



CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

Exmo. Senhor
Presidente da Comissão de Assuntos Constitucionais,
Direitos, Liberdades e Garantias
Dr. Luís Marques Guedes
Email: 1CACDLG@ar.parlamento.pt

V/ Referência:	V/ Data:	N/ Referência:	Ofício n.º	Data:
193/1.º-CACDLG/2021	09-03-2021	2021/GAVPM/0886	2021/OFC/02035	01-04-2021

ASSUNTO: **Projeto de Lei n.º 713/XIV/2.º (Ninsc Cristina Rodrigues) - NU: 672314**

No seguimento do ofício identificado em epígrafe, remete-se a V. Exa., em conformidade com o solicitado, parecer sobre a iniciativa legislativa supra identificada.

Com os melhores cumprimentos,

**Afonso Henrique
Cabral Ferreira**
Chefe de Gabinete

Assinado de forma digital por Afonso
Henrique Cabral Ferreira
64da1ec49ee506be2a4896db6ce82d1aa8e20d55
Dados: 2021.04.01 10:50:20

NU: 673709
465/1.º CACDLG - 01.04.21



ASSUNTO: Projeto de Lei n.º 713/XIV/2.ª – “Altera o Regime Geral do Processo Tutelar Cível reforçando o direito das crianças à participação efectiva nas decisões que lhes digam respeito”.

Proc. 2021/GAVPM/0886

27-03-2021

PARECER

**

1. Enquadramento

1.1. A Assembleia da República, através da Comissão de Assuntos Constitucionais, Direitos, Liberdades e Garantias, solicitou ao Conselho Superior da Magistratura a emissão de parecer em relação ao Projeto de Lei acima melhor identificado.

1.2. A iniciativa legislativa em apreciação visa reforçar o direito das crianças à participação efetiva nas decisões que lhes digam respeito.

1.3. Nos termos do artigo 155.º, alínea b), da Lei n.º 62/2013, de 26 de agosto, na redação dada pelo Decreto-Lei n.º 40-A/2016, de 22 de dezembro, cabe ao Conselho Superior da Magistratura emitir parecer sobre diplomas legais relativos à organização

judiciária e ao Estatuto dos Magistrados Judiciais e, em geral, sobre matérias relativas à administração da justiça.

2. Análise formal

2.1. Analisada a exposição de motivos do projeto de lei em referência, para explicitação dos fundamentos que terão estado na génese da opção legal, ali toma-se posição no sentido de que a *participação efectiva das crianças nos processos judiciais que lhe digam respeito é vital para a melhoria do funcionamento da justiça e constitui uma concretização do princípio do seu superior interesse. As crianças têm o direito a ser ouvidas, a expressar livremente a sua vontade e as suas opiniões devem ser tidas em consideração. De facto, apenas a afirmação e defesa dos direitos da criança conduzirão à tão desejada “Cultura da Criança”, na qual esta é vista como sujeito de direitos (...).*

Para fundamentar a alteração proposta argumenta-se ainda que, (...) *apesar [de o] direito à participação das crianças estar devidamente consagrado na legislação nacional, europeia e internacional, a verdadeira efectivação desse direito ainda não foi interiorizada pelos operadores judiciais, na medida em que a audição das crianças continua a não estar efectivamente garantida na prática judiciária, seja porque a criança não é simplesmente ouvida, seja porque não estão criadas as condições adequadas para proceder à audição.*

Por isso, a prioridade deve ser a de criar um sistema de justiça adaptado às crianças, que as proteja e salvaguarde devidamente os seus direitos. Um sistema que dê voz às crianças e não que as silencie.

Enunciam-se, outrossim, como enquadramento motivador, as conclusões do 1.º Relatório do Observatório de Crianças e Direitos, denominado “Os Direitos das Crianças envolvidas no sistema judicial”, datado de 2019, no sentido de que não estão a ser efetivadas as condições essenciais para a audição das crianças *como, por exemplo, a garantia do apoio profissional e pessoal, o direito à informação sobre o processo e os seus direitos, a preparação para a audição, a existência de salas adaptadas para audição, a adequação da linguagem utilizada e a não utilização de gravações em vídeo.*

Por outro lado, refere-se que *há determinados aspectos em que (...) os direitos das crianças não se encontram plenamente salvaguardados na legislação. (...) verifica-se que, em muitos casos, as crianças continuam a não ser ouvidas e a sua vontade nem sempre é respeitada (...)* *A audição da criança não pode ser vista como um mero formalismo, devendo a sua opinião ser devidamente tida em conta pelas autoridades judiciais. (...) para além do direito a serem informadas sobre o significado e alcance da audição, deve também lhes ser dado posteriormente conhecimento do resultado e consequências da mesma. Isto porque, na prática, nem sempre é dado retorno à criança sobre a forma como correu a audição, o resultado do processo e de que forma a sua opinião foi considerada. A criança deve ter conhecimento sobre todo o processo para que*

compreenda efectivamente a necessidade da sua intervenção, não sendo por isso compreensível que esta não seja devidamente informada sobre o seu desfecho. Assim, informar a criança sobre o resultado da audição é uma forma de garantir que as suas opiniões não são apenas ouvidas, mas também tomadas em consideração, para que a audição não seja um acto meramente formal.

Para além disso, conforme ditam as Directrizes do Comité de Ministros do Conselho da Europa, os direitos das crianças devem ser assegurados sem qualquer discriminação em razão, nomeadamente, do sexo, raça, cor ou origem étnica, idade, língua, religião, opinião política ou outra, nacionalidade ou origem social, meio socioeconómico, pertença a uma minoria nacional, riqueza, nascimento, orientação sexual ou identidade de género.

Contudo, subsistem na prática judiciária situações de discriminação, nomeadamente de crianças surdas ou que não dominam a língua portuguesa, cuja audição ocorre ainda com menos frequência do que a das restantes crianças.

A título de exemplo, investigação já realizada neste âmbito demonstrou que existe uma dificuldade, na prática, em ouvir crianças com nacionalidade diferente da portuguesa, sendo que esta pode ser motivada por diversos factores, entre os quais o facto de as crianças não dominarem esta língua.

Argumenta-se também para fundamentar as alterações propostas que deveria ser obrigatória a assessoria técnica ao Tribunal tanto na audição da criança como na determinação da sua capacidade de compreensão dos assuntos em discussão (...) um técnico especializado terá um contributo fundamental no auxílio ao Tribunal na compreensão do que é transmitido, conseguindo-se, assim, garantir plenamente o direito da criança à participação efectiva nas decisões que lhe digam respeito.

Mais adiante, apoiando-se em recomendações da FRA no sentido de desenvolver esforços, nomeadamente através da gravação, para evitar repetições desnecessárias, refere a Autora do projeto que as declarações prestadas em processo-crime ou cível, caso existam devem ser utilizadas no âmbito do processo tutelar cível para que a criança não seja forçada a falar novamente sobre questões já discutidas. Depois (...), de igual forma, quando a criança seja ouvida no âmbito do processo tutelar cível e as declarações possam ter relevância no âmbito de um processo-crime, devem aquelas ser utilizadas neste processo (...)'".

Para fundamentar a eliminação da referência expressa aos 12 anos de idade para audição da criança prevista no artigo 35.º do regime jurídico que se visa alterar, refere-se na exposição de motivos em análise que deverá manter-se o princípio de que esta é sempre ouvida, quando tenha capacidade para compreender os assuntos em discussão e consiga expressar-se, reforçando, assim, o direito das crianças a serem sempre ouvidas.

Por último, considerando a Autora do projeto que a gravação é essencial para proteção dos direitos de todos os envolvidos, em particular das crianças, defende-se que a Conferência de Pais deve ser sempre gravada, socorrendo-se, também aqui, de uma das

recomendações da FRA no sentido de que os Estados Membros da UE devem proceder à gravação das audições em vídeo — incluindo audições prévias ao julgamento — e garantir que as gravações sejam provas legalmente admissíveis para evitar repetições desnecessárias, nomeadamente durante o julgamento.

3. Apreciação

3.1. Com tal enquadramento motivador e com vista a reforçar o direito das crianças à participação efetiva nas decisões que lhes digam respeito, prevê o presente projeto alterações ao artigo 4.º, n.º 1, al. c), e n.º 2, ao artigo 5.º, n.º 3, e n.º 7, e ao artigo 35.º, n.ºs 3 e 5, do Regime Geral do Processo Tutelar Cível¹ (RGPTC), aprovado pela Lei n.º 141/2015, de 8 de setembro, epígrafados, respetivamente, “Princípios orientadores”, “Audição da criança” e “Conferência”.

Assim, propõe-se para os mencionados normativos a seguinte redação:

“Artigo 4.º

{...}

1 – {...}:

a) {...};

b) {...};

c) Audição e participação da criança - a criança, com capacidade de compreensão dos assuntos em discussão e **que consiga expressar-se**, é sempre ouvida sobre as decisões que lhe digam respeito, **obrigatoriamente** com o apoio da assessoria técnica ao tribunal, sendo garantido, salvo recusa fundamentada do juiz, o acompanhamento por adulto da sua escolha sempre que nisso manifeste interesse.

2 - Para efeitos do disposto na alínea c) do número anterior, o juiz afere, casuisticamente e por despacho, a capacidade de compreensão dos assuntos em discussão pela criança, **devendo** para o efeito recorrer ao apoio da assessoria técnica.

Artigo 5.º

{...}

¹ Diploma a que doravante se referem todas as normas sem menção de fonte.

1 – [...].

2 – [...].

3 - A audição da criança é precedida da prestação de informação clara sobre o significado e alcance da mesma, **devendo posteriormente ser dado conhecimento à criança do resultado e consequências da mesma.**

4 – [...]:

a) [...];

b) [...].

5 – [...].

6 – [...].

7 – [...]:

a) [...];

b) [...];

c) [...];

d) **Deve ser garantida a presença de Intérprete de Língua Gestual Portuguesa, quando a criança seja surda, ou de tradutor, quando não domine a Língua Portuguesa;**

e) Quando em processo-crime a criança tenha prestado declarações para memória futura, **devem** estas ser consideradas como meio probatório no processo tutelar cível;

f) **Quando no processo tutelar cível a criança tenha prestado declarações perante o juiz ou Ministério Público, devem estas ser consideradas como meio probatório em processo-crime;**

g) Quando em processo de natureza cível a criança tenha prestado declarações perante o juiz ou Ministério Público, com observância do princípio do contraditório, **devem** estas ser consideradas como meio probatório no processo tutelar cível;

h) [anterior alínea f)];

i) [anterior alínea g)].”.

Artigo 35.º

[...]

1 – [...]

2 – [...].

3 - A criança com capacidade para compreender os assuntos em discussão e que **consiga expressar-se** é ouvida pelo tribunal, nos termos previstos na alínea c) do artigo 4.º e no artigo 5.º, salvo se a defesa do seu superior interesse o desaconselhar.

4 - [...].

5 - **A conferência é sempre gravada, devendo apenas ser assinaladas em acta as pessoas presentes, o início o termo de cada declaração, requerimentos e respectiva resposta, despacho, decisão e outras informações que o juiz considere relevantes, aplicando-se quando não seja possível a gravação o disposto no artigo 37.º n.º 2 e n.º 3 da presente lei.”**

3.2. Conforme se refere na exposição de motivos do projeto sob análise, a Convenção sobre os Direitos da Criança, acolhida na ordem jurídica nacional pela Resolução da Assembleia da República n.º 20/90, de 8 de junho de 1990², determina que os «Estados Partes garantem à criança com capacidade de discernimento o direito de exprimir livremente a sua opinião sobre as questões que lhe respeitem, sendo devidamente tomadas em consideração as opiniões da criança, de acordo com a sua idade e maturidade.

Para este fim, é assegurada à criança a oportunidade de ser ouvida nos processos judiciais e administrativos que lhe respeitem, seja diretamente, seja através de representante ou de organismo adequado, segundo as modalidades previstas pelas regras de processo da legislação nacional»³.

A Convenção Europeia sobre o Exercício dos Direitos das Crianças, adotada em Estrasburgo, em 25 de janeiro de 1996, aprovada 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, de 27 de janeiro⁴, que reconhece a criança como sujeito ativo de direitos, impondo aos Estados a responsabilidade pela concretização dos direitos da criança, estabelece, no seu artigo 3.º, que a criança tem o direito a ser informada e a exprimir a sua opinião no âmbito dos processos e, no seu artigo 6.º, que a autoridade judicial antes de tomar uma decisão deverá ter devidamente em conta as opiniões expressas pela criança.

A audição e participação da criança nos processos judiciais em que sejam intervenientes é também um dos princípios fundamentais do Regulamento (CE) n.º

² Publicada no D.R. n.º 211/90, Série I, 1.º Suplemento, de 12 de setembro de 1990, e ratificada pelo Decreto do Presidente da República n.º 49/90, de 12 de setembro.

³ Cf. art.º 12.º, n.ºs 1 e 2.

⁴ Publicada no D.R., 1.ª Série, n.º 18, de 27 de janeiro de 2014.

2201/2003 do Conselho, de 27 de novembro de 2003, denominado “Regulamento Bruxelas II bis”, donde decorre que uma sentença de um tribunal português que tenha sido proferida, sem que a criança tenha tido a oportunidade de ser ouvida (ou a inexistência de um despacho que fundamente a não audição da criança) levará a que a esta mesma sentença não seja reconhecida em outro Estado-Membro, por consubstanciar um fundamento de não reconhecimento ao abrigo do referido regulamento⁵.

Igualmente, no âmbito da União Europeia, a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia estabelece, no seu artigo 24.º, n.º 1, que as crianças devem exprimir livremente a sua opinião, sendo esta tomada em consideração nos assuntos que lhe digam respeito, em função da sua idade e maturidade.

Da referida legislação internacional e europeia resulta, pois, como assente o direito de audição e participação das crianças em todos os processos que lhes digam respeito, bem como o direito de serem informadas sobre as decisões que as afetem, podendo *afirmar-se que o direito de participação da criança em todas as questões que lhe dizem respeito, constitui um direito supranacional que se impõe no direito interno*⁶, o qual, de resto, constitui um meio para concretizar o *superior interesse da criança*.

3.3. O legislador português, em linha com esses instrumentos internacionais, consagrou no Regime Geral do Processo Tutelar Cível, aprovado pela Lei n.º 141/2015, de 8 de outubro, que revogou o Decreto-Lei n.º 314/78, de 27 de outubro (OTM), para além de outros princípios já vigentes no direito interno, os princípios da simplificação instrutória e da oralidade, o princípio da consensualização e os princípios da audição e participação da criança⁷.

3.3.1. Assim, para o que ao caso interessa, no art.º 4.º, n.º 1, al. c), e n.º 2, consagram-se os princípios orientadores que enformam o RGPTC e que deverão ser observados em qualquer providência tutelar cível⁸, entre os quais, os princípios da audição e participação da criança, nos seguintes termos:

⁵ Vide Rui Alves Pereira, *Por uma cultura da criança enquanto sujeito de direitos: o princípio da audição da criança*, in Revista Julgar Online, setembro de 2015, disponível em: <http://julgar.pt/por-uma-cultura-da-crianca-enquanto-sujeito-de-direitos-o-principio-da-audicao-da-crianca/2/>. Cf. art.º 23.º do Regulamento, relativo aos “Fundamentos de recusa de reconhecimento ou execução de uma decisão em matéria de responsabilidade parental”, onde se estabelece que “O tribunal apenas pode recusar-se a declarar a decisão executória: (...) se, exceto em caso de urgência, a criança não tiver tido a oportunidade de ser ouvida durante o processo no qual foi proferida a decisão”.

⁶ Cf. Recomendação CM/REC (2012) 2 do Comité de Ministros dos Estados Membros sobre a participação das crianças e jovens com idade inferior a 18 anos (adotada a 28 de março de 2012) e as Diretrizes do Comité dos Ministros do Conselho da Europa sobre a justiça adaptada às Crianças.

⁷ Cf. Exposição de motivos da Proposta de Lei n.º 338/XII, que esteve na génese do RGPTC.

⁸ *Regime Geral do Processo Tutelar Cível*, Tomé d’Almeida Ramião, Quid Juris, 4.ª Ed., p. 22.

«(...) c) Audição e participação da criança - a criança, com capacidade de compreensão dos assuntos em discussão, tendo em atenção a sua idade e maturidade, é sempre ouvida sobre as decisões que lhe digam respeito, preferencialmente com o apoio da assessoria técnica ao tribunal, sendo garantido, salvo recusa fundamentada do juiz, o acompanhamento por adulto da sua escolha sempre que nisso manifeste interesse».

Daqui decorre, como explica Tomé d'Almeida Ramião⁹, que a criança com capacidade de discernimento, tem o direito de exprimir a sua opinião sobre os assuntos que lhe dizem respeito, *devendo ser devidamente tomadas em consideração as suas opiniões, de acordo com a sua idade e maturidade, não se estabelecendo qualquer limite de idade para esse efeito, como aliás manda o art.º 12.º da Convenção Sobre os Direitos da Criança*. Ou seja, a audição é obrigatória sempre que a criança manifeste capacidade de compreensão dos assuntos em discussão, tendo em atenção a sua idade e maturidade, competindo ao juiz aferir, *casuisticamente e por despacho, a capacidade de compreensão dos assuntos em discussão pela criança, podendo para o efeito recorrer ao apoio da assessoria técnica* (cf. n.º 2 do citado art.º 4.º).

3.3.2. No processo especial de regulação do exercício das responsabilidades parentais rege o art.º 35.º, n.º 3, estatuinto que a criança com idade superior a 12 anos ou com idade inferior, com capacidade para compreender os assuntos em discussão, tendo em atenção a sua idade e maturidade, é ouvida pelo tribunal, nos termos previstos na alínea c) do artigo 4.º e no artigo 5.º, salvo se a defesa do seu superior interesse o desaconselhar.

Impõe-se, assim, obrigatoriamente a audição da criança com idade superior a 12 anos ou com idade inferior, desde que tenha capacidade para compreender os assuntos em discussão, tendo em atenção a sua idade e maturidade.

3.3.3. Os termos da aludida audição e participação encontram-se definidos no art.º 5.º, o qual, sob a epígrafe “Audição da criança”, estatui que:

“Artigo 5.º

(...)

1 - *A criança tem direito a ser ouvida, sendo a sua opinião tida em consideração pelas autoridades judiciárias na determinação do seu superior interesse.*

2 - *Para efeitos do disposto no número anterior, o juiz promove a audição da criança, a qual pode ter lugar em diligência judicial especialmente agendada para o efeito.*

⁹ *Ob. cit.*, pp. 25 e 26.

3 - A audiência da criança é precedida da prestação de informação clara sobre o significado e alcance da mesma.

4 - A audiência da criança respeita a sua específica condição, garantindo-se, em qualquer caso, a existência de condições adequadas para o efeito, designadamente:

a) A não sujeição da criança a espaço ou ambiente intimidatório, hostil ou inadequado à sua idade, maturidade e características pessoais;

b) A intervenção de operadores judiciais com formação adequada.

5 - Tendo em vista o cumprimento do disposto no número anterior, privilegia-se a não utilização de traje profissional aquando da audiência da criança.

6 - Sempre que o interesse da criança o justificar, o tribunal, a requerimento ou oficiosamente, pode proceder à audiência da criança, em qualquer fase do processo, a fim de que o seu depoimento possa ser considerado como meio probatório nos atos processuais posteriores, incluindo o julgamento.

7 - A tomada de declarações obedece às seguintes regras:

a) A tomada de declarações é realizada em ambiente informal e reservado, com vista a garantir, nomeadamente, a espontaneidade e a sinceridade das respostas, devendo a criança ser assistida no decurso do ato processual por um técnico especialmente habilitado para o seu acompanhamento, previamente designado para o efeito;

b) A inquirição é feita pelo juiz, podendo o Ministério Público e os advogados formular perguntas adicionais;

c) As declarações da criança são gravadas mediante registo áudio ou audiovisual, só podendo ser utilizados outros meios técnicos idóneos a assegurar a reprodução integral daquelas quando aqueles meios não estiverem disponíveis e dando-se preferência, em qualquer caso, à gravação audiovisual sempre que a natureza do assunto a decidir ou o interesse da criança assim o exigirem;

d) Quando em processo-crime a criança tenha prestado declarações para memória futura, podem estas ser consideradas como meio probatório no processo tutelar cível;

e) Quando em processo de natureza cível a criança tenha prestado declarações perante o juiz ou Ministério Público, com observância do princípio do contraditório, podem estas ser consideradas como meio probatório no processo tutelar cível;

f) A tomada de declarações nos termos das alíneas anteriores não prejudica a prestação de depoimento em audiência de julgamento, sempre que ela deva ser possível e não puser em causa a saúde física e psíquica e o desenvolvimento integral da criança;

g) Em tudo o que não contrarie este preceito, aplica-se, com as necessárias adaptações, o regime processual civil previsto para a prova antecipada”.

Reafirma-se, assim, nesta disposição legal, como assinala o mesmo Autor¹⁰, o direito da criança a ser ouvida, bem como o direito a ser tomada em consideração a sua opinião na ponderação dos interesses em causa, prevendo-se duas modalidades de audição, conforme a finalidade a que se destinam: (i) para exprimir a opinião da criança (audição da criança com capacidade de compreensão dos assuntos em questão e prevista nos n.ºs 1 e 2 do art.º 5.º) e (ii) para tomada de declarações como meio de prova (“audição” para tomada de declarações para efeitos probatórios, prevista nos n.ºs 6 e 7 do art.º 5.º), que deverão ser tomadas de acordo com as regras estabelecidas nas várias alíneas do n.º 7.¹¹

3.4. Da análise conjugada dos normativos *supra* mencionados, verifica-se, pois, que a lei nacional, nomeadamente o Regime Geral do Processo Tutelar Cível que ora se visa alterar, contempla na generalidade as preocupações constantes da legislação internacional e europeia atinente à participação das crianças, consagrando devidamente o seu direito de audição e participação nas decisões que lhe dizem respeito, quando tiverem capacidade de compreensão dos assuntos em discussão, tendo em conta a sua idade e maturidade.

Essa maturidade, como se escreveu no Ac. STJ de 14-12-2016¹², “terá de se revelar na decisão, só estando dispensada a justificação para a sua eventual não audição quando for notório que a sua baixa idade não a permite ou aconselha”.

3.5. Feitas estas considerações gerais, cumpre agora verificar da necessidade (ou não) das alterações gizadas no presente projeto lei.

3.5.1. Das alterações propostas para o artigo 4.º.

Importa, assim, recuperar, para melhor compreensão, o estatuído no art.º 4, n.º 1, al. c), e n.º 2.

Estabelece este preceito legal que:

“(...) c) Audição e participação da criança - a criança, com capacidade de compreensão dos assuntos em discussão, tendo em atenção a sua idade e maturidade, é sempre ouvida sobre as decisões que lhe digam respeito, preferencialmente com o apoio da assessoria técnica ao tribunal, sendo garantido, salvo recusa fundamentada do juiz, o acompanhamento por adulto da sua escolha sempre que nisso manifeste interesse.

¹⁰ *Ob. cit.*, p. 30.

¹¹ *Vide*, Parecer de Rui Alves Pereira no Processo n.º 29/PP/2018-G, aprovado por deliberação do Conselho Geral da Ordem dos Advogados, de 29 de março de 2018, disponível em <https://portal.oa.pt/media/127921/29-pp-2018-g-versao-final.pdf>.

¹² Disponível em *dgsi.pt*, que anulou o acórdão recorrido e decidiu que o processo baixasse a fim de, ou serem ouvidos os menores se a sua capacidade de compreensão assim o determinasse, ou ser justificada a sua não audição.

2 - Para efeitos do disposto na alínea c) do número anterior, o juiz afere, casuisticamente e por despacho, a capacidade de compreensão dos assuntos em discussão pela criança, podendo para o efeito recorrer ao apoio da assessoria técnica.

Propõe-se para o referido normativo a seguinte redação:

c) *Audição e participação da criança - a criança, com capacidade de compreensão dos assuntos em discussão e que consiga expressar-se, é sempre ouvida sobre as decisões que lhe digam respeito, obrigatoriamente com o apoio da assessoria técnica ao tribunal, sendo garantido, salvo recusa fundamentada do juiz, o acompanhamento por adulto da sua escolha sempre que nisso manifeste interesse.*

2 - Para efeitos do disposto na alínea c) do número anterior, o juiz afere, casuisticamente e por despacho, a capacidade de compreensão dos assuntos em discussão pela criança, **devendo** para o efeito recorrer ao apoio da assessoria técnica.

A primeira alteração proposta consiste, assim, em substituir o segmento «tendo em atenção a sua idade e maturidade» por «e que consiga expressar-se».

Ora, embora se perceba que a intenção da alteração proposta seja a de alertar o aplicador do direito para a necessidade de ouvir sempre as crianças quando tenham capacidade de compreensão dos assuntos em discussão, a verdade é que tal alteração se revela desnecessária, na medida em que nada acrescenta de substancial ao ordenamento jurídico, pois que a audição da criança já é obrigatória sempre que manifeste a referida capacidade, competindo ao julgador, casuisticamente, dela aferir, recorrendo, se necessário, ao apoio da assessoria técnica.

Não será, certamente, a eliminação da referência à maturidade e a introdução da expressão «consiga expressar-se» que permitirá alcançar o desiderato pretendido no sentido de que as crianças sejam ouvidas mais vezes nos tribunais, antes se antevendo o surgimento de dúvidas interpretativas que só irão embaraçar o aplicador do direito, num momento em que os conceitos consagrados na lei em vigor se encontram devidamente densificados e consolidados na doutrina e na jurisprudência.

De facto, a redação proposta apresenta-se vaga e genérica, suscitando, desde logo, a questão de saber qual o âmbito do conceito «consiga expressar-se» (verbalmente? Através de desenhos?).

Acresce dizer que a referida expressão se afigura redundante, na medida em que já é um pressuposto para a audição. Ou seja, é inerente à própria audição.

Por outro lado, os conceitos de compreensão e maturidade atualmente previstos na lei encerram em si a capacidade de a criança se expressar, contendo, portando, já o conceito que se pretende introduzir.

A segunda alteração proposta consiste na substituição, na al. c) do citado normativo, do vocábulo «preferencialmente» por «obrigatoriamente» e, no n.º 2, da palavra «podendo» por «devendo».

Segundo a exposição de motivos, o fundamento próximo da alteração proposta tem a ver com o entendimento de que deveria ser obrigatória a assessoria técnica ao tribunal tanto na audição da criança como na determinação da sua capacidade de compreensão dos assuntos em discussão.

Não se pondo em causa a opção legislativa subjacente à alteração, não poderá, contudo, também aqui, deixar de se referir que a alteração proposta é despicienda e a introduzir-se poderá causar mais problemas do que aqueles que visa resolver.

Efetivamente, não estando os tribunais de família e menores dotados de gabinetes de assessoria técnica, a alteração proposta conduziria inevitavelmente a delongas na tramitação processual e à dilação das decisões que em nada beneficiariam os menores.

Por outro lado, a atual redação da norma confere ao juiz o poder discricionário — que não arbitrário — para decidir, no caso concreto e de acordo com as regras da experiência e do bom senso, da necessidade (ou não) de assessoria técnica para proceder à audição da criança, num sistema que se afigura equilibrado e adequado aos interesses em jogo, permitindo-se, assim, ao juiz que se socorra dessa assessoria técnica quando a mesma se impõe e revela necessária ou imprescindível e não a convoque quando é inútil ou despicienda, como sucederá amiúde nos casos de audição de menores com mais de 16 anos de idade, cujas declarações revelem maturidade.

Na verdade, casos há em que não se justifica a obrigatoriedade de assessoria técnica nem na audição da criança, nem na determinação da sua capacidade de compreensão dos assuntos em discussão, o que só retardaria a resolução da situação do menor sem que, com isso, se retirasse uma inequívoca vantagem, sendo certo que, face ao disposto no n.º 2 do art.º 4.º, nos casos em que o juiz tenha dúvidas sobre a capacidade de compreensão dos assuntos em discussão por parte da criança, deverá recorrer ao apoio da assessoria técnica, não se vendo necessidade, nos casos em que essas dúvidas não se suscitem, de fazer intervir a referida assessoria, que obstará ao andamento célere que se exige em processos desta natureza.

3.5.2. Das alterações propostas para o artigo 5.º.

A primeira alteração proposta visa aditar ao n.º 3 o segmento “*devendo posteriormente ser dado conhecimento à criança do resultado e consequências da mesma.*”

Invoca a Autora do projeto para fundamentar a alteração proposta que a «criança deve ter conhecimento sobre todo o processo para que compreenda efectivamente a necessidade da sua intervenção, não sendo por isso compreensível que esta não seja devidamente informada sobre o seu desfecho (...) informar a criança sobre o resultado da audição é uma forma de garantir que as suas opiniões não são apenas ouvidas, mas também tomadas em consideração, para que a audição não seja um acto meramente formal».

De um ponto de vista puramente formal, cumpre desde já dizer que a alteração proposta suscita várias reservas, desde logo, a de saber qual o meio de transmissão à criança do resultado e consequências da sua audição: notifica-se a criança nos mesmos termos que se notifica o Ministério Público, os pais ou os advogados? Ou convoca-se a criança para comparecer no tribunal, expondo-a de novo a um cenário do qual deve ser protegida e que lhe poderá acarretar mais sofrimento do que benefícios?

Doutra parte, afigura-se, pelas razões *infra* explicadas, despicienda a gizada alteração.

A Convenção sobre os Direitos da Criança e a Convenção Europeia sobre o Exercício dos Direitos das Crianças impõem que a criança deve ser informada sobre as possíveis consequências de se agir em conformidade com a sua opinião, bem como sobre as possíveis consequências de qualquer decisão.

Nessa senda, estabelece a atual redação do art.º 5.º, no seu n.º 3, que “A audição da criança é precedida da prestação de informação clara sobre o significado e alcance da mesma”.

Ora, parece-nos que a norma, ao impor que a criança seja devidamente informada sobre o significado e *alcance* das suas declarações, dá cabal cumprimento ao direito de informação imposto nas referidas Convenções a que o Estado Português se encontra vinculado. A criança deve ser informada, logo que seja ouvida, de que as suas opiniões e declarações são tidas em consideração no processo e nos possíveis desfechos do mesmo.

Importa ter presente que o n.º 1 do citado normativo determina que a opinião da criança seja considerada e, portanto, valorada pelas autoridades judiciárias, e para tal, como bem se compreenderá, ao contrário do que parece entender-se na exposição de motivos do projeto sob análise, não será necessário dar posterior conhecimento à criança do resultado e consequências da sua audição.

Da combinação deste dois normativos [n.ºs 1 e 3 do art.º 5.º], como escreve Rui Alves Pereira¹³, «resultam plenamente acautelados os três níveis de participação da criança: o direito a ser informada, a expressar uma opinião e a ver essa opinião tida em conta».

Vale dizer que a solução consagrada na lei em vigor já acautela os direitos da criança, não sendo a alteração legislativa ora proposta sequer reclamada pela legislação internacional acima mencionada. Trata-se de resto, a nosso ver, de um regime que pondera de forma assaz equilibrada os interesses em causa.

Em relação à alteração projetada para a alínea d), embora se compreenda que a intenção seja a de chamar a atenção para a dificuldade que, na prática, existe em ouvir as crianças surdas ou que não dominam a língua portuguesa, a verdade é que tal alteração se revela desnecessária ou sem efeito útil, na medida em que o regime que se pretende consagrar já se encontra contemplado nos artigos 133.º e 135.º do Código de Processo Civil, aqui aplicável subsidiariamente por força do disposto no n.º 1 do art.º 33.º.

Recorrendo às recomendações da FRA, propõe ainda a Autora do projeto alterações às alíneas e) e g) do n.º 7 do citado art.º 5.º, no sentido de que, existindo as declarações a que aí se alude, *devem* as mesmas ser utilizadas no âmbito do processo tutelar cível, por forma a evitar que a criança seja forçada a falar novamente sobre as questões discutidas.

A redação que veio a ser consagrada no art.º 5.º, muito em particular nos n.ºs 6 e 7, relativamente às declarações da criança prestadas em processo-crime ou de natureza cível para valerem como meio de prova em processo tutelar cível, acolheu, quase na íntegra, as sugestões propostas pelo CSM no parecer emitido no âmbito da Proposta de Lei n.º 338/XII/4.¹⁴, donde resulta clara a preocupação de prevenir repetições desnecessárias das declarações e de acautelar o princípio do contraditório, mas também a de deixar ao juiz do processo tutelar cível a faculdade de ponderação das declarações prestadas no processo crime ou cível, não o vinculando *sempre* à valoração dessas declarações.

Parece-nos que a solução então proposta — e que veio a ser consagrada na lei — se mostra justa e equilibrada, não se vislumbrando qualquer razão para a alterar.

¹³ Parecer de Rui Alves Pereira no Processo n.º 29/PP/2018-G, aprovado por deliberação do Conselho Geral da Ordem dos Advogados, de 29 de março de 2018, disponível em <https://portal.oa.pt/media/127921/29-pp-2018-g-versao-final.pdf>.

¹⁴ Disponível no portal da Assembleia da República.

Efetivamente, importa ter presente que nem sempre os processos crime ou cível correm paralela e simultaneamente ao processo tutelar cível, o que faz com que as declarações naqueles prestadas possam não ter a atualidade exigível no processo tutelar cível. Por outro lado, os referidos processos têm tramitações diferentes e tempos de resolução também diversos, pelo que *obrigar* o juiz do processo tutelar cível a valorar, como meio probatório, as declarações prestadas noutro processo, retirando-lhe qualquer possibilidade de ponderação/avaliação, pode fazer com que se esteja a valorar uma realidade que nem sequer é atual e/ou do *superior interesse da criança*.

A valoração das declarações prestadas pelas crianças nos termos definidos nos n.ºs 6 e 7 do normativo em questão deverá, pois, ser a regra, por forma a evitar a sua repetição desnecessária, devendo, contudo, continuar a permitir-se ao juiz do processo tutelar cível aferir, no caso concreto, da pertinência (ou não) de tais declarações serem consideradas como meio probatório no processo tutelar cível.

Também com o fundamento de evitar a repetição das declarações prestadas pela criança, propõe a Autora do projeto o alargamento do regime vigente, através do aditamento de uma nova alínea f) ao n.º 7 do art.º 5.º com o seguinte teor: «Quando no processo tutelar cível a criança tenha prestado declarações perante o juiz ou Ministério Público, devem estas ser consideradas como meio probatório em processo-crime».

Embora se veja com bons olhos a maior comunicabilidade entre os tribunais de família e menores e os tribunais criminais e se reconheça que a utilização de declarações prestadas noutros processos pode funcionar, nestes casos, como meio de proteção da criança, atenuando os riscos da vitimização secundária, como já sucede nos casos previstos nas alíneas d) e e) do n.º 7, a verdade é que a alteração proposta, sobretudo nos termos em que é feita, para além de se mostrar em contradição com a regra estabelecida na al. b), suscita sérias dúvidas de constitucionalidade, vendo-se como muito difícil a sua compatibilização com os princípios da imediação, da oralidade e do contraditório.

Em acréscimo, cumpre referir que, no que respeita aos crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual de menor, tal alteração não se mostra compaginável com o disposto no art.º 271.º, n.º 2, do Código de Processo Penal, que estatui como obrigatória a tomada de declarações para memória futura do ofendido (menor) no decurso do inquérito.

3.5.3. Das alterações propostas para o artigo 35.º.

No que tange ao artigo 35.º, para além da substituição da expressão «tendo em atenção a sua idade e maturidade» por «e que consiga expressar-se», sobre a qual já acima nos pronunciamos a propósito do art.º 4.º, propõem-se no projeto sob análise duas outras alterações: (i) a eliminação da referência à idade de 12 anos para a audição da criança e (ii) a gravação da conferência de pais, aplicando-se o regime previsto no art.º 37.º, n.ºs 2 e 3, quando tal não for possível por inexistência de meios técnicos para o efeito.

Com a primeira alteração pretende-se reforçar o direito das crianças a serem sempre ouvidas, desde que tenham capacidade para compreender os assuntos em discussão.

Como é sabido, a idade dos 12 anos encontra-se na nossa legislação¹⁵ associada à capacidade de discernimento. Todavia, essa capacidade varia em função da criança, pelo que não se vê qualquer razão para a existência de um regime especial para a audição da criança no processo de regulação do exercício das responsabilidades parentais, o qual de resto tem conduzido à interpretação de que só é obrigatória a audição da criança com idade superior a 12 anos¹⁶, podendo, conforme é dito na exposição de motivos, essa referência estar a condicionar o direito de a criança ser sempre ouvida, quando verificados os pressupostos vertidos no art.º 4.º, n.º 1, al. c).

Não merece, pois, reparo a proposta de alteração feita no presente projeto no sentido de que também na conferência de pais deve valer o princípio orientador previsto no art.º 4.º, n.º 1, al. c), que estabelece que as crianças, com capacidade de compreensão dos assuntos em discussão, tendo em atenção a sua idade e maturidade, são sempre ouvidas sobre as decisões que lhes digam respeito, o que, de resto, se mostra conforme com legislação e recomendações internacionais¹⁷ que reiteram ou determinam a necessidade de os Estados-Membros definirem nas suas legislações as condições necessárias para assegurar que as crianças têm o direito de ser ouvidas independentemente da idade nas decisões que lhes digam respeito.

No que toca à segunda alteração visada, cumpre dizer o seguinte.

Conforme se assinalou no parecer emitido pelo CSM no âmbito do Projeto Lei n.º 327/XIII/2.¹⁸, a documentação da conferência de pais realizada no âmbito do processo de

¹⁵ Cf., por exemplo, Lei Tutelar Educativa, que no seu art.º 1.º, sob a epígrafe “Âmbito da lei” estatui que “*A prática, por menor com idade compreendida entre os 12 e os 16 anos, de facto qualificado pela lei como crime dá lugar à aplicação de medida tutelar educativa (...)*”.

¹⁶ Neste sentido, Tomé d’Almeida Ramião, *in Ob. cit.*, p. 124.

¹⁷ Recomendação (2012) do Comité de Ministros do Conselho da Europa e Convenção sobre os Direitos da Criança (art.º 12).

¹⁸ Disponível no portal da Assembleia da República. Entre outras alterações, propunha-se, sem qualquer exceção, que a conferência de pais fosse sempre gravada.

regulação do exercício das responsabilidades parentais encontra-se regulada nos arts. 37.º e 38.º, consoante haja ou não comparência dos pais e/ou haja ou não acordo no exercício das responsabilidades parentais. Assim, refere-se no mesmo parecer, se «houver acordo dos pais que corresponda aos interesses da criança sobre o exercício das responsabilidades parentais, o juiz faz constar do auto da conferência o que for acordado e dita a sentença de homologação (artigo 37.º, n.º 2); Se faltarem um ou ambos os pais e não se fizerem representar, o juiz ouve as pessoas que estejam presentes, fazendo exarar em auto as suas declarações (artigo 37.º, n.º 3). Para os casos em que não há acordo dos progenitores e estando ambos presentes, o juiz decide provisoriamente sobre o pedido em função dos elementos já obtidos, suspende a conferência e remete as partes para a mediação ou para audição técnica especializada (artigo 38.º)».

Alertava-se então para as dúvidas interpretativas suscitadas pelas normas referenciadas nos seguintes termos: «(...) ao não se exigir a gravação da diligência e ao realçarem-se expressões, como “*Constar do auto e exarar em auto*” (...) pode questionar-se, se se trata de uma norma especial que afasta a aplicação da regra geral da gravação prevista para o processo civil ou, se pelo contrário configura uma verdadeira omissão a ser integrada nos termos e para os efeitos do disposto no art.º 33º».

Ora, a presente iniciativa legislativa, ao impor a gravação da conferência como regra, mas ressalvando os casos em que tal não é possível — casos em que se aplicará o regime previsto no art.º 37.º, n.ºs 2 e 3 —, vem clarificar a regulação desta matéria, pelo que, atendendo aos motivos que fundamentam a alteração, designadamente aqueles que se prendem com a proteção reforçada de todos os envolvidos, bem assim às vantagens decorrentes que esta forma de documentação dos atos acarreta em termos de agilidade dos procedimentos, celeridade, transparência e fidedignidade do que foi dito, dada a possibilidade de conhecimento integral do teor e da dinâmica da diligência, evitando desconformidades entre o que é dito e o que é exarado, nada se tem a objetar à alteração gizada.

Contudo, a vingar a alteração proposta, face à coexistência de duas formas diversas de documentação do ato processual em causa, não deixa de se alertar para a necessidade de compatibilizar a atual redação do art.º 37.º com a nova redação do art.º 35.º, n.º 5, por forma a obstar a oscilações interpretativas que devem desde já ser evitadas.

4. Conclusão

O projeto legislativo em causa dá corpo a legítimas opções de política legislativa.

Nas matérias que respeitam à prática judiciária, o Conselho Superior da Magistratura apresenta as observações *supra* exaradas, salientando que algumas das modificações preconizadas são suscetíveis de acarretar maiores problemas do que aqueles a que procuram dar resposta.

De todo o modo, coloca-se à superior consideração de Vossa Excelência a ponderação dos comentários e das sugestões acima expedidos.

 **Graça Maria
Andrade Paula
Pissarra**
Adjunta

Assinado de forma digital por Graça Maria
Andrade Paula Pissarra
76da0c02ca143d5369c3266e770e48c3133d1796
Dados: 2021.03.27 18:29:25