

PARECER

I – Relatório

O Senhor Bastonário da Ordem dos Advogados solicita-nos um parecer sobre a admissibilidade, face à legislação em vigor, de restringir a presença dos advogados dos progenitores durante a audição das crianças e se essa restrição poderá, ou não, ser considerada um impedimento à participação em atos processuais.

A questão essencial deste parecer centra-se, assim, na presença ou não dos advogados dos progenitores – que não se confundem com o advogado da criança – na diligência destinada à audição das crianças.

Para responder à questão colocada, começaremos por atender aos contornos do problema concreto objeto de consulta, que passamos resumidamente a expor.

Vejamos então.

No âmbito de processo de alteração de regulação do exercício das responsabilidades parentais, realizou-se conferência de progenitores, no âmbito da qual ambos os progenitores fizeram-se representar por advogado.

Pelo Exmo. Senhor Juiz de Direito que presidiu a diligência foi determinada a conveniência da audição da criança (de 9 anos) e ordenada que a mesma fosse realizada sem a presença dos progenitores e dos respectivos advogados; não obstante o pedido expresso de que a audição decorresse na presença dos mandatários constituídos, a diligência decorreu, apenas, na presença do Senhor Juiz de Direito e do Senhor Procurador Adjunto do Ministério Público.

II – Tratamento jurídico da questão objeto de consulta

i) Enquadramento jurídico do direito da audição da criança

A audição das crianças no sistema judicial ou perante outras autoridades competentes é, nos dias de hoje, uma realidade incontornável, sendo um direito da criança. O direito a ser ouvida sobre todos os assuntos que lhe digam respeito é um direito e não um dever da criança. Entendemos, aliás, que acautelar este direito passa por questionar a criança, antes de iniciar a sua audição, sobre se pretende ou não ser ouvida sobre o assunto.

Na verdade, ouvir a criança não significa, naturalmente, utilizá-la como testemunha de um dos progenitores, mas antes concretizar o direito da criança a que o seu ponto de vista seja considerado no processo de formação da decisão que a afeta, o que só poderá ser

verdadeiramente aquilatado e ponderado se houver lugar à sua audição.

Trata-se de um direito autónomo com valor em si mesmo e, simultaneamente, instrumental à efetivação de outros direitos e princípios, entre os quais o do *superior interesse da criança*, traduzindo-se o princípio da audição da mesma (i) na concretização do direito à palavra e à expressão da sua vontade, (ii) no direito à participação ativa nos processos que lhe digam respeito e de ver essa opinião tomada em consideração, e (iii) numa verdadeira e desejada cultura da criança enquanto sujeito de direitos.

A respeito da densificação deste conceito, seguimos de perto a interpretação que o Comité dos Direitos da Criança dá ao conceito de *superior interesse da criança* no Comentário Geral n.º 14, segundo o qual este conceito tem natureza *tripla*, configurando-se como (i) um direito substantivo, (ii) um princípio jurídico fundamentalmente interpretativo e (iii) uma regra processual¹.

O conceito do interesse superior da criança é, portanto, flexível e adaptável². Deverá ser ajustado e definido numa base individual, em conformidade com a situação específica da criança ou das crianças envolvidas, tendo em conta o seu contexto, situação e necessidades pessoais.

Num excurso breve sobre o direito da audição da criança, lembremos que este direito integra um dos quatro pilares da Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança³, a par do direito à vida, à não discriminação e do direito ao desenvolvimento integral da sua personalidade.

Esta Convenção, pela sua relevância, consagrou-se como o documento jurídico que mais impulsionou o princípio da participação da criança, sendo para muitos considerada a pedra angular de todo o edifício supranacional dos direitos das crianças⁴, revestindo um relevo decisivo enquanto instrumento interpretativo das disposições da lei ordinária.

Podemos, portanto, afirmar que a Convenção dos Direitos da Criança veio concretizar uma nova conceção de criança, enquanto ser humano em crescimento que, apesar da

¹ V. *Interesse Superior da Criança – Comentário Geral n.º 14 (2013) do Comité dos Direitos da Criança sobre o direito da criança a que o seu interesse superior seja tido primordialmente em consideração*, Lisboa, Comissão Nacional de Promoção dos Direitos e Proteção das Crianças e Jovens, 2017, p. 10, disponível em <https://www.cnpdpcj.gov.pt>.

² Esta abertura não significa, obviamente, que ao julgador seja dada uma liberdade total e incondicional no preenchimento deste conceito deste conceito que, antes de mais, é jurídico.

³ Adotada e aberta à assinatura, ratificação e adesão pela Resolução n.º 44/25 da Assembleia Geral das Nações Unidas, de 20 de novembro de 1989, e acolhida na ordem jurídica nacional pela Resolução da Assembleia da República n.º 20/90 de 8 de junho e pelo Decreto do Presidente da República n.º 49/90, publicadas no Diário da República, I Série, 1º Suplemento, n.º 211/90.

⁴ Constituí, ainda, fonte jurídica donde emergiu a dimensão do direito de participação e audição da criança, que veio a ser adotado em diplomas internacionais que lhe sucederam, bem como nas próprias Recomendações do Conselho da Europa que, embora não tenham força vinculativa como os instrumentos internacionais, têm, no entanto, relevo nos ordenamentos jurídicos, influenciando a criação legislativa e consequentes modelos de intervenção na jurisdição de crianças e jovens.

especial e natural vulnerabilidade que exige proteção e assistência da família, da sociedade e do Estado, é dotado, enquanto pessoa humana, com dignidade igual à do adulto e de capacidade para, como parte ativa formar e expressar as suas opiniões e participar na construção do seu futuro.

A Convenção assumiu assim grande relevância porque, em primeiro lugar, estabeleceu que as crianças não podem ser vistas apenas como “*not-yet persons*”, esperando pela maioria para poder livremente tomar qualquer decisão. Em segundo porque traz à superfície o *superior interesse da criança*: é em prol da criança que a decisão deve ser proferida, é no futuro da criança que a decisão se vai refletir, porque ela é o sujeito no centro de todo o processo conducente à decisão de regulação do exercício das responsabilidades parentais, pelo que a sua vontade, desde que não sujeita a distorções externas, nem reveladora da falta de perceção adequada de riscos visíveis para o julgador – isto é, depois de devidamente valorada no contexto em que foi assumida e em função do seu superior interesse –, deve ser acolhida na decisão a proferir⁵.

Na Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança, o direito de audição e de participação encontra-se previsto no artigo 12.º, vinculando os Estados Partes a garantir 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.

Assim, quando o legislador refere que a opinião expressa deve ser «tomada em consideração» revela uma preocupação pela importância e seriedade com que a voz da criança deve ser encarada em todas as questões que lhe digam respeito. O julgador terá, sob pena de reduzir este direito a uma mera formalidade, de *refletir* sobre a vontade e opinião expressamente transmitidas pela criança e *valorá-la*.

A este respeito, o Comité das Nações Unidas dos Direitos da Criança, no Comentário Geral n.º 12 salienta, no ponto n.º 79, que a participação e audição da criança se configuram com um dos meios mais adequados ao desenvolvimento da personalidade e das capacidades evolutivas da criança, consistentes com o seu desenvolvimento integral (artigo 6.º) e com os objetivos da educação (artigo 29.º).

No âmbito do Conselho da Europa, merecem especial referência os artigos 3.º e 6.º da Convenção Europeia sobre o Exercício dos Direitos das Crianças⁶, que estabelecem o direito da criança no sentido de: *a*) obter todas as informações relevantes, cabendo à autoridade judicial assegurar-se que dispõe de informação suficiente para tomar uma decisão no superior interesse da criança e que esta recebeu aquelas informações; *b*) ser consultada e exprimir a sua opinião, incumbindo à autoridade judicial consultar pessoalmente a criança, se necessário em privado, diretamente ou através de outras pessoas, numa forma adequada à capacidade de discernimento da criança, permitindo-lhe

⁵ Neste sentido, *vide* Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, no processo 1910/16.9T8BRG-A.G1.

⁶ 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, publicados no Diário da República, 1.ª série, n.º 18, de 27 de janeiro de 2014.

que exprima a sua opinião e tendo em conta essa opinião expressa pela criança; e *c)* ser informada sobre as possíveis consequências de se agir em conformidade com a sua opinião, bem como sobre as possíveis consequências de qualquer decisão.

Tomamos ainda como indispensáveis as Diretrizes do Comité de Ministros do Conselho da Europa sobre a Justiça Adaptada às Crianças⁷, que vieram realçar a necessidade de adaptação dos meios utilizados para a audição da criança ao seu nível de compreensão, a consideração dos seus pontos de vista e opiniões, bem como o seu direito (e não dever) a ser ouvida, mediante a obtenção da informação necessária a essa audição e participação e a explicação das decisões numa linguagem compreensível, audição essa que deve ser conduzida por profissionais qualificados, sujeitos a avaliação, num ambiente e condições adequadas à sua idade, maturidade, nível de compreensão ou quaisquer dificuldades de comunicação que possa ter.

Estas Diretrizes, de resto, assentam nos princípios existentes consagrados nos instrumentos internacionais relativos aos direitos das crianças e na jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos.

Concretizando igualmente as obrigações dos Estados emergentes da Convenção dos Direitos da Criança, o artigo 13.º, § 2.º da Convenção sobre os Aspectos Cíveis do Rapto Internacional de Crianças vem estabelecer que a autoridade judicial pode fundamentar a recusa de regresso de uma criança quando verifique que esta se opõe a esse regresso e a mesma tenha atingido uma idade e um grau de maturidade, que levem a tomar em consideração as suas opiniões sobre o assunto.

De igual modo, no âmbito da União Europeia, a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia estabelece que as crianças devem poder exprimir livremente a sua opinião, sendo esta tomada em consideração nos assuntos que lhes digam respeito, em função da sua idade e maturidade (artigo 24.º, n.º 1).

Enquanto instrumento essencial da integração europeia, a audição e participação da criança nos processos judiciais em que sejam intervenientes é um dos princípios fundamentais do Regulamento (CE) n.º 2201/2003 do Conselho, de 27 de novembro de 2003, relativo à competência, reconhecimento e à execução de decisões em matéria matrimonial e em matéria de responsabilidade parental, comumente designado «Regulamento Bruxelas II bis», conforme resulta designadamente *(i)* da sua alínea *b)* do artigo 23º: «uma sentença de um tribunal português que tenha sido proferida, sem que a criança tenha tido a oportunidade de ser ouvida (ou inexistência de um despacho que fundamente a não audição da criança) levará a que esta mesma sentença não seja reconhecida em outro Estado-Membro, por consubstanciar um fundamento de não reconhecimento ao abrigo do referido regulamento»; *(ii)* do artigo 41.º, n.º 2, alínea *c)* (emissão de certidão relativa ao direito de visita se a criança tiver tido oportunidade de ser ouvida, exceto se a audição for considerada inadequada, em função da sua idade ou grau de maturidade); *(iii)* do artigo 42.º, n.º 2, alínea *a)* (emissão de certidão relativa ao regresso da criança se esta tiver tido

⁷ Adotada pelo Comité de Ministros em 17 de novembro de 2010 na 1098.º Reunião de Delegados dos Ministros.

oportunidade de ser ouvida, exceto se a audição for considerada inadequada, em função da sua idade ou grau de maturidade).

Considerando, designadamente, todos estes diplomas elencados, podemos afirmar que o direito de participação das crianças em todas as questões que lhe dizem respeito, constitui um direito supranacional que se impõe no direito interno⁸.

Na ordem jurídica nacional, refletindo uma evidente preocupação de concretização dos direitos de participação e de audição da criança, os artigos 4.º e 5.º do Regime Geral do Processo Tutelar Cível (doravante, apenas RGPTC)⁹, estabelecem, em primeiro lugar, como um dos princípios orientadores da intervenção tutelar cível a audição e participação da criança¹⁰ quando esta disponha de capacidade de compreensão dos assuntos em discussão, de acordo com a sua idade e maturidade, preferencialmente com o apoio da assessoria técnica ao tribunal, sendo garantida a possibilidade de acompanhamento de adulto da sua escolha e, em segundo lugar, concretizando diversas regras de execução relativas à audição da criança, na dupla vertente da sua audição ou da tomada de declarações enquanto meio probatório.

Os artigos 4.º e 5.º, do RGPTC regulam o direito de participação e audição da criança nos processos tutelares cíveis e de promoção e proteção. Preveem estes preceitos duas modalidades de audição da criança, conforme a finalidade a que se destinam: *a)* uma para exprimir a opinião da criança e *b)* outra para tomada de declarações como meio de prova.

A audição da criança para ser ouvida com vista a emitir a sua opinião (audição das crianças com capacidade de compreensão dos assuntos em questão e prevista no artigo 5.º, n.ºs 1 e 2) não se pode confundir com a “*audição*” para tomada de declarações para efeitos probatórios, que surge para, no próprio processo, prestar depoimento como meio probatório nos atos posteriores ou no julgamento (podendo ser determinada pelo tribunal, oficiosamente ou a requerimento, sempre que o interesse da criança o justificar, prevista no artigo 5.º, n.ºs 6 e 7).

Ressalvamos ainda que o n.º 2 do artigo 4.º prevê a obrigação do juiz aferir, casuisticamente, a capacidade de compreensão e discernimento da criança dos assuntos

⁸ Como aliás salientam a 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 março de 2012) e as Diretrizes do Comité dos Ministros do Conselho da Europa sobre a justiça adaptada às Crianças.

⁹ Aprovado pela Lei n.º 141/2015, de 8 de setembro.

¹⁰ Nos termos do disposto no artigo 4.º do RGPTC, sobre a epígrafe «princípios orientadores», os processos tutelares cíveis regulados no RGPTC regem-se pelos princípios orientadores de intervenção estabelecidos na lei de proteção de crianças e jovens em perigo e ainda pelos seguintes:

Simplificação instrutória e oralidade – a instrução do processo recorre preferencialmente a formas e a atos processuais simplificados, nomeadamente, no que concerne à audição da criança que deve decorrer de forma compreensível, ao depoimento dos pais, familiares ou outras pessoas de especial referência afetiva para a criança, e às declarações da assessoria técnica, prestados oralmente e documentados em auto;

(...);

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.

em discussão, podendo para o efeito recorrer ao apoio da assessoria técnica. Será, portanto, necessário começar por avaliar a capacidade de discernimento da criança o que envolverá, desde logo, a criação de um ambiente que potencie um à-vontade e conforto para a criança, permitindo que se estabeleça uma relação dialogante entre a mesma e o julgador.

Por sua vez, no artigo 5.º o legislador estipula que a criança tem direito a ser ouvida, sendo a sua opinião tida em consideração pelas autoridades judiciárias na determinação do seu superior interesse e que, antes de ser ouvida, deve a criança ser informada, de forma clara sobre o alcance e significado da sua audição (n.ºs 1 e 3, respetivamente)¹¹, desde logo se transmitindo à criança a que a sua opinião não determinará, só por si, a decisão final, o que é desde logo essencial à boa aplicação e efetivação deste direito por assim se garantir, por um lado, que a criança se expressa de forma livre e informada e, por outro, não se frustrar as expectativas que a criança venha a criar relativamente ao peso da sua intervenção.

No n.º 4 do artigo 5.º o legislador enumera alguns cuidados a ter em conta aquando desta diligência, entre os quais a realização desta audição num espaço *child-friendly*, não intimidatório e adequado à criança em causa e a necessidade de intervenção de operadores judiciários e outros técnicos com formação adequada. Apesar de todos estes cuidados, é importante ter sempre presente que a audição da criança num processo judicial que lhe diga respeito não deixa de representar um momento extraordinariamente intenso para a criança, mas também bastante exigente para os profissionais que o realizam.

Por sua vez, para que «o depoimento da criança possa ser considerado como meio de prova», não-de ser tomadas as «declarações» a que refere o n.º 7, do mencionado artigo 5.º, de acordo com as regras aí enunciadas, que, no que agora interessa, dispõe que 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», que «a inquirição é feita pelo Juiz, podendo o Ministério Público e os Advogados formular perguntas adicionais», que «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», bem como «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».

Por fim, apenas cumpre referir que a audição e a participação da criança ou do jovem no âmbito da intervenção de promoção e de proteção de direitos encontra-se prevista nos artigos 4.º, alínea j) e 84.º, ambos da Lei de Proteção de Crianças e Jovens em Perigo, ao estabelecer que as crianças e os jovens são ouvidos pela comissão de proteção ou pelo juiz sobre as situações que deram origem à intervenção e relativamente à aplicação, revisão ou cessação de medidas de promoção e proteção, nos termos previstos nos artigos 4.º e 5.º

¹¹ Da combinação destes dois preceitos resultam plenamente acautelados os três níveis de participação da criança: o direito a ser informada, a expressar uma opinião e a ter essa opinião tida em conta.

do Regime Geral do Processo Tutelar Cível.

Por sua vez, também no âmbito do processo judicial de adoção, o adotando deve ser ouvido pelo juiz, com a presença do Ministério Público, nos termos e com observância das regras previstas para a audição de crianças nos processos tutelares cíveis, audição essa que deve ser feita separadamente e por forma a salvaguardar o segredo de identidade (artigos 3.º e 54.º, n.º 1, alínea *c*) e n.º 2 do Regime Jurídico do Processo de Adoção).

ii) Condições para a audição da criança: em especial, a presença dos advogados dos progenitores durante a sua audição.

A audição da criança é um processo de diálogo, em que a criança expressa ou não aquilo que ela quiser, enquanto direito desta (não é uma obrigação em que ela é chamada a depor e a detalhar aquilo que um dos progenitores exige). Por esta razão, há uma obrigação de serem asseguradas todas as condições para que esta opinião seja realmente expressa de forma livre e sem reservas¹², mormente garantindo que a pessoa que ouvirá a criança reconheça verdadeiro valor à sua voz, evitando quaisquer constrangimentos ao exercício deste direito¹³.

A audição e a participação da criança nos processos que lhe digam respeito deve ser realizada de forma transparente e informativa, deve decorrer de forma voluntária, respeitosa, relevante, amiga da criança (*child-friendly*), inclusiva, ser realizada por quem tenha formação adequada, segura e atenta aos riscos resultantes da participação, fundamentada, sujeita e aberta à avaliação crítica por parte da criança (Committee on the Rights of the Child, General Comment No. 12, The right of the child to be heard).

No seu Comentário Geral n.º 12, o Comité dos Direitos da Criança oferece aos Estados Parte indicações práticas sobre o alcance modos de tornar efetivo o direito de audição e a participação da criança. Relativamente ao 1.º parágrafo do artigo 12.º, o Comité das Nações Unidas nas sugestões e orientações interpretativas sobre a delimitação da capacidade de discernimento, esclarece que os Estados Parte não devem olhar para a capacidade de discernimento «como uma limitação, mas um dever das autoridades avaliarem, da forma mais completa possível, a capacidade da criança. Em vez de partir do princípio demasiado simplista, de que a criança é incapaz de exprimir uma opinião, os Estados devem presumir que uma criança tem, de facto, essa capacidade. Não cabe à criança provar que tem essa capacidade».

A criança tem o direito «de expressar as suas opiniões livremente», o que indica que a

¹² Consideramos ser importante que toda esta informação seja passada de forma clara e direta, atendendo à idade e maturidade da criança em crise. É importante que a criança perceba que aquilo que diga não será determinante, mas que, simultaneamente, acredite que será tomado em devida consideração.

¹³ «La participation de l'enfant signifie que le regard sur l'enfant, y inclu le regard intéressé, sensible et désireux d'aider de la part de ses parents, de la famille et de tous ceux dévoués à la cause de l'enfance. (...) doit évoluer de façon à inclure aussi la perspective de l'enfant-même sur la réalité qui l'entoure – l'espoir, la confiance, l'hésitation, la crainte ou la peur» – PAIS, Marta Santos. «Aspects juridiques concernant la participation des enfants a la vie familiale». In *Documentação e Direito Comparado*, N. 65/66 (1996), pp. 65- 66.

criança pode expressar os seus pontos de vista sem qualquer tipo de manipulação ou submetida a influência ou pressão indevida e pode optar por exercer ou não o seu direito a ser ouvida. Ao impor que o devido valor seja dado à opinião da criança de acordo com a sua idade e a sua maturidade, o artigo 12.º deixa claro que a idade não pode determinar a interpretação da sua opinião. Dessa forma, o peso a dar à opinião da criança tem de ser avaliado caso a caso. Em relação ao 2.º parágrafo do artigo 12.º, o Comité dos Direitos da Criança, esclarece que este direito se aplica a todos os processos judiciais relevantes que afetem a criança.

Não podemos olvidar que as crianças envolvidas em processos de responsabilidades parentais ou outros, estão, na maioria das vezes, a sofrer dolorosos conflitos psicológicos e de lealdade, com danos “invisíveis”.

Esta situação vulnerável, em que as crianças se encontram, recomenda a necessidade de criar um ambiente e espaços acolhedores que aliviem esta pressão, bem como evitar a presença de outras pessoas ou profissionais (como os advogados), estanhos à criança, e que a possam intimidar ou deixar desconfortável.

Por conseguinte, toda a pressão que se possa exercer sobre ela acaba por ir ao encontro do *superior interesse da criança*, porque prejudica o seu bem-estar quando na verdade se quer garantir o mesmo, ou porque acaba por ser influenciada a dizer algo que não quer e que não corresponde à verdade.

Para exercer o seu direito a ser ouvida há que permitir à criança exercê-lo com liberdade para exprimir a sua opinião, sem pressões ou presenças não desejadas. A criança tem que se sentir com confiança bastante para manifestar as suas opiniões e preocupações, para o que devem ser criadas condições adequadas a que se sinta segura e respeitada.

Nesta conformidade, admitirmos que, não raras vezes, a presença dos advogados dos progenitores neste tipo de diligências pode configurar uma verdadeira derrogação do tal ambiente informal e reservado que idealmente deverá existir, e com vista a garantir, nomeadamente, a espontaneidade e a sinceridade das respostas.

As crianças representam nos advogados a figura dos progenitores. Há que, em qualquer caso e como boa prática forense, apurar previamente junto da criança se considera a presença de outros profissionais algo que não deseje ou que a faça sentir menos à vontade, para que possa exercer livremente o seu direito.

Somos, assim, da opinião que, em função do manifesto *superior interesse da criança*¹⁴, a

¹⁴ Não obstante a ausência de qualquer referência ao *superior interesse da criança* no Estatuto da Ordem dos Advogados, consideramos que o respeito por este princípio se encontra salvaguardado pelos princípios de integridade e, principalmente, independência, do advogado contidos nos artigos 88.º e 89.º do Estatuto da Ordem dos Advogados, aprovado pela Lei n.º 145/2015, de 9 de setembro. A este respeito, já tivemos ocasião de referir que «quando tal não acontece, temos para nós que se trata de um advogado que não consegue manter o distanciamento suficiente dos assuntos que acompanha e que tem como única verdade, a do seu representado. Encontra-se, assim, prisioneiro de uma matriz combativa e refém dos honorários que tem de cobrar, na luta de uma causa cuja verdade aparentemente para ele apenas está num dos lados.

presença dos advogados durante a sua audição possa ser restringida, sem que tal se configure como um impedimento ilegítimo à prática de atos processuais. Perfilhamos este entendimento por considerarmos que esta é a solução que melhor garante o à-vontade e conforto da criança, os quais serão essenciais ao bom apuramento dos factos e vontade por parte do julgador e que, portanto, serão razões suficientes para sustentar a não permissão da assistência dos advogados no momento da audição da criança.

Tratando-se do advogado nomeado para criança (possibilidade que se encontra legalmente prevista no artigo 18.º do RGPTC, que prevê a sua obrigatoriedade quando os seus interesses e os dos seus pais, representante legal ou de quem tenha a guarda de facto, sejam conflitantes, e ainda quando a criança com maturidade adequada o solicitar ao tribunal), é nosso entendimento que este poderá e deverá estar presente.

Acresce ainda que, se a criança não se sentir confortável para ser ouvida na presença dos advogados dos seus progenitores, consideramos que, mesmo na sua ausência, será possível garantir o direito ao contraditório, atenta a obrigatoriedade, legalmente prevista, de gravação destas declarações através de registo áudio ou audiovisual.

Assim, ainda que sem o imediatismo resultante da presença física dos advogados no ato das declarações, é possível a audição das gravações, pelo que, quanto a este aspeto, cremos que não possamos sustentar qualquer violação do princípio do contraditório¹⁵ pois que, se por um lado não é facultado aos advogados dos progenitores litigantes, em função do superior interesse da criança, a presença física no ato de declarações, por outro lado, é assegurada a possibilidade de ouvir a gravação e, em ato contínuo e no âmbito da mesma diligência, formular perguntas adicionais que julguem adequadas.

Este entendimento foi perfilhado no Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 1 de junho de 2017, no processo n.º 653/14.2TBPTM-J.L1)¹⁶, com o qual concordamos inteiramente:

«Correndo-se aliás o risco, em circunstância que tal, e ademais com a igualmente reivindicada presença dos Exm.ºs Advogados, de termos já, além da audição da menor... um verdadeiro... auditório...

Em completa derrogação do tal ambiente informal e reservado, com vista a garantir, nomeadamente, a espontaneidade e a sinceridade das respostas.

Acresce que, como no despacho recorrido se ponderou, e os autos ilustram à evidência – sendo situação infelizmente recorrente em processos desta natureza, desde que exista capacidade de litigância – nos confrontamos com situação em que por força da vinculação e vulnerabilidade perante os progenitores e o conflito parental, e os profundos conflitos de lealdade em que se vê (a menor) deparada, importa

¹⁵ Ainda assim, tendemos a concordar com o afirmado no Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 1 de junho de 2017, no processo n.º 653/14.2TBPTM-J.L1, quando refere que «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' - resulta que quando no processo tutelar cível o menor preste declarações sem observância do princípio do contraditório - o que, reitera-se, se considera não ser o caso - a consequência única será não poderem aquelas ser consideradas, no processo, como meio probatório... Ficando em qualquer caso preservado o princípio da audição da criança, traduzido na concretização do direito à palavra e à expressão da sua vontade; no direito à participação ativa nos processos que lhe digam respeito e de ver essa opinião tomada em consideração; numa cultura da Criança enquanto sujeito de direitos».

¹⁶ Disponível em www.dgsi.pt (sítio da internet onde também podem ser encontrados os arestos doravante citados).

obstar a que esta se encontre numa audição instrumentalizada nesse quadro emocional.

3. No que tange à presença do advogado da mãe da menor – que não desta – é facto, como visto, que a lei prevê a possibilidade de os advogados, relativamente à inquirição da menor pelo juiz, possam formular perguntas adicionais.

O que, *in casu*, se mostra observado, ainda que sem o imediatismo resultante da presença física do advogado no ato das declarações.

E assim certo que **tendo sido gravada a diligência, foi facultada aos Srs. Advogados – depois de ouvidas as gravações, em ato contínuo, formularem as perguntas adicionais que julgassem adequadas, o que aqueles entenderam não fazer.**

Não impressionando, de todo, essa ausência da presença física, e com muita probabilidade intimidante, posto que de advogados de progenitores de tal modo antagonizados, e que, até à data não deram vislumbre de colaboração no sentido desse outro princípio orientador dos processos tutelares cíveis, qual seja o da Consensualização – os conflitos familiares são preferencialmente dirimidos por via do consenso, com recurso a audição técnica especializada e ou à mediação (...), cfr. artigo 4º, n.º 1, alínea b), do RGPTC.

É que, e por um lado, movimentando-nos na área da jurisdição voluntária - cfr. artigo 12º do mesmo Regulamento – tal significa que, neles não sendo obrigatória a constituição de advogado – salvo na fase de recurso – também o julgador não está vinculado à observância estrita do direito aplicável à espécie vertente, tendo liberdade para se subtrair a esse enquadramento rígido e de proferir a decisão que se lhe afigure mais conveniente, sendo apenas admitidas as provas que o juiz considere necessárias, cfr. artigos 1409º, n.ºs 2 e 4 e 1410º, do Código de Processo Civil.

Por outro lado, desde que se consagrou Código de Processo Civil, e em caso de impugnação da decisão da Iª instância quanto à matéria de facto, a reponderação, pela Relação, do julgamento daquela, com base no mero registo áudio das declarações e depoimentos prestados, não vemos - sob pena de incoerência do sistema - como sustentar a violação, *in casu*, do princípio do contraditório.

Pois se aos mandatários dos progenitores litigantes, não lhes foi facultada – em função do manifesto superior interesse da menor – a presença em imediação física no ato de declarações daquela, ponto é, reitera-se, que lhes foi assegurada a possibilidade de, ouvida a gravação respetiva, e no âmbito da mesma diligência, formularem as tais perguntas adicionais que julgassem adequadas (...)» (destacado nosso).

Acresce que, nos termos do artigo 5.º do RGPTC, o nosso legislador fez uma opção clara ao distinguir a “*audição da criança*” da “*tomada de declarações da criança*”, sendo que consoante a realidade em causa, esta nos conduzirá a um resultado diferente quanto à presença dos advogados dos progenitores.

Assim, consideramos que os advogados dos progenitores não devem estar presentes na audição da criança, a realizar nos termos e para os efeitos do disposto no artigo 5.º, n.º 1 a 5 do RGPTC. Por sua vez, consideramos que devem estar presentes os advogados se for para os termos do artigo 5.º, n.ºs 6 e 7, ou seja, tomada de declarações da criança como meio probatório. Desta forma, o juiz pode fazer duas diligências seguidas, primeiramente para ouvir sozinho a criança (artigo 5.º/1 a 5) e, depois, em diligência probatória.

Já quanto à gravação das declarações da criança, é nosso entendimento que, por contribuir para o cabal esclarecimento dos progenitores, não poderá ser dispensada, à luz do regime legal atualmente em vigor.

Subscrevemos, quanto a este aspeto, o entendimento propalado no Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 26 de outubro de 2017, no processo n.º 572/16.8T8ETR-E.P1:

«E sendo assim, entendemos que a presença, durante a audição da criança, do “técnico habilitado” a que se refere o artº 5º nº 7 al. a) RGPTC poderá ser dispensada pelo Juiz, na medida em que as declarações da criança revelem maturidade, isto é, sentimento genuíno do interesse do próprio eu, em relação esclarecida com todos os demais, designadamente os familiares próximos (esta situação habitualmente acontece já nos adolescentes com 13 anos de idade, como é o presente caso, altura em que o momento da puberdade, conduz a um afastamento gradual dos pais, ou da imagem dos pais).

Todavia, o mesmo não podemos afirmar da gravação das declarações, a qual contribui para o esclarecimento total dos responsáveis parentais, designadamente com relação àquilo que o terceiro-Juiz pôde ouvir em condições de liberdade (não sugestão, não influência) do menor púbere. Informado o menor de que as suas declarações serão gravadas para esclarecimento de seus pais, a não correspondência entre o momento temporal das declarações e o momento da audição dos pais – e a previsível reação imediata destes, mesmo que não verbalmente expressa – é suficiente, considerada pelo menos a generalidade dos casos, para garantir a livre expressão da opinião do menor. **Não vemos assim fundamentada nos autos, e salvo o devido respeito, uma verdadeira razão para não ter sido efetuada a gravação das declarações do menor – e pese embora a sensibilidade (escrúpulo) do menor no confronto com os pais, expressamente referindo a sua contrariedade pelo facto de a mãe poder “ficar triste” com a vontade dele menor.**

Foi desta forma cometida uma nulidade, no sentido em que “a irregularidade cometida pôde influir no exame ou na decisão da causa”, tendo as declarações prestadas influenciado, como influenciaram, a convicção formada pela Mmª Juiz a quo, nos termos do disposto no artº 195.º n.º 1 CPCiv, enquanto direito subsidiário – art.º 33.º n.º 1 LGPTC» (...)» (*destacado nosso*).

Não obstante as considerações expendidas, cumpre-nos fazer uma última ressalva para referir que defendemos a confidencialidade do teor audição das crianças, desde que se encontre devidamente acautelada uma audição espontânea, genuína e não instrumentalizada, para o qual o Tribunal terá meios ao dispor para apurar tal realidade.

Sustentamos esta posição por entendermos que os processos respeitantes às crianças têm apenas uma parte (a criança), não se tratando verdadeiramente de um processo de partes (progenitores).

III – Conclusões

- I. Entendemos que a presença dos advogados durante a audição das crianças pode configurar uma verdadeira interrogação do ambiente informal, seguro e reservado a que as crianças têm direito, porquanto as crianças representam nos advogados a figura dos pais.
- II. Somos assim da opinião que, em função do manifesto superior interesse da criança, deve a presença dos advogados durante a audição prevista no artigo 5.º, n.ºs 1 e 2 ser restringida, sem que tal configure um impedimento ilegítimo à prática de atos processuais, com vista a garantir, nomeadamente, a espontaneidade e a sinceridade da opinião da criança.

- III. O eventual desconforto da criança quanto à presença dos advogados dos progenitores (o que será expectável) poderá ser previamente averiguado pelo Magistrado de forma a assegurar a liberdade para o exercício do seu direito a ser ouvida e participar nos processos que lhe dizem respeito.
- IV. Consideramos ainda que, mesmo na ausência dos advogados das partes, será possível garantir o princípio do contraditório, atenta a obrigatoriedade legalmente prevista de gravação destas declarações através de registo áudio ou audiovisual.
- V. Este nosso entendimento assenta designadamente nos instrumentos internacionais que determinam a audição da criança, nas boas práticas e no ambiente que idealmente deverá existir para assegurar este direito.
- VI. Acresce que no artigo 5.º do RGPTC o nosso legislador fez, no nosso ponto de vista, uma opção clara e intencional, ao distinguir a “*audição da criança*” da “*tomada de declarações da criança*”.
- VII. Assim, consideramos que os advogados dos progenitores não devem estar presentes na audição da criança, a realizar nos termos e para os efeitos do disposto no artigo 5.º, n.ºs 1 a 5 (Audição da Criança).
- VIII. Por sua vez, consideramos que devem estar presentes os advogados dos progenitores na tomada de declarações ou depoimento da criança, como meio probatório nos atos processuais, a realizar nos termos e para os efeitos do disposto no artigo 5.º, n.ºs 6 e 7 (Audição para tomada de declarações).
- IX. Já quanto à gravação das declarações das crianças, é nosso entendimento que, por contribuir para o cabal esclarecimento dos progenitores, não poderá ser dispensada, à luz do regime legal atualmente em vigor.
- X. Tratando-se do advogado nomeado para a criança (possibilidade que se encontra legalmente prevista no artigo 18.º do RGPTC e nos artigos 2.º, alínea c), 4.º e 9.º, da Convenção Europeia sobre o Exercício dos Direitos das Crianças), é nosso entendimento que este poderá e deverá estar presente na sua audição (na audição do seu representado de pleno direito).

É este, s.m.e., o nosso Parecer.

Lisboa, 11 de outubro de 2018

Rui Alves Pereira
Advogado