mais tarde foi pedida a reabertura da instância, pedido que foi indeferido, mas que tinha ainda a possibilidade de interposição de recurso. Consequentemente, o tribunal alemão ordenou o regresso imediato da criança com base no artigo 11.º, n.º 8, do Regulamento, decisão que foi acompanhada por certidão, conforme o indicado no seu artigo 42.º, concluindo-se que a decisão de regresso imediato possuía força executória automática, sem que fosse preciso o procedimento de *exequatur*, nos termos da secção IV do Capítulo III do Regulamento. Contudo, a mãe interpôs recurso, com vista a obter o não reconhecimento da decisão da Lituânia. Tal pedido foi julgado e indeferido e, mais uma vez, a decisão foi considerada executória. De novo foi interposto recurso com o mesmo objetivo, tendo sido submetido pedido prejudicial ao TJUE. Pela última vez foi sentenciado pelo tribunal não ser possível a oposição ao reconhecimento da decisão de regresso da criança, nos termos do Regulamento. Pode, assim, concluir-se que a decisão sobre o regresso da criança “não pode ficar sujeito ao esgotamento dos meios de recurso do Estado Membro onde se pretende a execução da decisão, sob pena de se poder contornar abusivamente, desta forma, o procedimento de regresso rápido previsto no Regulamento”<sup>219</sup>.

Neste caso, vê-se claramente que os objetivos do sistema do Regulamento que pretendem assegurar um regresso célere da criança ao seu Estado de residência habitual, assim como garantir que as decisões neste âmbito sejam reconhecidas e automaticamente executórias entre os Estados da União, foram absolutamente prejudicados. A retenção ilícita ocorreu em 2006 e foram dois anos de pedidos, decisões, suspensões, anulações e recursos, durante os quais, a criança permaneceu no Estado onde foi ilicitamente retida. O superior interesse da criança não foi devidamente gerido, causando danos na sua ligação com pai.

Diante deste caso, o TJUE afirmou que "depois de uma decisão de retenção ter sido proferida e levada ao conhecimento do tribunal de origem, é irrelevante, para efeitos da emissão da certidão prevista no artigo 42.º do Regulamento, que essa decisão

---

<sup>218</sup> Cf. Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia, *Inga Rinau*, processo n.º C-195/08 PPU, de 11 de julho 2008.

<sup>219</sup> Cf. Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia, *Inga Rinau*, processo n.º C-195/08 PPU, de 11 de julho 2008, considerando 81 e 89.

tenha sido suspensa, revogada, anulada ou, por qualquer razão, não tenha transitado em julgado ou tenha sido substituída por uma decisão de regresso, desde que o regresso da criança não tenha efetivamente tido lugar. Se não tiverem sido manifestadas dúvidas relativamente à autenticidade dessa certidão e esta tiver sido emitida em conformidade com o formulário em anexo do Regulamento, a oposição ao reconhecimento da decisão de regresso é proibida, incumbindo tão-só ao tribunal requerido declarar a executoriedade da decisão certificada e providenciar pelo regresso imediato da criança"<sup>220</sup>.

Conclui-se, portanto, que a única forma de obstar à execução de uma decisão de regresso, será a incompatibilidade desta com uma decisão com força executória proferida posteriormente, de acordo com artigo 47.º. De resto, a execução da decisão de regresso da criança, assente no princípio da confiança entre os Estados Membros da União, por uma questão de economia processual e de celeridade, é automaticamente executória em todos os Estados Membros, ponto muito importante nos casos de rapto internacional da criança. A pessoa ao requerer a execução de uma decisão que exija o regresso da criança deverá apenas apresentar uma cópia da decisão e a certidão de executoriedade, nos termos do artigo 42.º.

### **2.3.3 O direito da criança a ser ouvida e as suas implicações no Regulamento**

O direito da criança a ser ouvida é um dos reflexos do princípio do interesse superior da criança. Assente na conceção da criança como sujeito de direitos, entende ser necessário que esta seja participante ativa nas decisões que lhe digam respeito. É de tal modo importante e fulcral no direito internacional e comunitário que é expressamente referido em sucessivos instrumentos jurídicos e, como tal, consta do artigo 3.º da Convenção Europeia sobre o exercício dos direitos da criança, do artigo 12.º da Convenção sobre os Direitos da Criança e do artigo 24.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia.

No contexto de rapto internacional da criança, a Convenção de Haia de 1980 consagrou o direito da criança a ser ouvida e, desta forma, a faculdade desta se poder opor ao regresso para seu Estado de residência habitual, conforme artigo 13.º. O

---

<sup>220</sup> Cf. Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia, *Inga Rinau*, processo n.º C-195/08 PPU, de 11 de julho 2008, p. I-05271, § 80.

Regulamento, fundado na pretensão de garantir o pleno respeito dos direitos fundamentais da criança, também destaca a importância da criança a ser ouvida nos processos de rapto internacional ocorridos na União Europeia e evidencia uma preocupação em efetivar tal direito ao dispor no seu artigo 11.º, n.º 2, que deve ser dada à criança a oportunidade de ser ouvida durante o processo, exceto se tal for considerado inadequado em função da sua idade ou grau de maturidade. Esta exceção deve ser interpretada de forma restrita<sup>221</sup>.

O direito da criança a ser ouvida nos casos de rapto internacional tem como objetivo identificar se a criança está em perigo e perceber, se e em que medida, a criança pode estar a ser influenciada pelo genitor-raptor e, assim sendo, intuir a "natureza da oposição da criança ao regresso"<sup>222</sup>. Na aplicação do Regulamento, o direito da criança a ser ouvida desempenha um papel importante, implicando que seja uma “consciencializada declaração de vontade”<sup>223</sup>.

A importância do direito da criança a ser ouvida é tal que constitui um dos requisitos para a supressão do procedimento de *exequatur* em matéria de direito de visita e de decisões que exigem o regresso da criança, assim como, possibilita contestar o reconhecimento e a execução de uma decisão em matéria de responsabilidade parental com base no facto de a criança em causa não ter tido a oportunidade de ser ouvida, conforme artigos 41.º e 42.º.

Caso seja proferida uma decisão pelo tribunal de origem referente ao direito de visita ou que exija o regresso da criança, o Regulamento prevê que essa decisão seja automaticamente reconhecida e executória em todos os Estados Membros, sem formalidades, desde que esteja acompanhada de certidão, como é referido no artigo 42.º. Para se emitir a certidão é necessário que o juiz do tribunal de origem assegure, para além de outros requisitos, ter dado à criança a oportunidade de ser ouvida, exceto, como já referido, se for considerado inadequado, em função de sua idade ou grau de maturidade, conforme artigo 41.º, n.º 2, alínea c), e artigo 42.º, n.º 2, alínea a). Daqui ocorre que a força executória automática concedida a uma decisão de regresso é suprimida quando a certidão, ao ser analisada, indicar que a criança não foi ouvida adequadamente.

---

<sup>221</sup> Cf. Comissão Europeia, *Guia Prático para aplicação do Regulamento Bruxelas II*, *ob. cit.*, p. 46.

<sup>222</sup> Cf. Ana Margarida QUENTAL, Marcela VAZ e Luis LOPES, “O direito de audição da criança no âmbito de processos de rapto parental internacional”, *ob. cit.*, p. 190.

<sup>223</sup> Cf. Salazar José Fernando CASANOVA, “O Regulamento (CE) n.º 2201/2003 do Conselho e o princípio da audição da criança”, in *Scientia Iuridica - Revista de Direito Comparado Português e Brasileiro*, tomo LV, n.º 306, 2006, p. 230.

No caso de a criança ter sido ouvida no Estado Membro onde foi proferida a decisão de retenção, surge a questão se o tribunal da residência habitual deve ter em consideração esta audição da criança na decisão de regresso prevista no artigo 11.º, n.º 8 ou se deve fazer um requerimento para que a criança seja ouvida novamente à sua maneira<sup>224</sup>. Neste quesito, o entendimento é que a audição da criança no Estado requerido é suficiente para satisfazer a necessidade processual da criança ser ouvida. Solução considerada mais compatível com o princípio de cooperação e de confiança pretendidos pelo Regulamento<sup>225</sup>.

Nesse sentido, o Regulamento introduziu uma importante inovação no contexto de rapto internacional e direito de visita, ao determinar que as decisões referentes a esta matéria sejam automaticamente reconhecidas e executórias sem necessidade de procedimento prévio para a declaração de executoriedade (*exequatur*), sendo necessário apenas a certidão. E foi ainda mais além, ao colocar como um requisito para que seja emitida essa certidão, a oportunidade de a criança ser ouvida. Definiu o direito da criança a ser ouvida como um pressuposto para se abolir a supressão do *exequatur*, e para a perda da força executória automática mediante certidão, tendo sido o primeiro instrumento jurídico a abolir o *exequatur* em matéria civil relativamente ao direito de visita e regresso da criança.

Ademais, o Regulamento de acordo com o artigo 23.º, n.º 1, *alínea b*), assume que uma decisão proferida sem que a criança tenha tido a oportunidade de ser ouvida, não será reconhecida por violar as normas processuais fundamentais do Estado Membro requerido, exceto em caso de urgência. O desrespeito a esse direito da criança por parte do tribunal é considerado um fundamento de não reconhecimento da decisão e conseqüente indeferimento do pedido de declaração de executoriedade, tanto em matéria de responsabilidade parental, como nas decisões de direito de visita que exijam o regresso da criança.

De notar que o Regulamento reforça a participação constante da criança no processo, ao reforçar, nos casos de rapto internacional, que se a criança não tiver tido a oportunidade de ser ouvida, o juiz de origem não poderá emitir a certidão que atribui força executória automática à decisão de regresso. De igual modo, no que respeita ao direito de visita concedido por decisão executória proferida num Estado Membro, o

---

<sup>224</sup> Cf. Ana Margarida QUENTAL, Marcela VAZ e Luis LOPES, “O direito de audição da criança no âmbito de processos de rapto parental internacional”, *ob. cit.*, p. 190.

<sup>225</sup> Cf. Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia, *JosebaAndoniArguirreZarraga vs. Simone Pelz*, processo n.º C-491/10, de 22 de dezembro de 2010.

Regulamento determina que o seu reconhecimento e força executória apenas são possíveis se for certificado pelo Estado Membro de origem, sendo emitida a certidão apenas se a criança tiver tido a oportunidade de ser ouvida. Para além destes casos, estipula que decisões sobre responsabilidade parental, relativas a uma criança, precisam de ser declaradas executórias oficiosamente para serem efetivadas e aqui, mais uma vez, é colocada como justificativa para o indeferimento do pedido de declaração da executoriedade, a verificação de que a decisão foi proferida sem que a criança tenha tido a oportunidade de ser ouvida.

Apesar de o Regulamento, a CDC e a Convenção de Haia de 1980 referirem, repetidamente, a importância do direito da criança a ser ouvida, não esclarecem como é que a criança deve ser ouvida, apenas sugerem que, estando a criança noutro Estado Membro, seja ouvida segundo as regras previstas no Regulamento (CE) n.º 1206/2001, como já citado. No seu considerando 19, o Regulamento declara não pretender alterar os procedimentos nacionais aplicáveis sobre a matéria. Porém, mesmo sem intenções de interferir nos procedimentos dos Estados Membros quanto à forma como a criança é ouvida, os princípios norteadores do Regulamento devem ser respeitados de forma a assegurar os princípios do Direito comunitário. A efetividade do direito da criança a ser ouvida, nos processos que lhe digam respeito, tem que ser garantida por parte dos Estados Membros, sob pena de derrogação das normas europeias e internacionais<sup>226</sup>. Como aponta o TJUE no acórdão *AguirreZarraga*, devem ser consideradas todas as condições legais para que a criança tenha uma oportunidade real e efetiva de exprimir livremente a sua opinião e que esta seja ponderada cautelosamente pelo juiz<sup>227</sup>.

O direito da criança a ser ouvida e a ter sua opinião considerada no processo assume, para o sistema do Regulamento, especial relevância. Traz para o espaço europeu uma priorização do interesse superior da criança ainda mais alargada, nos casos de rapto internacional de criança, que aquela que é demonstrada pela Convenção de Haia de 1980. A definição do direito da criança a ser ouvida como pressuposto para abolir o *exequatur* e como fundamento para o não reconhecimento de uma decisão de responsabilidade parental, traduz a concretização dos direitos da criança no espaço europeu.

---

<sup>226</sup> Cf. Ana Margarida QUENTAL *et al.*, “O direito de audição da criança no âmbito de processos de rapto parental internacional”, *ob. cit.*, p. 191.

<sup>227</sup> Cf. Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia, *JosebaAndoniArguirreZarraga vs. Simone Pelz*, *ob. cit.*.

### 2.3.4 Proposta de Alteração 2016 ao Regulamento de Bruxelas II bis

Neste contexto importa mencionar a Proposta de Regulamento do Conselho, relativo à competência, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria matrimonial e em matéria de responsabilidade parental e ao rapto internacional de crianças, apresentada pela Comissão Europeia<sup>228</sup>. O Regulamento, no seu Considerando 29, refere que para assegurar o bom funcionamento do presente regulamento, a Comissão Europeia deve analisar a sua aplicação e propor, se for caso disso, as alterações necessárias. Assim, em 2016, a Comissão Europeia apresentou uma proposta de reformulação ao Regulamento de Bruxelas II bis, onde foram apresentadas propostas significativas de alteração ao sistema de execução e de reconhecimento quanto à responsabilidade parental “e dada especial atenção à eficácia global de determinados aspetos dos processos relativos a menores, incluindo questões relacionadas com o rapto parental de crianças, a colocação transnacional de crianças, e a cooperação entre as autoridades nacionais”<sup>229</sup>.

O primeiro ponto importante a ter em atenção é a proposta de reformulação do procedimento de regresso, que propõe uma melhoria quanto à eficácia do regresso da criança, prevendo um prazo máximo de 18 semanas para “todas as fases admissíveis, a saber, um prazo distinto de 6 semanas para a receção e o tratamento de um pedido de regresso da criança por parte das autoridades centrais; um prazo adicional de 6 semanas para os processos perante o tribunal de primeira instância e um prazo final de 6 semanas para os processos perante o tribunal de recurso (artigo 23.º, n.º 1)”<sup>230</sup>.

Outro ponto importante sugerido é referente ao recurso, onde se prevê uma limitação ao número de possibilidades de recurso (artigo 25.º, n.º 4) e onde se obriga o Estado Membro onde a criança tinha a residência habitual imediatamente antes da deslocação ou retenção ilícitas, a efetuar uma análise aprofundada do interesse superior da criança, antes de tomar uma decisão final quanto à guarda da mesma, ouvindo, para

---

<sup>228</sup> Cf. Comissão Europeia, *Proposta de Regulamento do Conselho relativo à competência, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria matrimonial e em matéria de responsabilidade parental e ao rapto internacional de crianças*, cit.

<sup>229</sup> Cf. Comissão Europeia, *Proposta de Regulamento do Conselho relativo à competência, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria matrimonial e em matéria de responsabilidade parental e ao rapto internacional de crianças*, cit.

<sup>230</sup> Cf. Comissão Europeia, *Proposta de Regulamento do Conselho relativo à competência, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria matrimonial e em matéria de responsabilidade parental e ao rapto internacional de crianças*, cit.

esse efeito, a criança, na medida em que esta seja capaz de formular a sua própria opinião<sup>231</sup>.

Recomenda, ainda, relativamente à competência, igual “concentração de competência pelos processos por rapto de crianças em tribunais especializados (artigo 22.º). Esses tribunais devem ser identificados pelos Estados Membros e depois notificados à Comissão. Trata-se de uma das inovações mais importantes da Proposta, que poderá contribuir para a correta aplicação das regras pertinentes no prazo previsto, tendo em conta que os atrasos verificados no tratamento dos pedidos de regresso são causados, maioritariamente, pela falta de especialização dos tribunais. Todavia, há que assinalar que a concentração de competência não deve prejudicar o acesso dos cidadãos à justiça e à atualidade dos procedimentos de regresso, especialmente em Estados Membros maiores”<sup>232</sup>.

A Proposta visa, também, melhorar a aplicação prática do denominado mecanismo de prevalência, previsto no artigo 26.º, n.ºs 2 a 4, possibilitando que o tribunal do Estado Membro da residência habitual da criança antes da sua retenção ou deslocação ilícitas, continue a ter competência para decidir sobre questões de responsabilidade parental e que essa decisão prevaleça sobre qualquer outro tribunal.

Para além disso, a Proposta procura dar viabilidade ao tribunal do Estado Membro para onde a criança foi deslocada ilicitamente, nos casos em que a criança ao regressar para o Estado de residência habitual corra sérios riscos de danos e fique numa situação intolerável, de tomar medidas urgentes de proteção [artigo 25.º, n.º 1, alínea b)].

No que respeita ao procedimento para declarar executória uma decisão proferida noutra Estado Membro – *exequatur* – no que diz respeito ao direito de visita e de regresso da criança, propõe que tal procedimento seja extensível a todas as decisões que se encontrem no âmbito de aplicação do Regulamento. Esta mudança concederia “aos cidadãos europeus envolvidos em processos judiciais de carácter transnacional” uma economia processual e temporal. Tendo como objetivo melhorar a eficácia do sistema do Regulamento, é, também, sugerido que o pedido de execução seja apresentado a um tribunal do Estado-Membro de execução “recorrendo, para tal, aos procedimentos, aos

---

<sup>231</sup> Cf. Comissão Europeia, *Proposta de Regulamento do Conselho relativo à competência, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria matrimonial e em matéria de responsabilidade parental e ao rapto internacional de crianças*, cit.

<sup>232</sup> Cf. Comissão Europeia, *Proposta de Regulamento do Conselho relativo à competência, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria matrimonial e em matéria de responsabilidade parental e ao rapto internacional de crianças*, cit.

meios e às modalidades desse Estado Membro. Além disso, caso a execução não tenha lugar no prazo de seis semanas a contar do momento em que o processo de execução teve início, a autoridade central do Estado-Membro de origem ou o requerente devem ser informados desse facto, bem como dos motivos do atraso na execução”<sup>233</sup>. Por último, a Proposta introduz razões de política pública específicas que se limitam à salvaguarda do interesse superior da criança (artigo 40.º).

Relativamente ao direito da criança a ser ouvida, sublinha a necessidade de se dar especial relevância à possibilidade da criança ser ouvida, por ser a maneira de se identificar o seu superior interesse, devendo essa relevância ser citada nas decisões dos tribunais<sup>234</sup>. A Proposta de 2016, face à omissão da Convenção de Haia de 1980 em prever um mecanismo geral para ouvir a criança com idade e grau de maturidade adequada, propõe como solução nesse quesito, a adoção de normas mínimas na matéria, como a definição de uma idade mínima comum entre os Estados. Recomenda, ainda, que os juízes encarregados de ouvir as crianças beneficiem de formação sociopedagógica suplementar. E, tendo o cuidado de não afetar as práticas dos Estados Membros, exige um reconhecimento mútuo entre os sistemas jurídicos a esse respeito, o que significa que um tribunal de um país não se pode recusar a reconhecer a decisão do tribunal de outro país, com base no simples facto de a audição da criança ter sido realizada de uma forma diferente do previsto nas normas aplicadas por esse tribunal (artigo 38.º)<sup>235</sup>. Daqui resulta a importância e o respeito dos princípios que regem o Regulamento, a confiança entre Estados, o reconhecimento mútuo e a cooperação judiciária. A Proposta demonstra assim, uma séria preocupação com o interesse superior da criança, nas decisões em matéria de regresso, reconhecendo que, face ao aumento da migração, há que multiplicar canais e estruturas de cooperação de modo a garantir-se a proteção da criança, além-fronteiras<sup>236</sup>.

---

<sup>233</sup> Cf. Comissão Europeia, *Proposta de Regulamento do Conselho relativo à competência, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria matrimonial e em matéria de responsabilidade parental e ao rapto internacional de crianças, cit.*

<sup>234</sup> Cf. Comissão Europeia, *Proposta de Regulamento do Conselho relativo à competência, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria matrimonial e em matéria de responsabilidade parental e ao rapto internacional de crianças, cit.*

<sup>235</sup> Cf. Comissão Europeia, *Proposta de Regulamento do Conselho relativo à competência, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria matrimonial e em matéria de responsabilidade parental e ao rapto internacional de crianças, cit.*

<sup>236</sup> Cf. Comissão Europeia, *Proposta de Regulamento do Conselho relativo à competência, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria matrimonial e em matéria de responsabilidade parental e ao rapto internacional de crianças, cit.*

### CAPÍTULO III

#### DESAFIOS PRÁTICOS À CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO DA CRIANÇA A SER OUVIDA – ESTUDO DE CASO SOBRE A ORDEM JURÍDICA PORTUGUESA

Até ao momento, podemos constatar que a criança ganhou espaço na agenda internacional e que os seus direitos foram reconhecidos pela CDC, assim como por outros instrumentos jurídicos. O princípio do interesse superior da criança passou a ser a base na tomada de decisões que a envolvam e, em consequência da priorização deste princípio na aplicação da lei, tornou-se crucial que a criança seja ouvida em todas as questões que lhe digam respeito, de acordo com sua idade e maturidade. No caso de rapto internacional de criança, por um de seus progenitores, os instrumentos jurídicos reguladores, a Convenção de Haia de 1980 e o Regulamento de Bruxelas II *bis*, no Direito da União Europeia, expressam a relevância do direito da criança a ser ouvida, quando consideram ser a opinião da criança uma possível exceção ao seu regresso ou um pressuposto para a perda da força executória de uma decisão de regresso.

Entretanto, a forma como, na prática, esse direito se deve concretizar não foi determinada pela CDC nem pela Convenção de Haia de 1980 nem mesmo pelo Regulamento.

Perante este facto, iremos fazer uma análise sumária ao modo como a criança é ouvida em alguns Estados e tomar o ordenamento jurídico português como um estudo de caso. Pretendemos, com isso, avaliar, não só de que modo é que Portugal traduz os seus compromissos internacionais nesta matéria no seu ordenamento jurídico, mas também de que modo é que as autoridades judiciárias de Portugal asseguram, em concreto, o direito da criança a ser ouvida em casos de rapto internacional.

### **3.1 A tradução normativa dos compromissos internacionais no plano do Direito interno português**

#### **3.1.1 A proteção dos direitos da criança na ordem jurídica portuguesa**

Portugal ratificou os principais instrumentos internacionais relativos aos direitos humanos, à regulação das relações familiares e aos direitos da criança enunciados anteriormente neste trabalho. A preocupação do Estado português em aderir aos preceitos internacionais relativamente a estes temas afirmou-se após a Revolução democrática de 25 de Abril de 1974 e após integração na Comunidade Europeia em

1986<sup>237</sup>. Sob a égide das Nações Unidas, do Conselho de Europa e da influência da Conferência de Haia em Direito Internacional Privado, várias foram as mudanças trazidas para a ordem interna, com a finalidade de se promoverem os direitos fundamentais da criança.

Os direitos reconhecidos e consagrados pelos instrumentos internacionais possuem a mesma força dos direitos, liberdades e garantias previstos na Constituição da República Portuguesa, como demonstram os seus artigos 16.º, 17.º e 18.º<sup>238</sup>. Portugal, ao vincular-se ao Direito internacional e em particular à CDC, obrigou-se a garantir à criança, a par do princípio da não discriminação, da sua sobrevivência, do seu desenvolvimento e do seu interesse superior, o direito a ser ouvida nas questões que as afetem e a ter a sua opinião levada em conta. E se o interesse superior da criança se apresenta como o princípio norteador de todas as decisões que lhe dizem respeito, então, o direito da criança a ser ouvida constitui-se como um dos melhores meios para o concretizar<sup>239</sup>.

A CDC, e não só, teve um importante reflexo no ordenamento jurídico interno de Portugal, impulsionando modificações legislativas significativas para efetivar os direitos da criança, sendo que o direito da criança a ser ouvida foi, e continua a ser, um dos maiores desafios<sup>240</sup>. Porém, após muitos anos e alterações legislativas ao ordenamento jurídico português, foram aprovados diplomas, tais como a Lei de Proteção de Crianças e Jovens em Perigo ou a Lei Tutelar Educativa, que promoveram os direitos da criança e garantiram a sua proteção, acautelando sempre o direito da criança a ser ouvida nos processos judiciais, ou o Regime Geral do Processo Tutelar Cível, que significou uma viragem na aplicação dos direitos da criança em Portugal<sup>241</sup>.

---

<sup>237</sup> Cf. Maria Luísa DUARTE, *Direito Internacional Público e Ordem Jurídica Global do Século XXI*, Coimbra, Coimbra Editora, 2014, p. 62.

<sup>238</sup> A Constituição da República Portuguesa expõe, artigo 16.º n.º 1. Os direitos fundamentais consagrados na Constituição não excluem quaisquer outros constantes das leis e das regras aplicáveis de direito internacional. n.º 2. Os preceitos constitucionais e legais relativos aos direitos fundamentais devem ser interpretados e integrados de harmonia com a Declaração Universal dos Direitos do Homem. Artigo 17.º O regime dos direitos, liberdades e garantias aplica-se aos enunciados no título II e aos direitos fundamentais de natureza análoga. Artigo 18.º n.º 1. Os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são diretamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas.

<sup>239</sup> Cf. Alcina da Costa RIBEIRO, “O direito de participação e audição da criança no ordenamento jurídico português”, *ob. cit.*, pp. 114-115.

<sup>240</sup> Cf. João PEDROSO e Patrícia BRANCO, “Mudam-se os tempos, muda-se a família: As mutações do acesso ao direito e à justiça de família e das crianças em Portugal”, in *Revista Crítica de Ciências Sociais*, n.º 2, 2008. Disponível em: <https://journals.openedition.org/rcs/619> [14.08.2018].

<sup>241</sup> Cf. Maria João GONÇALVES e Ana Isabel SANI, “Instrumentos jurídicos de proteção às crianças: Do passado ao presente”, in *e-cadernos CES*, 2013. Disponível em: <http://journals.openedition.org/eces/1728> ; DOI : 10.4000/eces.1728 [16.08.2018].

O ordenamento jurídico português passou a dar voz à criança ao reconhecer-lhe o direito de expressar a sua vontade e ao oferecer-lhe uma participação mais ativa nos processos que a envolvam. Isto, pelo menos em teoria, pois em termos práticos existem muitas incongruências no cenário judicial<sup>242</sup>. Contudo, as diversas modificações legislativas surgem com o intuito de conseguirem ir ao encontro dos ideais da CDC, como se constatará a seguir.

### **3.1.1.1 Alterações ao quadro legislativo nacional motivado pela ratificação da CDC, Convenção de Haia de 1980 e entrada em vigor do Regulamento de Bruxelas II bis**

Durante a I República, a proteção social não era uma prioridade do Estado, havendo apenas uma mera ajuda às famílias mais pobres. Os governantes republicanos viram como objeto de investimento para a republicanização de Portugal a política da infância, a laicização do Estado, a introdução do divórcio e o Registo Civil<sup>243</sup>.

Focados na criação de material normativo na área da infância, foi publicado o Decreto de 1 de janeiro de 1911, que veio a dar origem às Comissões de Proteção. E, em 27 de maio do mesmo ano, foi criada a Lei de Proteção à infância<sup>244</sup>, ponto de viragem para Portugal no que se refere à cidadania infantil e um marco internacional ao nível da legislação de proteção à infância.

A Lei de Proteção à Infância propiciou a instituição da primeira tutoria de infância, que mais tarde viria a dar origem aos Tribunais de Família e de Menores. Com esta Lei, Portugal foi pioneiro na criação de um tribunal especializado no tratamento de casos de menores e na concretização da ideia de inaplicabilidade das penas de prisão também a menores<sup>245</sup>.

Esta Lei promoveu a distinção entre crianças e adultos na aplicação da lei e instaurou um modelo de proteção contrário ao modelo de justiça da época. “O objeto

<sup>242</sup> Cf. João PEDROSO e Patrícia BRANCO, “Mudam-se os tempos, muda-se a família. As mutações do acesso ao direito e à justiça de família e das crianças em Portugal”, in *Revista Crítica de Ciências Sociais*, *ob. cit.*, p.9.

<sup>243</sup> Cf. Marisa CANDEIAS, “1911/2011: Um século de Proteção de Crianças e Jovens”, comunicação apresentada no III Seminário de I&DT – Centro Interdisciplinar de Investigação e Inovação do Instituto Politécnico de Portalegre, realizado nos dias 6 e 7 de Dezembro de 2012. Disponível em <https://docplayer.com.br/7419615-1911-2011-um-seculo-de-protecao-de-criancas-e-jovens-1.html> [14.08.2018].

<sup>244</sup> A Lei de Proteção à Infância foi aplicada inicialmente em Lisboa, vindo a estender-se para o resto do país em 1925, com o Decreto n.º 10 767, de 15 de maio.

<sup>245</sup> Cf. Marisa CANDEIAS, “1911/2011: Um século de Proteção de Crianças e Jovens”, *ob. cit.*

desta Lei era a criança, deixada ao acaso de si mesma ou entregue a pais ou tutores que as deformavam em proveito dos seus próprios vícios, as descuravam por desleixo ou incapacidade educativa, as expunham à mendicidade, vadiagem, malvadez, gatunice e prostituição”<sup>246</sup>. Possuía como base o ideário de educação, purificação e aproveitamento do trabalho da criança, pelo que foi criada a Tutoria da Infância<sup>247</sup> e a Federação Nacional dos Amigos e Defensores das Crianças, que tinham como objetivo formar homens de “bom exemplo, assíduos do bem e do trabalho”<sup>248</sup>. Pode afirmar-se que a característica dominante na Lei de Proteção à Infância era a natureza preventiva, tutelar e educativa das Tutorias, que estabeleciam medidas de proteção pensadas na individualidade e na necessidade de cada criança<sup>249</sup>.

A Lei de Proteção à Infância foi sendo alterada gradualmente, tanto na sua denominação como, e principalmente, no seu conteúdo. Em 1962, passou a ser chamada de Organização Tutelar de Menores (OTM), através da aprovação do Decreto Lei n.º 44.288, tendo sido atribuído ao Ministério Público a função de representante da criança e tendo as Tutorias passado a Tribunais de Família e Menores. Foram ainda introduzidas duas formas processuais: uma de natureza penal-tutelar e outra de natureza cível. No entanto, foram mantidos os conceitos de criança em perigo moral, criança com dificuldade de adaptação à vida social normal e criança em situação de vadiagem, situações que continuaram a ser consideradas crime<sup>250</sup>.

Em 1967, nomeadamente em 23 de maio, a OTM foi modificada pelo Decreto Lei n.º 47/27. O modelo de proteção anterior foi mantido, tendo sido, no entanto, abandonado o conceito de criança em perigo moral e instituída a assistência educativa. É importante mencionar que a entrada em vigor do Código Civil de 1966 veio introduzir a adoção na legislação portuguesa, uma vez que este instituto não estava previsto no código anterior<sup>251</sup>.

Com a Revolução de Abril de 1974, Portugal passou por mudanças sociais e políticas relevantes, tendo sido adotada, em 1976, a Constituição da República Portuguesa, empenhada na construção de uma sociedade livre, justa e solidária. Foram

---

<sup>246</sup> Cf. Marisa CANDEIAS, “1911/2011: Um século de Proteção de Crianças e Jovens”, *ob. cit.*

<sup>247</sup> Tutoria da Infância, de acordo com o artigo 2.º da Lei de Proteção à Infância, é definido como um tribunal coletivo especial, essencialmente de equidade, que se destina a guardar, defender e proteger os menores em perigo moral, desamparados ou delinquentes, sob a divisa: “educação e trabalho”.

<sup>248</sup> Cf. Marisa CANDEIAS, “1911/2011: Um século de Proteção de Crianças e Jovens”, *ob. cit.*

<sup>249</sup> Cf. Marisa CANDEIAS, “1911/2011: Um século de Proteção de Crianças e Jovens”, *ob. cit.*

<sup>250</sup> Cf. Marisa CANDEIAS, “1911/2011: Um século de Proteção de Crianças e Jovens”, *ob. cit.*

<sup>251</sup> Cf. Rosa Maria CLEMENTE, “Um novo olhar sobre a criança: Um Direito novo de promoção de direitos e de proteção”, *ob.cit.*, p.10.

consagrados princípios de igualdade de género e de igualdade na relação filial. Logo no artigo 36.º ficou consagrada a inversão do paradigma institucional, em que a família deixou de se sobrepôr ao indivíduo, à pessoa, tal como também ficou consagrada a igualdade entre os cônjuges, terminando o domínio do *pater*, como reflexo do primeiro dos princípios constitucionais<sup>252</sup>.

Diante disso, a OTM foi mais uma vez alterada, através do Decreto Lei n.º 314/78, de 27 de outubro, que vigorou até 31 de dezembro de 2000. Essa alteração retomou a categoria de “menores em perigo moral”, que tinha sido afastada em 1967 e terminou com o regime de assistência educativa e providência tutelar cível. A proteção à criança foi ampliada com a introdução do Centro de Observação e Ação Social, instituição não judiciária para a aplicação das medidas que se verificassem necessárias<sup>253</sup>.

Decorridos alguns anos, outras alterações foram feitas à OTM, por meio de alguns Decretos Lei. O Decreto Lei n.º 189/91, de 17 de maio, passou a regular a criação, a competência e o funcionamento das comissões de proteção de menores; o Decreto Lei n.º 185/93, de 22 de maio, reformou o regime jurídico de adoção; e o Decreto Lei n.º 120/98, de 8 de maio, veio harmonizar as modificações do Código Civil com relação à adoção, ao introduzir o instituto de confiança judicial em relação a ela e a sua regulamentação internacional.

A década de 1990, com a entrada em vigor da CDC, traz um “novo olhar sobre a criança”, operando mudanças internacionais quanto aos seus direitos. É a partir daí que ocorre uma mudança no conceito de criança e da sua condição social, com base no seu interesse superior<sup>254</sup>. Da ratificação da CDC resultaram modificações necessárias na ordem jurídica portuguesa. Catarina Tomás aponta que a CDC teve importante reflexo na ordem interna dos Estados, sobretudo em dois aspectos primordiais: na “harmonização legislativa” e na “uniformização e standardização” relativamente à compreensão de que as crianças têm direitos, de que são sujeitos de direitos e também relativamente ao entendimento do que deve ser a “infância ideal”<sup>255</sup>.

---

<sup>252</sup> Cf. Joaquim Manuel da SILVA, *A família das crianças na separação dos pais – a guarda compartilhada*, Forte da Casa, Petrony Editora, 2016, p. 46.

<sup>253</sup> Cf. Marisa CANDEIAS, “1911/2011: Um século de Proteção de Crianças e Jovens”, *ob. cit.*

<sup>254</sup> Cf. Rosa Maria CLEMENTE, “Um novo olhar sobre a criança: Um Direito novo de promoção de direitos e de proteção”, in *Intervenção social*, n.º 17/18, 1998, p. 21.

<sup>255</sup> Cf. Catarina TOMÁS, “Participação não tem idade: Participação das crianças e cidadania da infância”, in *Contexto & Educação*, ano 22, n.º 78, 2007, pp. 45-68.

Por muitos anos, o modelo de proteção da criança assentou em conceitos antiquados sobre o seu ser, sem sofrer alterações significativas. Havia uma preocupação em acompanhar o movimento dos direitos da criança, procurando-se desenvolver uma legislação de acordo com os princípios aí elencados, formuladores do estatuto da criança como sujeito de direitos e onde são consagrados os seus direitos de autonomia e de participação<sup>256</sup>. Porém, mesmo com a aprovação por parte de Portugal dos instrumentos jurídicos internacionais relativos aos direitos da criança, existiam incoerências graves entre o ordenamento jurídico português, o ordenamento almejado para a criança e a Constituição da República Portuguesa de 1976. Basicamente, existia uma resistência à evolução social e política do modelo de proteção da criança, permitida pela vigência da OTM<sup>257</sup>.

A Constituição da República Portuguesa de 1976 foi fundamentada na dignidade da pessoa humana, no respeito, na garantia da efetivação dos direitos e liberdades fundamentais e no aprofundamento da democracia participativa. E isso se reflete no modo como a criança e os seus direitos foram entendidos<sup>258</sup>, aos ser-lhe reconhecida a sua dignidade humana, o direito ao livre desenvolvimento da sua personalidade e o seu interesse superior como prioridade, direitos esses considerados fundamentais na tomada de decisões.

Assim sendo, em 1999, ocorre uma reforma ao sistema de justiça da criança, em reconhecimento aos preceitos invocados pelos instrumentos internacionais sobre os seus direitos, principalmente pela CDC, tendo sido aprovadas, pela Assembleia da República, duas novas leis, com formas de intervenção distintas: uma, com medidas de carácter promocional e protectorio da criança em situação de perigo e outra, de carácter tutelar educativo, para a criança que cometa atos ilícitos penais. Estas leis são, respectivamente, a Lei n.º 147/99<sup>259</sup>, de 1 de setembro – Lei de Promoção e Proteção de

---

<sup>256</sup> Cf. Clara SOTTOMAYOR, *Temas de Direito das Crianças*, *ob. cit.*, p. 45.

<sup>257</sup> Cf. Catarina TOMÁS, “Participação não tem idade: Participação das crianças e cidadania da infância”, *ob. cit.*

<sup>258</sup> Cf. Constituição da República Portuguesa de 1976. Disponível em: <https://www.parlamento.pt/Legislacao/Documents/constpt2005.pdf> [14.08.2018].

<sup>259</sup> Cf. Lei de Promoção e Proteção de Crianças e Jovens em Perigo, Lei n.º 147/99, de 1 de Setembro. Disponível em: [http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei\\_mostra\\_articulado.php?nid=545&tabela=leis](http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=545&tabela=leis) [14.08.2018]. A LPCJP foi regulamentada em 2000 pelo Decreto Lei n.º 332B/2000, de 30 de dezembro. Em 2003, através da Lei n.º 31/2003, de 22 de agosto procede-se à alteração ao Código Civil, à LPCJP, ao Decreto Lei n.º 185/93, de 22 de maio, à Organização Tutelar de Menores.

Crianças e Jovens em Perigo (LPCJP) e a Lei n.º 166/99<sup>260</sup>, de 14 de setembro – Lei Tutelar Educativa (LTE).

Em suma, acontece uma “(re) publicitação do direito de família”, em que o Estado, para promover os direitos das crianças e para as proteger das situações de risco, expande a sua intervenção, apela à parceria com as ONGs e Comissões de Proteção de crianças e jovens e, conseqüentemente, reforça o controlo das relações familiares por via judicial, administrativa e social<sup>261</sup>. Esta reforma foi particularmente importante na superação dos paradoxos de um sistema único, que considerava a criança vítima e a criança infratora debaixo dos mesmos pressupostos e com o mesmo tipo de resposta institucional. “A afirmação da especificidade das diversas situações e a consciência dos processos de estigmatização e vitimização foram elementos essenciais para a evolução humanista e operacional do sistema, reservando objetivos de tutela e de reeducação para a criança infratora e objetivos de proteção e promoção para a criança em perigo”<sup>262</sup>.

Anteriormente a esta alteração, a criança com “comportamentos desviantes era considerada, indiscriminadamente, como carecida de proteção, como uma vítima. O modelo de proteção ordenava a aplicação de medidas à criança, cujo fim essencial assentava na sua proteção, reeducação e preparação para a vida e nunca na sua punição ou reprovação social. Não havia qualquer tipo de distinção entre crianças em perigo e agentes de crimes (art.º 1.º da OTM)”. Com a aprovação da LPJCP e LTE passou a haver “diferenciação no tratamento de situações de menores em perigo – menores vítimas, abrangendo também situações da chamada para ou pré-delinquência (consumo de estupefacientes, prostituição, etc) e de menores que cometiam atos ilícitos penais – menores delinquentes”. Esta reforma veio separar a intervenção tutelar de proteção, da intervenção tutelar educativa<sup>263</sup>.

A LTE conferiu, a criança sujeita a algum processo tutelar, as garantias fundamentais conformes o texto constitucional e aos textos internacionais aos quais Portugal se encontra vinculado.

---

<sup>260</sup> Cf. Lei Tutelar Educativa, Lei n.º 166/99 de 14 de Setembro. Disponível em: [http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei\\_mostra\\_estrutura.php?tabela=leis&nid=542&nversao=&tabela=leis](http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_estrutura.php?tabela=leis&nid=542&nversao=&tabela=leis) [14.08.2018].

<sup>261</sup> Cf. João PEDROSO e Patrícia BRANCO, “Mudam-se os tempos, muda-se a família. As mutações do acesso ao direito e à justiça de família e das crianças em Portugal”, in *Revista Crítica de Ciências Sociais*, n.º 82, 2008, nota 11. Disponível em: <https://journals.openedition.org/rccs/619> [14.08.2018].

<sup>262</sup> Cf. Cristina Pinto ALBUQUERQUE, Clara Cruz SANTOS e Helena Neves ALMEIDA, “Intervenção sociojurídica com crianças em perigo em Portugal: eixos de um sistema multifacetado”, in *Revista Serviço Social e Saúde*, n.º 2, 2014, p. 233. Disponível em: <https://periodicos.sbu.unicamp.br/ojs/index.php/sss/article/view/8634902/2800> [14.08.2018].

<sup>263</sup> Cf. Marisa CANDEIAS, “1911/2011: Um século de Proteção de Crianças e Jovens”, *ob. cit.*

A LPJCP foi criada para aprovar a proteção de crianças e jovens em perigo, por meio de mecanismos reguladores, no sentido de uma intervenção social por parte do Estado e da comunidade, nas situações em que a criança se encontrasse em perigo ou carenciada de proteção. Com a vigência da LPJCP, as Comissões de Proteção de Menores foram reorganizadas e passaram a chamar-se Comissões de Proteção de Crianças e Jovens (CPCJ)<sup>264</sup>. O termo “menores” é abandonado e substituído por “crianças e jovens” e o termo “em risco” foi substituído pelo termo “em perigo”<sup>265</sup>. As Comissões de Proteção a Crianças e Jovens passaram a assumir particular relevância, visando implementar um sistema protetivo não judicial, com a colaboração das autarquias locais, da Segurança Social, das escolas, dos Serviços de Saúde, das forças de segurança, de associações desportivas, culturais e recreativas, entre outras. A criação das CPCJ veio concretizar, nesta ótica, o princípio constitucional, segundo o qual, a comunidade em que a criança ou jovem em perigo se insere deve ser intimada a intervir em primeira instância, em tais situações, reservando-se a intervenção estatal para os casos limite, em que tal intervenção seja condição indispensável para a efetiva proteção da criança<sup>266</sup>.

Outra importante alteração verificada teve a ver com o entendimento quanto à idade da criança, no que diz respeito à sua proteção, tendo sido considerado que deve ser protegida qualquer pessoa com menos de 18 anos, podendo prolongar-se até 21 anos para execução de medidas tutelares (Artigo 5.º). No entanto, nas CPCJ, são ouvidas crianças maiores de 12 anos porque a LPJCP visa proporcionar a crianças e jovens considerados em situação de perigo a hipótese de se pronunciarem e de promoverem os seus direitos. A LPJCP promove um tratamento integrado dos direitos da criança, pois entende que para uma criança se desenvolver completamente é necessário que esta tenha direitos sociais, culturais e civis, devendo haver equilíbrio entre os direitos da criança e os direitos dos seus responsáveis legais<sup>267</sup>. Da mesma forma, é preciso conceder à

---

<sup>264</sup> A Comissão de Proteção de Crianças e Jovens, conforme artigo 12.º da Lei n.º 147/99, são instituições oficiais não judiciárias com autonomia funcional que visam promover os direitos da criança e do jovem, e prevenir ou por termo a situações suscetíveis de afetar a sua segurança, saúde, formação, educação ou desenvolvimento integral.

<sup>265</sup> Cf. Maria João GONÇALVES e Ana Isabel SANI, “Instrumentos jurídicos de proteção às crianças: Do passado ao presente”, in *e-cadernos CES*, 2013. Disponível em: <http://journals.openedition.org/eces/1728>; DOI : 10.4000/eces.1728 [16.08.2018].

<sup>266</sup> Cf. Cristina Pinto ALBUQUERQUE, Clara Cruz SANTOS e Helena Neves ALMEIDA, “Intervenção sociojurídica com crianças em perigo em Portugal: Eixos de um sistema multifacetado”, *ob.cit.*

<sup>267</sup> Cf. Maria João GONÇALVES e Ana Isabel SANI, “Instrumentos jurídicos de proteção às crianças: Do passado ao presente”, *ob.cit.*

criança, a oportunidade de esta exercer o seu direito de participação nas decisões que lhe dizem respeito. Esse modelo de justiça ultrapassa positivamente o anterior.

A LPJCP, com o passar dos anos, sofreu alterações importantes pelas Leis n.º 31/2013, de 22 de agosto, n.º 142/2015, de 08 de setembro, n.º 23/2017, de 23 de maio e finalmente pela Lei n.º 26/2018<sup>268</sup>, de 05 de julho.

A LTE tem uma forma diferente de aplicação. Voltada para crianças até aos 16 anos que cometam um ato qualificado como crime, tem como objetivo a educação do menor para o direito e a sua inserção, de forma digna e responsável, na vida em comunidade. A LTE considera que até àquela idade a personalidade da criança ainda está em formação, pelo que o Estado tem o direito e o dever de intervir corretivamente no processo, sempre que a criança ofenda os valores essenciais da comunidade e as regras mínimas que regem a vida social ou, ainda, sempre que revele uma personalidade hostil ao “dever-ser” jurídico básico. Esta intervenção baseia-se no princípio da dignidade tutelado na Constituição e na responsabilidade do Estado em educar a criança, não visando, por isso, a punição. Esta só deverá acontecer se a necessidade de correção da personalidade da criança subsistir no momento da aplicação da medida. Sempre que tal não acontecer, a ausência de intervenção representará uma justificada prevalência do interesse da criança ou do jovem sobre a defesa dos bens jurídicos e das expectativas da comunidade<sup>269</sup>.

A LTE, diferentemente da LPJCP, só sofreu, até este momento, uma alteração pela Lei n.º 04/2015<sup>270</sup>, de 15 de janeiro.

Importa mencionar que, no que se refere à proteção da criança, houve uma enorme conquista quando a Assembleia da República aprovou o Regime Jurídico do Apadrinhamento Civil<sup>271</sup>, Lei n.º 103/2009<sup>272</sup>, de 11 de setembro, que prevê, numa norma inédita na legislação portuguesa, o direito da criança maior de 12 anos ter a

---

<sup>268</sup> Cf. Lei 26/2018, de 5 de julho, quarta alteração a Lei de Proteção a Criança e Jovem em Perigo. Disponível em: <https://dre.pt/home/-/dre/115643971/details/maximized> [16.08.2018]

<sup>269</sup> Cf. Ana Cristina MAXIMIANO, “A Lei Tutelar Educativa – desafios da sua aplicação prática”, in *Revista do CEJ*, 2015. Disponível em: [http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/familia/Intervencao\\_Tutelar\\_Educativa.pdf](http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/familia/Intervencao_Tutelar_Educativa.pdf) [14.08.2018].

<sup>270</sup> Cf. Lei n.º 04/2015, de 15 de janeiro. Disponível em: [http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei\\_mostra\\_articulado.php?nid=2248&tabela=leis](http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=2248&tabela=leis) [16.08.2018].

<sup>271</sup> O apadrinhamento civil, conforme artigo 2.º da Lei n.º 103/2009, é definido como uma relação jurídica, tendencialmente de carácter permanente, entre uma criança ou jovem e uma pessoa singular ou uma família que exerça os poderes e deveres próprios dos pais e que com ele estabeleçam vínculos afectivos que permitam o seu bem-estar e desenvolvimento, constituída por homologação ou decisão judicial e sujeita a registo civil.

<sup>272</sup> Cf. Lei n.º 103/2009, de 11 de setembro, Regime Jurídico do Apadrinhamento Civil. Disponível em: [http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei\\_mostra\\_articulado.php?nid=1128&tabela=leis](http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1128&tabela=leis) [16.08.2018].

iniciativa processual de solicitar em tribunal a constituição de uma relação jurídica de apadrinhamento, devendo o tribunal ou Ministério Público nomear um patrono que a represente (artigo 10.º). A criança tem ainda o poder de designar uma pessoa ou uma família da sua escolha para padrinhos, quando o apadrinhamento for constituído por sua iniciativa, sendo que, o direito da criança a ser ouvida é obrigatório para o consentimento do apadrinhamento, a partir dos 12 anos.

O Regime Jurídico do Apadrinhamento Civil foi alterado pela Lei n.º 141/2015, de 8 de setembro – Lei de Regime Geral do Processo Tutelar Cível<sup>273</sup>.

Com a entrada em vigor desta lei, a OTM foi completamente revogada. O Regime Geral do Processo Tutelar Cível (RGPTC) passou a ser considerado um marco, uma viragem na aplicação dos direitos da criança em Portugal. Com vista a uma maior racionalização e equidade dos procedimentos nos processos tutelares cíveis, acresceu aos princípios vigentes, outros princípios indicados na CDC e noutros instrumentos jurídicos internacionais. Valorizou-se a celeridade e a eficácia na resolução de conflitos e beneficiou-se a criança e a família ao dar-se, à criança, o direito de audição e de participação.

O RGPTC foi alterado pela Lei n.º 24/2017<sup>274</sup>, de 24 de maio e, em consequência disso, o Código Civil e o Código de Processo Penal também foram alterados no que diz respeito à regulação do exercício das responsabilidades parentais nos casos de violência doméstica. Com aquela alteração foram aditados ao RGPTC dois artigos que reafirmam a sua finalidade: o artigo 24.º-A, que torna inadmissível, entre as partes, o recurso à audição técnica especializada e à mediação, previsto nos artigos anteriores, quando: a) for decretada medida de coação ou aplicada pena acessória de proibição de contacto entre progenitores, ou b) os direitos e a segurança de vítimas de violência doméstica e de outras formas de violência em contexto familiar, como maus tratos ou abuso sexual de crianças, correrem grave risco; e o artigo 44º-A, que estabelece que quando for decretada medida de coação ou aplicada pena acessória de proibição de contacto entre progenitores ou se correrem grave risco os direitos e a segurança das vítimas de violência doméstica e de outras formas de violência em contexto familiar, como maus tratos ou abuso sexual de crianças, o Ministério Público deve requerer, no prazo máximo de 48 horas após ter conhecimento da situação, a

---

<sup>273</sup> Cf. Lei n.º 141/2015, de 8 de setembro, Regime Geral do Processo Tutelar Cível [http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei\\_mostra\\_articulado.php?nid=2428&tabela=leis&ficha=1](http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=2428&tabela=leis&ficha=1) [16.08.2018].

<sup>274</sup> Cf. Lei n.º 24/2017, de 24 de maio, alteração ao Regime Geral do Processo Tutelar Cível. Disponível em: [http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei\\_mostra\\_articulado.php?nid=2428&tabela=leis](http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=2428&tabela=leis) [16.08.2018].

regulação ou alteração da regulação do exercício das responsabilidades parentais. A RGPTC será adiante, analisada com maior detalhe no que se refere ao direito da criança a ser ouvida e a ter a sua opinião levada em consideração.

Importa ainda mencionar o Regime Jurídico do Processo de Adoção, RJPA, Lei n.º 143/2015<sup>275</sup> de 8 de setembro, que veio alterar o Código Civil aprovado pelo Decreto Lei n.º 47 344, de 25 de novembro de 1966 e o Código de Registro Civil aprovado pelo Decreto Lei n.º 131/95, de 6 de junho, no que concerne ao processo de adoção. Com esta alteração, foi introduzido o direito ao conhecimento das origens do adotado e os princípios orientadores da adoção foram finalmente voltados para o interesse superior da criança. Com isso, tornou-se obrigatório o acesso da criança à informação de todo o processo de adoção e, a criança, tendo sempre em atenção a sua idade, grau de maturidade e capacidade de compreensão, deve ser pessoalmente ouvida e deve ter o direito de participar nas decisões relativas à concretização do projeto adotivo.

O Código Civil Português (CC) passou por inúmeras alterações significativas, ao longo dos anos, em consequência das mudanças legislativas internacionais que Portugal sempre acompanhou, sendo a última alteração dada pela Lei n.º 48/2018, de 14 de agosto<sup>276</sup>. No CC, a criança já é mencionada na sua Parte Geral, que define a sua condição jurídica<sup>277</sup> e, durante todo o CC, verifica-se, de alguma forma, que os direitos da criança foram aí consagrados, uma vez que aí são referidas, frequentemente, formas exemplificativas de direitos de personalidade, de normas que definem a menoridade, da incapacidade de exercício de direitos e da participação nos processos jurídicos que as afetem, através dos seus representantes legais ou por ato próprio, dos direitos de participação na família, do direito a métodos educativos e de disciplina não violentos e humilhantes. Também aí é consagrado o direito da criança à proteção do Estado, da sociedade contra o exercício abusivo da autoridade na família e nas instituições e o direito a ser ouvida processualmente em variadas situações.

O Código do Trabalho, Lei n.º 14/2018, de 19 de março<sup>278</sup>, também prevê, no seu regulamento, situações que envolvam a criança. Estabelece, no seu artigo 66.º e

---

<sup>275</sup> Cf. Lei n.º 143/2015 de 8 de setembro, Regime jurídico do Processo de Adoção. Disponível em: [http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei\\_mostra\\_articulado.php?tabela=leis&nid=2423&ficha=1](http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?tabela=leis&nid=2423&ficha=1) [16.08.2018].

<sup>276</sup> Cf. Lei n.º 48/2018, de 14 de agosto, Código Civil. Disponível em: [http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei\\_mostra\\_articulado.php?nid=775&tabela=leis](http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=775&tabela=leis) [16.08.2018].

<sup>277</sup> Note-se que é considerado menor (criança) quem não tiver ainda completado dezoito anos de idade, conforme artigo 122.º e seguintes, estando de acordo com o estabelecido na CDC.

<sup>278</sup> Cf. Lei n.º 14/2018, de 19 de março, Código do Trabalho. Disponível em: [http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei\\_mostra\\_articulado.php?nid=1047&tabela=leis](http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1047&tabela=leis) [16.08.2018].

seguintes, quais os princípios relativos ao trabalho da criança, à sua formação profissional e às condições de admissibilidade ao trabalho.

O Código Penal, Lei n.º 44/2018, de 09 de agosto<sup>279</sup>, também sofreu várias alterações, tendo sido em 2007 que se verificou a maior alteração. Este Código pode ser considerado bastante avançado no que diz respeito à proteção da criança. Coloca como requisito de tipo legal de crime ou causa de agravação da pena, o fator ser criança, para crimes como violência doméstica (artigo 152.º), maus tratos (artigo 152.º-A), sequestro (artigo 158.º), rapto (artigo 161.º) e crimes sexuais (artigos 163.º a 177.º). Os factos ilícitos criminais praticados contra a criança são invocados em processos-crime e em processos tutelares cíveis: os primeiros visam punir o abusador ou agressor e os segundos destinam-se a casos de maus tratos ou de abuso intrafamiliar, aplicando-se, neste caso, medidas de proteção. E o Código de Processo Penal estabelece, normas destinadas à proteção da criança, oferecendo obrigatoriamente assistência à criança vítima e tomando as medidas necessárias que garantam que no processo penal a criança irá ser ouvida e terá protegida as suas privacidade, identidade e imagem.

O direito da criança a ser ouvida e a que a sua opinião seja tida em consideração nas decisões que a afetam foi adotado na legislação portuguesa, na Reforma de 1977, nos seus artigos 1878.º, n.º 2 e 1901.º, n.º 3, onde lhe foi conferido um espaço de autonomia de acordo com a sua maturidade e o direito a ser ouvida no tribunal, em caso de conflito entre os pais, relativamente a questões de particular importância. Esta Reforma de 1977 introduziu, já nessa altura, algumas normas que eram avançadas relativamente à realidade social, com a intenção educativa de promover, a longo prazo, uma mudança de mentalidades<sup>280</sup>.

O ordenamento jurídico português acolheu realmente esta dimensão do direito da criança a ser ouvida, no novo modelo de justiça da criança, quando consagrou expressamente, no artigo 4.º da LPCJP, como princípio orientador a que devem obedecer todas as decisões que digam respeito a crianças e jovens, o princípio da audição obrigatória e participação, ao referir que a criança e o jovem, em separado ou na companhia dos pais ou de pessoa por si escolhida, bem como os pais têm direito a ser ouvidos e a participar nos atos e na definição da medida de promoção dos direitos e de proteção.

---

<sup>279</sup> Cf. Lei n.º 44/2018, de 09 de agosto, Código Penal. Disponível em: [http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei\\_mostra\\_articulado.php?nid=109&tabela=leis](http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=109&tabela=leis) [16.08.2018].

<sup>280</sup> Cf. Clara SOTTOMAYOR, *Temas de Direito das Crianças*, ob. cit., p. 45

Porém foi o RGPTC que relançou o tema e regulamentou, direta e expressamente, o direito da criança a ser ouvida e a ter a sua opinião levada em consideração, em conformidade com a sua maturidade. No seu artigo 5.º, atesta o direito da criança a ser ouvida e a que a sua opinião seja tida em consideração pelas autoridades judiciárias na determinação do seu interesse superior e a poder ser ouvida em qualquer fase do processo a fim de que o seu depoimento possa ser considerado como meio probatório nos atos processuais.

Também no Código Civil, outras normas atestam o direito da criança a ser ouvida: o artigo 1931.º, n.º 2, sobre a nomeação de tutor a partir dos catorze anos; o artigo 1984.º, *alínea a*), no que se refere à audição dos filhos do adotante maiores de 12 anos, bem como o direito do adotando, maior de 12 anos, prestar consentimento para a adoção (artigo 1981.º, n.º 1, *alínea a*)); o direito do jovem, maior de dezasseis anos, de convocar o conselho de família (artigo 1957.º, n.º1); o direito de requerer ao tribunal a notificação dos pais para a aceitação ou rejeição de liberalidades ou para a nomeação de um curador especial (artigos 1890.º, n.º 2 e 1891.º, n.º 1).

A LTE, no seu artigo 45.º, determina que a participação da criança em qualquer diligência processual, ainda que sob detenção ou guarda, deve ser feita de modo a que a criança se sinta livre na sua pessoa e com o mínimo de constrangimentos. A criança tem o direito, em qualquer fase do processo, a ser ouvida pela autoridade judiciária, oficiosamente ou quando o requerer. E, no seu artigo 46.º, a LTE ainda confere à criança o direito de nomear um defensor, em qualquer fase do processo.

A LPCJP, no seu artigo 4.º, onde constam seus princípios orientadores, confere à criança o direito a ser ouvida e a participar nos atos e na definição da medida de promoção dos seus direitos e da sua proteção; o artigo 10.º concede, a crianças maiores de 12 anos, o direito de oposição às medidas propostas pelas Comissões de Proteção; o artigo 84.º expressa que a criança deve ser ouvida sobre as situações que deram origem à intervenção, no que respeita à aplicação, revisão ou cessação de medidas de promoção e de proteção; o seu artigo 104.º, n.º 1 concede, à criança, o direito a requerer diligências e a oferecer meios de prova; e o artigo 114.º garante, à criança maior de 12 anos, o direito de alegação por escrito e de apresentação de prova.

Para além disso, o Código Penal ainda estabelece que a criança, a partir dos 16 anos, pode dar o seu consentimento a cuidados de saúde ou intervenções cirúrgicas, desde que possua o discernimento necessário para avaliar o seu sentido e alcance, no

momento em que preste consentimento; A Lei n.º 12/93<sup>281</sup> de 22 de abril, sobre a Colheita e Transplante de Órgãos, exige que a criança dê o seu acordo para dádivas de órgãos ou de tecidos, de acordo com a sua capacidade de entendimento e de manifestação de vontade, não definindo uma idade fixa (artigo 8.º, n.º 4); a Lei n.º 124/99<sup>282</sup>, de 20 de agosto reconhece à criança, a partir dos 14 anos, o livre exercício do direito de associação e simplifica o processo de constituição das associações juvenis; a Lei n.º 36/98<sup>283</sup>, de 24 de julho, sobre Saúde Mental reconhece-lhe também a partir dos 14 anos, o direito, de receber ou recusar intervenções terapêuticas e internamentos.

Ademais, o Regime Jurídico de Apadrinhamento Civil prevê o direito da criança, maior de doze anos, ter iniciativa processual para solicitar, em tribunal, a constituição de uma relação jurídica de apadrinhamento (artigo 10.º, n.º 1 *alínea e*) e n.º 2) e, para além disso, para que essa relação de apadrinhamento possa ser constituída, é obrigatório o consentimento da criança, maior de 12 anos, podendo esta designar para padrinho, uma pessoa ou uma família da sua escolha (artigo 11.º, n.º 2). Deste modo, é assegurada a participação da criança no processo, no ordenamento jurídico português.

Como se pôde verificar, o ordenamento jurídico português mostra interesse em proteger os direitos da criança e, assim, garantir que a sua opinião seja tida em consideração nas tomadas de decisão. Portugal foi um dos primeiros países europeus a excluir a criança com menos de 16 anos do sistema penal dos adultos, ao criar os Tribunais de Menores, com a lei de Proteção de 1911. A CDC assinalou a passagem do estatuto da criança, de objeto da proteção dos adultos para sujeito de direitos, ao consagrar os seus direitos de autodeterminação e participação nos assuntos que lhes digam respeito, assim como, o seu interesse superior, pilar para as decisões que as envolvam. Após a ratificação da CDC por Portugal, várias foram as alterações legislativas no ordenamento jurídico interno com a finalidade de efetivar os direitos da criança, alterações essas que englobam normas de todos os ramos de direito, quer de direito privado quer de direito público, desde que incidem sobre a situação da criança.

O ordenamento jurídico português, com suas alterações legislativas referente a criança, desenvolveu um sistema que, pelo menos em teoria, habilita os profissionais a tomarem as medidas mais adequadas ao interesse superior da criança. Muitos dos

---

<sup>281</sup> Cf. Lei n.º 12/93 de 22 de abril, sobre Colheita e Transplante de Órgãos. Disponível em: [http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei\\_mostra\\_articulado.php?nid=236&tabela=leis](http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=236&tabela=leis) [16.08.2018].

<sup>282</sup> Cf. Lei n.º 124/99 de 20 de Agosto, regula o direito de associação de crianças. Disponível em: [http://www.idesporto.pt/ficheiros/file/Lei\\_124\\_1999.pdf](http://www.idesporto.pt/ficheiros/file/Lei_124_1999.pdf) [16.08.2018].

<sup>283</sup> Cf. Lei n.º 36/98 de 24 de Julho, sobre Saúde Mental. Disponível em: [http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei\\_mostra\\_articulado.php?nid=276&tabela=leis](http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=276&tabela=leis) [16.08.2018].

diplomas legais eliminaram expressões de posse, de domínio ou de controle, sublinhando sempre o interesse superior da criança, o seu direito a ser ouvida e a que a sua opinião seja tida em consideração, nas decisões importantes da sua vida<sup>284</sup>.

Podemos constatar que Portugal esforçou-se em efetivar o reconhecimento da criança e do seu valor na sociedade, objetivando concretizar os princípios e pressupostos firmados com a ratificação da CDC e dos instrumentos jurídicos a nível regional, que reafirmam tais princípios. O legislador português não só reconheceu à criança o direito de exprimir a sua opinião nos processos de promoção e proteção, como também forneceu os meios legais necessários ao exercício desse direito.

O direito da criança a ser ouvida no ordenamento jurídico português consagra princípios, institutos e procedimentos adequados à defesa dos direitos da criança. Porém, a compilação de um código da criança, através da sistematização e ordenação das matérias, em função de pontos de vista unitários, em vez da atual dispersão de regras e leis, representaria um grande melhoramento científico e legislativo, contribuindo não só para facilitar o trabalho dos profissionais, mas também para fixar a autonomização do direito da criança<sup>285</sup>.

Contudo, mesmo com um sistema legal considerado avançado quanto à proteção da criança, muito precisa ainda de ser feito, uma vez que existe uma distância considerável entre o que a lei diz e a sua aplicação<sup>286</sup>.

### **3.1.1.2 Apreciação feita pelo Comité dos Direitos da Criança sobre a efetivação dos direitos da criança em Portugal**

Como foi referido anteriormente neste trabalho, o Comité dos Direitos da Criança tem como principal função a análise periódica dos relatórios enviados pelos Estados Partes, com a finalidade de que estes façam uma avaliação e um balanço dos progressos e dos problemas na aplicação da CDC nos seus regimes internos. No final da análise, o Comité emite as Observações Finais, que correspondem às conclusões tiradas dos relatórios dos vários Estados. Estas Observações Finais são documentos essenciais,

---

<sup>284</sup> Cf. Ana Isabel SANI, “Reflexões sobre infância e os direitos de participação da criança no contexto da justiça”, in *e-cadernos CES*, 2013. Disponível em: <https://journals.openedition.org/eces/1668> [17.08.2018].

<sup>285</sup> Cf. Clara SOTTOMAYOR, *Temas de Direito das Crianças*, ob. cit., p. 49.

<sup>286</sup> Cf. Clara SOTTOMAYOR, *Temas de Direito das Crianças*, ob. cit., p. 239.

uma vez que se trata da resposta do Comité para a materialização esperada pelos Estados Partes às suas recomendações.

Em observância ao comprometimento determinado pelo artigo 44.º da CDC, o Estado de Portugal enviou, até ao momento, quatro relatórios. Em resposta aos últimos relatórios<sup>287</sup> enviados, o Comité, nas suas Observações Finais, apontou várias preocupações na aplicação dos direitos da criança, sem deixar, no entanto, de parabenizar Portugal pela adoção de diversas medidas legislativas em prol da criança e dos seus direitos.

Nesse documento, e relativamente à aplicação dos direitos da criança em Portugal, são apreciados os planos de ação, os programas e medidas colocados em prática, com o intuito de combater a discriminação<sup>288</sup>. Contudo, o Comité mostrou preocupação com o facto de, na prática, ainda existir discriminação no acesso à habitação, ao emprego, à educação, à igualdade salarial e aos serviços públicos, para com os imigrantes, estrangeiros e minorias étnicas e raciais, especialmente com a etnia cigana e a comunidade africana. Também manifestou preocupação com os casos de comportamento discriminatório, preconceitos racistas e homofóbicos expressos pelos agentes aplicadores da lei. Em virtude disso, o Comité recomendou campanhas de sensibilização e de diálogo intercultural que reforçassem a formação dos agentes aplicadores da lei no que se refere aos direitos fundamentais e que, em simultâneo, esses agentes fossem responsabilizados por má conduta<sup>289</sup>.

Também no que se refere ao princípio do interesse superior da criança, o Comité mostrou preocupação, não só devido à ausência de um processo uniforme na determinação do interesse superior da criança, mas também, devido à falta de conformidade nas linhas de orientação para as autoridades competentes em matéria de aplicação do direito, recomendando que o princípio do interesse superior da criança “seja adequadamente integrado e aplicado de forma consistente em todos os processos legislativos, administrativos e judiciais, bem como em todas as políticas e todos os programas e projetos relevantes para e com impacto nas crianças”. Já no que toca ao

---

<sup>287</sup> O Comité dos Direitos da Criança analisou o terceiro e quarto relatórios periódicos de Portugal – documento conjunto – (CRC/C/PRT/3-4) nas suas 1860.º e 1861.º reuniões (vide CRC/C/SR.1860 e 1861), realizadas a 22 de janeiro de 2014, tendo aprovado as observações finais que se seguem, na sua 1875.ª reunião (CRC/C/SR.1875), realizada a 31 de janeiro de 2014.

<sup>288</sup> Nomeadamente a Estratégia Nacional para a Integração das Comunidades Ciganas de 2013 a 2020, Centros de Apoio ao Imigrante e na definição das Linhas Orientadoras de Educação para a Cidadania – para facilitar a integração dos filhos de imigrantes na escola.

<sup>289</sup> Cf. Observações finais sobre o terceiro e quarto relatórios periódicos de Portugal. Disponível em: [http://direitoshumanos.gddc.pt/4/PDF/CDC\\_Recomendacoes\\_a\\_Portugal.pdf](http://direitoshumanos.gddc.pt/4/PDF/CDC_Recomendacoes_a_Portugal.pdf) [19.04.2017].

direito à vida, à sobrevivência e ao desenvolvimento, congratulou Portugal pela criação do Programa Nacional de Prevenção de Acidentes, de 2010-2016, não deixando, no entanto, e mais uma vez, de mostrar a sua inquietação devido aos excessivos casos de afogamento, queda, hospitalização e incapacidade temporária, ocorridos com crianças, pelo que recomendou ao quadro jurídico, o reforço dos planos de ação em matéria de segurança da criança<sup>290</sup>.

Relativamente ao direito da criança a ser ouvida e a que a sua opinião seja tida em consideração, o Comité apontou como positivos os esforços de Portugal, uma vez que já assegurava esse direito nas áreas de regulamentação parental, nos processos de adoção ou de justiça de menores, entre outros, não deixando, no entanto, de assinalar que a opinião da criança não estava a ser devidamente respeitada nem a nível nacional nem a nível local e que o direito da criança a ser ouvida no sistema de ensino assim como nos respetivos processos de reforma, não era respeitado. Outra preocupação também mencionada pelo Comité foi a insuficiente formação dos profissionais que trabalham com e para a criança. Foi, por isso, recomendado que fosse prestada formação adequada aos profissionais da área judicial e demais profissionais que lidam com crianças, no que respeita ao direito de a criança a ser ouvida e, também, que fossem redobrados os esforços legislativos de modo a garantir-se que a criança seja ouvida em todas as questões judiciais, civis, penais e em procedimentos administrativos e que a sua opinião seja realmente levada em consideração no que concerne à avaliação do sistema de ensino.

Para além disso, o Comité deixou, ainda, mais algumas recomendações a Portugal, tais como que a administração da justiça de crianças fosse mais eficiente e sem discriminação por parte dos agentes aplicadores da lei, que fossem ratificados mais instrumentos de direitos humanos que ainda não eram parte e que se continuasse a tornar o sistema de justiça da criança cada vez mais conforme a CDC. Solicitou, ainda, que Portugal apresentasse o seu quinto e sexto relatórios periódicos em texto único, até 20 de outubro de 2017, este também atrasado, na esperança de que tivessem sido interiorizadas e aplicadas ao regime interno do país as recomendações fornecidas nas últimas Observações Finais<sup>291</sup>.

---

<sup>290</sup>Cf. Observações finais sobre o terceiro e quarto relatórios periódicos de Portugal. Disponível em: [http://direitoshumanos.gddc.pt/4/PDF/CDC\\_Recomendacoes\\_a\\_Portugal.pdf](http://direitoshumanos.gddc.pt/4/PDF/CDC_Recomendacoes_a_Portugal.pdf) [19.04.2017].

<sup>291</sup> Cf. Observações finais sobre o terceiro e quarto relatórios periódicos de Portugal. Disponível em: [http://direitoshumanos.gddc.pt/4/PDF/CDC\\_Recomendacoes\\_a\\_Portugal.pdf](http://direitoshumanos.gddc.pt/4/PDF/CDC_Recomendacoes_a_Portugal.pdf) [19.04.2017].

É de ressaltar que, além de Portugal, há vários Estados Partes que não apresentaram os relatórios atempadamente, alguns dos quais com atrasos que ultrapassam os 7 anos. Outros Estados apresentaram-nos incompletos ou então não enviaram os seus representantes às reuniões nem se preocuparam em cumprir as Observações Finais. Esta situação denota a fragilidade do mecanismo de controle da CDC, que não cumpre satisfatoriamente o seu papel, uma vez que os Estados não se sentem ameaçados por este órgão de controle internacional. Para se alterar tal cenário, deveriam ser tomadas medidas que fortalecessem o Comité, tais como, a inclusão de ONGS no processo de elaboração dos relatórios para que as recomendações sugeridas nas Observações Finais fossem divulgadas de modo a conseguir-se o envolvimento da opinião pública em debates sobre os problemas da infância. Outra medida que poderia ser eficiente seria dar maior poder ao Comité para que este pudesse averiguar a situação e os motivos dos países para não apresentarem os seus relatórios<sup>292</sup>.

Certamente, é necessário um maior grau de comprometimento e mobilização por parte de Portugal em responder positivamente às recomendações fornecidas nas Observações Finais, uma vez que a qualidade destas respostas é a evidência do esforço realizado e do que efetivamente foi concretizado no que concerne aos direitos da criança.

### **3.2. A Prática Judiciária nos Casos de Rapto Internacional de Crianças e o direito da criança a ser ouvida**

Ainda que o princípio do direito da criança a ser ouvida tenha sido afirmado no direito internacional, nos últimos anos, e implantado no ordenamento jurídico interno dos Estados, a forma como, na prática, esse direito deve ser concretizado, não foi determinada pela Convenção de Haia de 1980 nem pela CDC nem mesmo pelo Regulamento de Bruxelas II *bis*, sendo muito diversa a forma como esse direito é realmente efetivado nos seus Estados Membros. Apenas é sugerido que estando a criança noutro Estado Membro, seja ouvida segundo as regras previstas no Regulamento (CE) n.º 1206/2001, conforme citado anteriormente.

---

<sup>292</sup> Cf. Anderson Pereira ANDRADE, “A Convenção sobre os Direitos da Criança em seu décimo aniversário: avanços, efetividade e desafios”, in *Rev. Fund. Esc. Super. Minist. Público Dist. Fed. Territ.*, ano 8, vol. 15, 2000, pp. 9-28.

O Regulamento, no seu considerando n.º 19, declara não pretender alterar os procedimentos nacionais aplicáveis sobre a matéria. Porém, mesmo sem intenções de interferir nos procedimentos dos Estados Membros quanto à forma como a criança é ouvida, os princípios norteadores do Regulamento devem ser respeitados de forma a assegurar os princípios do direito comunitário. A efetividade do direito da criança a ser ouvida nos processos que lhe digam respeito tem que ser garantida por parte dos Estados Membros, sob pena de derrogação das normas europeias e internacionais. Como aponta o TJUE no acórdão *Aguirre Zarraga*, devem ser tomadas todas as condições legais para que a criança tenha uma oportunidade real e efetiva de exprimir livremente a sua opinião e que esta seja ponderada cautelosamente pelo juiz<sup>293</sup>.

Cada Estado Membro deve proporcionar condições adequadas para ouvir a criança, tendo sempre em consideração a sua idade e o seu grau de maturidade. Ao tratar-se de uma criança mais nova, a apreciação do seu ponto de vista deve ser extremamente cautelosa. Os tribunais dos Estados Membros têm a liberdade para ouvirem ou não a criança, conforme a sua idade e maturidade, porém, é muito importante que os procedimentos legais internos não obstaculizem o direito da criança a ser ouvida nos processos de seu interesse.

No Relatório da Comissão, de 2016, é reforçada a ideia de haver regras comuns entre os Estados no que diz respeito ao procedimento de audição de criança, com vista ao reforço da efetividade das decisões de regresso e de garante da segurança jurídica no espaço europeu<sup>294</sup>. As práticas uniformes aqui referidas, dizem respeito, designadamente, ao critério de idade, às circunstâncias que podem levar o tribunal a recusar a audição da criança, ao lugar e método para se ouvir a criança, à entidade responsável por a ouvir, isto é, se é um juiz, se é o Ministério Público ou se é um perito ou assistente social, e à possibilidade de a criança estar acompanhada.

Em geral, não é necessário que a criança seja ouvida numa audiência de tribunal. Há exemplos de, em alguns Estados Membros, a criança ser ouvida por um perito ou assistente social que terá de apresentar um relatório ao tribunal indicando as vontades e os sentimentos da criança. Mas, no caso de a audição da criança ser realizada em tribunal, o juiz deve procurar realizar o questionário por forma a ter em conta a natureza

---

<sup>293</sup> Cf. Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia, *Joseba Andoni Aguirre Zarraga vs. Simone Pelz*, processo n.º C-491/10, de 22 de dezembro de 2010.

<sup>294</sup> Cf. Comissão Europeia, *Proposta de Regulamento do Conselho relativo à competência, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria matrimonial e em matéria de responsabilidade parental e ao rapto internacional de crianças*, *ob. cit.*

da causa, a idade da criança, quem irá proceder às perguntas, o ambiente em que decorrerá a audição, a presença ou não de acompanhantes ou dos pais, a necessidade ou não de representação legal e outras circunstâncias relevantes. Importando que a criança possa sempre exprimir de forma livre a sua opinião<sup>295</sup>.

Relativamente ao critério da idade, é comum que os Estados Membros determinem a obrigatoriedade em ouvirem a criança, a partir de uma certa idade. Por Exemplo, Portugal, juntamente com o Brasil, a Holanda, a Bélgica e a Itália estipularam como idade mínima os 12 anos. Países como a Alemanha, a Hungria e Malta, fixaram como idade mínima obrigatória, os 14 anos. Por outro lado, a Bulgária e a Roménia estabeleceram a idade de 10 anos. Deste modo, a criança com idade inferior ao mínimo estipulado no país ficará à mercê da arbitrariedade do tribunal para decidir sobre a audição ou não da criança, em função do seu grau de maturidade. Este problema já não acontece em países como a Suécia, a Espanha, a França, a Noruega, a Escócia, a Áustria e a Irlanda, que não definiram nenhuma idade mínima<sup>296</sup>. A criança não deve ser impedida de ser ouvida apenas em razão da idade. Sempre que uma criança tome a iniciativa de depor num caso que lhe diga respeito, o juiz não deve, a não ser no interesse superior da criança, recusar-se a ouvi-la<sup>297</sup>.

No que se refere a quem ouve e onde se ouve a criança, na Bélgica, Chipre, Espanha, República Checa, França, Holanda, Letónia, Hungria, Malta e Polónia, a criança é ouvida por um juiz, num tribunal e tanto pode ocorrer no gabinete do juiz como numa sala do tribunal. Na Alemanha, os tribunais em geral, dispõem de salas apropriadas para a criança. Primeiramente, o juiz terá de obter uma impressão direta (princípio da imediação) sobre a criança, sendo a audição de carácter informal, uma mera conversa. Seguidamente, o juiz irá designar as condições para o desenrolar da audição. Normalmente, só acontece para a criança maior de seis anos e sem a presença dos pais. Na Escócia, e Finlândia a criança é ouvida por um técnico do serviço social sendo muito raro a criança ser ouvida diretamente por um juiz. No caso de a criança ser ouvida pelo juiz, o normal é sê-lo apenas na presença do magistrado. No entanto, a regra é que a audição seja efetuada por um técnico e só a estes compete ponderar se a criança deverá ser ouvida a sós ou na presença dos pais, o que acontece quando a criança ainda é de

---

<sup>295</sup> Cf. J.F. Salazar CASANOVA, “O Regulamento (CE) n.º 2201/2003...”, *ob. cit.*, p. 225.

<sup>296</sup> Cf. J. F. Salazar CASANOVA, “O Regulamento (CE) n.º 2201/2003...”, *ob. cit.*

<sup>297</sup> Cf. Conselho da Europa, *Diretrizes do Comité de Ministros do Conselho da Europa sobre a justiça adaptada às crianças*, Adotadas pelo Comité de Ministros em 17 de novembro de 2010, n.º 47. Disponível em: <https://rm.coe.int/16806a45f2> [17.08.2018].

pouca idade. Na República Checa, a criança é ouvida por um juiz, acompanhado por um técnico dos serviços sociais e sem a presença dos pais<sup>298</sup>.

Em França, a criança é ouvida na companhia de um advogado<sup>299</sup> ou de uma pessoa da sua escolha, sem prejuízo, no entanto, de que o tribunal, caso considere a escolha inadequada aos interesses da criança e para evitar a sua instrumentalização, designe outra pessoa. Na Eslovénia, a criança enquanto parte, é normalmente ouvida por um juiz, informalmente, na presença dos pais. No entanto, o tribunal pode confiar a audição a um técnico de serviço social de apoio, que terá de apresentar um relatório. Em Malta, a audição da criança é efetuada perante um juiz e um funcionário, podendo ainda estar presentes, um técnico dos serviços sociais e o advogado da criança. E na Bélgica, a criança é ouvida por um juiz, na presença de um funcionário judicial, admitindo-se, no interesse da criança, a presença de terceiros (irmãos), mas não das partes e o Ministério Público poderá, por vezes, participar também na diligência<sup>300</sup>.

Nos Estados que proporcionam a audição da opinião da criança, no âmbito do inquérito, por um técnico ou por uma pessoa particularmente qualificada, essa audição pode ter lugar nas instalações do tribunal ou no domicílio da criança. Em Inglaterra e no País de Gales, por exemplo, a criança raramente é ouvida por um juiz, sendo, normalmente, ouvida no seu domicílio ou noutro lugar que o técnico considere adequado. Na Suécia, a criança é ouvida pelos técnicos dos serviços nacionais que elaboram um relatório e que para além disso, eles próprios também poderão ser ouvidos. O sistema legal sueco desencoraja a audição da criança no tribunal, no entanto, caso esta aí se realize, os pais não estão presentes e a diligência corre informalmente<sup>301</sup>.

### **3.2.1 A prática judiciária em Portugal nos casos de rapto internacional**

Em Portugal, o rapto internacional da criança compara-se basicamente ao incumprimento do regime de regulação do exercício das responsabilidades parentais,

<sup>298</sup> Cf. J.F. Salazar CASANOVA, “O regulamento (CE) n.º 2201/2003...”, *ob. cit.*, p.226.

<sup>299</sup> Cf. Conselho da Europa, *Diretrizes do Comité de Ministros do Conselho da Europa sobre a justiça adaptada às crianças*, *cit.* De acordo com as Diretriz n.º 39 “os advogados que representam crianças devem ter formação e conhecimentos sobre os direitos da criança e matérias conexas, receber formação contínua e aprofundada e ser capazes de comunicar com as crianças de acordo com o seu nível de compreensão”.

<sup>300</sup> Cf. J.F. Salazar CASANOVA, “O regulamento (CE) n.º2201/2003...”, *ob. cit.*, p. 226.

<sup>301</sup> Cf. J.F. Salazar CASANOVA, “O regulamento (CE) n.º2201/2003...”, *ob. cit.*p. 226.

nos termos do artigo 41.º do RGPTC<sup>302</sup>. E no que toca a tutela penal, no artigo 249.º, n.º 1, alínea c), do Código Penal há a tipificação do crime de subtração de menor que se assemelha ao rapto internacional. Esse dispositivo caracteriza a subtração de menor como o não cumprimento do regime estabelecido para convivência da criança na regulação do exercício das responsabilidades parentais, por recusar ou dificultar a entrega, ou acolhimento.

A Constituição da República Portuguesa vislumbra meios de interpretação para a proteção nos casos de rapto internacional, ao prescrever em seu artigo 8.º o princípio geral da integração dos princípios de direito internacional no direito interno, permitindo assim o reconhecimento dos instrumentos internacionais como a Convenção de Haia de 1980. Em seu artigo 20.º, n.º 5 determina o acesso ao direito e tutela jurisdicional, em que assegura ao cidadão a possibilidade de ingressar com procedimentos judiciais mais céleres, e assim obter uma “tutela efetiva e em tempo útil contra ameaças ou violações desses direitos”<sup>303</sup>. No seu artigo 36.º faz alusão aos princípios gerais das relações familiares e expõe a igualdade de direitos e deveres entre os cônjuges para com os filhos, e em seu artigo 69.º, n.º 1, preconiza a proteção da criança pelo Estado e pela sociedade.

O Código Civil, com a alteração dada pela Lei n.º 61/2008, passa a ter uma nova redação, em que estabelece como regra a participação conjunta dos progenitores no exercício das responsabilidades parentais, e em seu artigo 1906.º, n.º 6, passou a preconizar o dever de informação ao progenitor que não exerça no todo ou em parte as responsabilidades parentais, sobre a educação e as condições de vida do filho, cabendo aqui a mudança de domicílio da criança para país estrangeiro, por se tratar de questão de particular importância para a vida do filho. Assim, nas situações de rapto internacional o progenitor que teve seu direito de guarda violado poderá acionar a Autoridade Central

---

<sup>302</sup> O artigo 41.º do RGPTC expõe, que quando um dos pais, ou terceira pessoa, a quem a criança tenha sido confiada não cumprir com o que tiver sido acordado ou decidido, pode o tribunal, oficiosamente, a requerimento do Ministério Público ou do outro progenitor, requerer, ao tribunal que no momento for territorialmente competente, as diligências necessárias para o cumprimento coercivo e a condenação do remisso em multa até vinte unidades de conta e, verificando-se os respetivos pressupostos, em indemnização a favor da criança, do progenitor requerente ou de ambos. 2 - Se o acordo tiver sido homologado pelo tribunal ou este tiver proferido a decisão, o requerimento é atuado por apenso ao processo onde se realizou o acordo ou foi proferida decisão, para o que será requisitado ao respetivo tribunal, se, segundo as regras da competência, for outro o tribunal competente para conhecer do incumprimento.

<sup>303</sup> Cf. Sephora MARCHESINI, “Rapto parental internacional de menores na união europeia a partir do ordenamento jurídico português”, in *Revista de Direito Internacional e Globalização Econômica*, vol. 1, n.º 1, 2017, p. 119.

do seu Estado e remeter os documentos necessários para obter o regresso imediato da criança.

Em Portugal, a Autoridade Central – Direção Geral de Reinserção e Serviços Prisionais, para cumprir os objetivos descritos no artigo 7.º da Convenção de Haia de 1980, criou duas equipas. Uma das equipas está direcionada para a “reposição voluntária”, enquanto a outra se encontra focalizada na “entrega da criança”, contando, para isso, com o apoio dos tribunais, da polícia judiciária (BIAD), da Polícia de Segurança Pública, da Guarda Nacional Republicana, do Instituto de Segurança Social e outras instituições como a CPCJ e a DGPJ<sup>304</sup>. Assim sendo, em caso de uma deslocação ou retenção ilícitas para outro Estado Contratante, o progenitor que possui a guarda da criança poderá acionar a Autoridade Central por meio do preenchimento de um formulário e da anexação dos documentos necessários e da fundamentação do pedido de regresso da criança<sup>305</sup>. Consequentemente, a Autoridade Central do Estado requerido avalia o pedido e os documentos enviados e encaminha uma carta ao progenitor-raptor para que proceda com o regresso voluntário da criança.

Não sendo possível o regresso voluntário da criança, a Autoridade Central remete os documentos e as demais informações da Autoridade Central do país em que a criança se encontra, ao Ministério Público. Sendo de suma importância uma avaliação formal do pedido, identificando se houve realmente o incumprimento da responsabilidade parental, e se os requisitos que configuram o rapto estão presentes.

No Tribunal, o pedido de regresso e os demais documentos são então enviados para o Ministério Público, e instaura-se um processo tutelar comum, com o Regulamento (CE) n.º 2201/2003, a Convenção de Haia de 1980, e o Regime Geral do Processo Tutelar Cível (Lei n.º 141/2015) como fundamento. O Ministério Público atuando como representante do Estado e da Direção Geral de Reinserção e Serviços Prisionais, por ser a única entidade legítima para intentar uma ação de regresso. E, ao Tribunal cabendo apreciar os pressupostos processuais como a competência internacional, territorial e de matéria, e legitimidade, e pressupostos substanciais, tais como, regulação da guarda, residência habitual da criança e o decurso do tempo entre a data do rapto e a data do processo. O Tribunal averiguará também se há legislação aplicável aos Estados envolvidos, se a criança foi devidamente ouvida no processo de

---

<sup>304</sup> Cf. Sephora MARCHESINI, “Rapto parental internacional de menores na união europeia a partir do ordenamento jurídico português”, *ob. cit.*

<sup>305</sup> Cf. Formulário para requerimento de regresso da criança. Disponível em [http://www.dgrs.mj.pt/c/portal/layout?p\\_1\\_id=PUB.1001.97](http://www.dgrs.mj.pt/c/portal/layout?p_1_id=PUB.1001.97) [23.05.2017].

regulação da responsabilidade parental no Estado de sua residência habitual ( se for o caso), e se os documentos traduzidos foram acessados<sup>306</sup>.

Após isso, espera-se a oposição ou ausência de resposta por parte do progenitor-raptor ao Tribunal de Família competente, e então procede-se com a marcação de audiência. A apreciação do processo realiza-se em acordo com as regras específicas, resultantes dos instrumentos internacionais já mencionados, mas também de acordo com os princípios específicos da jurisdição voluntária<sup>307</sup>.

Durante este processo o direito da criança a ser ouvida faz-se fundamental e recai ao Tribunal competente decidir como será realizada, atentando sempre as características e maturidade da criança.

O direito da criança a ser ouvida, considerado um direito supranacional, se impõe ao direito interno, sendo recomendado aos Estados que se certifiquem de que toda a criança possa exercer o seu direito a ser ouvida e que a sua opinião seja tida em consideração, participando na tomada de decisões em todos os assuntos que lhe digam respeito.

Por isso, o grande desafio que se coloca às instituições e à sociedade é que aprendam a ouvir a opinião da criança e que reconheçam a importância dessa opinião na construção social.

O direito da criança a ser ouvida nas questões de seu interesse não significa somente o processo de ser ouvida ou de se aceder às suas perspectivas, experiências, medos, desejos ou incertezas, mas também de se lhe oferecer a possibilidade de descobrir e negociar a essência de quem é e qual o seu espaço no mundo<sup>308</sup>. Deve ser respeitado o direito de toda criança a ser informada sobre os seus direitos, de dispor dos meios adequados de acesso à justiça e ser consultada e ouvida nos processos que lhes digam respeito ou que as afetem. Tal inclui dar o devido valor aos pontos de vista da

---

<sup>306</sup> Cf. Sephora MARCHESINI, “Rapto parental internacional de menores na união europeia a partir do ordenamento jurídico português”, *ob. cit.*

<sup>307</sup> Cf. Maria dos Prazeres BELEZA, “Jurisprudência sobre o rapto internacional de crianças”, *ob.cit.*, p. 72. A autora explica que “na jurisdição voluntária, não se espera do tribunal que resolva imparcialmente e segundo o direito pré-existente conflitos de interesses, colocados em pé de igualdade; pretende-se, diferentemente, que controle o modo concreto de prossecução do interesse colocado a seu cargo - neste sentido, parcialmente -, subordinando os demais interesses envolvidos à defesa daquele que lhe cabe tutelar”.

<sup>308</sup> Cf. Anne GRAHAM e Robyn FITZGERALD “Children’s participation in research: Some possibilities and constraints in the current Australian research environment”, in *Journal of Sociology - The Australian Sociological Association*, vol. 46, 2010, p. 137. Disponível em: <https://www.coursehero.com/file/12947838/Graham-and-Fitzgerald-2010/> [17.08.2018].

criança, tendo em atenção a sua maturidade e eventuais dificuldades de comunicação, a fim de que a sua participação seja relevante.

No que toca ao rapto internacional de criança, em teoria, a criança será uma participante ativa na decisão do seu regresso. A consideração da opinião da criança como possível exceção ao regresso, na Convenção de Haia de 1980 e o facto de o desrespeito desse direito ser um pressuposto para a perda de força executória e de reconhecimento de uma decisão de regresso, no Direito da União Europeia, através do Regulamento de Bruxelas II *bis*, confirmam o entendimento da criança como um sujeito titular direito, participante ativa no processo.

### **3.2.2 A prática das autoridades judiciais portuguesas na concretização do direito da criança a ser ouvida**

No ordenamento jurídico português, o direito da criança a ser ouvida ganhou maior visibilidade com a entrada em vigor do RGPTC, que, pela primeira vez, regulamentou, direta e expressamente, o direito da criança a ser ouvida e ter a sua opinião levada em consideração, tendo em conta o seu discernimento sobre o assunto em causa<sup>309</sup>.

O ordenamento jurídico português não define nenhum critério objectivo que determine o momento a partir do qual a criança adquire capacidade de discernimento para participar e ser ouvida no processo, recorrendo antes a dois critérios para essa decisão: um critério objectivo e outro subjectivo. No primeiro, fixa o limite de doze anos acima do qual toda a criança pode exercer, pessoal e livremente, os direitos que legalmente lhe são conferidos. No segundo, para as crianças menores de doze anos de idade, remete para o juiz a averiguação concreta da sua capacidade natural em função do processo<sup>310</sup>.

O artigo 35.º, n.º 3, do RGPTC, expõe que a criança maior de doze anos ou com idade inferior, mas com capacidade para compreender os assuntos em discussão, ou seja, tendo em conta a sua idade e maturidade, pode ser ouvida pelo tribunal. Logo, no critério idade, a criança poderá ser ouvida a partir dos doze anos de idade, sendo que

---

<sup>309</sup> Cf. Anabela de Jesus Raimundo FIALHO, “Audição da criança: desafios e oportunidade”, in AAVV, *Caderno Especial: II Jornada de Direito de Família e da Criança – o direito e a prática forense*, Lisboa, Centro de Estudos Judiciários, 2018. Disponível em: [http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/familia/eb\\_JornadasFamiliaC2018.pdf](http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/familia/eb_JornadasFamiliaC2018.pdf) [17.08.2018].

<sup>310</sup> Cf. Alcina da Costa RIBEIRO, “O direito de participação e audição da criança no ordenamento jurídico português”, in *Revista Data Venia - Revista Jurídica Digital*, ano 3, n.º 4, 2015, pp. 114-115.

esse critério objetivo não é absoluto, mas alternativo, por estar no artigo 4.º, *alínea c)* do RGPTC, que a audição da criança deverá ocorrer desde que esta tenha capacidade de compreensão dos assuntos em discussão<sup>311</sup>.

Portanto, o ordenamento português, apesar da indicação de idades para a efetivação de determinados atos, não determina uma idade objetiva a partir da qual se possa presumir a incapacidade da criança menor de 12 anos<sup>312</sup>. Este princípio vai ao encontro do que foi sugerido pelo Comité das Nações Unidas para os Direitos da Criança, nas sugestões e orientações interpretativas sobre a delimitação da capacidade de discernimento e onde é indicado que os Estados partes não devem olhar para a capacidade de discernimento como uma limitação, mas como um dever das autoridades para avaliarem, da forma mais completa possível, a capacidade da criança. Em vez de se partir do princípio demasiado simplista, de que a criança é incapaz de exprimir uma opinião, os Estados devem presumir que a criança tem, de facto, essa capacidade, não cabendo à criança, provar se a tem ou não.

Quem conduz a audição da criança, em regra, é o juiz com apoio da assessoria técnica e o Ministério Público, assim como os advogados, que podem formular perguntas adicionais à inquirição. A criança pode ser acompanhada por um adulto da sua escolha, sempre que nisso manifeste interesse, conforme indica o artigo 5.º da RGPTC.

Procura-se respeitar a condição específica da criança e garante-se condições adequadas para o efeito, tais como, não sujeitar a criança a um espaço ou ambiente intimidatório, hostil ou inadequado à sua idade e maturidade e características pessoais; intervenção de operadores judiciais com formação adequada; privilegiar-se a não utilização de traje profissional aquando da audição da criança; facultar-se à criança os meios necessários e adequados à idade e seu grau de desenvolvimento intelectual e psicológico<sup>313</sup>. Sobre essa questão, as Diretrizes sobre a justiça adaptada às crianças, esclarece que os meios utilizados para ouvir a opinião da criança devem ser adaptados ao seu nível de compreensão e capacidade de comunicação. A criança deve ser

---

<sup>311</sup> Cf. Clara SOTTOMAYOR, *Temas de Direito das Crianças*, *ob. cit.*, p. 49.

<sup>312</sup> A LPCJP expressa o direito de participação e audição das crianças em quatro tipos de normas: a) as que consideram a idade igual ou superior a 12 anos (artigos 10º, 62º, nº 2, 84º, nº 1, 87º, nº1 e 3, 105º, nº2, 112º e 114º, nº 1) ; b) as que referenciam idade inferior a 12 anos (artigos 10º e 84º) c) as que não referenciam qualquer idade (93º, nº1, 94º, nº1 e 2, 103º, nº2, 103º, nº 4, 104º, 107º, nº1, al. a) e 123º) e d) as que indicam apenas o critério da maturidade (artigos 88º, nº4 e 103º, nº2). Demonstrando soluções variadas, ora de critérios objetivos (idade), ora subjetivos (capacidade). Cf. Alcina da Costa RIBEIRO, “O direito de participação e audição da criança no ordenamento jurídico português”, *ob. cit.*, pp. 114-115.

<sup>313</sup> Conforme indica o artigo 5.º da RGPTC.

consultada quanto à forma como pretende ser ouvida, o que equivale a dizer que a sua idade, as suas eventuais especificidades e a sua maturidade, são elementos que deverão ter-se em consideração no momento da sua audição. Deve também valorizar-se o ritmo e a capacidade de atenção da criança, com previsão de pausas e com o cuidado de que a audição não seja demasiado longa<sup>314</sup>.

A audição da criança é feita no Tribunal, em local próprio, em ambiente informal e reservado, com vista a garantir a espontaneidade e a sinceridade das respostas, devendo a criança ser assistida por um técnico especialmente habilitado para o seu acompanhamento, previamente designado para o efeito.

As declarações da criança são gravadas mediante registo áudio ou audiovisual. Só podem ser utilizados outros meios técnicos idóneos a assegurar a reprodução integral daquelas, quando aqueles meios específicos não estiverem disponíveis. Deve dar-se preferência à gravação audiovisual, sempre que a natureza do assunto a decidir ou o interesse da criança, assim o exigirem. A norma, em Portugal, é ficar-se com o registo completo das declarações da criança. Contudo, diante da manifestação da criança de que não quer que as declarações sejam conhecidas pelos seus progenitores, a sua vontade terá de ser respeitada e, nesse caso, o juiz não poderá fundamentar a sua decisão nas nestas declarações, devido à impossibilidade do exercício do contraditório pelas partes<sup>315</sup>.

Quando, num processo-crime, a criança tenha prestado declarações para memória futura, estas podem ser consideradas como meio probatório no processo tutelar cível. Quando, num processo de natureza cível, a criança tenha prestado declarações perante um juiz ou o Ministério Público, com observância do princípio do contraditório, podem estas ser consideradas como meio probatório no processo tutelar cível. Ocorrem, portanto, duas modalidades de audição da criança: uma com o intuito da criança emitir a sua opinião e outra para registo de declarações para a produção de prova. Na primeira não há obrigatoriedade da presença dos pais e advogados, sendo até dispensável, uma vez que se espera ouvir o que a criança tem a dizer sem qualquer pressão ou influência. Em contrapartida, na segunda, a criança é ouvida para a obtenção de esclarecimentos sobre determinados fatos e sobre os quais está a ser inquirida. Esta segunda

---

<sup>314</sup> Cf. Conselho da Europa, *Diretrizes do Comité de Ministros do Conselho da Europa sobre a Justiça adaptada às Crianças*, cit., n.º 44.

<sup>315</sup> Cf. Sephora MARCHESINI, “Rapto parental internacional de menores na união europeia a partir do ordenamento jurídico português”, *ob. cit.*, p.129.

modadlidade não é obrigatória, podendo, no entanto, ser determinada pelo tribunal, oficiosamente ou por requerimento das partes.

Desta forma, pelo menos teoricamente, o ordenamento jurídico português concede oportunidade e proteção para que a criança seja ouvida nos processos que as envolvam, e no processo de rapto internacional. Há o interesse de cada vez mais se melhorar a efetivação do direito da criança a ser ouvida e ter sua opinião levada em consideração, procurando-se atender às recomendações da CDC e do Comité dos Direitos da Criança, em proporcionar uma audição informativa, voluntária, relevante, inclusiva, assente em formação adequada e segura, atenta aos riscos resultantes da participação, promovendo-se, para isso, várias ações de formação sobre este tema e fomentando-se iniciativas, tais como, congressos, debates, e a criação de manuais e guias para aperfeiçoar a prática forense nesta área, como exemplo temos o Manual de Audição da Criança<sup>316</sup> produzido pela Segurança Social.

Apesar do ordenamento jurídico internacional enfatizar o direito da criança a ser ouvida e dos melhoramentos no ordenamento jurídico português a esse respeito, há ainda várias divergências relativamente à atuação e funcionamento da justiça quanto às necessidades da criança. António José Fialho, juiz de direito, afirma que os principais desafios que se colocam ao juiz de família e menores, são, em primeiro, a determinação do interesse superior da criança, quer em termos substantivos, quer na aplicação das regras adjectivas e, em segundo, a audição ou participação da criança no processo que lhe diz respeito<sup>317</sup>.

Mesmo havendo uma consciência coletiva entre os juízes, advogados e profissionais que trabalham diretamente com a criança, relativamente ao direito da criança a ser ouvida e ter sua opinião levada em consideração nas decisões que lhe digam respeito, na prática judiciária pode observar-se como a aplicação deste direito é um desafio: o Ministério Público instaura ações em representação da criança sem a ouvir; os advogados, no patrocínio oficioso, representam-na muitas vezes sem a ouvirem; por vezes, nalguns processos a criança é ouvida inúmeras vezes, o que

---

<sup>316</sup> Cf. Manual da Audição da Criança - Direito a ser ouvida – Assessoria Técnica aos Tribunais - Área Tutelar Cível; Versão 01, janeiro 2017. Disponível em: [http://www.seg-social.pt/documents/10152/15142851/Manual%20AC\\_V\\_revista%207%20março.pdf/e242ec39-1a7c-469f-9a9f-4fc815864016](http://www.seg-social.pt/documents/10152/15142851/Manual%20AC_V_revista%207%20março.pdf/e242ec39-1a7c-469f-9a9f-4fc815864016) [18.08.2018].

<sup>317</sup> Cf. António José FIALHO, “(Novos) desafios para os juízes das famílias e das crianças”, in *Revista JULGAR*, n.º 24, 2014, p.22.

enfraquece a sua credibilidade; e muitas outras falhas ocorrem na efetivação desse direito<sup>318</sup>.

Devido às especificidades da criança é necessário garantir-se uma abordagem mais especializada no contexto judicial, sendo essencial apostar-se em “medidas fundamentais para a promoção e proteção dos direitos da criança”, com a criação de dos gabinetes de apoio e de atendimento às vítimas nos tribunais, espaços destinados exclusivamente à criança, em programas de intervenção e na preparação da criança para a ida a tribunal, tal como já acontece em alguns países<sup>319</sup>.

Por fim, Portugal possui um longo e rico texto jurídico referente ao direito da criança a ser ouvida. Todavia, os maiores constrangimentos revelam-se na implementação do discurso normativo à realidade social<sup>320</sup>. O direito da criança a ser ouvida e a ter sua opinião levada em consideração nas decisões, é onde a aplicação da CDC, Convenção de Haia de 1980 e o Regulamento tem sido menos eficiente e onde exige maior mudança de mentalidade em relação à criança.

### 3.2.2.1 Análise da Jurisprudência

Abaixo serão analisados alguns acórdãos de tribunais portugueses que demonstram a importância que é dada ao direito da criança a ser ouvida e ter a sua opinião levada em consideração, em processos de regulação da responsabilidade parental, assim como no âmbito dos processos de rapto internacional.

No que em especial respeita ao processo expedito de pedido de regresso de uma criança, fundamentado no rapto internacional e disciplinado pelos Regulamento (CE) n.º 2201/2003 e Convenção de Haia de 1980, a jurisprudência tem, uniforme e repetidamente, observado que, uma vez apurada a ilicitude da deslocação ou da retenção, se destina apenas ao regresso e não a discutir o regime de exercício das responsabilidades parentais. Tendo a audição da criança influência preponderante para a tomada da decisão, assim como para a executoriedade desta decisão em outros Estados.

---

<sup>318</sup> Cf. Bernardo Seruca MARQUES, “Audição da Criança: desafios e oportunidade”, in *Caderno Especial: II Jornada de Direito de Família e da Criança – o direito e a prática forense*, Lisboa, Centro de Estudos Judiciários, 2018. Disponível em: [http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/familia/eb\\_JornadasFamiliaC2018.pdf](http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/familia/eb_JornadasFamiliaC2018.pdf) [17.08.2018].

<sup>319</sup> Cf. Maria de Fátima MELO e Ana Isabel SANI, “A audição da criança na tomada de decisão dos magistrados”, in *Revista de Psicologia – Universidade do Chile*, 2015. Disponível em: <https://revistas.uchile.cl/index.php/RDP/article/view/37067/38652> [20.08.2018].

<sup>320</sup> Cf. Clara SOTTOMAYOR, *Temas de Direito das Crianças, ob.cit.*, p. 49.

O acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 17 de novembro de 2015, foi proferido no quadro de um processo de rapto internacional<sup>321</sup>, visando o regresso imediato da criança aos Estados Unidos da América, país onde a criança passou a residir a partir de setembro de 2010, e aí continuando a viver após a separação dos pais e por acordo entre ambos. O pai lícitamente viaja com a criança de férias para Portugal, porém sem a autorização da mãe, passa a viver com a criança neste país. No processo, a criança, com seis anos de idade, é ouvida por psicóloga que a acompanhava desde que passou a morar em Portugal, e revela o desejo de estar no país, assim como demonstra estar muito bem integrada com a escola e os familiares. Mesmo com a mãe, sempre a contestar tal audição, e mostrando-se infrutífera as tentativas de acordo, o Tribunal decidiu no sentido de não determinar o regresso da criança aos Estados Unidos da América. Tendo o recurso a esta decisão sido julgado improcedente.

Aqui temos um acórdão em que o Tribunal apresenta uma decisão conforme os preceitos indicados nos instrumentos jurídicos de direito da criança, analisados neste trabalho. A criança mesmo com seis anos de idade, ao mostrar-se consciente e com a maturidade necessária para ser ouvida, tem que ser tida em consideração. A mãe, com o fundamento de que a audição da criança colocará em causa a sua estabilidade emocional e psicológica e que a audição não poderá ser prestada de forma livre e esclarecida, pede revogação da decisão que designa tal audição. Este ponto apenas mostra como os progenitores muitas vezes não percebem que a criança está a par de toda a situação e que sente, à sua maneira, toda a tensão em que se encontra envolvido o processo.

O tribunal *a quo*, fundamentou a decisão de ouvir a menor, no relatório elaborado pela psicóloga que acompanhava a criança desde que esta se encontrava em Portugal e que assegura as capacidades afetivas e de maturidade da menor para ser ouvida sobre a questão. E, tendo o tribunal entendido o interesse superior da criança, ou seja, o seu direito a ser ouvida e a ser tida em consideração como “a trave mestra” da CDC, tomou as decisões acertadas. Percebe-se aqui quão importante é ouvir sempre a criança, mesmo as de tenra idade, assim como, quão importante é existirem profissionais capacitados para aferirem o discernimento da uma criança.

---

<sup>321</sup> Cf. Tribunal da Relação de Lisboa, acórdão de 17 de novembro de 2015, proferido no processo de n.º 761/15.2.T8CSC.L1-7. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/c25fbf0a08a9fa7e80257f0800508474> [08.11.2018].

Esta posição tornou-se parâmetro para outras decisões, em que se levanta a questão da criança a ser ouvida, mesmo que muito nova, a exemplo temos o acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 13 de julho de 2016<sup>322</sup> proferido no âmbito de subtração de menor, o acórdão do Tribunal da Relação de Évora, de 25 de maio de 2017<sup>323</sup> o acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 16 de janeiro de 2018<sup>324</sup>, ambos referentes a pedidos de regresso da criança. E por certo alguns outros.

Outro acórdão sobre este tema, que merece ser mencionado, é também do Tribunal da Relação de Lisboa, de 20 de dezembro de 2017<sup>325</sup>. Os progenitores, portugueses, acordam com o exercício das responsabilidades parentais em que as questões de particular importância e da vida corrente seriam exercidas em conjunto por ambos. O pai autoriza a filha a residir com a mãe na Suíça, e concorda em estar com a criança apenas nos períodos de férias, em Portugal. Após as férias de julho de 2017 o pai informa que a criança ficaria a viver em Portugal, e diante disso, a mãe intenta o processo de rapto. No processo a criança, é ouvida e afirma querer ficar a estudar e a viver com o pai em Portugal, conjuntamente com os seus avós paternos e avó materna, tios e primos, indica ainda que na Suíça tem apenas a mãe e o seu meio-irmão. Para além disso demonstrou medo e receio com a ideia de voar à Suíça. Contudo, o Tribunal, fundamenta a decisão de regresso da criança para a Suíça no facto de a mesma se encontrar no limiar do seu processo de formação, que iniciou na Suíça em 2015, por haver diferentes os métodos de ensino em Portugal e na Suíça, todo o percurso escolar será diferente pelo que uma vez iniciado é do superior interesse da criança continuá-lo sem quebras fracturantes. Pelo que, a preferéncia manifestada pela criança, considerada com maturidade suficiente para exprimir sua opinião é desconsiderada, em do seu

---

<sup>322</sup> Cf. Tribunal da Relação de Lisboa, acórdão de 13 de julho de 2016, proferido no processo de n.º 941/14.8TAFUN.11.3. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtr1.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/68429ad8589445f980258045002db1c6?OpenDocument> [08.11.2018].

<sup>323</sup> Cf. Tribunal da Relação de Évora, acórdão de 25 de maio de 2017, proferido no processo de n.º 687/16.2T8TMR.E1. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtre.nsf/134973db04f39bf2802579bf005f080b/13a589c268ad885180258131003a87d0?OpenDocument> [08.11.2018].

<sup>324</sup> Cf. Tribunal da Relação do Porto, acórdão de 16 de janeiro de 2018, proferido no processo de n.º 3484/16.1T8STS-A.P2. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/72489f79f2958fcf8025824000525502> [08.11.2018].

<sup>325</sup> Cf. Tribunal da Relação de Lisboa, acórdão de 20 de dezembro de 2017, proferido no processo de n.º 1133/13.9TBTVD-D.L1-2. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtr1.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/5c7f2e446816d53680258226004eb2ce?OpenDocument&Highlight=0,3473%2F05.1TBSXL> [08.11.2018].

centro de vida estar organizado junto da mãe. Tendo o recurso a essa decisão sido indeferido.

Este Acórdão mostra-se interessante por, mesmo tendo sido ouvida a criança, a sua opinião não ter sido considerada, em função de uma educação diferente, diga-se melhor, noutra país. A criança afirmou querer ficar em Portugal com uma família alargada, porém, o magistrado decidiu que o mais adequado para a criança e a decisão que melhor protegeria o seu interesse superior seria viver na Suíça apenas com a mãe e o meio-irmão.

Não se providenciou uma avaliação psicológica da criança, assim como não foi ordenado que se averiguasse como era o ambiente de regresso da criança à Suíça. Sobre a opinião da criança é dito, pelo procurador adjunto em contra-alegações, “não se coloca em causa o depoimento da criança, não se pode é extrapolar, para ser o único critério a determinar a futura residência desta criança de seis anos, porquanto as reações de pessoas que lhe são familiares são muito importantes e podem modificar a sua disponibilidade em falar”.

Neste caso, verifica-se que a interpretação do interesse superior da criança é um pouco retrógrada. O facto de não se ter tido em consideração a opinião da criança sem que, pelo menos, esta tivesse passado por um técnico especialista, um psicólogo, que averiguasse e tentasse compreender as razões da criança, mostra-se um erro grave, um desvio ao que é estipulado e indicado pelos instrumentos jurídicos de direitos da criança.

Pode, assim, concluir-se com esta breve análise de jurisprudências, que, em regra, o direito da criança a ser ouvida tem sido exercido e, que, na maior parte dos casos, as decisões têm tido em conta a opinião da criança. Tem havido uma consciencialização coletiva nos tribunais, no que corresponde ao interesse superior da criança nos processos em que estas estão envolvidas. Nos casos de rapto internacional, a criança só não é ouvida em situações muito pontuais que, normalmente, se referem a situações de crianças de tenra idade ou maturidade. Contudo, devemos ter em consideração que o processo de rapto internacional, de jurisdição voluntária, funciona de modo diferente por ter como base a Convenção de Haia de 1980 e o Regulamento, que garantem que uma decisão, em que a criança não tenha sido devidamente ouvida, não possua força executória e, portanto, há uma maior preocupação com a audição da criança nesses processos. O mesmo pode não acontecer com os processos de regulação das responsabilidades parentais, por exemplo.

Dessa forma, a jurisprudência tem-se pronunciado positivamente quanto ao direito da criança a ser ouvida no processo de rapto internacional, consagrando o entendimento deste direito como consequência do princípio do interesse superior da criança. De ressaltar que os Tribunais de segunda instância também reconhecem, em geral, a obrigatoriedade e necessidade de se ouvir a criança, de acordo com sua idade e maturidade. E como também já referimos, o não cumprimento do direito da criança a ser ouvida pode resultar a nulidade da decisão da primeira instância e a determinação da escuta da criança antes de nova decisão.

### **3.2.2.2. Resultado de entrevistas com operadores do Direito**

Este trabalho de pesquisa parte do pressuposto de que o Estado tem a função de assegurar a defesa dos direitos da criança a ser ouvida em todos os processos que lhe dizem respeito, em especial nos processos de rapto internacional, conforme os princípios fundamentais expostos na CDC, na Convenção de Haia de 1980 e do Regulamento de Bruxelas II *bis*.

Como já vimos, foram várias as alterações relevantes no ordenamento jurídico português, designadamente no que respeita ao direito da criança a ser ouvida e a poder participar no processo. Através da jurisprudência nota-se que a tendência da maioria dos juízes é ouvir a criança e a ter em consideração a sua opinião. No entanto, por ser uma nova prática judiciária, torna-se necessário procurar novas técnicas e novas condutas para os operadores do direito e dos demais profissionais envolvidos na audição da criança, que se deverão integrar numa “cultura de cooperação interdisciplinar”<sup>326</sup>.

Para obtermos uma melhor perspectiva de modo como este tema está a ser concretizado, isto é, o direito da criança a ser ouvida nos processos que lhe digam respeito, nomeadamente no processo de rapto internacional foram realizadas algumas entrevistas com alguns dos operadores de direito que lidam diretamente com a audição da criança.

Para esse efeito foi solicitada, ao Conselho Superior da Magistratura de Portugal, autorização para a realização dessas entrevistas semiestruturadas, com alguns magistrados de Lisboa. Após autorização, foi agendada a entrevista via email com cada

---

<sup>326</sup> Cf. Rui Alves PEREIRA, “Princípio da audição da criança - concretização do seu superior interesse”, in *Nota Informativa*, PLMJ – Sociedade de Advogados, janeiro, 2014, p. 2. Disponível em: [http://www.plmj.com/xms/files/newsletters/2014/Janeiro/PRINCIPIO\\_DA\\_AUDICAO\\_DA\\_CRIANCA\\_II.pdf](http://www.plmj.com/xms/files/newsletters/2014/Janeiro/PRINCIPIO_DA_AUDICAO_DA_CRIANCA_II.pdf) [10.10.2018].

um dos juízes. Os juízes disponíveis foram a Dra. Ana Chinita Rodrigues, do Tribunal de Seixal, o Dr. António José Fialho, do Tribunal do Barreiro, e o Dr. Joaquim Manuel Silva do Tribunal de Mafra.

Contactado por email, também foi realizada uma entrevista com o Dr. Rui Alves Pereira, advogado em Lisboa, especialista e atuante na defesa dos direitos da criança.

Em síntese, o resultado destas entrevistas faz-nos crer que a concretização do direito da criança a ser ouvida, nos tribunais em Portugal, está no bom caminho. Poucos foram os entrevistados, portanto não temos um resultado representativo do país, mas que pressupõe uma tendência.

Os entrevistados acreditam que tem havido uma mudança gradual, que se vem acentuando com o passar dos anos, tanto na legislação nacional como na postura dos operadores do direito, e acreditam que a mudança de mentalidade dos profissionais do direito será ainda maior com a chegada de novos profissionais. Destacam a influência que o Regulamento de Bruxelas II *bis* tem tido no país no que diz respeito ao direito da criança a ser ouvida, mas acreditam ser necessário ainda mudanças cruciais em como se procede a audição da criança, de modo a que esta seja devidamente ouvida.

Estes profissionais procuram melhorar a sua capacidade para atender ao interesse superior da criança nos seus processos, aplicando métodos mais eficazes nos seus tribunais, de modo a que, efetivamente, a criança se sinta mais à vontade para dar a sua opinião de forma não instrumentalizada. Verificámos, no entanto, que ainda será necessário implementar algumas alterações para que se possa obter uma completa realização dos preceitos indicados pela legislação internacional.

Ressalto o trabalho elogiável do Dr. Juiz Joaquim Manuel Silva, que antes de qualquer medida ser tomada quanto à regulação de responsabilidade parental, assim como noutros processos como o rapto internacional, preocupou-se sempre em ouvi-la, mesmo em casos de serem muito novas e, através do diálogo com a criança, procurou perceber qual o nível de vinculação que ela tinha com os progenitores. Essa procura em solucionar os conflitos através de muito diálogo com a criança e com os progenitores, tem sido uma experiência muito bem-sucedida, e respeitável ao prevenir que vários casos cheguem a julgamento.

Seguidamente iremos tentar caracterizar quais os principais problemas e quais as boas práticas a aplicar no que diz respeito ao direito da criança a ser ouvida nos processos em Portugal, através do que a análise bibliográfica, jurisprudencial e do que se foi apurando no decurso das entrevistas, nos permitiu constatar. Importa mencionar

que os processos de rapto internacional, mesmo com todas as suas especificidades, são de jurisdição voluntária, pelo que a criança é ouvida do mesmo modo que em qualquer outro processo onde são ditadas as responsabilidades parentais.

### **3.2.2.3. Principais problemas**

O direito da criança a ser ouvida procura dar voz ativa à criança, podendo ser entendido como uma forma de diálogo onde a criança terá assegurado o seu interesse superior e o seu direito a ter opinião nas questões que lhe digam respeito. Dessa forma, deverão ser garantidas as condições necessárias para que esta opinião realmente possa ser expressa de forma livre e sem influências.

Como referido anteriormente neste trabalho, o direito da criança a ser ouvida nos processos que lhe dizem respeito, especialmente nos casos de rapto internacional, deve ser realizada de forma transparente, informativa, voluntária, respeitosa, relevante, segura e atenta aos riscos da participação da criança, conforme indica o Comentário Geral n.º 14 da CDC.

Importa ter presente que na audição da criança têm influência alguns fatores ambientais tais como, o espaço físico onde a criança será ouvida, o modo como a audição será conduzida e estruturada ou a mentalidade dos profissionais que irão conduzir a audição, uma vez que todos estes fatores irão refletir-se na decisão, na criança e no seu desenvolvimento cognitivo, emocional e moral. No ordenamento jurídico português, apesar das boas práticas que já se utilizam na realização da audição da criança, ainda se incorre em várias falhas no que concerne a efetivação do direito da criança a ser ouvida.

Uma questão que atualmente se coloca tem a ver com a presença do advogado dos progenitores durante a audição da criança, conforme está previsto na RGPTC, no seu artigo 5.º. A possibilidade de esses advogados poderem formular perguntas adicionais relativamente à inquirição do menor pelo juiz, pode configurar, para alguns profissionais do direito, uma derrogação do ambiente informal aconselhado pela legislação nacional e pela CDC. Rui Alves Pereira, assim como alguns juizes, são de opinião sobre este tema, que “a presença dos advogados durante a sua audição possa ser restringida, sem que tal se configure como um impedimento ilegítimo à prática de atos

processuais”, não havendo “qualquer violação do princípio do contraditório”<sup>327</sup>. Há, no entanto, quem defenda o contrário, ou seja, a necessidade da presença desse advogado durante a audição da criança, para que o princípio do contraditório seja preservado e então obtenha-se uma decisão justa e em acordo com a lei.

Acreditamos que durante a audição da criança, a presença dos advogados dos progenitores, por poder criar um ambiente hostil, torna-se desnecessária, ainda mais, porque esses advogados poderão ter acesso à gravação de áudio feita durante a entrevista da criança. Assim, achamos que a questão primordial é reduzir-se o mais possível ao número de pessoas que deverão estar presentes quando a criança for ouvida, e assim permitir que a criança fique menos constrangida para dar sua opinião. A este respeito, a proposta do Regulamento em seu artigo 20.º indica que “audição da criança não deve ser realizada na presença das partes no processo, nem dos respetivos representantes legais, mas deve ser gravada e acrescentada à documentação para que as partes e os seus representantes legais possam ter a oportunidade de ver o registo da audição”.

Algo que foi mencionado por todos os entrevistados, foi o assunto formação. Esta, apesar de ser oferecida aos magistrados e aos profissionais que lidam com processos com a criança, na realidade, devido ao excesso de trabalho nos tribunais, esses profissionais raramente conseguem frequentar essa formação. E, para além desta falta de disponibilidade para a frequência da formação, junta-se o facto de esta não ser entendida como horas laborais, o que permitiria aos magistrados terem muito mais formações.

Um outro ponto negativo que foi observado, foi a falta de equipas técnicas especializadas em audição de crianças em quase todos os tribunais, valendo-se estes de técnicos da Segurança Social que vão sendo requisitados quando os processos assim o exigem. De notar, que em alguns casos, em que se percebe que a criança apresenta já um grau de maturidade suficiente e/ou em que os magistrados já possuem larga experiência sobre o tema, a assessoria de um técnico é dispensada por se entender desnecessária. Porém os tribunais não possuem em regra sua própria equipa de técnicos especializados, o que seria recomendável.

A gravação áudio da entrevista com a criança é um ponto importante da audição. No entanto, pelo facto de haver arbitrariedade na escolha, fundamentada pela jurisdição

---

<sup>327</sup> Cf. Entrevista concedida por Rui Alves Pereira, Lisboa, 11 de dezembro de 2018. A entrevista na íntegra encontra-se transcrita no Anexo I. Arquivo .mp3 (22 min.).

voluntária, o magistrado pode decidir contra a gravação. Os magistrados entrevistados optam sempre pela gravação áudio e há até quem faça a gravação áudio e vídeo, mas há também muitos magistrados que decidem não a fazer, mesmo quando o tribunal disponibiliza todo o equipamento necessário.

Ainda sobre a gravação áudio, levanta-se a questão da confidencialidade da audição da criança. Sobre esta questão, há, entre os juízes, diferentes modos de atuar. Alguns magistrados facultam a gravação aos advogados, mas tendo o cuidado de lhes chamar a atenção para que sejam ponderados quanto à informação que vão transmitir aos progenitores. Já outros magistrados recusam-se a facultar as gravações por entenderem que há quebra de confiança tribunal-criança, privilegiando a proteção da criança, que poderá ser colocada em situações desconfortáveis e instáveis. Há, ainda, magistrados que transcrevem textualmente o que a criança falou na decisão, colocando muitas vezes a criança numa posição complicada perante os progenitores. A nosso ver, não faz sentido ouvir uma criança, ter a sua opinião em consideração para depois não a proteger dos efeitos negativos que essa opinião poderá ter perante terceiros. É cumprir um direito pela metade.

Outra questão problemática que nos foi levantada, relaciona-se com o local de audição. É da maior importância que em todos os Tribunais de Família e Menores existam espaços adequados destinados às crianças. Os tribunais portugueses não estão completamente adaptados para a audição da criança. Ainda há muitos tribunais sem salas específicas para a criança onde, por norma, são ouvidas na sala do juiz ou em salas menos formais do tribunal. Contudo, os operadores do direito que se encontram cada vez mais empenhados em proteger a criança, mobilizam-se muitas vezes, para criar espaços adequados a esse fim, a exemplo temos o tribunal de Loures, tendo recentemente criado um espaço dedicado a criança, e o tribunal de Barreiros, onde a equipa do juiz António José Fialho está a preparar um espaço igualmente dedicado à criança.

Um outro ponto referido nas entrevistas relaciona-se com uma provável instrumentalização da criança antes de esta ser ouvida. Trata-se de um problema grave na obtenção de uma decisão, que deve ser fundamentada no interesse superior da criança, ou seja, na sua participação de forma livre e consciente. Foi sublinhada a importância em haver uma preparação pré-audição de modo a conseguir-se uma maior e mais eficiente familiarização com a criança e, assim, poder-se identificar e avaliar mais corretamente a sua opinião.

Para finalizarmos este ponto, será necessário fazer menção a uma outra questão pouco satisfatória que nos foi apontada pelo juiz António José Fialho e que concerne, especificamente, ao processo de rapto internacional. Trata-se da inexistência de uma concentração de competências no direito interno português, assim como da inexistência de um modelo processual adequado a estes processos. Este magistrado defende que os processos de rapto internacional apresentam “complexidades próprias não apenas pela necessidade de conjugar instrumentos normativos internacionais, mas também pela existência de inúmeros conceitos jurídicos indeterminados não preenchidos ou concretizados pelo direito interno”<sup>328</sup>. Para o magistrado a decisão de regresso de uma criança, ao abrigo da Convenção da Haia de 1980 e Regulamento, pode criar muitas dificuldades ao juiz, pelo que será necessário a criação de um modelo adequado de especialização e de concentração de competências que se mostre passível de obviar a essas dificuldades.

A concentração de competências ou de jurisdição consiste na atribuição, a um número limitado de tribunais, de competência para apreciar e julgar um determinado tipo de questões. Tem-se afirmado como um instrumento eficaz e fundamental para acelerar o tratamento dos processos por rapto de crianças em vários Estados. A ideia é defendida pela Proposta de Regulamento do Conselho de 2016, em que se estabelece no seu artigo 22.º que “os Estados Membros devem assegurar que a competência para apreciar os pedidos de regresso da criança seja concentrada num número limitado de tribunais”. Com esse artigo, a proposta não pretende interferir na organização judiciária dos Estados Membros, contudo, o Regulamento pretende apenas ter um modelo uniforme .

Em suma, verificámos haver alguns detalhes a necessitar de melhoramento, no que respeita à prática do direito da criança a ser ouvida, sendo, no entanto, muitas as formas de atuar, e mesmo de entender, como esse direito deve ser efetivado. Porém, deverá ter-se em consideração que se trata de uma prática razoavelmente nova no contexto judicial, o que justifica a existência de falhas naturais na adaptação às técnicas a utilizar e à conduta dos operadores de direito. Afinal, ouvir a criança não era uma tradição do Estado Português, pelo que se observa ainda uma certa resistência por parte

---

<sup>328</sup> Cf. António José FIALHO, “A concentração de competências nos processos de rapto internacional de crianças”, in *Revista Julgar Online*, abril, 2017. Disponível em: <http://julgar.pt/a-concentracao-de-competencias-nos-processos-de-rapto-internacional-de-criancas/> [12.12.2018].

de muitos operadores do direito, notando-se, contudo, que essa resistência está a diminuir gradualmente, em prol das exigências da lei, nacional e internacional.

Consideramos ser necessário algumas mudanças e um maior empenho em sanar as divergências existentes na prática de escutar a criança. O juiz Joaquim Manuel Silva sobre essa questão, acredita que um encontro auto avaliativo entre os magistrados, em que poderiam analisar o método de audição da criança uns dos outros e desta forma perceberem seus erros e com isto promover ajustes necessários, seria um modo de aperfeiçoar a audição da criança<sup>329</sup>.

Importa mencionar que para a criança ser adequadamente ouvida, é necessário que os tribunais se empenhem na concretização cuidadosa desse direito, para que a experiência não seja traumatizante para a criança. Não podemos esquecer que a criança de hoje é o adulto de amanhã e que uma criança não ouvida ou indevidamente ouvida poderá, no futuro, vir a ter reflexos nocivos para a sociedade<sup>330</sup>.

#### **3.2.2.4. Boas práticas**

Apesar dos pontos menos satisfatórios apontados anteriormente, muitos são os pontos positivos, no Estado Português, na prática do direito da criança a ser ouvida nos processos que lhe dizem respeito.

Portugal, para além de estar integrado na legislação internacional sobre os direitos humanos e direitos da criança, possui um longo e rico texto jurídico referente ao direito da criança a ser ouvida. Pode observar-se, pelo caminho traçado na legislação nacional, uma absorção positiva dos preceitos indicados pelos instrumentos jurídicos que ratificou.

Temos uma legislação nacional participativa, com autonomia progressiva e preocupada em adequar-se ao novo conceito de criança. É de notar a importância que já é dada à inclusão da opinião da criança em várias vertentes da lei: na lei de adoção, na lei do apadrinhamento civil, na lei sobre a Colheita e Transplante de Órgãos, e em variados códigos.

---

<sup>329</sup>Cf. Entrevista concedida pelo Dr. Joaquim Manuel Silva, Lisboa, 27 de dezembro de 2018. A entrevista na íntegra encontra-se transcrita no Anexo IV. Arquivo .mp3 (39:00 min.).

<sup>330</sup> Cf. Entrevista concedida pela Dra. Ana Chinita, Seixal, 12 de dezembro de 2018. A entrevista na íntegra encontra-se transcrita no Anexo II. Arquivo .mp3 (41:00 min.).

Nota-se uma crescente sensibilização por parte dos juízes do Tribunal de Família e Menores, que tem vindo a acentuar-se a partir de 2016. Os operadores do direito estão a evoluir positivamente e a mudar a forma de atuar, no que se refere ao interesse superior da criança, procurando formação e atualização para estarem capazes de enfrentar os desafios, no que diz respeito às particularidades da aplicação do direito voltado para a criança. As ações de formação sobre este tema ocorrem frequentemente em todo o país, são vários congressos e seminários sobre o tema, e percebe-se que o tema tem estado em evidência com regularidade no meio académico.

Como também já foi mencionado, os juízes mostram-se preocupados em proceder de acordo com o interesse superior da criança pelo que, muitas vezes, mobilizam-se para criar nos tribunais, espaços apropriados à criança.

Os tribunais, na sua maioria, consideram que a opinião da criança é um elemento preponderante na decisão, dependendo, claro, da sua idade, mas sempre tendo como limite o interesse superior da criança. Portanto, teoricamente, ao incentivar-se o direito da criança a ser ouvida e a participar no processo, confirma-se a cultura da criança como sujeito de direitos e não como algo que pertence aos pais, o que nos conduz a um processo para a criança e não a um processo de partes<sup>331</sup>.

Na decisão, a maioria dos juízes apenas regista que a criança foi ouvida, sem anotar os pormenores do que foi proferido pela criança, e muitos não permitem a presença do advogado dos progenitores durante a audição da criança. Este procedimento protege a criança para que possa dar sua opinião com o menor grau de tensão possível, e garante a confidencialidade da audição da criança, assegurando-lhe a proteção pós-audição e a confiança no tribunal.

Nos casos de rapto internacional, existe grande colaboração entre os Estados Europeus e mesmo com outros Estados. Nas videoconferências, tantas vezes necessárias para se ouvir a criança quando esta se encontra num outro Estado, consegue-se ouvi-la com a necessária privacidade e de forma adequada.

Muitos juízes, que em determinados processos, verificam ser necessário, para a proteção da criança, a nomeação de um advogado<sup>332</sup>, fazem-no, apesar de ainda ser considerado algo um pouco ousado, mas inevitável, no caminho trilhado pelo direito da criança em Portugal<sup>333</sup>.

---

<sup>331</sup>Cf. Entrevista concedida por Rui Alves Pereira, *cit.*

<sup>332</sup> Cf. Entrevista concedida pela Dra. Ana Chinita, *cit.*

<sup>333</sup> Cf. Entrevista concedida por Rui Alves Pereira, *cit.*

Há, portanto, uma sensibilização por parte dos operadores do direito em atuar e decidir sempre conforme o interesse superior da criança, ouvindo-a, tendo a sua opinião como preponderante para a decisão e protegendo-a após a audição.

Assim, o ordenamento português integrou os preceitos da CDC, Convenção de Haia de 1980 e Regulamento de Bruxelas II *bis*, de forma positiva. Os operadores do direito, em regra, têm procurado assegurar o direito da criança a ser ouvida, têm em consideração a sua opinião e estão quase que um passo à frente da lei, quando procuram melhorar cada vez mais os seus métodos. Um exemplo disso é a formulação de um modelo processual para o rapto internacional que está a ser criado pelo juiz. António José Fialho<sup>334</sup>.

O cenário português atual é bastante positivo quando comparado com os procedimentos há alguns anos atrás e com uma tendência acentuada em melhorar ainda mais.

---

<sup>334</sup> Cf. Entrevista concedida pelo Dr. António José Fialho, *cit.*

#### 4. CONCLUSÃO

O principal objetivo desta dissertação foi fazer uma análise dos direitos da criança no âmbito da sua audição no processo judicial, essencialmente no que respeita ao fenómeno do rapto internacional da criança pelos seus progenitores e perceber de que modo é que os tribunais portugueses procedem, ou não, à audição da criança nos processos em que estas estão envolvidas, se a sua opinião é tida em consideração na tomada dessas decisões e, para além disso, tentarmos identificar, não só as boas práticas, mas também as incongruências existentes entre a lei e a sua aplicabilidade.

Para responder à curiosidade que estes temas levantaram, foi lida literatura sobre a legislação e a doutrina jurídica existente sobre o tema, assim como várias jurisprudências referentes ao direito da criança a ser ouvida em casos de responsabilidade parental e do rapto internacional. Para além disso, foi usado o método de investigação empírica através da realização de entrevistas gravadas em áudio, a alguns magistrados judiciais e a um advogado.

Como nos fomos apercebendo ao longo do estudo elaborado, a criança, durante um longo curso da história, era entendida como propriedade da família, sendo, muitas vezes, submetida e exposta a situações de violência e de exploração. O século XIX foi marcado por uma viragem no modo como a criança era perspectivada, o que veio a dar origem à criação de muitos documentos jurídicos, em prol da criança. Contudo, só em 1989, é que foi adotada a Convenção sobre os direitos da criança, instrumento jurídico que veio alterar a lógica assistencial e de proteção da criança. A criança passou a ser reconhecida como um sujeito de direitos, tendo-lhe sido consagrado o seu interesse superior, como princípio basilar nas decisões que lhe diziam respeito. O direito a ser ouvida passou a ser uma questão preponderante nas tomadas de decisão.

A CDC, ao entender a criança como sujeito de direitos, no seu artigo 12.º, orienta os Estados a ouvirem a opinião da criança nas questões que a afetam e a terem em consideração essa opinião. O direito da criança a ser ouvida foi sendo reforçado, desde então, constituindo um padrão de direito supranacional e revelando-se como consenso comum positivo quanto à importância da concretização do direito da criança a ser ouvida.

No contexto de rapto internacional da criança, a Convenção de Haia de 1980 consagrou o direito da criança a ser ouvida e, dessa forma, concedeu-lhe a faculdade de se poder opor ao seu regresso para o seu Estado de residência habitual, conforme o seu

artigo 13.º, reconhecendo a opinião da criança como um fundamento autónomo e relevante para a decisão judicial de regresso. No contexto europeu, o Regulamento fundado na pretensão de garantir o pleno respeito dos direitos fundamentais da criança, também destaca a importância da criança a ser ouvida nos processos de raptos internacionais ocorridos na União Europeia e evidencia a preocupação em efetivar tal direito, ao dispor no seu artigo 11.º, n.º 2, que deve ser dada à criança a oportunidade de ser ouvida durante o processo, exceto se tal for considerado inadequado em função da sua idade ou grau de maturidade. Esta exceção deve ser interpretada de forma restrita. A importância do direito da criança a ser ouvida é tal, que constitui um dos requisitos para a supressão do procedimento de *exequatur* em matéria de direito de visita e de decisões que exigem o regresso da criança. Também possibilita a contestação do reconhecimento e da execução de uma decisão em matéria de responsabilidade parental, com base no facto de a criança em causa não ter tido a oportunidade de ser ouvida, conforme artigos 41.º e 42.º.

Pudemos constatar, da análise que foi levada a cabo para este trabalho, que Portugal se tem vindo a esforçar na efetivação do reconhecimento da criança e dos seus direitos na sociedade. Com a entrada em vigor da RGPTC, o novo modelo de justiça da criança acolheu o direito da criança a ser ouvida, tendo procurado concretizar os princípios e pressupostos firmados com a ratificação da CDC e dos instrumentos jurídicos, a nível regional, que reafirmam tais princípios. O legislador português não só reconheceu, à criança, o direito de exprimir a sua opinião nos processos de promoção e proteção, como também forneceu os meios legais necessários ao exercício desse direito.

Também nos foi possível inferir, das entrevistas que elaborámos, que na prática judiciária ainda há muito a melhorar para que se possa alcançar um método de escuta da criança que esteja conforme o que é indicado na legislação internacional. Porém, também foi possível averiguar, através dessas mesmas entrevistas, que no cenário nacional muito de positivo se tem vindo a fazer. Pudemos perceber que as autoridades judiciárias, assim como quem lida com a criança durante os processos, procuram assegurar o direito da criança a ser ouvida sempre que verificam que a audição é necessária. Que, em regra, adaptam a sua linguagem à idade da criança e que procuram atuar de forma a compreender qual é a verdadeira opinião da criança para assim poderem decidir em acordo com o seu interesse superior.

Também observámos que há uma orientação relativamente uniforme quanto à interpretação do interesse superior da criança, entre as autoridades judiciárias. Os

profissionais do direito, apesar da sua pouca disponibilidade, procuram formação e atualização sobre este tema, de modo a atuarem de forma mais eficaz e recorrem a técnicos especializados sempre que de tal necessitem, afim de não haver dúvidas na tomada de decisão. Apesar das diferentes formas de atuação das autoridades judiciais, verificámos que existe o interesse comum de melhorarem, cada vez mais, a concretização da audição da criança e de que a sua opinião seja tida em consideração. Verificámos que estes profissionais procuram atender às recomendações da CDC e do Comité dos Direitos da Criança e procuram proporcionar audições informativas, voluntárias, relevantes, inclusivas, assentes em formação adequada e segura, atenta aos riscos resultantes da participação.

Vimos, que no processo de rapto internacional, de jurisdição voluntária, mas com as particularidades da Convenção de Haia de 1980 e do Regulamento, o direito da criança a ser ouvida é parte preponderante na decisão de regresso e que existe uma orientação dominante no sentido de se ouvir a criança menor de 12 anos e de que a sua opinião seja tida em consideração.

Com este estudo, pudemos observar que ainda é necessário a criação de um modelo processual que melhore a orientação dos operadores de direito no processo de rapto internacional e acreditamos ser a concentração de competências, um método eficaz e fundamental para acelerar o tratamento dos processos por rapto de crianças, método esse que muito iria beneficiar a justiça em Portugal.

Por fim, foi possível reconhecer que as autoridades judiciárias entendem estar o Estado Português a cumprir com o estipulado pela lei. Muitos agentes estão profundamente envolvidos na concretização do direito da criança a ser ouvida e, para isso, até se mantêm, por vezes, um passo à frente da lei quando esta é, aparentemente, ambígua. Também reconhecemos existir um positivismo quanto à evolução e concretização daquele direito no país, assim como um crescimento constante do entendimento quanto à importância da criança a ser ouvida no seu interesse superior. As autoridades judiciárias tendem a assegurar o direito da criança a ser devidamente ouvida nos processos de rapto internacional, no entanto, ainda se nota haver a necessidade de aperfeiçoamento dos métodos utilizados que, certamente, serão gradualmente alcançados.

Conforme se foi desenvolvendo este estudo, foi possível aperceber-nos do universo dos problemas que envolvem o direito da criança e das possibilidades que existem para a tomada de decisão nos processos que as envolvem, essencialmente no

que respeita ao fenómeno do rapto internacional da criança pelos seus progenitores. No entanto, com a elaboração deste trabalho, julgo ter contribuído, de alguma forma, para um esclarecimento sobre o direito da criança a ser ouvida e a que a sua opinião seja tida em consideração, assim como, senão dar a conhecer o universo da justiça em Portugal, no que a este termo se refere, pelo menos chamar a atenção para as melhorias a implementar no sistema judicial e evidenciar o que de melhor se faz nesse sentido.

## 5. LISTA BIBLIOGRÁFICA

ALBUQUERQUE, Catarina, “As Nações Unidas, a Convenção e o Comité”, in *Documentação e Direito Comparado*, n.º 83/84, 2000.

ALBUQUERQUE, Catarina, “O princípio do interesse superior da criança”, in *Revista do CEJ Tomo III*, Lisboa, n.º 1, 2014.

ALBUQUERQUE, Cristina Pinto; SANTOS, Clara Cruz; e ALMEIDA, Helena Neves, “Intervenção sociojurídica com crianças em perigo em Portugal: eixos de um sistema multifacetado” in *Revista Serviço Social e Saúde*, n.º 2, 2014, disponível em: <https://periodicos.sbu.unicamp.br/ojs/index.php/sss/article/view/8634902/2800>

AMORIM, Rui Jorge Guedes Faria, “O interesse do menor: um conceito transversal à jurisdição de família e crianças”, in *Revista do CEJ*, n.º 12, 2009.

ANDRADE, Anderson Pereira, “A Convenção sobre os Direitos da Criança em seu décimo aniversário: avanços, efetividade e desafios”, in *Rev. Fund. Esc. Super. Minist. Público Dist. Fed. Territ.*, ano 8, vol. 15, 2000.

ARIÉS, Philippe, *História Social da Criança e da Família*, 2.ª edição, Rio de Janeiro, Zahar, 1981.

ARAÚJO, Nadia, *Direito internacional privado: teoria e prática brasileira*, Rio de Janeiro, Renovar, 2006.

BANTEKAS, Ilias, “European Commentaries on Private International Law: Brussels II bis Regulation”, in *Journal of Private International Law*, Vol. 9, 2013.

BELEZA, Maria dos Prazeres, “Os instrumentos internacionais e o princípio da audição da criança”, in *Revista do CEJ*, Lisboa, Almedina, Tomo III, 2014.

BELEZA, Maria dos Prazeres, “Jurisprudência sobre rapto internacional de crianças”, in *Revista Julgar*, n.º 24, 2014.

BOLIEIRO, Helena; GUERRA, Paulo, *A Criança e a Família – Uma questão de direito(s)*, 2.ª Edição Atualizada, Coimbra, Coimbra Editora, 2014.

BRUCH, Carol S., “Casos de rapto internacional de crianças: experiência ao abrigo da Convenção da Haia de 1980”, in *Infância e juventude*, n.º 3, 1993.

CANDEIAS, Marisa, “1911/2011: Um século de Proteção de Crianças e Jovens”, in Trabalho apresentado no *III Seminário de I&DT – Centro Interdisciplinar de Investigação e Inovação do Instituto Politécnico de Portalegre*, realizado nos dias 6 e 7 de Dezembro de 2012

CASANOVA, Salazar José Fernando, “O Regulamento (CE) n.º 2201/2003 do Conselho e o princípio da audição da criança”, in *Scientia Iuridica - Revista de Direito Comparado Português e Brasileiro*, Braga, Tomo LV, n.º 306, 2006.

CLEMENTE, Rosa Maria, “Um novo olhar sobre a criança - um direito novo de promoção de direitos e de proteção”, in *Intervenção social*, n.º 17/18, 1998.

DEMAUSE Lloyd, *História da Infância*, trad. de María Dolores López Martínez, Madrid, Alianza Editorial, 1982.

DOLINGER Jacob, *Direito Internacional Privado – A criança no Direito Internacional Privado*. Rio de Janeiro, Renovar, 2003.

DUARTE Maria Luísa, *Direito internacional público e ordem jurídica global do século XXI*, Coimbra Editora, 1.º ed., 2014.

EPIFÂNIO, Rui e FARINHA António, *Organização Tutelar de Menores Anotado*, Coimbra, Almedina, 1987

FERNANDES, António Teixeira, “Dinâmicas familiares no mundo actual: harmonias e conflitos”, in *Análise Social*, vol. XXIX n.º 129, 1994,

FIALHO, Antonio José, “A concentração de competências nos processos de rapto internacional de crianças”, in *Revista Julgar Online*, abril, 2017.

FIALHO António José, “(Novos) desafios para os juizes das famílias e das crianças”, in *Revista JULGAR*, n.º 24, Coimbra Editora, 2014

FIALHO, Anabela de Jesus Raimundo, “Audição da criança: desafios e oportunidade”, in *Caderno Especial: II Jornada de Direito de Família e da Criança – o direito e a prática forense*, Lisboa, Centro de Estudos Judiciários, 2018. Disponível em: [http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/familia/eb\\_JornadasFamiliaC2018.pdf](http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/familia/eb_JornadasFamiliaC2018.pdf)

GASPAR, Renata Alvares; e AMARAL, Guilherme, “Sequestro internacional de menores: os tribunais brasileiros têm oferecido proteção suficiente ao interesse superior do menor?”, in *Meritum: Revista de Direito da Universidade FUMEC*, Belo Horizonte, Universidade FUMEC, Vol. 8, n.º 1, 2013.

GONÇALVES, Maria João; e SANI Ana Isabel, “Instrumentos jurídicos de proteção às crianças: do passado ao presente”, in *e-cadernos CES*, 2013. Disponível em: <http://journals.openedition.org/eces/1728> ; DOI : 10.4000/eces.1728

GRAHAM, Anne; e FITZGERALD, Robyn “Children’s participation in research: Some possibilities and constraints in the current Australian research environment”, in *Journal of Sociology - The Australian Sociological Association*, Volume 46, 2010, p. 137.

Disponível em: <https://www.coursehero.com/file/12947838/Graham-and-Fitzgerald-2010/>

GONÇALVES Anabela Susana de Souza, "A deslocação ou retenção ilícitas de crianças no regulamento n.º 2201/2003 (Bruxelas II bis)", in *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 6, n.º 1, 2014.

GONÇALVES, Anabela Susana de Sousa, "Aspetos civis do rapto internacional de crianças: Entre a Convenção de Haia e o Regulamento de Bruxelas II bis", in *Cadernos de Direito Actual*, n.º 3, 2015.

GONÇALVES, Anabela Susana de Sousa, "O caso Rinau e a deslocação ou retenção ilícitas de crianças", in *Unio – EU Law Journal*, Junho, 2014.

HODGKINE, Rachel e NEWELL Peter, *Manual de aplicacion de La Convencion sobre los Derechos Del Niño*, Genebra, UNICEF, 2004.

JERÓNIMO, Patrícia, "O direito da criança em Timor-Leste", in *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Heinrich Ewald Hörster*, Coimbra, Almedina, 2012.

JERÓNIMO VINK, Patrícia e FINCH Nadine, "Judicial implementation of article 3 of the Convention on the rights of the child in europe - The case of migrant children including unaccompanied children", in *Report to Unicef*, 2012, disponível em [Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights Regional Office for Europe](#)

MARCILIA, Maria Luiza, "A Lenta Construção dos Direitos da Criança Brasileira Século XX", in *Revista USP*, n.º 37, 1998.

MARCHESINE, Sephora, "Rapto parental internacional de menores na união europeia a partir do ordenamento jurídico português", in *Revista de direito internacional e globalização econômica*. vol 1, nº 1, 2017.

MARINHO, Carlos Gonçalves, "Violação do direito de visita, retenção e deslocação ilícitas de crianças – o Regulamento (CE) n.º 2201/03 (Bruxelas II bis), a Convenção da Haia de 19/10/1996 e a Convenção da Haia de 25/10/1980" in *Direito Internacional da Família - Tomo I, Centro de Estudos Judiciários*, junho, 2014, pp. 166-177.

MARTINS, Maria João, *História da criança em Portugal*, Lisboa, Ed. Parsifal, 2014

MAURIQUE, Jorge António, "Anotações sobre a Convenção de Haia", in *Revista de Doutrina da 4ª Região*, 2017.

MÉRIDA, Carolina Helena Lucas, "Sequestro Interparental: O Novo direito das crianças", in *Revista Internacional de Direito e Cidadania*, n.º 9, 2011.

MESSERE, Fernando L. de L., *Direitos da Criança: O Brasil e a convenção sobre os aspectos civis do sequestro internacional de crianças*. Dissertação de Mestrado em

Direito das Relações Internacionais, Faculdade de Direito – Centro Universitário UniCEUB, Brasília, 2005.

MOTA, Helena, “Os efeitos patrimoniais do casamento e das uniões de facto registadas no Direito Internacional Privado da União Europeia. Breve análise dos Regulamentos (UE) 2016/1103 e 2016/1104, de 24 de junho”, in *Revista Eletrônica de Direito*, n.º 2, junho, 2017.

MONTEIRO A. Reis, *Direitos da criança: era uma vez...*, Coimbra, Almedina, 2010.

MAXIMIANO, Ana Cristina, “A Lei Tutelar Educativa – desafios da sua aplicação prática”, in *Revista do CEJ*, Lisboa, 2015, disponível em: [http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/familia/Intervencao\\_Tutelar\\_Educativa.pdf](http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/familia/Intervencao_Tutelar_Educativa.pdf)

MARQUES, Bernardo Seruca, “Audição da Criança: desafios e oportunidade”, in *Caderno Especial: II Jornada de Direito de Família e da Criança – o direito e a prática forense*, Lisboa, Centro de Estudos Judiciários, 2018, disponível em: [http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/familia/eb\\_JornadasFamiliaC2018.pdf](http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/familia/eb_JornadasFamiliaC2018.pdf)

MELO, Maria de Fátima e SANI, Ana Isabel, “A audição da criança na tomada de decisão dos magistrados”, in *Revista de Psicologia – Universidade do Chile*, 2015, disponível em: <https://revistas.uchile.cl/index.php/RDP/article/view/37067/38652>

OLIVEIRA, Elsa Dias de, “Convenções internacionais e direito comunitário no domínio do direito dos menores”, in *Revista do CEJ*, Lisboa, n.º 3-4, 1995

PEDROSO, João e BRANCO, Patrícia, “Mudam-se os tempos, muda-se a família. As mutações do acesso ao direito e à justiça de família e das crianças em Portugal”, in *Revista Crítica de Ciências Sociais*, n.º 2, 2008, disponível em: <https://journals.openedition.org/rccs/619>

PEREIRA, Rui Alves, “Por uma cultura da criança enquanto sujeito de direitos – O princípio da audição da criança”, in *Revista Julgar Online*, Coimbra, 2015

PÉREZ-VERA, Elisa, *Explanatory report on the 1980 Hague child abduction convention*. Hague, HCCH, 1982

PINHEIRO, Jorge Duarte, “Direito da Família sem fronteiras”, in *Direito Internacional da Família - Tomo I*, Centro de Estudos Judiciários, junho, 2014.

QUENTAL, Ana Margarida et al, “O direito de audição da criança no âmbito de processos de rapto parental internacional”, in *Revista do CEJ*, Lisboa, n.º II, 2013

RAMOS, Rui Manuel Moura, “O rapto de crianças no plano internacional”, in *AAVV, Direito n(um)a hora*, Coimbra, Ed. Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2017.

RIBEIRO, Alcina da Costa, “O Direito de Participação e Audição da Criança no Ordenamento Jurídico Português”, in *Revista Data Venia - Revista Jurídica Digital*, Ano 3, n.º 4, 2015

RIBEIRO, Geraldo Rocha, "O Regulamento Bruxelas II *bis* [Regulamento (CE) 2201/2003, do Conselho, de 27 de novembro de 2003, relativo à competência, ao reconhecimento e a execução de decisões em matéria matrimonial e em matéria de responsabilidade parental e que revoga o Regulamento (CE) 1347/2000]", in *Revista do CEJ*, Tomo III, novembro, 2014

RIBEIRO, Geraldo Rocha, “Rapto Internacional: o problema internacional e instrumentos de resolução”, in *Revista do CEJ* - Tomo I, Centro de Estudos Judiciários, junho, 2014, p. 142-158.

ROSEMBERG, Fúlvia e MARIANO, Carmem Sussel, “A Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança: Debates e tensões”, in *Cadernos de Pesquisa*, v. 40, n.º 141, 2010

SANI, Ana Isabel, “Reflexões sobre infância e os direitos de participação da criança no contexto da justiça”, in *E-Cadernos CES*, n.º 20, 2013, disponível <https://journals.openedition.org/eces/1668>

SANTOS, Jorge e VIDAL, Joana Marques, *Cooperação judiciária internacional nas áreas civil, comercial, de família e menores*, Editora Ina, 2007.

SILVA, Joaquim Manuel da, *A família das crianças na separação dos pais – a guarda compartilhada*, Petrony Editora, 2016.

SILVA, Leonardo Peter da, “Breves considerações acerca da Convenção de Haia sobre os aspectos civis do sequestro internacional de crianças à luz do Direito Internacional Privado”, in *Jus Navigandi*, ano 11, n.º 1270, 2006, disponível em <http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/22268-22269-1-PB.pdf>

SILVA, Nuno Ascensão, “O Regulamento Bruxelas II *bis* [Regulamento (CE) 2201/2003, do Conselho, 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 e que revoga o Regulamento (CE) n.º 1347/2000]”, in *Revista do Cej*, Tomo III, novembro, 2014.

SOTTOMAYOR, Maria Clara, *Exercício do poder paternal (relativamente à pessoa do filho, após o divórcio ou à separação de pessoas e bens)*, 2.ª ed., Lisboa, Publicações Universidade Católica, 2003.

SOTTOMAYOR, Maria Clara, *Temas de Direito das Crianças*, Coimbra, Almedina, 2014.

SOTTOMAYOR, Maria Clara, *Regulação do Exercício do Poder Parental nos Casos de Divórcio*, Coimbra, Almedina, 2014.

TOMÁS, Catarina, “Um Roteiro pela História dos Direitos da Criança”, in *Alicerces*, 2012.

TOMÁS, Catarina, “Participação não tem idade: Participação das crianças e cidadania da infância”, in *Contexto & Educação*, n.º 78, ano 22, 2007.

TOMÉ, Maria Rosa Ferreira Clemente de Moraes, *Justiça e Cidadania Infantil em Portugal (1820-1978) e a Tutoria de Coimbra*, Coimbra, Universidade de Coimbra, Tese de Doutoramento em Letras, área de História na especialidade de História Contemporânea, 2012.

TONINELLO, Fernanda, "A Aplicação dos direitos fundamentais nos casos de sequestro internacional de menores", in *Revista Direitos Fundamentais e Democracia*, v. 1, n.º 1, 2007.

## 6. LISTA DE REFERÊNCIAS JURISPRUDENCIAIS

### **Jurisprudência Tribunal de Justiça da União Europeia**

Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia, *Korkeinhallinto-oikeus*, processo C-532/07, de 2 de abril de 2009.

Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia, *DorisPovse vs. Mauro Alpago*, processo n.º C211/10, de 1 julho 2010

Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia, *Inga Rinau*, processo n.º C-195/08 PPU, de 11 de julho 2008.

Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia, *JosebaAndoniArguirreZarraga vs. Simone Pelz*, processo n.º C-491/10, de 22 de dezembro de 2010.

Todos disponíveis em: [https://curia.europa.eu/jcms/jcms/j\\_6/pt/](https://curia.europa.eu/jcms/jcms/j_6/pt/)

**Jurisprudência Portuguesa**

Acórdão 687/16.2T8TMR.E1, Tribunal da Relação de Évora, acórdão de 25 de maio de 2017, disponível em

<http://www.dgsi.pt/jtre.nsf/134973db04f39bf2802579bf005f080b/13a589c268ad885180258131003a87d0?OpenDocument>

Acórdão 3484/16.1T8STS-A.P2, Tribunal da Relação do Porto. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/72489f79f2958fcf8025824000525502>

Acórdão 1169/08.1TBCSC-A.L1-1, Tribunal da Relação de Lisboa. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/e6e1f17fa82712ff80257583004e3ddc/e4d2e9e5000eb4f2802577ad0036e9e2>

Acórdão 3473/05.1TBSXL-D.L1-8, Tribunal da Relação de Lisboa. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/d7bc9220b76f056080257974004328f8?OpenDocument&Highlight=0,3473%2F05.1TBSXL>

Acórdão 761/15.2.T8CSC.L1-7, Tribunal da Relação de Lisboa. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/c25fbf0a08a9fa7e80257f0800508474>

Acórdão 941/14.8TAFUN.11.-3, Tribunal da Relação de Lisboa. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/68429ad8589445f980258045002db1c6?OpenDocument>

Acórdão 1133/13.9TBTVD-D.L1-2, Tribunal da Relação de Lisboa. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/5c7f2e446816d53680258226004eb2ce?OpenDocument&Highlight=0,3473%2F05.1TBSXL>

**ANEXOS I****Entrevistado: Advogao Rui Alves Pereira (RAP)****Entrevistador: Nathália Monte (NM)****Data e local: 11 de dezembro de 2018, Lisboa****Duração: 22:08 minutos**

**NM** - Dr. Rui, diante da sua experiência em tribunal, com crianças e, sabendo que a criança é ouvida, em regra, pelo juiz, tendo um apoio de assessoria técnica, qual é a sua opinião sobre essa forma dela ser ouvida?

**RAP** - Primeiro, para começar por dizer que, de facto, esta prática forense da audição da criança, sempre existiu, há muitos anos atrás, sempre existiu, mas de facto ainda não estava muito enraizada. Eram em casos muito pontuais, obviamente estou a falar dos processos que tenham a haver essencialmente com a questão das responsabilidades parentais, entre os progenitores. Portanto, nos outros processos, de facto, era assegurado.

Depois, diria que daqui à 10 anos desta parte, efetivamente, começou-se a tornar a transformar numa prática, de ouvir as crianças, e ouvir as crianças a partir, nomeadamente, dos 12 anos, que era uma idade de referência que nós tínhamos. Isso não significa que não tenham sido ouvidas crianças antes dos 12 anos. E, portanto, da minha prática e na minha opinião, como eu sempre defendi, para mim, verdadeiramente, o processo de responsabilidades parentais não é um processo de partes, um processo contraditório, mas é um processo que tem apenas uma criança, uma única parte. Esse direito está a ser cautelado.

Se me perguntar como é que ele tem sido concretizado na prática; efetivamente estamos todos nós ainda aqui à procura da melhor forma de o fazer; sob o ponto de vista logístico eu penso que o tribunal tem estado muito bem, os tribunais portugueses têm estado muito bem porque cautelam-se sempre quando a criança chega ao tribunal, há sempre um senhor funcionário que a leva a uma sala das crianças, quando têm, uma sala para crianças. Acabam por familiarizar a criança com o Tribunal, que é um funcionário....

**NM** - Há um preparo técnico, então?!

Há um preparo, nomeadamente, da parte de quem recebe efetivamente as

crianças; ponto número um. Ponto numero dois, de facto, quem precede à audição da criança é o juiz, senhor magistrado judicial, com a presença, obviamente, do representante da criança que é o ministério público. Por regra, as partes, os advogados e os pais, não estão presentes. Quer dizer, nunca estão presentes. Esta audição é levada a cabo pelo Tribunal; que pode estar assessorado, como disse e muito bem, por uma assessoria técnica ou eventualmente pode ser também um psicólogo. Da prática o que é que eu acho, das questões que se levantam aqui, portanto, em suma, de facto está enraizado, está efetivamente...., é sólida de facto esta prática e esta defesa do direito da criança. Que questões me parecem aqui que são muito importantes na prática que tem que ser...., e que temos que, de facto, alterar, e que a pratica tem que nos conduzir a isso, e que aliás vai de encontro com aquilo que estava a falar à pouco sobre esta revisão do Regulamento de Bruxelas II *bis* que vai prever um artigo concreto sobre a audição da criança e sobre as medidas.

Primeiro, quase sempre, a criança para ir a Tribunal tem que ..., é levado pelo pai ou pela mãe. Também, quase sempre, a criança quando é convocada para exercer o seu direito ao Tribunal, é feito através de uma notificação que é feita aos pais ou ao advogado dos pais. E portanto, normalmente, pode ser com um mês de antecedência, um mês e meio de antecedência, e aquilo que eu tenho registado na pratica, que é esse de facto o meu receio, é que, a criança sabe antecipadamente que vai a Tribunal, com um mês de antecedência, um mês e meio, os pais não se coíbem de, entre aspas, “falar sobre o assunto”, eu não quero falar isto como instrumentalização, mas, quero dizer que, de facto, os pais, enfim, de uma forma emocional, acabam por transmitir um bocadinho de essa intenção e a importância que a audição dela pode ter. Isto, de facto, preocupa-me, porque percebe-se claramente que há crianças que depois chegam à audição; não por terem estado presentes porque de facto os advogados não estão, mas que se percebe claramente que algumas crianças foram genuínas, foram verdadeiras, e há outras que acabaram por adoptar um discurso, que é um discurso um bocadinho instrumentalizado. E como é que você percebe isso? Percebe isso, que isto é um discurso instrumentalizado quando percebe que: no decorrer, no final da audição da criança dessa inteligência, e o Tribunal nos transmite efetivamente, alguns dos pontos que a criança focou, curiosamente alguns deles são precisamente a posição de um dos progenitores, que está por escrito. E portanto, isto para mim é uma preocupação. Por isso é que eu defendo a confidencialidade da audição da criança. Mas que não nos resolve a primeira questão. Porque mesmo que seja confidencial a

audição, acabamos por não salvaguardar este período em que a criança está à espera para ser ouvida e que pode estar sujeita a uma instrumentalização da parte dos pais. Como é que nós controlamos tudo isto? Eu costumo dizer, às vezes, que as crianças não devem ir ao Tribunal, mas provavelmente o Tribunal podia ir ter com a criança.

**NM** - Como na Alemanha !?

**RAP** - Exatamente. Portanto, quando, efetivamente, nós temos uma conferência de pais que vai ser marcada e sabemos à partida que vamos convocar a criança, em vez de convocar para aquele dia, o Tribunal tem que se antecipar e deslocar-se à criança; deslocar-se ao local onde a criança se encontra, que pode ser uma escola ou enfim, para efetivamente apurar logo a sua vontade. Eu acho que isso poderia ser uma forma. Portanto, por isso é que defendo também a confidencialidade. o segundo aspecto que na pratica me parece também que é relevante, que é, e que...e que me vem também desmistificar, para quem nos ouve, para quem escreve, e para quem estuda estas questões, e também para quem exerce de facto este direito das crianças, nomeadamente, por parte dos senhores magistrados que, efetivamente, são eles que conduzem esta audição. A audição da criança é um direito da criança não é um dever. Dito de outra forma, como já escrevi: o tribunal deve perguntar à criança se ela sabe porque é que ela está lá, e, se ela quer ou não quer falar sobre o assunto. Se ela disser que não quer falar sobre o assunto, está acautelado o direito de audição da criança. Ou seja, não é pressuposto do teor, do conteúdo da audição da criança ela ter que falar necessariamente sobre o assunto, pode não querer falar.

**NM** - Mas o dr. acredita que é o juiz que deveria sempre ouvir a criança ?

**RAP** - Sobre essa matéria, obviamente que é uma matéria muito discutível. Como é evidente, é sempre muito discutível. Eu considero que quando estamos a falar de um processo que decorre perante as autoridades judiciais, neste caso, perante um Tribunal, efetivamente, há alguém que comanda este processo e esse processo é o magistrado judicial. Ponto. Terá que sempre ser ele a comandar.

Se me perguntar a mim como me sentiria mais confortável, ...mas eu falo na qualidade de jurista, e portanto, não pondo em causa nem a qualidade dos senhores magistrados, que têm muita experiência como os advogados terão, que me sentiria mais confortável se estivesse lá um psicólogo, enfim, com experiência, com sabedoria, que tem outro “*know how*” na forma como deve interpelar a criança; que perguntas é que deve fazer; mas também, essa psicóloga que está lá, tem que ser uma psicóloga que já conheça a criança, porque ninguém consegue fazer milagres: naquele dia chega ao

Tribunal e consegue desbloquear tudo. Bom, quanto muito, a grande vantagem é, que essa psicóloga apesar de não conhecer a criança, saberá colocar questões, que porventura, não são questões tão..., que são questões que porventura são as mais importantes, e são questões que, efetivamente, não beliscam com a criança; e que não a fazem sentir que ela está lá para optar por alguém, que não está! Eu não quero com isto dizer, que os senhores magistrados façam este tipo de questões. Estou a dizer, que à partida; à partida, os senhores psicólogos com experiência nestas matérias terão mais..., estarão mais habilitados para o efeito.

Portanto, se me perguntar a mim: qual é a sua opinião? Ouça, eu tenho muitas dúvidas, acho que as coisas devem ser feitas pelos os dois. Isto é, eu diria que o modelo ideal, e aquele modelo que na minha opinião devia coexistir, o que vai também de facto ao encontro daquilo que os instrumentos internacionais nos dizem; na minha opinião, acho que esta audição tem que ser presidida pelo tribunal mas com a colaboração do psicólogo, e efetivamente, essas perguntas poderia ser conduzidas por esse senhor psicólogo e também pelo senhor magistrado, havendo aqui um coexistência entre estes dois profissionais. Pronto, esta é um bocadinho a minha opinião.

Também se me perguntar: mas não acha que era melhor, para exercer o direito de audição, que em vez da criança ter que ir ao Tribunal, que é assim um edifício muito frio e etc., e que pode ser de alguma forma..., que pode ser um edifício que pode de alguma forma marcar as crianças; eu confesso-lhe que, há uns anos a esta parte cheguei à conclusão que isso é um mito. Não há qualquer problema das crianças irem a Tribunal. Porque as pessoas pensam: ai porque o conflito, vão a tribunal, vão optar - não vão optar por nada! Porque ninguém lhes pergunta em Tribunal se querem ficar com uma pessoa ou com outra – isso é nas telenovelas que aparece e portanto, reproduzem mal! Ouça, e, conflito, qual conflito? Conflito já têm as crianças em casa! Já o sentem!

**NM** - Pois é... Mas acredita que um local próprio, em tribunal, faz-se necessário?

**RAP** - Acho que sim. É necessário um sala própria adequada para as ouvir, com um ambiente informal, em que os senhores magistrados não usam as suas becas, enfim, isto também como eu digo, está previsto...

**NM** - Não usam as becas, mas fale-me mais sobre isso, que tipo de roupas usam então?

**RAP** - Nao. Normal! estão vestidos perfeitamente normal...

Fatos ou camisa... ouça, estão numa conversa absolutamente informal. Como se estivessem a conversar num café, só que num espaço próprio, sem as becas. Portanto,

não há ali nenhum registo formal. Isso aí é uma prática que, de facto, os nossos Tribunais também estão a seguir e que também estão a seguir, um bocadinho, as orientações, creio, do Concelho da Europa.

**NM** - E acredita, então, que no Tribunal, quando tem essa audição da criança, há uma linguagem especial para ela? em torno dela?

**RAP** - Eu acho que sim. Fruto, nomeadamente, da experiência dos senhores magistrados, com certeza. E portanto, preocupa-me mais, como deve calcular, e não tenho qualquer problema em dizê-lo, nós estamos a falar de Tribunais principais, os Tribunais principais do direito da família, Lisboa, Porto, seguramente que os senhores magistrados estão lá há muitos anos. Agora, quando estamos a falar de um Tribunal mais do interior, como efetivamente, esta audição, pode ser levada a cabo, provavelmente essa experiência pode não existir, agora, a linguagem que é utilizada é, de facto, cuidada, ..., efetivamente, isso é. Isso é, pelo menos de acordo com aquilo que eu tenho conhecimento.

**NM** - Mas isso vai sendo de acordo com a idade e maturidade da criança, certo?

**RAP** - Exatamente.

**NM** - Mas então, como é que acontece essa identificação da maturidade da criança para que a linguagem se adapte?

Ora bem. Primeiro tem a haver com a própria idade, não é. Como sabe, ainda que as diretrizes do Concelho da Europa desaconselhem a ter uma idade a partir da qual é obrigatório ouvir. No nosso caso, nós temos os 12 anos. Porquê? Nós temos os 12 anos, porque há uma presunção que a partir dos 12 anos esta criança terá a capacidade e discernimento para poder falar.

Repare, mas..., o que eu diria é que: a partir dos 12 anos que o Tribunal convoca. Mas pode chegar, passado dois, três minutos, e perceberem que aquela criança, tem 12 ou 13 anos, mas não tem maturidade suficiente para poder falar sobre o assunto. Percebe-se! Porque, enfim, de acordo com a nossa experiência, de regras de bom senso e percebe-se que não tem.

Agora dir-me-á: bom, mas como é que nós convocamos outras crianças, que não estão..., que não, beneficiam desta presunção legal a partir dos 12?

**NM** - 7 anos, imagine...

**RAP** - Pronto, Aí compete, de facto, a quem representa os pais, se assim o entender. Ou, ao próprio ministério publico, requerer de facto essa audição; ou uma avaliação prévia para ver se, de facto, ela tem maturidade suficiente para exercer esse seu direito.

O direito da criança à sua audição, como há uma psicóloga que costuma dizer, pode ser de várias formas. O silêncio de uma criança, o olhar de uma criança, se ela está com um olhar mais triste ou mais alegre,...

**NM** - o silêncio pode traduzir muito...

**RAP** - Traduz muito e também é uma forma de reproduzir o seu direito, a sua audição, não é?! Portanto, eu diria que isto não pode ser visto de uma forma estanque, mas tem de ser visto de uma forma em que haja uma colaboração entre os vários profissionais, porque você pode, perfeitamente, concretizar o direito de uma criança com quatro, cinco, seis anos de idade..., não talvez, numa estrutura de um Tribunal, mas talvez num consultório de uma psicóloga que consegue obviamente analisar melhor.

**NM** - Muito bem, e qual é a sua opinião sobre a presença e abordagem do advogado dos progenitores durante essa audição?

**RAP** - Pronto..., tal como, enfim, já escrevi sobre isso, e escrevi sobre isso no parecer que lhe enviei, que vai ser agora publicado segundo julgo saber: no boletim da ordem dos advogados, a opinião que está lá refletida parte de vários pressupostos. Eu considerei aquilo que eu considerei, e ainda bem que o considerei, porque agora sou surpreendido com este texto para esta revisão do regulamento de Bruxelas de II *bis*, em que, de facto, vem a dizer isto também.

Ou seja, em primeiro lugar tem que ser um ambiente informal, em segundo lugar eu entendo que os advogados não devem estar presentes porque são os advogados dos pais, e, estarem os pais ou estarem os advogados, as crianças representam nos advogados a figura dos pais. Portanto, é um ambiente que não é confortável para elas, e, portanto, é por esse sentido que eu defendo que não devem estar presentes. Por outro lado, porque considero que quanto menos pessoas tiver, melhor, no decurso da própria audição. Terceiro, considero que não devem estar presentes porque, se quiserem tentar defender, lá está, o tal processo de partes, o tal exercício contraditório relativamente a aquilo que ela disse. Aquilo que ela disse vai ser gravado, não é? E vai ser reduzido a escrito. E portanto, ai poderão exercer, da melhor maneira possível, o exercício do contraditório. Este é que é o nosso problema dos dias de hoje! Que é: este principio do contraditório versus interesse da criança porque continuamos a achar que isto é um processo de partes. Agora, acho que não devem estar presentes por esses motivos,

porque, ouça, porque eu acho que a criança fica desconfortável; porque são demasiadas pessoas; porque também não temos a formação adequada para o efeito, não é? Para além de sermos advogados dos pais, não temos a formação adequada para o efeito. Mas também lhe digo, quando os advogados não têm formação adequada para o efeito, é para fazer perguntas às crianças, porque somos apenas juristas, devíamos ter outro tipo de formação. Mas quando eu digo isto em relação aos advogados, também digo isto em relação aos outros juristas. Ou seja, no meu ponto de vista esta formação adequada no âmbito de outras matérias para além do direito, aplica-se não só aos advogados, mas a todos aqueles profissionais que, por qualquer motivo, sejam magistrados, ministério público, judiciais, ou outro tipo de autoridades, estão em contacto com as crianças. A formação impõe-se a todos. Pronto. E, portanto, eu acho que, de facto, esse ambiente informal passa por os advogados não estarem presentes. Agora, coisa bem diferente, como também já o escrevi, e que, aliás, também nesta revisão ao regulamento de Bruxelas de II *bis* se vem a falar sobre isso; sobre o direito de representação da criança, a ter um advogado. Como sabe, resulta da Convenção Europeia, adotada em Estrasburgo, sobre o exercício dos direitos da criança. Tem direito a um advogado. E agora este próprio regulamento, também, vai prever essa situação. Esse advogado da criança, esse sim, eu acho que tem direito a estar presente. Porquê? Porque está a representar aquela criança como se fosse cliente de pleno direito, e nessa via tem direito a estar presente nessa audição.

**NM** - O dr. falou sobre essa capacitação de profissionais. Então o senhor acredita que Portugal está a corresponder positivamente a esse concelho que é dado sobre a capacitação desses profissionais que lidam com a criança?

**RAP** - Olhe; estamos a caminho. Não estou a dizer que estamos a cumprir com tudo, mas estamos a caminho. E, se estamos a caminho, deve-se de facto a todos esse profissionais; e não aos meios que muitas vezes lhes dão para exercer essa função.

Para lhe dar um exemplo concreto, eu estou a falar ali do Tribunal de Família das crianças de Loures, em que foi criada uma sala para as crianças, e foi com todo o esforço dos senhores magistrados e de outros profissionais. Portanto, são os próprios profissionais que, para terem boas práticas, para ter um bom ambiente, criaram as suas próprias condições. Não foi o Estado que lhes entregou essas condições. Portanto, e é nesse sentido que tenho que fazer este reparo, é que, efetivamente, nós temos leis; nós temos instrumentos internacionais que impõem determinado tipo de regras e determinado tipo de ambiente no exercício desta atividade, mas que é preciso gostar

dessas condições. E eu digo que nós estamos a caminhar muito bem, porque são os próprios profissionais que por consciência dos instrumentos, e daquilo que é melhor para as crianças, têm criado condições à sua maneira para que assim seja. Repare, se, por um lado, os senhores magistrados conseguiram preparar salas para o efeito; os senhores advogados têm consciência que não devem estar presentes na audição. Portanto, somos nós os próprios profissionais que nos adaptamos a esta realidade.

**NM** - O dr. é defensor de um sistema de bolsa, de advogados especialistas; como é que funcionaria essa...

**RAP** - ora bem, como sabe, eu sou defensor dessa bolsa da seguinte forma, como sabe, nós temos um sistema de apoio judiciário, em que há colegas que se inscrevem para poder prestar apoio judiciário; apoio gratuito; patrocínio gratuito às pessoas. E esses colegas inscrevem-se, obviamente, nessa chamada bolsa, e nessa chamada distribuição, depois, de advogados que é feito pelo SINOA. Em que, perante alguém que depois peça um advogado oficioso, há de facto, um sorteio, digamos assim, o SINOA distribui um advogado a aquela pessoa. Pronto. Mas isto é feito de uma forma arbitrária, isto é, eu quando me inscrevo para prestar um apoio judiciário, hoje, em tese, eu posso dizer: eu quero, quero de um forma gratuita, com certeza, quero prestar apoio judiciário e inscrevo-me obviamente junto da Ordem dos Advogados. Ao inscrever-me, eu posso prestar apoio judiciário, por exemplo, em direito da família e em direito fiscal, eu não percebo nada de direito fiscal. Mas posso! Posso dar apoio em direito fiscal. O que eu defendi, foi uma coisa à parte, em que, nessa bolsa de advogados, para as crianças, entenda-se para o advogado da criança. Não estou a falar do advogado dos pais. Que nessa bolsa pudessem concorrer advogados, mas que de facto tivessem conhecimentos da família; que tivessem de ter formação específica em direito da família e outras áreas complementares, tal como recomendam as diretrizes do Concelho da Europa; e que eram pessoas que deviam ser preparadas e formadas para estarem nessa bolsa. Para quando forem indicadas, é de facto indicado um advogado para a criança, que tem essa formação jurídica, e noutras matérias e que não resultasse de um mero sorteio em que alguém, meramente, se inscreveu, ignorando, à partida, se a pessoa tem ou não tem experiência.

Não é nada contra a Ordem que eu pertenço, como é óbvio. Pelo contrário, é apenas adaptar para uma realidade que é diferente.

**NM** - Poderia descrever, resumidamente, quais são os principais problemas da prática da audição da criança nos Tribunais aqui em Portugal.

**RAP** - Os principais problemas, que foi aqueles que eu comecei por dizer à pouco: é a instrumentalização da criança. Mas a instrumentalização da criança, que se está a verificar, de facto com muita pena minha. Eu as vezes utilizo uma expressão: *não sei se insisto ou se desisto*. Porque, de facto, a audição da criança é para concretizar esse direito, e vejo que as crianças estão a ser instrumentalizadas, e estão a ser preparadas pelos pais, porque eles já sabem que vão ser ouvidas. Agora, essa instrumentalização, não nos pode levar; não nos pode fazer chegar à conclusão; ou não nos pode levar a negar este direito. Portanto. Como estão a ser instrumentalizados é melhor não as ouvir. Não. Não é assim que temos de fazer. Temos que encontrar. Portanto. Aquilo que eu acho que é mais evidente, na minha opinião, na prática, é esta questão que, ...por isso é que eu digo, por isso é que os senhores magistrados, e que, devidamente coadjuvados através; com uma assessoria externa, preparados para rapidamente perceber se aquilo que aquela criança está a dizer é genuíno ou se é instrumentalizado. Repare, para a criança é genuíno, como é evidente. Agora, para quem está a ler, se efetivamente, é genuíno ou instrumentalizado. Esta, diria, que é a minha principal preocupação . e é aquilo que eu acho que há de mais resistente; e que se está a verificar com menos, menos, enfim, que se está a verificar com alguma, verifico isto com alguma tristeza; e que põe um bocadinho em causa esse direito.

E por outro lado, também continua a haver alguma resistência, confesso, de, em termos judiciais, de se continuar a aceitar, muitas vezes, em convocar as crianças, ou ouvir as crianças, para ouvir o que elas têm a dizer; porque a sua opinião tem que ser considerada, como sabe. E quando digo aqui, digo também, não só aqui, não é só os Tribunais; portanto, qualquer tipo, de outro tipo de autoridade; portanto, conforme aqui com as diretrizes. Eu acho que esse é o principal aspecto que eu vejo como menos positivo, na prática. Segundo, aquilo que eu vejo como positivo, na prática desta audição, é que, contrariamente, isto não é um bocadinho utópico da minha parte, mas contrariamente ao que penso, todos nós já fomos crianças e agora somos adultos, e temos muito a aprender com eles. Temos muito a aprender: com a sua forma de estar, com a sua forma genuína, com a sua espontaneidade; com a forma que eles muitas vezes nos desmancham. Isto para lhe dar conta que, recordo-me de um processo, que já há muitos anos, em que, é uma criança que já era jovem, tem para ai 14 ou 15 anos, que sempre viveu com a mãe, durante esse período, e agora queria ir viver com o pai para o

estrangeiro, que o pai estava com o carro no estrangeiro; e que, evidentemente, que o Tribunal, perante esta opção dele, com 14, 15 anos, 15 anos, com 16 pode ser teoricamente preso. Portanto, com 15 anos, ficamos todos preocupados com o que era legítimo. O Tribunal: mas o que é que se passou com esta mãe e com esta criança, para ele ter vivido com a mãe 15 anos e agora querer viver com o pai? Mas gosta da mãe? Não gosta da mãe? A mãe fez alguma coisa? Não fez? Esta foi a preocupação. No sentido de fazer uma audição: se gostava da mãe, se passou alguma coisa, e ele, simplesmente nos respondeu desta forma, eu digo nos respondeu, porque eu estive presente, porque ele tinha 15 anos, e o Tribunal entendeu que os advogados podiam estar presentes os advogados. Ele disse: Não. Eu adoro a minha mãe. Fantástico. Quero estar com a minha mãe, mas vivi com a minha mãe 15 anos. Importam-se que eu viva agora com o meu pai mais 3. É só isto. Não é mais do que isto. Não tem nenhuma coisa a apontar nem a um nem a outro. Adoro a minha mãe, gosto muito dela, dou-me muito bem com ela, ela trata-me muito bem, só que, gostava de viver agora 3 anos com o meu pai; passar por essa experiência, posso?! É tão simples quanto isto, portanto, não há aqui mais nada. Porque é este olhar mais simples, e o olhar por eles é muito mais simples do que um olhar por um adulto, porque o olhar do adulto conduziu-nos logo para aquela realidade que é, uma criança que esta com a mãe há 15 anos, diz que quer ir viver com o pai, alguma coisa se passou. Não. Esse é o olhar do adulto. O olhar desta criança, barra, jovem, o que nos quis dizer foi: não. Então vivi 15 anos com a minha mãe, posso ir viver 3 com o meu pai? Qual é o problema? Quero passar por essa experiência!

Portanto, acho que o aspecto negativo foi o primeiro que eu referi e este é o aspecto positivo, é que ela de facto nos tenha surpreendido. E depois não é isso; eu acho que também perceberá isso; uma coisa é nós estarmos; todos nós estivemos na faculdade, e uma coisa é pensarmos que há um...o António e a Maria se divorciaram e têm uma criança que é o José, uma coisa é um caso prático, é um papel para resolver. Outra coisa também é, o nome José, num papel, numa certidão de nascimento, e nos vários requerimentos articulados que são apresentados em Tribunal. Outra coisa é olharmos para aquela pessoa em concreto, para aquela criança em concreto. Os profissionais olham é sobre aquela criança que estão a decidir. É completamente diferente; também, esse efeito, é efetivamente importante.

**ANEXO II****Entrevistado: Juiz Ana Chinita****Entrevistador: Nathália Monte****Data e local: 12 de dezembro de 2018, Seixal****Duração: 37:58min.**

**NM** – Com sua experiência como juíza, como poderia me explicar a abordagem com a criança antes da audiência no tribunal? Como que a criança é preparada?

**ARC** – O que eu posso dizer sobre a audiência da criança e sobre a experiência que tenho, sem deixar de registrar que a jurisdição de família e menores é uma jurisdição voluntária, e o que permite que os juízes adaptem a sua forma de trabalhar como entendem mais conveniente, e portanto, devo dizer que conheço uma série de juízes da família e menores que trabalham da mesma forma, ainda relativamente a pouco tempo nesse ano, fui convidada pra fazer uma palestra no Algarve, e verifiquei, foi convidada também uma colega minha do Algarve da zona do Faro, porque obviamente trocamos experiências que não trabalhávamos sobre a audiência da criança da mesma forma. E já tive também como constatar isso com colegas de outros sítios do país, mas o que posso dizer é que de fato a audiência da criança, no que esta na lei é pra ser processado sempre da mesma forma. E o que diz a lei é que deve estar presente o juiz, deve estar presente o procurador da república, se houverem advogados os mesmos devem estar presentes na diligência, estará a criança, e se o juiz entender e na maioria das vezes eu já percebi que entendem estar o técnico, e isso depende muito da idade da criança, se a criança tem 7 anos, se tem 13 é diferente, portanto dependendo da idade, da faixa Etária da criança, deverá ser acompanhada e preparada a audiência por um técnico especializado da segurança social.

As vezes, devo dizer que prescindo da presença do técnico porque as coisas que pretendo saber é uma coisa relativamente simples, ou porque as crianças já entraram na idade da adolescência. Por exemplo, uma criança com 13/14 anos, em regra se for uma coisa simples não precisará de um técnico, mas se for uma criança com 6 anos se calhar faz sentido ter um técnico, para lhe explicar o que é o tribunal, o que que vem fazer, para preparar a criança pra falar em frente do juiz, do procurador e dos advogados. E esta audiência da criança como estava a frisar, não tem qualquer diferenciação, quer no processo de rapto internacional, quer num outro processo qualquer da família da área de

jurisdição de família e menores. Porque aquilo que o juiz deve obedecer na audição da criança, das premissas que deve de obedecer são sempre as mesmas regras.

Portanto deve-se estar numa sala adequada e especial para o efeito, em regra o juiz não houve a criança numa sala de audiências, por que é um sitio pesado, digamos assim. Em regra o que tenho feito, porque aqui o tribunal não tem uma sala adequada e preparada com brinquedos para as crianças, devidamente há de ter, mas ainda não tem e o que eu tenho feito como juiz é ouvir a criança num gabinetezinho, uma sala de reuniões, não é meu gabinete, mas pronto é uma sala de reuniões muito simples, não é muito grande pra não dar aquele ar hostil.

**NM** – Mas no caso há um espaço separado.

**ARC** – De momento ainda não há, mas nós estamos a trabalhar e tentar... Este gabinete eu utilizo porque acho que é um espaço no Tribunal, tirando aqui o meu gabinete, uma salinha de reuniões que me parece um sítio mais informal, e permite estarmos todos mais aconchegados, e, portanto seria ali uma coisa mais próxima, digamos assim, para conseguirmos chegar à criança.

**NM** – E quanto a vestimenta na audição?

**ARC** – Os juízes, no que diz a lei, e o que nós fazemos, em regra fazem todos os juízes de Portugal, eu o faço, e acho que meus colegas também. Nunca dei conta de nenhum não o fazer. Nós não estamos de beca, juiz não veste beca, o procurador também, vou com minha roupa normal, os advogados também não estão com toga, portanto estamos todos numa posição muito informal, não estamos com os trajes tradicionais para o exercício da função, porque obviamente são trajes pretos que dão muita formalidade, e isto distancia a criança, coloca a criança numa situação..fica assim um bocadinho, como dizem no Brasil, sem jeito, os miúdos ficam aflitos, e sente-se isso. E portanto esta determinado na lei que assim seja.

**NM** – A Dr. Mencionou que utiliza os técnicos da segurança social, portanto o tribunal não tem um técnico.

**ARC** – Os tribunais portugueses não teem técnicos sediados nos tribunais, ou seja, nós temos sítios para eles estarem se eles quiserem estar durante o dia, aqui no tribunal há um espaço onde eles podem estar durante do dia, se quiserem, e podem estar a trabalhar. Quando eles veem da segurança social pra ouvir as crianças, eles tem um espaço onde podem falar com a criança de forma particular, digamos assim, e fazer o trabalho deles. Mas eles em regra não estão nos tribunais, porque os técnicos da Segurança Social pertencem a um outro grupo, a área da segurança social, e portanto não estão sediados

nos tribunais . Houve uma alteração legislativa, que permitiu que eles pudessem estar instalados nos tribunais e de facto os juizes presidentes, eu na altura até era juiz coordenadora aqui do Seixal, e articulei com o senhor presidente da comarca e também com a diretora da segurança social, com a possibilidade deles ficarem aqui sediados se quisessem e facultamos-lhes um espaço. Mas eles por uma questão de organização e trabalho de equipa, preferem trabalhar nas instalações deles, e virem cá ao tribunal fazerem o que tiverem que fazer. Tem uma sala que ficou designada pra este efeito, e quando eles cá querem vir, e precisam de ouvir ou preparar as crianças, fazem lá na mesma. Embora não estejam cá sediados.

**NM** – E quanto a linguagem, é adaptada?

**ARC** – A linguagem obviamente é adaptada, eu como juiz posso dizer que tenho algumas formas de abordar a criança, também depende da idade. Uma criança com 6 anos ou com 8, ou depende se é uma criança com 12, com 13 , com 14. Não se fala da mesma maneira com a criança.

Fala-se de uma forma, e eu também tenho uma forma de abordar com uma linguagem muito simples, uma linguagem que eu tento fazer de uma forma muito carinhosa, e mais, digamos, cuidada no sentido de carinhosa, pra chegar até a criança ou adolescente. Obviamente não falo com este tom na sala de audiência, onde sou objetiva, educada, mas sem esse carinho que tento falar com as crianças. Também posso dizer que outras formas que utilizo é, eu não faço perguntas diretas, eu nunca abordei uma criança..., por exemplo, eu as vezes tenho que ouvir a criança para perceber se sente-se melhor tratada pelo pai ou pela mãe, já me aconteceu isso várias vezes. Mas eu não pergunto a criança “tu gostas mais do pai ou da mãe”, eu não pergunto a criança “tu sente-se melhor com tua pai ou com tua mãe”. Eu faço toda uma série de perguntas indiretas, vou fazendo um caminho, digamos assim de uma série de coisas, e por essas coisas, que eu faço de forma indireta, eu chego à resposta que eu quero. Pergunto por exemplo quantas vezes é que as crianças, quando são mais pequenas, saem com o pai ou com a mãe, se gostam da saída com o pai ou com a mãe, o que gostaram de fazer mais nas férias com o pai ou com a mãe, como que é a rotina diária quando estão com o pai e com a mãe. E pelas respostas vou assimilando a vontade da criança e também aquilo que ela sente. Portanto, não faço nenhum tipo de resposta direta, depois, em regra, como disse, eu cumpro integralmente a lei, no sentido de entender que esta sempre presente o procurador, e os advogados.

Eu sei que há juízes em Portugal, que nas audições não deixam os advogados entrar. Eu sou muito contra isso, porque eu acho que se deve cumprir a lei integralmente.

**NM** – Refere-se aos advogados dos progenitores. Entende que não é intimidatório para a criança?

**ARC** – Eu entendo que não é. Se esta lá o juiz, e o procurador, por uma questão de igualdade de partes, os advogados também são intervenientes nos processos. A lei diz que eles têm direito ao contraditório, ou seja, que eles têm direito a fazer questões, portanto eu não vejo como se consiga cumprir a lei sem ter os advogados presentes, mas sei que as vezes em Portugal o fazem, eu não o faço. Obviamente que tenho especial cuidado no sentido de não permitir que os advogados façam muitas perguntas diretas as crianças, porque a forma como perguntam pode não ser a mais acertada, mas em regra pergunto se tem alguma coisa, que queiram saber, e se o advogado tiver um cuidado, até o deixo fazer a pergunta diretamente, se o advogado preferir, e em regra não tive até hoje nenhum problema com advogado que não tivesse sabido perguntar convenientemente aquilo que queria saber. Em regra sabem o fazer, e portanto têm esse cuidado, como o procurador e o juiz. Mas na maioria das vezes, quer o procurador, quer o advogado, nas conferências que eu faço de audição das crianças, em regra quando fazem uma pergunta, pedem pra eu perguntar, e eu como juiz faço a pergunta.

Uma coisa que também faço, é, gravo todas as diligências que faço na área da família e menores. E conseqüentemente também gravo as audições das crianças. Aí tenho o particular cuidado que é, faculto todas as gravações das diligências de família e menores, nas audições de crianças eu não faculto. Não faculto por uma razão muito especial, eu cumpro a lei na íntegra e permito que esteja o procurador, os advogados das partes, e mais, uma coisa que ainda não disse...em regra nomeio advogados aos menores, e faço sempre com especial cuidado, quando os progenitores estão presentes com advogado. Porque na área de jurisdição de família e menores não é obrigados os progenitores terem advogado constituído, mas quando os pais estão com advogados constituídos eu faço questão de nomear advogado aos menores. Nomeio advogado do Estado por uma simples razão, os advogados de cada um dos pais defendem os interesses do pai e da mãe, não defendem os interesses da crianças e portanto eu entendo que é pertinente estar advogado do Estado nomeado para defender os interesses da criança, e esse advogado acompanha a criança durante todo o processo, obviamente também esta presente na audição da criança, e como ia dizer, todos presentes mas de

uma forma bastante informal, todos a ouvir. Toda a gente ouve, e como eu cumpro a lei na íntegra, tendo os advogados presentes, possibilito que eles exerçam o contraditório, fazendo as perguntas que eles entendam, obviamente com todos os cuidados, na maioria das vezes por minha via, e a diligência é gravada. A diferença que aqui faço, é que há colegas que facultam a gravação da audição dos menores, e eu não faculto por uma questão de proteção das crianças.

**NM** – É a questão do princípio da confidencialidade...

**ARC** – Exatamente, porque qualquer conferência dos pais eu faculto, tudo o que quiserem, das crianças não faculto. Por que a partir do momento que há litígios muito complicados, se eu facultar a audição das crianças, eu não sei o que vai acontecer a partir daquela audição. No momento que ela sai do tribunal ela vai pra mão de uma das partes, do advogado do pai ou da mãe, e nap sei que voltas que aquilo pode dar.

**NM** – Mas e na decisão, a Dra. coloca?

**ARC** – Na decisão eu coloco a audição da criança, não colocando pormenores, mas colocando sentido de uma forma muito simples e sem frisar pormenores. Ou seja, eu coloco na decisão que a criança foi ouvida, que daquilo que foi possível ao tribunal apurar, a criança sente-se mais confortável aqui ou ali, nunca ponho que não quer estar com o pai ou com a mãe, porque isso condiciona e acaba por ficar a criança numa situação desconfortável.

Mas faço menção, porque a audição da criança é talvez mais importante a considerar entre determinados processos. Portanto não há dúvidas que deve ser ouvida, e coloco que houve como diligência probatória a audição da criança e depois coloco que o tribunal em face do apurado em todas as provas percebeu que a criança se sente mais confortável, ou mais habituada, uso termos assim..,

Transmito isso de uma forma subtil de forma a não melindrar a criança e não colocar a criança numa posição que possa vir a ser desconfortável futuramente. Até porque há alguns pais que muitas vezes perdem o equilíbrio e depois fazem represálias em relação às crianças.

Quando decido que vou ouvir a criança, é porque considero que existe condições de maturidade e de idade para responder e ouvi-la sobre esse assunto. Portanto não tem qualquer tipo de contestação da criança, nunca tive. Até porque as crianças que ouço são sempre com advogado nomeado e o advogado também esta lá para as defender.

**NM** – E quando crianças acima de 12 anos não são ouvidas, quais as razões ?

**ARC** – Eu nunca rejeitei a audição de uma criança que me pedisse para ser ouvida, com 12/13 anos, nunca. Até o presente, todas as crianças que me pediram pra ser ouvidas, e em regra, não tenho muitas crianças com 12/13 anos a pedirem pra serem ouvidas. Em regra, quem desencadeia a audição da criança ou sou eu própria oficiosamente, ou o ministério público ou os pais.

Eu sempre ouvi as crianças, e se tenho suspeita há qualquer hipótese de alienação, então é que as ouço mesmo. Sempre, aliás, na lei portuguesa a audição da criança a partir dos 12 anos é obrigatória, e, portanto eu jamais não ouvirei alguma criança a partir dos 12 anos.

**NM** – E uma criança com menos de 12 anos, com que frequência que ela é ouvida?

**ARC** – Depende, uma criança com menos de 12 anos eu pondero muito a audição, porque são pequeninos, tem menos maturidade, e, portanto tem que ser casos que eu vejo ser muito necessário, para ouvi-las. Mas, como também tenho uma forma muito subtil de fazer as perguntas e os chamar e os deixo muito a vontade e pergunto sobre as férias, sobre a escola, sobre as notas, e faço ali uns rodeios muitos grandes que eles nem percebem que estão a ser ouvidos, ou que eu estou a querer alcançar, eu ouço sem problemas as crianças, porque eu retiro sempre alguma coisa, do próprio olhar da criança, da forma como a criança esta, às vezes não é o que a criança diz, é próprio mínimo comportamento. Eu consigo perceber quando a criança esta bem emocionalmente ou não, nem precisa abrir a boca. Da experiência que tenho como juiz, porque não estava na área de família e menores, mas já estive na área do crime, fiz muitos julgamentos, fiz muitas horas na sala de audiências e nós conseguimos ganhar uma forte percepção, conseguimos reconhecer o olhar da pessoa, a postura, se estão nervosas ou não, se estão bem ou não, se estão a vontade. Uma série de fatores que nos permite fazer leitura. As vezes quando a criança vem ser ouvida, é mais do que ela diz, como ela esta, como olha...

**NM** – Então nos casos que a criança tem menos de 12 anos a Dra. sempre as ouve.

**ARC** – Se eu vejo que há necessidade disso sim... Num rapto internacional ouço seguramente. Porque um rapto internacional é uma questão gravíssima, significa que houve um dos progenitores, que por uma razão que não foi com certeza adequada, porque pode haver problemas, e as vezes o outro progenitor pode até não dever ter acesso a uma criança, mas é ao tribunal que se recorre, não é pegar numa criança e fugir. Porque nenhum pai ou uma mãe tem mais direito que o outro, ninguém é dono da

criança. E portanto, a partida, uma pessoa que toma a decisão de raptar uma criança, e priva-la do convívio do outro, há qualquer coisa que esta mal.

Eu sempre ouço, até pra tentar perceber, porque não tenho dúvidas que se a criança foi raptada por um dos progenitores o erro não foi dela, a criança vai por que tem que ir, mas aí eu preciso de saber porque que foi, se foi efetivamente porque a criança estava em perigo pelo outro progenitor e aí tem que se tomar determinadas medidas, e preciso saber se aquela criança foi pura e simplesmente alienada porque houve uma mãe desequilibrada, ou um pai desequilibrado que resolveram exercer esse poder sobre ela. Portanto, ouço sempre. É um caso gravíssimo que eu entendo que é pra ser ouvida e é pra ter o devido cuidado e ver uma série de coisas. ...

**NM** – É indicado na legislação internacional, e nacional também, que haja uma capacitação dos profissionais que lidam com a criança, acredita que Portugal esta correspondendo positivamente a esse conselho?

**ARC** – Eu acho que sim, acho que Portugal tem vindo a fazer um caminho em crescendo, não tenho dúvidas disso. Tem vindo a cumprir esse caminho, sem dúvida que tem. Mas posso dizer uma coisa, isto não se prende muitas vezes quanto a maior formação das pessoas que intervêm neste tipo de diligência, ou seja o juiz, os procuradores, os advogados, os técnicos, isto também se prende com a experiência do exercício das funções, e também da capacidade humana, se tem ou não se tem, pra se conseguir estes objetivos. Porque, pode haver um profissional com uma grande bagagem sobre o estudo da criança, sobre o que se deve fazer ou não, mas se não conseguir ter a capacidade de chegar até a criança e se não conseguir em termos práticos fazer esse trabalho, esse serviço público, digamos assim, não serve de muito ter essa formação. É importante, também uma coisa que se ganha com o tempo. Eu fui ganhando, a medida que fui ouvindo várias crianças, fui adaptando minha forma de estar e trabalhar, fui até adaptando a minha capacidade de me aguentar, porque como a Dra. calcula há vezes em que as crianças são muito sinceras e ingênuas, e portanto dizem as coisas de um forma simples, mas de chapa como se costuma dizer, imediatamente, e as vezes o juiz não esta a espera disso.

**NM** – Então não é preciso só a capacitação profissional.

**ARC** – Não, porque é a experiência, é o nós conhecermos as situações, é o nós passarmos pelos casos, que nos vai dando a tarimba pra lidar com isso.

**NM** – Mas uma capacitação profissional sempre vai ajudar e muito.

**ARC** – Eu acho que sim, quando digo isto da experiência e da sensibilidade humana, não retiro a necessidade de formação. Acho que a formação é muito bem vida, e depois tudo junto se complementa e permite que se alcance um melhor resultado.

**NM** – Quais os principais problemas que a Dra. visualiza no processo de audição da criança, em Portugal, nos tribunais em geral?

**ARC** – Em Portugal neste momento tem havido uma questão que tem sido problemática, e que eu sei dessa questão problemática, quer por via de colegas com quem vou trocando experiências, quer por via de advogados, por palestras as quais sou convidada quer como palestrante quer como participante, digamos. Porque quando tem coisas sobre as crianças, gosto de ir ouvir, participar e aprender também. E eu sei, que há duas questões neste momento na área da família sendo problemáticas em Portugal. Uma delas é precisamente quanto a audição da criança, porque há juízes em Portugal que não permitem que os advogados entrem na diligência da audição da criança, e isso neste momento vai contrário a lei..., e eu sei que há advogados que se tem queixado pro conselho superior da magistratura, que se tem queixado até ao juízes com requerimentos, que até comentam isso com juízes que não o fazem, e portanto é uma polémica que esta instalada. Nós juízes temos conversado sobre isso entre nós, porque é uma jurisdição voluntária, e, portanto, a forma dos juízes de trabalhar nesta área divergem, não é uma forma unânime. Por exemplo somos três juízes de família neste tribunal, eu tenho uma forma mais próxima de trabalhar com um dos colegas, somos mais similares, e depois temos um outro colega que trabalha completamente diferente de nós. E posso dar um exemplo, eu com este colega, com quem trabalho de forma mais parecida, demos autorização pra secção de processo que todas as diligências de família, sem exceção, sejam gravadas, portanto gravamos tudo para que não haja dúvidas, pra que as partes se quiserem tenham acesso, para que fique registrado o que se passou. Mas tem o outro colega que não grava as diligências, não grava nada. Outra matéria que tem sido bastante polémica, e que tem gerado muito celeuma é a questão das responsabilidades parentais, se deve ser uma guarda partilhada e uma responsabilidade atribuída a ambos os progenitores ou só a um, tendencialmente os juízes cada vez mais entendem que a lei, que é regra, deve ser a guarda partilhada, eu entendo particularmente assim. Embora sendo regra terá que admitir exceções. A guarda partilhada pra mim em regra é o melhor, porque é o que mais acho parecido com o casamento ou união de facto, a criança vai estar no convívio com os dois, mais parecido com quando os pais estavam juntos. Mas tem que se dizer que caso um dos progenitores

não tenha condições, ou que moleste a criança obviamente a questão da guarda partilhada tem que ser afastada, ou se for uma pessoa que esteja emocionalmente desequilibrada e não tenha condições para praticar essa guarda. Mas isso tem gerado muita polémica em Portugal porque tem havido uma serie de instituições de corrente feminista que são completamente contra a guarda partilhada em Portugal, e portanto andam a fazer um combate na sociedade, e a publicitar que a guarda da criança deve ficar sempre com a mãe. Uma coisa absurda.

**NM** – E acredita que é preciso haver alguns melhoramentos nos tribunais pra se ouvir a criança?

**ARC** – Os tribunais há muitos que ainda não estão apetrechados com as condições devidas para se proceder a audição da criança como se impõe, aqui o meu ainda não tem uma sala com bonecos com decoração adequada, há de ter futuramente, estamos a aguardar isso. A grande maioria em Portugal ainda não tem, tem sido feito um esforço nesse sentido e tem sido também canalizado as verbas pra isso, mas Portugal ainda não esta totalmente..ainda não esta concluso em todos os tribunais. De resto, os técnicos estao a ter formação sim, os juízes também, há uma grande sensibilidade por parte do Centro de Estudo judiciários, que é nossa casa de formação, pra esta matéria. Temos lá muito bons formadores, e pessoas muito entendidas sobre esta matéria que passam isso constantemente aos juízes. Os juízes não vão mais porque temos efetivamente muito trabalho e às vezes não podemos ir como gostaríamos, e participar. Mas de facto, temos essas condições.

**NM** – Então os pontos positivos são muitos?

**ARC** – São, temos um bom contacto com os países de Europa, até com o próprio Canadá já tive experiência, lembro-me de ter que ouvir crianças as vezes por via skype, para as crianças não terem que se deslocarem, mas consegue-se ouvir com a necessária privacidade e cuidado. Já pus os meus funcionários a trabalhar com pessoas da embaixada, acho que foi em França isso, e proporcionam um sítio adequado para as crianças estarem, apesar de não conseguirem nos ver do outro lado, as vezes, as perguntas são tão simples, e indiretas que eles nem percebem o que queremos.

A comunicação é muito boa, neste momento posso dizer que sim. ...

**NM** – Com sua experiência com o rapto internacional, acredita que o país absorveu bem os preceitos do Regulamento de Bruxelas II *bis* e a Convenção de Haia de 1980?

**ARC** – Não tenho dúvidas, eu posso afirmar por mim que é 100%, sempre e não só nos processos de rapto internacional, como já disse. E também posso dizer que conheço e

sou amiga pessoal de muitos juizes de família, e não tenho duvidas que a maioria dos juizes de família e menores em Portugal são muito sensíveis a isso. Temos casos que isso não sucede, mas que podemos dizer são pontuais, e considerando o universo de juizes de família e menores em Portugal é mesmo um reduto pequenino.

**ANEXO III****Entrevistado: António José Fialho****Entrevistador: Nathália Monte****Data e local: 19 de dezembro, Barreiro.****Duração: 31:35**

**NM** – Diante da sua experiência como juiz que ouve a criança, como que acontece o preparo pré audiência com a criança?

**AJF** – Eu não sei como é que fazem os outros colegas, nós costumamos fazer da seguinte forma, normalmente quando a questão se coloca, recorro as equipas de apoio, para fazerem a preparação da audição, portanto como é que funciona a preparação da audição. Normalmente eles convocam a criança cá, fazem certa preparação, ganham alguma empatia com a criança, não entram dentro do conteúdo das questões, mas é de certa forma preparar a criança pro ambiente em que vai ser ouvida, porque aliás eles fazem a preparação, até, aqui, até depois lhe posso mostrar a sala em que eles fazem a preparação.

**NM** – o Dr. tem técnicos aqui no tribunal para isso?

**AJF** – sim, sim, eles agendam. Normalmente são técnicos da segurança social, que é quem dá apoio nestes tipos de processos. Ou então, por exemplo, agora vou ter uma audição no princípio do 2019, mas essa é no âmbito do processo titular educativo, portanto jovens delinquentes, em que a preparação do ofendido , aqui no caso não é do jovem, neste caso é de uma ofendida menor, será feito através da equipa da reinserção social, porque os que dão apoio ao tribunal. Outros casos, temos recorrido a assessoria externa, já tive uma situação em que do processo resultava a informação que aquela criança já tinha sido acompanhada pela Dra. Rute Agulhas, que é uma pessoa também tem muita coisa escrita sobre a audição de crianças, e aproveitei , como sabia que era natural como a Dra. Rute já tinha acompanhado aquela criança em outras ocasiões, era natural que tivesse havido alguma empatia. E, então contactei a Dra. Rute, se ela estaria disposta a vir cá, a preparação aí nesse caso já estava feita, era portanto, se ela estaria preparada, pronto, disponível pra vir cá num determinado dia para apoiar a audição feita por mim. Pronto, basicamente funciona desta forma.

**NM** – Mas sempre acontece?

**AJF** – eu faço sempre.

**NM** – Não imporá a idade da criança.

**AJF** – É evidente que para crianças mais velhas essa preparação não é necessária, porque afinal de contas elas acabam por ter a noção das questões que estão ali em causa, as mais novas é que passam por essa preparação, ou então, se for, por exemplo, um adolescente que haja a informação do processo, porque os adolescentes tem esse problema, eles são muito chatos, pode haver a facilidade deles em exprimir-se.

**NM** – No tribunal, em audiência, como conduz a audição? A linguagem é adaptada a idade da criança sempre?

**AJF** – Procuramos que seja, realmente, compreensível para a criança, normalmente se não for, porque normalmente não sabemos também qual o grau de maturidade e discernimento que a criança tem quando ela vem, quando há preparação, já se tem essa informação, mas por exemplo, a tempos teve aqui um miúdo com um déficite cognitivo e, ham, foi preciso adequar a linguagem de uma forma muito simples, pronto, e , é quase nos colocarmos ao nível dele e tentar saber a informação.

**NM** – E aqui vocês têm uma sala pra ouvir a criança? Uma sala especial.

**AJF** – Sim, não esta ainda adotável completamente, mas temos já lhe mostro.

**NM** – Soube que o tribunal de Loures tinha.

**AJF** – Nós aqui temos. Há outros sítios que tem, Almada tem, Lisboa também já tem. São as salas que estão a ser preparadas de certa forma por iniciativa do juiz que lá trabalham, não é uma iniciativa advinda do ministério.

**NM** – a capacitação dos profissionais de direito que lidam com a criança, O senhor fala muito que é preciso haver uma insistência nesta capacitação, que é uma coisa indicada pelas diretrizes, pelos instrumentos internacionais, o senhor acredita que isso esta acontecendo aqui em Portugal?

**AJF** – De certa forma, no caso dos magistrados esta a acontecer, porque há formação regular sobre esta matéria, pelo menos uma ou duas vezes por ano, feita pelo Centro de Estudos Judiciários. Que toda a gente vá, já é uma coisa diferente, isso é completamente diferente. Por que como sabe, a formação não é obrigatória, é conveniente, mas não é obrigatória, e então há muita gente que não tem essa ambição, da necessidade de ter essa formação, e muitas vezes ter essa formação, no ponto de vista de saber as suas próprias limitações. No caso dos advogados, depende um pouco onde o advogado situ, porque temos aqui organismos regionais da Ordem, ou locais, da Ordem, que organizam muitas formações sobre esta matéria, mas outros não. E depende um pouco das necessidades que a Ordem dos advogados vá sentindo nessa matéria.

**NM** – Nunca aconteceu de o Dr. não ouvir a criança?

**AJF** – Em situações de acordo. Normalmente até podemos rescindir disso seu eu não vejo a necessidade da questão de ter um âmbito internacional. Por efeito da decisão a nível interno, pode se colocar a nível internacional. E a nível internacional é realmente conveniente a audição. Porque a audição é o direito da criança, mas também tem que ser, tive essa noção quando veio cá o ano passado ou a dois anos uma rapariga com 19/20 anos praí, e estava a fazer o curso de direito, ela até era dos açores, e esteve aqui para fazer um projeto juiz por um dia, portanto ela veio pra cá um dia, da manhã até a tarde e teve acesso a tudo que tivemos aquele dia e ela era filha de pais separados e tinha sido ouvida pequenina justamente no processo de separação dos pais e era uma coisa a tinha marcado pra sempre. Ela não se tinha sentido inibida quando foi falar, mas foi uma coisa que a tinha marcado sempre negativamente. Nós, as vezes, também temos que pensar nisso, se efetivamente haverá necessidade de marcar negativamente essas crianças, e comecei a ter uma visão completamente diferente da audição. Se efetivamente esse direito deve ser exercido contra a criança.

No caso ela foi ouvida nos açores, nem sequer era um tribunal de família, portanto não era um tribunal especializado, também tem essa questão. Mas ela também referiu que a juiz tinha sido muito simpática, mas o próprio ambiente, por sentir que ia ser ouvida numa questão que dividia os pais e tudo mais, e no voto até, os pais estavam de acordo, portanto arrumaram a questão por acordo, em relação a separação deles e ao destino dela e da Irmã, porque ela também tinha uma irmã mais nova. Portanto a questão nem se colocava aí, mas foi uma coisa que a marcou.

**NM** – Sobre essa questão, em acordos, pode se fazer a regulação da responsabilidade parental em conservatórias, qual a sua opinião sobre isso? Por que a criança não é ouvida.

**AJF** – Normalmente não é, mas é assim, é a mesma regra. Se realmente acharem que há essa necessidade, a criança deve ser ouvida. Se for previsível uma questão de natureza, que possa afetar o próprio reconhecimento da decisão é conveniente. Porque depois as pessoas encontram um obstáculo. Imagine por exemplo um casamento entre um português e uma belga. Um casamento não, pode não ser um casamento, um casamento ou união de facto entre um português e uma belga, em que as crianças depois vão viver pra Bélgica e é necessário o reconhecimento da decisão na Bélgica, ou na Alemanha, ou outro país qualquer. Arriscam-se em que efetivamente aquela decisão, pela simples

razão de as crianças não terem sido ouvidas e não foi mencionado a razão da sua não audição, que ela depois não seja reconhecida e vai bloquear a vida daquelas pessoas.

É um direito que precisa ser bem aplicado.

**NM** – Vi em uma pesquisa da Dra. Silvana Viana, uma pesquisa muito aprofundada sobre este tema, e ela viu que um grande número de crianças não é ouvida no processo. Acha que isto está mudando com o tempo em Portugal? Acha que esta evoluindo essa interpretação, em que é importante a criança ser ouvida?

**AJF** – A audição não é uma coisa que seja recente. É uma coisa que existe a muito tempo, aliás nas normas, em relação as questões da resolução de particular importância e em relação aos processos de proteção, a criança com mais de 12 anos deve ser sempre ouvida.

**NM** – A criança com menos de 12 anos a ser ouvida que é uma coisa nova, penso eu.

**AJF** – A única questão é que, mais recentemente com a publicação da convenção da união europeia sobre o exercício dos direitos da criança, algumas alterações que foram existindo, essa noção também da necessidade da audição das crianças pra efeitos de reconhecimento das decisões, porque há cada vez mais ligações internacionais. Ontem por exemplo estava a ver que nós temos cerca de, no espaço da união europeia, cerca de 140 mil divórcios internacionais, por ano, com casais de diferentes estados, portanto, que é uma coisa com uma dimensão avassaladora. E portanto, é com essa noção, a questão da idade da criança, porque é também da experiência de outros países, foi reduzindo a noção de idade. E foi se recorrendo mais ao critério, que depois é aquele que também, teve acerto na lei com o regime de processo tutelar cível, que é o que tem as normas que regulam tudo sobre a audição da criança, foi chamando a atenção, chamando o foco de certa forma, que é o que chama, pra necessidade para ouvir crianças mais novas. Não propriamente centrado nos 12 anos, mas eventualmente desde que se apure uma situação de, em que a idade e a maturidade da criança permita esta a ser ouvida mesmo mais novas. E a média disso até se situa entre os 6, 7 8 anos, praí. Abaixo disso, acho que, só em situações contadas em que efetivamente a audição da criança seja essencial. Situação sexual, ou de uma natureza qualquer, aí a audição é essencial.

**NM** – O Dr. Faz a gravação de áudio da audição?

**AJF** – De áudio e vídeo

**NM** – Qual sua opinião sobre a questão da confidencialidade da audição, e sobre a presença dos advogados.

**AJF** – Eu não costume ter os advogados presentes na audição

**NM** – Acredita que não é necessária a presença dos advogados?

**AJF** – Não

**NM** – Sobre a confidencialidade, o Dr. Transcreve partes da audição da criança na decisão?

**AJF** – Isso é uma necessidade que nós temos, porque nos fim das contas temos que fundamentar as decisões. Se nós utilizarmos, uma coisa que eu visto nas crianças antes de começar a gravar é, explicar-lhes que aquilo vai ser gravado, explicar-lhes o modo como vai ocorrer a audição, pra também deixá-los um pouco menos tensos, às vezes aparecem uns um bocadinho tensos, o que é normal, também acho que é normal, também estaria se estivesse no lugar deles, e explicar que se houver algum questão que eles considerem que deve ser dita apenas pra mim, ou pelas pessoas que estão ali comigo, pela técnica e o ministério público, nós podemos parar a gravação, e a criança contar aquilo. Já aconteceu algumas vezes, e nessa altura depois eu faço a avaliação se é necessário ou não, mas eu informo sempre a criança de que “atenção, isto não estão os advogados dos teus pais, nem estão aqui teus pais, mas isto vai ser gravado e eles vão ter acesso, pelo menos os advogados. Quando há advogados..., porque este processo também tem esse problema, que não é obrigatório a constituição de advogados, o que é um problema. Mas quando há advogados, os advogados são calmos e cuidadosos nesta questão. Eles próprios são obrigados a fazer o crivo e a triagem da informação que passam ao cliente.

**NM** – Pode me explicar sobre sua opinião quanto a presença do advogado nos processos de rapto?

**AJF** – Não é só sobre o processo de rapto, é em todos os processos que envolvam criança. Nos de rapto, normalmente as pessoas constituem advogado porque esta subjacente a própria questão. Normalmente. Mas não é obrigatório, o sistema processual que nos temos não obriga. Mas as pessoas por regra até constituem. Mas o modelo [de audição] acaba por ser igual, porque como não temos um modelo processual próprio [para rapto] acaba por ser o modelo que para a regulação de responsabilidade parentais.

**NM** - No geral, com a prática da audição da criança no país, acredita ser necessário haver alguns melhoramentos?

**AJF** – Eu acho que, a formação sempre. Porque nos estamos sempre a aprender e aparece-nos sempre desafios. Isto é uma das melhorias. A questão do espaço da audição da criança e a questão do espaço da preparação. Portanto, também, uma sala de espera

que de certa forma vá diminuindo os níveis de stress da criança, antes dela ser ouvida. Normalmente os técnicos fazem aqui a preparação, por exemplo esando marcado para as 10h, pedem que a criança e o pai ou a mãe compareçam meia hora ou quarenta e cinco minutos antes, para poderem fazer um período de preparação da criança, para reduzir os níveis de stress que a criança possa ter. Porque nós não sabemos como foi a preparação da criança antes, porque a criança vai estar com o pai ou com a mãe, sabe que vai ser ouvida, o pai e a mãe também sabe que vai ser ouvida, e acho que é natural que efetivamente em alguns casos, alguns casos até nem há porque tem pais que as crianças quando chegam aqui em que os pais apenas disseram que a criança vai ser ouvida pelo tribunal, que o juiz é muito simpático, que vai gostar de aqui estar e tudo mais, mas há crianças que são muito pressionadas pelo pai ou pela mãe. Depois elas chegam aqui com um nível de stress muito elevado. Nessas crianças a preparação é muito maior. Há crianças que veem preparadas pela família, preparadas pra serem ouvidas.

**NM** – E a instrumentalização, percebe isso rapidamente?

**AJF** – Sim, muitas vezes sim. E tive uma situação em que efetivamente até marquei a audição após a criança estar com o pai, e marquei outro a audição após a criança estar com a mãe. E os níveis de instrumentalização eram notórios, quer de um quer do outro. Mas aí na preparação a técnica tinha se apercebido disso também.

**NM** – Acha que a não conservação de competência é um ponto negativo em Portugal?

**AJF** – É.

**NM** – Então sobre os melhoramentos, seria a conservação de competência, a formação dos profissionais de direito, as salas...

**AJF** – Em Portugal, uma coisa que eu defendo também..., os espaços, aliás na questão dos espaços também se podia rever uma coisa, ao invés de estarmos a fazer 55 espaços, que é o número de tribunais que nós temos, ou então contando com os juízes locais temos cerca de quase 200 espaços, e podíamos pensar em 7 ou 8 [ com a conservação de competência]. Mais a formação, e há outro aspecto que algumas vezes nos escoramos que é a questão da auto avaliação. O que eu defendo em relação a questão da auto avaliação, é haver um mecanismo que permita que o juiz, ele próprio, por via de regra quando eu estou a fazer isso eu estou sozinho com o técnico e com o ministério público, nenhum de nós se avalia ao outro. Portanto, porque é que eu gravo as minhas audições, em áudio e vídeo, porque muitas vezes eu vou revê-las e depois faço como os jogadores de futebol - olha aqui podia ter marcado gol e não marquei, pronto. Tem um pouco

haver com isso. Porque nós sem nos apercebemos, e depois há referências em relação a isso, há coisas escritas sobre a maneira de se fazer uma audição, muitas vezes sem nos apercebermos, ou mesmo porque o próprio dia esta a correr mal, ou porque estamos mal dispostos naquele dia, ou outra circunstância qualquer, podemos fazer uma pergunta que não é adequada. Já tenho feito muitas audições, e já tenho dado por mim, muitas vezes em colocar a questão de uma forma que depois vejo, devia ter colocado de outra forma. De qualquer forma, a auto-avaliação devia existir. Portanto a auto-avaliação não é com o sentido de criticar, era corretiva. Nós devíamos encontrar realmente um mecanismo, que permitisse que o juiz, que trabalha nessa área fosse melhorando sua forma como faz a audição.

Mas aqui não falo só dos juízes de menores, onde se nota muito isso também é nos juízes criminais porque eles tem que fazer o julgamento de crianças vítimas de abuso sexual ou de maus tratos, e muitas vezes aí é que se notam realmente verdadeiros desastres na realização da audição.

**NM** - E sobre pontos positivos, acha que esta havendo boas práticas em Portugal?

**AJF** – Uma formação multidisciplinar, que tem sido feita, aqui estou a falar os juízes. Tem havido uma formação cada vez mais multidisciplinar, portanto quando os centros judiciários promove esse tipo de formações, normalmente não é uma formação dirigida apenas para juízes, mas para outros profissionais, como outros profissionais traz outros saberes, pra dizer, como é que se faz não é. Para perceber essa noção de idade, a noção de idade é um conceito jurídico, mas a noção de maturidade é um conceito psicológico. Portanto, como é que se preenche este conceito psicológico da maturidade, pronto, isto muitas vezes traz outros técnicos pra explicar este conceito, isto ajuda também os juízes conhecer os vários graus de evolução da criança, a criança dos 3 aos 6 anos tem um determinado nível de conhecimento, dos 6 aos 10 tem outro, pronto, o juiz terá essa noção.

**NM** – então esta havendo formação.

**AJF** – Sim, isto é um fator positivo. E o aumento e aglutação gradual, ainda muito devagarinho, do espaço da audição, e dos mecanismos da audição. Por exemplo aqui no tribunal, na comarca de Lisboa já tem, nas outras não sei, cada um dos juízes de família e menores tem uma câmara de vídeo pra isso.

O nosso equipamento é uma coisa muito simples, nosso equipamento custou 10 euros, foi ir a Worten e comprar um microfone, porque o computador esta lá, e o sistema

de gravação esta lá [ na sala de audiência]. Há colegas que infelizmente não sabem que tem esse mecanismo ao seu dispor de uma forma muito simples.

**NM** – Portanto, sobre as boas praticas acredita que está havendo formação, um crescimento na introdução de espaços para a criança e o que mais?

**AJF** – Nós nesse momento, por exemplo, eu estive agora recentemente nos EUA em uma formação, e a questão da audição das crianças foi muito falada, por que os Estados tem várias práticas e várias visões em relação a audição da criança. Há Estados em que efetivamente a audição da criança como testemunha, ou como exercício de um direito, não há distinção, e nós temos esta distinção, no artigo 5.º [da RGPTC]. (...) E foi uma discussão que lá tivemos, por exemplo, para os ingleses isto é igual, para os anglo-saxônicos não há distinção, para outros casos, os europeus, espanhóis, nós portugueses, essa distinção existe, e, portanto quando lá estive, tive a oportunidade de falar de um documento que temos feito em Portugal sobre a audição da criança, e depois fomos desafiados a fazer um documento específico, semelhante aquele, porque gostaram de alguns aspectos que estava naquele documento, semelhante aquele sobre a audição da criança no contexto de rapto internacional. Então constituí um grupo de trabalho, estamos a trabalhar nele e esperamos ter resultado até o final do primeiro semestre de 2019.

**NM** – Especificamente sobre o rapto internacional, acredita que o Regulamento de Bruxelas II *bis*, junto com os princípios da Convenção de Haia de 1980 influenciaram alterações positivas na legislação interna de Portugal?

**AJF** – Na Portuguesa, não tanto, porque não temos ainda uma lei específica, em alguns países sim. É evidente que o Regulamento foi um *upgrade* de algumas aplicações da Convenção, mas é um *upgrade* que é justificado pelo sistema de integração europeia. Situações de maior integração, permite soluções mais integradas e mais uniformes. E depois permitiu que efetivamente houvesse a intervenção do Tribunal de Justiça, definindo regras em relação a algumas das normas, portanto fazendo alguma jurisprudência sobre o assunto e criando regras que todos possam no fim de contas entenderem como adequadas em relação aos conceitos, não só de competência, mas também da audição, do próprio rapto, da residência habitual da criança, aqueles conceitos que o regulamento nunca quis preencher internacionalmente, e a Convenção também não, e, portanto essa parte é positiva.

Essas últimas recentes alterações na legislação, que foram muitas, em 2015 foi o RGPTC, foi o regime geral da adoção, foi as alterações a lei tutelar educativa e a lei de

proteção, as Comissões estavam a trabalhar mais ou menos a par e passo, e como as pessoas se conheciam dentro das comissões que estavam a trabalhar nisso, iam mais ou menos acompanhando as evoluções que iam tendo sobre alguns aspectos que viam pontos de contacto. Nisso, ouve alguma cautela neste aspecto, e também quando se fez o processo de audição de algumas pessoas, em relação de algumas questões que estavam lá, chamou-se a atenção para alguns aspectos que tinham que ser melhorados. Não todos, é poder legislativo que tem capacidade de fazer, e que tem a responsabilidade, de fazer as leis que bem entende. Mas por alguns aspectos, neste da audição acabou por não haver assim discrepâncias entre as várias leis. Então, são mais ou menos coordenadas, ou então, por exemplo, o regime jurídico de adoção quando faz referência a audição da criança, remete para o regime geral do processo tutelar cível, a lei de proteção remete para o regime tutelar cível, portanto faz com que as práticas, independentemente da intervenção que o tribunal tenha, serão as mesmas. Aliás, se nós viermos a ter uma lei modelo de um regime processual para os processos de rapto, eu acho que a solução terá que ser a mesma, que é no fim de contas remeter para os critérios já definidos no regime de processo tutelar cível, porque não faz sentido que quando são discutidos questões da guarda, podem ser discutidas questões de visitas, ao abrigo do artigo 21.º da Convenção de Haia de 1980, no âmbito de um processo desses, o regime deve ser igual ao regime interno. E é normal que assim seja, porque é também a experiência de outros países.

**NM** – Sobre a diminuição de casos, acredita que ouve com a ratificação da Convenção de Haia de 1980 e do Regulamento?

**AJF** – Tenho alguma dificuldade em saber como juiz da rede, porque não tenho a concentração dos casos, quem a tem é Autoridade Central. Nos últimos números que eles me disseram, porque tenho que atualizar essa informação para quando vou aos congressos internacionais e sou convidado a falar sobre o assunto. Mas pelos dados que me disseram, ouve um crescimento até 2015 e 2016, depois teve um decréscimo. Não sabemos se é uma tendência, se é o uso dos mecanismos que esta a funcionar melhor.

Não podemos afirmar se ainda é uma tendência, mas o número de casos efetivamente tem diminuído tem se notado uma melhoria nas relações com alguns países, com relação também a execução dos casos, particularmente com o Brasil.

**ANEXO IV****Entrevistado: Joaquim Manuel Silva (JMS)****Entrevistador: Nathalia Monte (NM)****Data e local: 27 de dezembro de 2018, Lisboa.****Duração: 24: 44 min.**

**NM** – Dr. Joaquim, como sabemos, ocorre, pelo menos na lei, a necessidade de haver um técnico para preparar a criança antes de entrar em julgamento, antes de ser ouvida, como é que ocorre essa preparação no seu Tribunal?

**JMS** – Nós nomeamos um técnico da segurança social...

**NM** – Ou seja não há um técnico no tribunal, para isso?

**JMS** – Não, tem a haver com as assessorias internas do Estado, que é fornecido pelo Instituto da Segurança Social, e, esse técnico vem um pouco mais cedo, fala com a criança, explica-lhe o que é que vai acontecer, quem é que vai estar na sala, quais são as questões que estão em cima da mesa, ....

**NM** – São transmitidas então as informações de modo claro.

**JMS** – Mas muito básicas, ...também depende da idade da criança. Porque se for uma criança já adolescente é uma história, se for uma criança de 4 ou 5 anos tem que ser de outra forma de dizer, não é?

**NM** – Há alguma sala específica para a criança ser ouvida?

**JMS** – Sim, nós temos uma sala de brinquedos mas a criança não é ouvida lá. A criança é ouvida no gabinete... Eu tenho brinquedos no gabinete. Quando é muito pequena, eu vou para o pé dos brinquedos ouvi-la, vou brincar com ela e interagir, 4, 5, se já é de 8, 9, senta-se normalmente e fala...

**NM** – A linguagem é alterada?

**JMS** – Tem que haver aqui, logicamente, é isso, é uma linguagem. Eu tenho que descer ao nível dele, eu tenho que ser criança ali, tenho que ter uma linguagem que a deixe à vontade, que seja empática, que a acalma, pronto; também não há becas, não há nada. É tudo muito informal.

**NM** – Então não há uma sala para isso, o senhor gostava que tivesse?

**JMS** – Não. Eu acho que nem é necessário. Para já a criança também sabe e conhece a ideia do que é um Tribunal ou a maioria delas sabe. Portanto, às vezes as pessoas também acham que as crianças são muito..., quer dizer, a criança quando vai ao médico não vai ao gabinete do médico? Então mas a criança não pode ir porquê ao Tribunal ou

gabinete do juiz? Claro! O problema não está no local, o problema julgo que está na forma como o juiz aborda a criança. E na forma como o juiz tem uma criança feliz dentro dele ou se tem uma criança assustada; porque se o juiz tem uma criança assustada dentro dele, se a tem assustada, não consegue descer ao nível dele e aí, você pode meter a criança em qualquer sala e a situação é muito complicada para a criança. Portanto não o local aqui que conta muito, embora nós tenhamos uma sala com brinquedos e eles estão lá a brincar, e às vezes até me dizem que querem ir brincar, querem acabar a conversa comigo e querem ir brincar, querem ir brincar para a minha sala.

**NM** – Diante a pesquisa, até da minha amiga, vi que muitas crianças mesmo acima dos 12 anos , não são ouvidas. Porquê isso?

**JMS** – Há uma ideia de que a criança ir ao Tribunal é um ato de grande violência emocional. Não sei se é! Porque grande violência emocional, designadamente no rapto, é ela ser raptada. Ser retirada ao pai ou à mãe, e extraída. Ou quando há conflito, haver um grande conflito entre o pai e a mãe, isso é que é verdadeiramente arrasador do ponto...,porque afeta a base segura.... A ida ao Tribunal pode ser complicada ou não complicada depende do pai e da mãe que a acompanham. Porque se o pai for tranquilo e a mãe for tranquila, a criança vai tranquila e até gosta. E a experiência que eu tenho, que ouço todas as crianças a partir dos 4, todas, mostrou-me que ouvi-las é fundamental! Fundamental!

Porque elas depois..., pelo que dizem, não só a comunicação verbal, mas também a comunicação corporal, a forma como estão seguras ou inseguras perante mim, mostra muito dos problemas que elas estão por trás e que eu estou ali para resolver.

**NM** – E sobre a presença dos advogados durante a audição qual é a sua opinião?

**JMS** – Não... porque se há advogado nomeado pra criança tudo bem, um advogado do pai ou da mãe, a criança sabe que ele representa o pai e a mãe, portanto a presença do pai e da mãe são transportadas pro advogado... as vezes há miúdos que verbalizam isso. E portanto estamos a criar uma situação de grande tensão. A lei portuguesa atualmente claramente indica que não é permitido.

**NM** – Há uma contradição, tem juízes que devem estar por conta do princípio do contraditório, e outros que não.

**JMS** – Eu não percebo isso, pra já a lei determina que tem que se criar um ambiente propício pra criança falar, então como é que eu crio este ambiente se eu meto lá um série de pessoas que eles sabem, estão a representar um litígio, e depois o princípio do

contraditório tem outro problema, então estamos num processo contencioso, o princípio do contraditório é para processos contenciosos. Portanto quem pensa isso, na minha perspectiva nem sequer estar a obedecer a natureza do processo que é de jurisdição voluntária, e é agressivo ter lá advogados a fazer perguntas, e depois depende dos advogados, e mesmo dos juízes e procuradores não estão preparados pra lidar com essas questões, e então vão pra li fazer perguntas aquelas crianças de forma agressiva. Estamos a passar uma situação muito complicada pra criança. A criança passa a ser o objeto da prova. É um absurdo, a criança é o interesse, portanto tem que ser protegida. Logo, tem que ser ouvida num lugar informal, não contencioso.

**NM** – O Dr. mencionou que muitos advogados, e juízes também, não tem uma preparação pra lidar com a audição da criança...

**JMS** – Ao falar com uma criança tem que se saber o que posso retirar de uma criança com 4 anos, de 5/6/7 anos, tem que ter uma preparação sobre os níveis de desenvolvimento que ela tem, e o que é possível dela nos dizer dentro disso, ou que é importante do ponto de vista da análise dela. Muitas vezes não tem haver com o que ela diz, quando ouço uma criança de 4 anos, muitas vezes não é ouvir, é observá-la. Se ela vem ao gabinete segura, eu já sei...a zona de onde ela vem, a base ou vinculação dela é segura. Por isso ela consegue entrar numa zona, que é de exploração, algo que ela não conhece, e se me entra com 4 anos e começa a falar então eu sei que não há grande problema com aquela criança. Porque ela vem segura...e sua zona familiar é segura e isso quer dizer que minha intervenção e a do tribunal não tem grande sentido ali. Seja lá o que for esta a correr bem no nível do desenvolvimento. Mas pra saber isso eu preciso saber sobre vinculação, mecânica do desenvolvimento, etc...

**NM** – O Dr. Acredita que Portugal esta melhorando na oferta de capacitação para os agentes do direito que lidam com a criança?

**JMS** – Esta melhor. Mas sou crítico disso, não é suficiente..

Até porque, acho que é assim, no ponto de vista do meu trabalho, a partir do momento em que comecei a ouvir as crianças passou a ter todo o sentido, anteriormente muitas vezes os processos eram puras especulações feitas pelos pais e pelas mães trazidas nas peças processuais. E depois, por esta ou aquela razão começamos a chegar a conclusão de que não tinha nada haver com aquela criança, e o verdadeiro problema nunca foi abordado. Agora, eu quando ouço a criança vejo muitas pistas dos problemas que estão ali e muitas das estratégias processuais caem todas. Isto é, deixamos de ter um processo que é criado, para no fundo centrarmos no verdadeiro

interesse da criança, e isso só se faz ouvindo a criança. Não há outra forma. Ouvindo-a, observando-a. Sabendo o que se pergunta e porque, o que ela pode responder e depois tirar uma estratégia pra cada processo. Cada família é uma família.

**NM** – E sobre os pontos negativos da audição da criança em Portugal?

**JMS** – Eu vi no estudo da Dra. Silvana que se ouve pouco as crianças com 12 anos, mas isso esta melhor. Antes dos 12 anos ouve-se mesmo muito pouco, e crianças pequenas só eu mesmo, ao que parece nos 19 que ela avaliou só eu ouço crianças de 4/5/6 anos mais ninguém. Isso é um absurdo, totalmente, uma criança de 4 anos as vezes diz coisas brutais. Não é ouvi-la que conta, é o comportamento dela que é avaliado e que depois acaba por redefinir completamente o processo todo. E o grande risco de não ouvir a criança, como estava a dizer apouco, é uma autêntica ilusão, nao tem haver com a história de vida da criança, e o grande problema da criança nunca é atacado. Enquanto eu não, acabou direcionar e condicionar toda a processualização dos advogados, porque essa prova é brutal. Prova não, convicção do juiz do processo.

**NM** – E quanto a melhoramentos no método de se ouvir a criança a nível nacional.

**JMS** – Ter uma sala, uma sala de brinquedos, é uma coisa inacreditável...eu em sintra não consegui criar, criei em mafra. Mas sei que há muitos colegas aí que estão a criar. E, não foi eu que fiz isso, fomos nós que levamos pra la brinquedos, o procurador levou pra lá a casa do filho dele que já é maior, quer dizer temos que criar condições, não podemos estar a espera que o Estado resolva, afinal foi tão simples arranjar aquilo. E toda gente deu brinquedos, toda gente contribuiu...

**NM** – Só espaços que acredita ser preciso melhorar?

**JMS** – O resto é nós mexermos e fazermos

**NM** – A questão da capacitação...

**JMS** – Pronto, isso é uma parte, depois é questão de os ouvir, e aqui é preciso muito conhecimento no quesito da piscicologia do desenvolvimento. Pra já é preciso ter também uma estratégia no processo, o que eu quero da própria audição, porque eu estou a ouvir... E isso é uma coisa que depende do estilo de cada um, depende muito do conhecimento que se tem.

**NM** – E sobre os pontos positivos?

**JMS** – A legislação em 2015 fez alteração, que já vinha da Convenção sobre os Direitos da Criança, que obriga a apartir dos 12 anos, depois diz que ela deve ser ouvida quando tem maturidade, essa é uma questão, ninguém ouve a antes dos 12, mas como não tem maturidade para falar...

**NM** – Como que é avaliado essa maturidade?

**JMS** – Ninguém avalia...O sistema jurídico tem um problema, do estar oensando pra julgar em função do articulado, não esta pensado pra trabalhar as famílias, essa que é a grande diferença. Quando você muda de paradigma, você muda o processo todo. Embora o processo de jurisdição voluntária é assumido dessa forma, só que uma coisa é o que processo diz, outra coisa são as práticas que muitas são contenciosas, na maioria das vezes é contenciosa.

**NM** – Então sobre os pontos positivos o que me diria...

**JMS** – Há uma consciência do que é preciso fazer, e já se vai ouvindo, acho que sim.

Eu vejo muito por mim, do que eu era, e do que eu sou hoje. E não tem nada haver...e isso resultou do conhecimento. Essa que é a verdade, o conhecimento deu me outro horizonte na intervenção.

**NM** – Mudando de direção, e quanto a confidencialidade da audição...como faz a audição?

**JMS** – gravo..Há dois tipos de audições, uma já na fase contenciosa, e essa é obrigatória porque existe o contraditório, aqui normalmente não tenho muito experiência disso, porque não levo processo a julgamento a muito tempo, e portanto não tenho. Mas se um dia tiver de ouvir uma criança em julgamento, aqui o principio do contraditório tem que se exercer, o que é complicado. Normalmente levo a criança pro meu colo, tiro as becas, já fiz com promoção e proteção, em casos de adoção ou coisas mais complicadas que tem que ir a julgamento. Mas aquilo é feito através do juiz, eu vou mediando aquilo. Eles [advogados] não fazem a pergunta diretamente à criança, porque a pergunta pode ser agressiva.

E há as audições antes da fase contenciosa, que estamos na fase...

**NM** – Mas caso houvesse uma decisão, o Dr. transcreveria o que foi dito na audição?

**JMS** – Não, como é gravado..e depois nós a partida ali interpretamos o que ela diz, nós reproduzimos as vezes pra expressar algo que tenha um enquadramento além de verbal, também emocional, que não precisa de eplicação. Ela própria é demonstrativa.

Como disse, eu não tenho experiência pra julgamento, tenho experiência no início. As gravações aí são diferentes, por que quando em julgamento já tem que haver contraditório, e o artigo faz essa diferenciação. Mas na fase da primeira audição não. Fica gravado e os advogados têm acesso, e se fosse eu o legislador, não ficava nada gravado. (...)

**NM** – E acredita que com o Regulamento de Bruxelas II *bis* houve um melhoramento em relação aos casos de rapto e uma influência sob a legislação interna quanto ao direito da criança a ser ouvida?

**JMS** – Houve, mas demorou tempo..porque isto já esta a alguns anos. As leis são o que são, as práticas é que são terríveis, demora tempo para as coisas irem...Eu lembro de falar “eu ouço todas as crianças” e responderem “ai que violência”, e há maior violência do que um conflito entre um pai e uma mãe.?, e tem maior violência do que estar a processualizar um processo que não tem nada haver com aquela criança? É que eu estou a criar mais conflito, porque torna aquilo uma luta entre um pai e uma mãe, um ganha e outro perde, e perde toda gente.

## ANEXO V

## TERMO DE AUTORIZAÇÃO PARA GRAVAÇÃO DE VOZ

Eu, \_\_\_\_\_, depois de entender o que consiste e os benefícios que a pesquisa intitulada *A Convenção de Haia sobre os aspectos civis do rapto internacional de 1980 e a proteção do direito da criança a ser ouvida em Portugal* poderá trazer e, entender especialmente os métodos que serão usados para a coleta de dados, assim como, estar ciente da necessidade da gravação de minha entrevista, AUTORIZO, por meio deste termo, a mestrandia Nathália Monte Adelino a realizar a gravação de minha entrevista sem custos financeiros a nenhuma parte.

Esta AUTORIZAÇÃO foi concedida mediante o compromisso da pesquisadora acima citada em garantir-me os seguintes direitos: 1. poderei ler a transcrição de minha gravação anexada a tese; 2. os dados coletados serão usados exclusivamente para gerar informações para a pesquisa aqui relatada e outras publicações dela decorrentes, quais sejam: revistas científicas, congressos e jornais; 3. minha identificação será revelada apenas na pesquisa, porém em nenhuma das vias de publicação das informações geradas; 4. qualquer outra forma de utilização dessas informações somente poderá ser feita mediante minha autorização; 5. os dados coletados serão guardados por 5 anos, sob a responsabilidade da pesquisadora Nathália Monte Adelino, e após esse período, serão destruídos e, 6. serei livre para interromper minha participação na pesquisa a qualquer momento e/ou solicitar a posse da gravação e transcrição de minha entrevista.

Local e data

\_\_\_\_\_ Assinatura do  
participante da pesquisa

\_\_\_\_\_ Assinatura do  
pesquisador