

A regulação das responsabilidades parentais e a autonomia das crianças¹

CATARINA SALGADO *

Resumo: Ao longo dos tempos, temos assistido a uma evolução no tratamento dado aos menores, quer no que à sua conceptualização concerne, quer aos valores e princípios que devem imperar, refletindo-se assim numa igual evolução do respetivo regime jurídico aplicável, tanto no plano internacional como no plano interno. O Direito foi-se, desta forma, adaptando à alteração das mentalidades, à visão que a sociedade foi tendo dos menores. Estes deixaram de ser vistos como meros elementos passivos, dignos de proteção, passando a ser reconhecida a titularidade de direitos subjetivos, bem como a progressiva maturidade, decisiva para o efetivo exercício de alguns dos direitos de que são titulares. Nesta esteira, nomeadamente no âmbito da regulação das responsabilidades parentais, passou a valorizar-se a autonomia do menor, numa concretização do seu direito à autodeterminação individual, e de uma forma mais ampla do seu direito à dignidade da pessoa humana.

Palavras-chave: responsabilidades parentais; direito das crianças; autonomia; superior interesse da criança

JURISMAT, Portimão, 2022, n.º 15, pp. 291-309.

* Professora Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa e do Instituto Superior Manuel Teixeira Gomes (ISMAT – Portimão). Investigadora do Centro de Investigação de Direito Privado – FDUL.

¹ Este texto corresponde, com alterações, à comunicação com o mesmo título, integrada no Painel intitulado de “Direito das crianças e dos adolescentes”, no âmbito do “Congresso do Direito”, organizado pelo ISMAT e o CEAD Francisco Suárez, nos dias 2 e 3 de dezembro de 2021.

Abstract: Over time, we have seen an evolution in the treatment given to minors, both in terms of their concept and in the values and principles that must prevail, thus reflecting also an evolution of the respective applicable legal regime, both at the international level as on the internal plane. In this way, the Law has adapted to the change in mentalities, to the vision that society has taken on minors. These are no longer seen as mere passive elements, worthy of protection, and the holder of subjective rights is now recognized, as well as the progressive maturity, decisive for the effective exercise of some of the rights they hold. So, namely in the context of the regulation of parental responsibilities, the autonomy of the minor began to be valued, in a realization of their right to individual self-determination, and in a broader way of their right to the dignity of the human person.

Key-words: parental responsibilities; children's rights; autonomy; child's best interest

Sumário: 1. Introdução e razão de ordem. 2. As principais fontes dos direitos das crianças. 3. O conteúdo e os limites das responsabilidades parentais. 4. O superior interesse da criança e o Princípio da sua audição. 5. A autonomia dos menores. 6. Conclusões.

1. Introdução e razão de ordem

A questão da articulação entre as responsabilidades parentais e a autonomia das crianças merece uma importância particular em duas dimensões diferentes: no âmbito da normal educação que os pais têm de dar aos filhos, o dia a dia habitual de convivência entre pais e filhos, e no âmbito das disputas de guarda parental e da residência da criança, em caso de separação ou divórcio dos seus pais.

Com efeito, a regulação pode ser vista por duas perspetivas: o regime jurídico aplicável, ou seja, a forma como o legislador considerou importante regular a matéria das responsabilidades parentais, ou a decisão do juiz relativamente à atribuição da residência de uma criança com um dos progenitores ou com ambos.

Em qualquer caso, o superior interesse da criança deve imperar.

Trata-se, portanto, de um tema vasto, que apenas se pretende aflorar no presente estudo, contribuindo para a sua reflexão.

Assim, no contexto do exercício das responsabilidades parentais, começamos por centrar a nossa atenção nas principais fontes dos direitos das crianças que

espelham a preocupação e o reconhecimento da sua autonomia. Passamos, de seguida, a uma breve análise do conteúdo e dos limites das responsabilidades parentais, aflorando, posteriormente, o Princípio do superior interesse da criança e o Princípio da sua audição, bem como a relação que ambos os princípios apresentam entre si e respetivas concretizações. A autonomia dos menores é, portanto, uma realidade reconhecida legalmente e que se reflete em algumas previsões a que faremos referência. Por fim, ensaiaremos as conclusões que retirámos do presente estudo.

2. As principais fontes dos direitos das crianças

No que aos direitos das crianças concerne, e em especial no que respeita ao reconhecimento pela sua crescente autonomia, existem várias fontes de direito aplicáveis, quer no plano interno quer no plano internacional, das quais destacamos as mais relevantes, evidenciando uma clara evolução de mentalidades desde o início da sua conceção até aos tempos hodiernos.

Começemos, assim, pela dimensão interna, encabeçada, inevitavelmente, pela Constituição da República Portuguesa.

Com efeito, a nossa Lei Fundamental consiste num pressuposto indispensável no que respeita à definição dos princípios e estratégias adequados à concretização dos direitos das crianças.

Na Constituição o reconhecimento dos direitos da criança pode aferir-se em dois planos distintos: o nível dos direitos, liberdades e garantias pessoais e o nível dos direitos e deveres económicos, sociais e culturais.

Quanto ao primeiro nível destacamos as normas dos artigos 24.º, relativo à inviolabilidade do direito à vida; artigo 25.º, acerca da inviolabilidade da integridade moral e física das pessoas; e artigo 26.º, sobre o direito à identidade pessoal, ao desenvolvimento da personalidade, ao bom nome e reputação, à imagem, à palavra, à reserva da vida privada e familiar e à proteção legal contra todas as formas de discriminação, que apesar de serem vocacionadas para todas as pessoas, também se aplicam às crianças.

Por outro lado, e de uma forma mais específica, encontramos ainda o artigo 36.º, números 4, 5, 6 e 7, sobre a não discriminação entre filhos, o seu direito à educação e sustento, o direito a não serem separados dos pais salvo razões ponderosas e a previsão da figura da adoção, bem como o artigo 43.º, relativo à liberdade de aprender.

Já no segundo nível temos as normas dos artigos 67.º, 68.º, 69.º e 70.º, que conferem proteção à família, à paternidade e maternidade, à infância e à juventude, respetivamente.

No plano infraconstitucional, o Código Civil surge-nos em primeiro plano, consagrando diversas vezes os Princípios do superior interesse da criança, da sua audição e da sua autonomia. Por outro lado, não obstante a regra da anulabilidade dos atos praticados pelos menores, estipulada no artigo 125.º, nos termos do disposto no artigo 127.º é atribuído ao menor o direito de celebrar determinados negócios jurídicos, conferindo-lhe autonomia neste campo e através das designadas “maioridades especiais”.

Os direitos dos menores encontram-se igualmente previstos em legislação avulsa da mais vária ordem, destacando nesta sede, atento o tema do presente estudo, a Lei de Proteção de Crianças e Jovens em Perigo (LPCJP)² e respetiva Regulamentação,³ a Lei Tutelar Educativa (LTE)⁴ e o Regime Geral de Processo Tutelar Cível (RGPTC).⁵

Com efeito, o artigo 10.º da LPCJP prevê o direito de oposição das crianças a partir dos 12 anos relativamente à intervenção das Comissões de Proteção de Crianças e Jovens e dos tribunais, de acordo com os artigos 7.º e 8.º.

Por outro lado, também a LPCJP prevê os direitos de audição, de iniciativa e legitimidade processual, bem como a legitimidade para negociação das crianças a partir dos 12 anos, nos termos dos artigos 84.º/1, 94.º/1, 105.º/2, 112.º/1 e 114.º.

A LTE, a qual tem como objetivo educar o menor, com idade compreendida entre os doze e os dezasseis anos quando pratica um facto qualificado como crime, prevendo o direito de inserção na sociedade de forma digna e responsável, prevê, no seu artigo 45.º, o direito do menor a ser ouvido, a decidir se quer prestar declarações, se quer oferecer provas e requerer diligências, entre outras.

Finalmente, o RGPTC prevê, no seu artigo 4.º como Princípio orientador, o da audição e participação da criança, nos termos do qual a mesma, com capacidade de compreensão dos assuntos em discussão, tendo em atenção a sua idade e

² A LPCJP foi aprovada pela Lei n.º 147/99, de 1 de setembro.

³ A Regulamentação da LPCJP foi aprovada pelo Decreto-Lei n.º 332-B/2000, de 30 de dezembro.

⁴ A LTE foi aprovada através da Lei n.º 166/99, de 14 de setembro, alterada pela Lei n.º 4/2015, de 15 de janeiro.

⁵ O RGPTC foi aprovado pela Lei n.º 141/2015, de 8 de setembro, alterada pela Lei n.º 24/2017, de 24 de maio.

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, e através do seu artigo 5.º, é especificamente determinada a audição do menor e a obrigação de que a sua opinião seja tomada em conta na determinação do seu superior interesse, apesar de a mesma não poder ser vinculativa.

Do ponto de vista do direito internacional, os últimos cem anos foram o testemunho de uma evolução profunda na forma como as crianças passaram a ser encaradas.

O primeiro marco residiu na Declaração dos Direitos da Criança da Sociedade das Nações Unidas, que foi aprovada na Assembleia Geral de 24 de setembro de 1924. Apesar da sua relevância, por se tratar um passo para o reconhecimento de um estatuto para as crianças, o certo é que a mesma era parca, composta apenas por cinco artigos, os quais não tinham qualquer carácter vinculativo.

Esta Declaração passou, posteriormente, a designar-se por “Declaração de Genebra”, pois em 1948 a mesma sofreu ligeiras modificações que, de certo modo, enriqueceram o conteúdo da primeira versão, acrescentando-se apenas um artigo à anterior versão.

Assim, de uma leitura do preâmbulo da “Declaração de Genebra” resulta que *“(...) os homens e as mulheres de todas as Nações reconhecem que a Humanidade deve dar à criança aquilo que ela tem de melhor afirmando os seus deveres”*, o que revela uma implícita ideia direcionada fundamentalmente para a proteção dos menores.

Não obstante, da leitura dos seus artigos concluímos que, em momento algum, em nenhuma das Declarações se valoriza a criança como um sujeito de direitos e liberdades, mas apenas um beneficiário de proteção e defesa.

Trinta e cinco anos após a Declaração de Genebra, surge a Declaração Universal dos Direitos da Criança da ONU, que viria a ser a primeira Declaração neste âmbito das Nações Unidas, aprovada pela Assembleia Geral em 20 de novembro de 1959.

Apesar de se encontrar ainda muito afastada dos propósitos da Convenção de 1989, a Declaração de 1959 representa um enorme progresso face à de 1924. Durante este espaço temporal, que assistiu a uma Grande Depressão, provocada pelo Crash da Bolsa de Nova Iorque, a uma Guerra Mundial e à reconstrução económica da Europa destruída por essa mesma Guerra, verificamos uma evo-

lução de mentalidades, nomeadamente quanto ao reconhecimento da criança enquanto sujeito de direitos.

A Declaração de 1959 elaborou, deste modo, dez princípios, apesar de continuarem a não ser vinculativos, sendo que os princípios 2.º, 3.º e 4.º garantem a individualidade da criança no âmbito do seu ser, ou seja, constituem direitos de proteção, e os princípios 6.º e 7.º constituem direitos de garantia de um harmonioso desenvolvimento da criança, já que são direitos relativos à sua educação. Finalmente, os princípios 8.º, 9.º e 10.º dizem respeito à integração da criança na sociedade, uma vez que constituem direitos sociais. Porém, também neste contexto, as liberdades da criança e a sua autonomia, foram deixadas de parte uma vez que, estes dez princípios apenas tratam a criança de forma generalizada e ampla.

O estatuto das crianças foi substancialmente alterado com a Convenção Internacional dos Direitos das Crianças, aprovada na Assembleia Geral da ONU de 20 de novembro de 1989, a qual tem caráter vinculativo para todos os Estados contratantes e é bem mais robusta que as anteriores, uma vez que é composta por cinquenta e quatro artigos.

Foi com a proclamação desta Convenção, que foi aprovada por Portugal, para ratificação, através da Resolução da Assembleia da República n.º 20/90, que a criança viu, finalmente, serem-lhe reconhecidos alguns direitos relacionados com a sua liberdade, ao invés do que sucedeu até então, onde apenas lhe eram reconhecidos direitos relacionados com a sua proteção.

Deste modo foram, finalmente, reconhecidos direitos que atribuem à criança uma progressiva autonomia, reconhecendo-se a sua liberdade de expressão e opinião, no seu artigo 13.º, liberdade de pensamento, consciência e religião, nos termos do artigo 14.º, liberdade de associação e reunião, no âmbito do seu artigo 15.º e liberdade de informação, conforme o artigo 17.º.

Direitos como o da não discriminação (artigo 1.º), à vida e ao desenvolvimento (artigo 6.º), ao nome e nacionalidade (artigo 7.º), à proteção da identidade (artigo 8.º), a viver com os pais, a menos que tal seja considerado incompatível com o seu interesse superior, direito de manter contacto com ambos os pais se estiver separada de um ou de ambos (artigo 9.º), à saúde e serviços médicos (artigo 24.º), à educação (artigo 28.º), passaram a ser elencados como enformadores do estatuto das crianças, sempre pautados pelo Princípio do seu superior interesse, plasmado no artigo 2.º.

Nos termos do artigo 12.º, determina-se de forma clara, que à criança será assegurada *“a oportunidade de ser ouvida nos processos judiciais e administrativos*

que lhe respeitem (...)”, sendo tal determinado de acordo com a sua maturidade e a sua idade, pressupondo-se desta forma, que a criança tem o direito a ser escutada e a gozar de credibilidade, devendo as suas opiniões e decisões serem tomadas em consideração.⁶

Por sua vez, o artigo 37.º determina que a criança não poderá ser privada de liberdade de forma arbitrária ou ilegal, sendo de considerar que tal proibição se aplicará, igualmente, na vida familiar. Desta forma, *“Prender a criança em casa não poderá ser feito arbitrariamente, ainda que a título punitivo. Os pais têm o dever de educar a criança e de a manter segura, mas a sua privação de liberdade terá de respeitar o limite do superior interesse da criança e da sua crescente autonomia e maturidade”*.

A Convenção representou, assim, um importante marco a favor do reconhecimento da autonomia da criança, uma vez que, passou a atribuir-lhe a possibilidade de assumir, por si mesma, o exercício dos seus direitos subjetivos, contrariamente ao que sucedida até aí, onde lhe eram reconhecidos apenas direitos de proteção que só ao Estado e aos adultos cabia definir e ativar.

A Convenção dos Direitos das Crianças apresenta-se, pois, como a maior orientação de todos os Estados Membros, nas suas legislações internas, ainda que, alguns dos princípios aí contidos tenham sido adotados como medidas legislativas nacionais, anteriores à própria Convenção.

Podemos referir ainda também a Carta Europeia dos Direitos da Criança, aprovada pelo Parlamento Europeu a 8 de julho de 1992, que regula alguns elementos específicos em relação à situação da criança residente na Europa, onde no seu ponto 9 se determina que todas as crianças e adolescentes, sem distinção de etnia, género, cultura, religião, nacionalidade, classe social, incapacidade física ou mental, têm direito *“Ao respeito pela sua liberdade e autonomia. Será necessário obter o seu consentimento (caso os pacientes tenham idade e competência suficiente) ou permissão prévios para procedimentos diagnósticos e terapêuticos ou para a sua inclusão em projectos de investigação clínica. A permissão poderá ser opcional em procedimentos considerados vitais”*, atribu-

⁶ Com uma análise crítica do artigo 12.º desta Convenção, veja-se Mark Henaghan, “Article 12 of the UN Convention on the Rights of Children”, in *The International Journal of Children's Rights*, 2017, pp.537-552, segundo o qual uma criança pode ser capaz de expressar opiniões da mesma forma que um adulto, mas as opiniões expressas da criança ainda podem ser desconsideradas se o decisor decidir, em função da idade e/ou maturidade da criança, não ponderar os seus pontos de vista, o que seria desrespeitoso para com a mesma, pelo que o artigo 12.º só teria realmente importância quando as ressalvas quanto à “capacidade” e “idade e maturidade” fossem removidas.

indo-se desta forma um direito de liberdade e autonomia a qualquer criança da Europa.

A Convenção Europeia sobre o exercício dos Direitos da Criança, adotada em Estrasburgo, em 25 de janeiro de 1996, acolhida na nossa ordem através da Resolução da Assembleia da República n.º 7/2014, de 27 de janeiro, prevê, nomeadamente, no seu artigo 3.º, que à “*criança que à luz do direito interno se considere ter discernimento suficiente deverão ser concedidos, nos processos perante uma autoridade judicial que lhe digam respeito, 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 se agir em conformidade com a sua opinião, bem como sobre as possíveis consequências de qualquer decisão*”.

Por outro lado, o seu artigo 6.º prevê que nos processos que digam respeito a uma criança, o tribunal antes de tomar uma decisão deverá verificar se dispõe de informação suficiente para tomar uma decisão no superior interesse da criança e, se necessário, obter mais informações, nomeadamente junto dos titulares de responsabilidades parentais e, caso nos termos da legislação nacional se considere que a criança tem discernimento suficiente para o efeito, deve ser assegurado que a criança recebeu toda a informação relevante, a criança deve ser pessoalmente consultada nos casos apropriados, se necessário em privado, diretamente ou através de outras pessoas ou entidades, numa forma adequada à sua capacidade de discernimento, a menos que tal seja manifestamente contrário ao interesse superior da criança, permitindo-se que ela exprima a sua opinião e deve ter devidamente em conta as opiniões por si expressas.

Finalmente, evidenciamos ainda a Declaração Universal dos Direitos do Homem, que tem efeito jurídico interno de acordo com o artigo 16.º, número 2, da nossa Constituição da República, e que estatui que os preceitos constitucionais e legais relativos aos direitos fundamentais deverão ser interpretados em harmonia com essa Declaração. Tais princípios aplicam-se às crianças, uma vez que por serem crianças não perdem a sua identidade como pessoas.

3. Conteúdo e Limites das Responsabilidades Parentais

Nos termos do artigo 1878.º, número 1 do Código Civil, o exercício das responsabilidades parentais consiste no conjunto de faculdades atribuídas aos pais, no

interesse dos filhos, com o objetivo de assegurar o seu sustento, saúde, segurança, educação, representação e ainda a boa administração dos seus bens.⁷

O número 2 do referido preceito legal estabelece que os pais, no cumprimento desta função, têm o direito de exigir obediência dos filhos, devendo, no entanto, tomar em consideração a opinião destes, de acordo com a sua maturidade, tanto no que diz respeito à organização da vida do próprio menor como aos assuntos familiares importantes, reconhecendo-lhes, por isso, uma progressiva autonomia.

Desta forma, o poder dos pais encontra-se limitado duplamente: quer pela obrigação de exercerem as responsabilidades parentais no interesse dos filhos, quer pelo dever de respeito que orienta as relações entre pais e filhos.⁸

As responsabilidades parentais constituem, assim, um poder-dever de educação dos filhos, exercido pelos progenitores no interesse daqueles, e não uma mera faculdade ao dispor dos pais.

Trata-se de uma verdadeira obrigação imposta pela lei e prevista constitucionalmente no artigo 36.º/5 da Constituição, a qual, se não for respeitada, poderá originar uma decisão judicial de limitação ou inibição do exercício das responsabilidades parentais, nos termos dos artigos 1915.º e 1918.º do Código Civil.

Nos termos do artigo 1882.º do Código Civil, trata-se também de uma obrigação irrenunciável, ressalvado o regime da adoção e, por isso, independente da vontade dos pais e por mero efeito da filiação. Esta norma é, por isso, consentânea com a previsão constitucional, no número 5 do artigo 36.º, no sentido de que os pais têm o direito e o dever de educar e manter os filhos.

O conteúdo das responsabilidades parentais relativamente à pessoa dos filhos encontra-se regulado nos artigos 1885.º a 1887.º do Código Civil e, por sua vez, os artigos 1888.º a 1900.º determinam as responsabilidades parentais quanto aos bens dos filhos.

Nos termos do artigo 1901.º, na constância do casamento ou da união de facto, por remissão do artigo 1911.º, número 1, o exercício das responsabilidades

⁷ Nos casos de necessidade de educação especial, veja-se, por exemplo, Philip Veerman, “The Best Interests of the Child and the Right to Inclusive Education”, in *The International Journal of Children's Rights*, publicada online antes da impressão em 2022, disponível em: <https://doi.org/10.1163/15718182-30010012>

⁸ Cfr. Maria Clara Sottomayor, *Código Civil Anotado – Livro IV - Direito da Família*, Anotação ao artigo 1878.º, Almedina, 2020, pp.851-852; Jorge Duarte Pinheiro, *O Direito da Família Contemporâneo*, AAFDL, 2018 (6ª ed.), p.229.

parentais pertence a ambos os progenitores, sendo que os pais exercem as responsabilidades parentais de comum acordo e, na falta de acordo sobre questões de particular importância,^{9/10} qualquer dos progenitores poderá recorrer ao tribunal, que tentará a conciliação.

Caso não seja possível a conciliação, o tribunal ouvirá o filho antes de decidir, salvo quando condições especiais e ponderosas o desaconselhem.

Já no caso de divórcio, separação judicial de pessoas e bens, declaração de nulidade ou anulação do casamento, bem como no caso de cessação da união de facto, por remissão do artigo 1911.º, número 2, o artigo 1906.º prevê, no seu número 6, que quando corresponder ao superior interesse da criança e ponderadas todas as circunstâncias relevantes, o tribunal pode determinar a residência alternada do filho com cada um dos progenitores, independentemente de mútuo acordo nesse sentido e sem prejuízo da fixação da prestação de alimentos.

E, por outro lado, o número 9 estabelece a audição da criança por parte do Tribunal.

Em bom rigor, tal como já tivemos oportunidade de defender noutra sede,¹¹ a alteração legislativa de 2020 que acrescentou nomeadamente o número 9 ao artigo 1906.º, não estabeleceu qualquer novidade, apenas tendo uma função esclarecedora da lei anterior, uma vez que tal audição já resultava dos artigos 4.º e 5.º do Regime Geral do Processo Tutelar Cível, sendo esta interpretação admitida pelo próprio legislador, ao remeter, no número 9 do artigo 1906.º, para tal regime legal, não acrescentando nada ao anteriormente já existente.

Desta forma, podemos concluir que as responsabilidades parentais se encontram limitadas por três ordens de razão: o respeito pelos direitos fundamentais dos

⁹ A alusão às questões de particular importância é feita igualmente em sede do artigo 1906.º, a propósito do exercício das responsabilidades parentais em caso de divórcio e separação, declaração de nulidade ou anulação do casamento, de que já tratámos noutra sede. Cfr. “A residência alternada: o melhor dos dois mundos... ou nem por isso...”, in *Revista Jurismat*, n.º13, Portimão, 2021, pp. 135 a 150.

¹⁰ Podem ser dados como exemplos de questões de particular importância da vida do filho, a mudança da sua residência para o estrangeiro, a autorização parental com vista ao casamento do filho, a realização de uma intervenção cirúrgica da qual possa resultar um risco maior para a saúde do menor, a administração da vacina contra a COVID-19. Quanto a este último exemplo, somos da opinião que deverá destringir-se a situação da administração da vacina do mero teste diagnóstico relativo à COVID-19, o qual, pelo seu carácter bastante menos invasivo, não deverá ser incluído no grupo das questões de particular importância para a vida do menor.

¹¹ Cfr. “A residência alternada: o melhor dos dois mundos... ou nem por isso...”, *Op. Cit.*

filhos, o seu interesse superior e ainda o respeito pela sua personalidade e autonomia.

4. O Superior Interesse da Criança e o Princípio da Sua Audição

Os Princípios do superior interesse da criança e da sua audição merecem uma particular abordagem nesta sede, porquanto ambos constituem uma clara e inequívoca expressão do reconhecimento da sua autonomia, nomeadamente face aos seus progenitores.

Com efeito, cada criança é única e irrepetível, tal como qualquer ser humano, pelo que o seu superior interesse deverá ser ponderado devidamente, nomeadamente no que ao exercício das responsabilidades parentais respeita.

Por outro lado, o direito de a criança ser ouvida, em vários contextos, concretiza a necessidade do respeito pela individualidade a mesma.

Estão, pois, indubitavelmente interligados estes dois princípios entre si e ambos com a autonomia dos menores.

a) O Princípio do Superior Interesse da Criança

O Princípio do superior interesse da criança encontra, desde logo, a sua previsão no artigo 3.º da Convenção sobre os direitos da criança de 1989.

Por outro lado, no plano constitucional, tal Princípio consistirá numa decorrência do artigo 69.º, nos termos do qual as crianças têm direito à proteção da sociedade e do Estado, com vista ao seu desenvolvimento integral.¹²

Também a LPCJP prevê este Princípio como orientador, em sede do seu artigo 4.º, alínea a), nos termos do qual “a intervenção deve atender prioritariamente aos interesses e direitos da criança e do jovem, nomeadamente à continuidade de relações de afeto de qualidade e significativas, sem prejuízo da consideração que for devida a outros interesses legítimos no âmbito da pluralidade dos interesses presentes no caso concreto”. Tal significa que o julgador decidir de acor-

¹² Neste sentido, veja-se o Ac. TRG, de 16-06-2016, relativo ao Processo n.º 253/10.6TMBRG-A.G1, disponível em <http://www.dgsi.pt/jtrg.nsf/-/FC8CA6ACD58221628025802E004A9E59>. De acordo com esta decisão, “o superior interesse da criança surge como um objetivo a prosseguir por todos quantos possam contribuir para o seu desenvolvimento harmonioso: - os pais, no seu papel primordial de condução e educação da criança; as instituições, ao assegurar a sua tutela e o Estado, ao adotar as medidas tendentes a garantirem o exercício dos seus direitos”.

do com superior interesse da Criança na medida da sua compatibilidade com outros interesses legítimos, obrigando a uma necessária ponderação sobre a totalidade de interesses da criança que estejam em causa na situação concreta.

Quando se aborda o seu superior interesse, está-se, necessariamente, a individualizar cada criança com as respetivas particularidades, encarando-a como um sujeito autónomo relativamente aos seus pais e às demais pessoas que a rodeiam.

Acompanhamos, por isso, alguns autores¹³ no sentido de que o superior interesse da criança, dado o seu estreito contacto com a realidade, não é suscetível de uma definição em abstrato que sirva para todos os casos. Tem de ser aferido relativamente a cada criança, uma vez que cada uma é única e deve ser vista num contexto que a inclui a ela e às suas circunstâncias. Além disso, para uma mesma criança o seu superior interesse poderá variar em função da conjuntura e por razões temporais.

Por esta razão, o legislador utiliza-o como um conceito indeterminado que permite ao juiz uma avaliação e determinação casuística.¹⁴

Na jurisprudência, o interesse superior da criança tem sido definido como o interesse que se sobrepõe a qualquer outro interesse legítimo, seja o dos pais, seja o dos adultos terceiros, ainda que possa não ser incompatível com a satisfação de interesses legítimos de qualquer dos progenitores desde que não sejam meros interesses egoístas e a pensar exclusivamente no bem-estar do progenitor.¹⁵

Na concretização deste princípio, verificam-se critérios gerais que abrangem todas as crianças, independentemente do seu contexto e das suas características, como é o caso dos direitos fundamentais.

¹³ Neste sentido, veja-se, a título de exemplo, Clara Sottomayor, “O direito dos afetos e o interesse da criança”, in *Temas de Direito das Crianças*, Almedina, 2016, pp. 309-319.

¹⁴ A este propósito veja-se Jenny Krutzinna, “Who is “The Child”? Best Interests and Individuality of Children in Discretionary Decision-Making”, in *The International Journal of Children's Rights*, 2022, pp. 120-145.

¹⁵ Cfr. Ac. STJ de 17-12-2019, relativo ao Processo n.º 1431/17.2T8MTS.P1.S1, disponível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/82b170206b04b075802584d3005bc3fa?OpenDocument>. Veja-se ainda o Ac. TRL, de 29-09-2021, relativo ao Processo n.º 869/19.5T8SXL-B.L1-7, nos termos do qual “qualquer decisão - provisória ou definitiva - sobre a regulação do exercício das responsabilidades parentais terá que se nortear e ter como critério orientador o interesse da criança.”. Disponível em <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/67648792b28d019a80258772003af86d?OpenDocument>

Porém, o contexto circundante, o envolvimento que pulula em torno de cada criança, torna este superior interesse específico e único para cada caso.

Podemos, assim, encarar o Princípio do superior interesse da criança em três dimensões distintas: ao nível do direito substantivo, ao nível do direito processual, a título instrumental, e, finalmente como um Princípio geral de interpretação.

b) O Princípio da Audição da Criança

O princípio da audição do menor traduz-se essencialmente na concretização do direito à palavra e à expressão da sua vontade. Trata-se do seu direito à participação ativa nos processos que lhe digam respeito.^{16/17}

A audição da criança ou jovem constitui uma das manifestações ou concretizações desse superior interesse, na medida em que se traduz no direito à palavra e à expressão da sua vontade, mas funciona igualmente como pressuposto de um efetivo direito à participação ativa da criança nos processos que lhe digam respeito no âmbito de uma cultura judicial que afirme a criança como sujeito de direitos.¹⁸

Desta forma, a partir de cerca dos 12 anos, a criança atinge um certo desenvolvimento que a faz entrar na chama “adolescência”, o que lhe permite ter adquirido um determinado desenvolvimento psicológico, biológico e social, bem como uma maturidade relativa, suficientes para que esteja em condições de compreender e atuar em certas situações que lhe digam diretamente respeito.

Neste sentido, o artigo 12.º da Convenção sobre os Direitos da Criança de 1989, determina que:

“os Estados Partes garantem à criança com capacidade de discernimento o direito de exprimir livremente a sua opinião sobre as questões que

¹⁶ Neste sentido, veja-se o Ac. TRC, de 08-05-2019, relativo ao Processo n.º 148/19. 8T8CNT-A.C1, nos termos do qual “*é precisamente com vista a alcançar esse interesse superior da criança que, além de outros, se consagrou o direito da criança a ser ouvida e a exprimir a sua opinião em processos que lhe digam respeito e a afetem, tendo em conta a sua idade e a sua capacidade de compreensão/discernimento dos assuntos em discussão*”. Disponível em <http://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/8fe0e606d8f56b22802576c0005637dc/f66c3989644c88b2802583f9003d9cec?OpenDocument>.

¹⁷ Sobre este Princípio, veja-se Rui Alves Pereira, *Por uma cultura da criança enquanto sujeito de direitos: O Princípio da audição da criança*, Revista Julgar, setembro 2015.

¹⁸ Cfr. Ac. TRP, de 30-04-2020, relativo ao Processo n.º 371/12.6TBAMT-F.P1, disponível em <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/4eaf2813ee72a8748025857a0049c6a6?OpenDocument>.

lhe respeitem, sendo devidamente tomadas em consideração as opiniões da criança, de acordo com a sua idade e maturidade” (número 1), e *“assegurada a oportunidade da criança ser ouvida em processos judiciais e administrativos que lhe respeitem, seja diretamente, seja através de representante ou de organismo adequado”*, de acordo com as regras do processo da legislação nacional em vigor (número 2).

Este princípio da audição da criança encontra a sua concretização em diversas sedes legais, das quais destacamos algumas.

Primeiramente, e conforme já foi *supra* referido, o número 2 do artigo 1901.º determina a audição do filho, quando falte acordo dos progenitores em questões de particular importância, salvo quando circunstância ponderosas o desaconselhem.

Por outro lado, o número 9 do artigo 1906.º, acrescentado em 2020, veio confirmar a necessidade da audição da criança por parte do Tribunal para determinar a residência da criança.

Além disso, o número 2 do artigo 1931.º prevê a audição do menor que tenha completado catorze anos, antes de se proceder à nomeação de um tutor.

Já em matéria de adoção, os artigos 1981.º, número 1 alínea a), e 1984.º alínea a), determinam, respetivamente, a obrigatoriedade de audição dos filhos do adotante quando maiores de doze anos, bem como o consentimento do adotando quando maior de doze anos.

Em sede do Regime Geral do Processo Tutelar Cível, o número 1 do seu artigo 5.º atribui autonomia ao menor, na medida em que determina a sua audição e que a sua opinião seja tomada em conta na determinação do seu superior interesse.

Quanto à Lei Tutelar Educativa, prevê também a autonomia ao menor, nomeadamente no seu artigo 45.º, uma vez que, no âmbito de qualquer diligência processual a lei atribui ao menor vários direitos, incluindo, nomeadamente, o direito a ser ouvido, a decidir se quer prestar declarações, se quer oferecer provas e requerer diligências.

Para além das normas mencionadas, existem várias disposições legais respeitantes às crianças em correlação com a área da saúde, mas que nos abtemos de citar por respeitarem a questões específicas de um tema que extrapola o objeto da nossa análise.

Este direito à palavra e à participação que é atribuído legalmente à criança pressupõe que a mesma seja ouvida e sua opinião seja tido em conta na determinação do seu superior interesse, ainda que a mesma possa não ser vinculativa.

Os dois princípios acabados de mencionar, o princípio do superior interesse da criança e o princípio da audição da criança, são, portanto, complementares entre si.

Isto é, o primeiro princípio institui a finalidade de alcançar o melhor interesse da criança, enquanto o segundo princípio constitui um dos mecanismos, é um dos instrumentos, através do qual se atinge a determinação desse princípio.

Ou seja, o princípio do superior interesse da criança só poderá ser implementado se o princípio da audição da criança for tido em consideração.

Quando a lei preveja tal audição, a mesma só poderá não existir mediante um despacho que reflita a falta de necessidade da audição da criança, devidamente fundamentado em função da sua idade e da sua maturidade.

Com efeito, apesar da importância da audição da criança, como expressão do seu superior interesse, podem existir razões que desaconselhem essa mesma audição, atento precisamente o referido princípio, desde que as mesmas sejam devidamente demonstradas, em sede de fundamentação do Despacho.

Tomemos como exemplo, a falta de maturidade da criança, pública e notória ou devidamente documentada, a incapacidade de a mesma se exprimir, a presença de conflitos de lealdade para com um dos pais, eventualmente mas não só, resultantes de situações de alienação parental, a existência de sentimentos de culpa, a existência de outros danos psicológicos na criança que resultem do conflito entre os pais, ou ainda a possibilidade de a criança estar a ser coagida pelos pais ou por terceiros.

De qualquer forma, a falta de despacho devidamente fundamentado afeta, naturalmente, a validade da decisão proferida com preterição daquele direito de audição da criança por corresponder à violação de um princípio geral com relevância substantiva, o Princípio do superior interesse da criança.

5. A Autonomia dos Menores

Como afirmámos *supra*, os Princípios do superior interesse da criança e da sua audição, além de interligados entre si, encontram-se ambos relacionados com a autonomia dos menores.

Cada ser humano é dotado de um conjunto autónomo, irrepitível e dinâmico, único e em constante mutação, com estruturas físicas e psicológicas, instintos, predisposições e capacidades de sobrevivência e de realização dos seus variados fins, quer individuais quer sociais.

A partir do momento em que nasce, a pessoa vai sofrendo sucessivas metamorfoses e desenvolvimentos físicos e mentais, até culminar na maioridade.

Porém, mesmo os menores de dezoito anos de idade, possuem um espaço particular de vida reservado, encontrando-se capazes de eles próprios decidirem sobre determinados caminhos a seguir sem a imposição da figura da representação, nomeadamente quando se trata de questões subjetivas existenciais.

Com efeito, com o desenvolvimento e crescimento, o ser humano vai desenvolvendo aptidões, físicas, mentais, intelectuais que lhe permite dotar-se de uma certa autonomia em questões particulares da sua vida.

Com base neste pressuposto, além das situações já elencadas a propósito dos Princípios do superior interesse da criança e da sua audição, o legislador prevê diversas disposições que reconhecem expressamente a autonomia dos menores.

É o caso genérico do artigo 127.º do Código Civil, que estipula exceções à incapacidade dos menores, tornando excepcionalmente válidos certos atos jurídicos por estes praticados. É, desta forma, atribuída uma certa autonomia ao menor, em função da natureza do ato jurídico a praticar.

Em matéria de filiação, já foram anteriormente referidos vários preceitos, nomeadamente do Código Civil, que reconhecem alguma autonomia dos filhos em relação aos seus progenitores, como é o caso dos artigos 1878.º e 1901.º.

Já o artigo 1886.º, numa interpretação *a contrario*, permite que o menor com dezasseis anos de idade decida sobre a sua opção religiosa, sendo que até essa faixa etária, cabe aos pais decidir sobre a educação religiosa do filho.

Por outro lado, os artigos 2188.º e, 2189.º, alínea a), do CC, preveem que o menor emancipado pelo casamento possua capacidade para testar. Este trata-se, porém, de um caso particular, uma vez que nos termos dos artigos 132.º e 133.º, o menor emancipado pelo casamento adquire a plena capacidade de exercício de direitos própria de qualquer maior de idade, ressalvado o disposto no artigo 1649.º, relativo ao casamento de menores sem autorização para o efeito.

Já o artigo 1850.º atribui ao menor com mais de dezasseis anos, capacidade para perflilhar, desde que não seja maior acompanhado ou não tenha notoriamente uma perturbação mental no momento da perflilhação, não necessitando de autorização dos pais para o efeito.

Neste pressuposto, podemos concluir que, apesar de os menores de dezoito anos serem em regra incapazes de exercício, existem exceções como as elencadas *supra*, que lhes reconhecem capacidades para a prática de certos atos, de acordo com a sua faixa etária e maturidade, e que constituem as designadas “maioridades antecipadas”.¹⁹

Ou seja, a autonomia do menor vai para além da sua independência, não coincide com a sua maioridade, uma vez que, de acordo com a sua faixa etária e relativamente às questões pessoais, ela vai-se tornando capaz de fazer opções e tomar decisões, as quais naturalmente vão tendo consequências e repercussões no decurso da sua vida.

Existe, portanto, um progressivo desenvolvimento de uma consciência crítica de diálogo, nomeadamente, mas não só, com os seus pais, assistindo-se a uma crescente capacidade do menor para querer e entender, emitir juízos e expor a sua vontade.

6. Conclusões

Pelo exposto, conclui-se o seguinte:

- 1- Tanto no plano interno como no plano do direito internacional, existem diversas fontes de direitos das crianças que se relacionam diretamente com o tema da sua autonomia, sendo que, nos últimos cem anos, se assistiu a uma evolução profunda na forma como as crianças passaram a ser consideradas.
- 2- As responsabilidades parentais encontram-se limitadas por três ordens de razão: o respeito pelos direitos fundamentais dos filhos, o seu interesse superior e ainda o respeito pela sua personalidade e autonomia.
- 3- Os Princípios do superior interesse da criança e da sua audição constituem uma expressão do reconhecimento da sua autonomia, nomeadamente face aos seus progenitores. Por esta razão, encontram-se interligados estes dois princípios entre si e ambos com a autonomia dos menores.

¹⁹ Cfr. Maria Clara Sottomayor, *Código Civil Anotado – Livro IV - Direito da Família*, Anotação ao artigo 1878.º, Almedina, 2020, p.855.

- 4- O superior interesse da criança não é suscetível de uma definição em abstrato que sirva para todos os casos, pelo que tem de ser aferido casuisticamente. Além disso, para uma mesma criança, o seu superior interesse poderá variar em função do momento e da conjuntura.
- 5- O Princípio do superior interesse da criança apresenta três dimensões distintas: ao nível do direito substantivo, ao nível do direito processual, a título instrumental, e como um Princípio geral de interpretação.
- 6- O princípio da audição do menor traduz-se essencialmente na concretização do direito à palavra e à expressão da sua vontade e, por isso, do seu superior interesse.
- 7- Apesar de a opinião do menor não ser vinculativa, a mesma deve ser ponderada para efeitos da decisão final, quer do tribunal quer dos seus progenitores, sendo que, no caso de se tratar de uma decisão judicial, se da mesma resultar um sentido diferente, deverá ser fundamentada, sob pena de invalidade dessa mesma decisão, por forma a demonstrar que, apesar de contrária à vontade da criança, ela teve por base o seu superior interesse.
- 8- Desta forma, apesar da valorização da audição da criança, como expressão do seu superior interesse, existirão circunstâncias que poderão desaconselhar essa mesma audição, atento precisamente o referido princípio, desde que tais circunstâncias sejam devidamente demonstradas.
- 9- O Princípio do superior interesse da criança trata-se, pois, de um Princípio auto limitativo, uma vez que, atenta a especificidade de cada caso, pode justificar precisamente a não tomada de determinadas medidas que na generalidade decorrem da sua essência, como é o caso da audição do menor.
- 10- Além das previsões legais relativas aos Princípios do superior interesse da criança e da sua audição, o legislador estabelece ainda diversas disposições que reconhecem expressamente a autonomia dos menores.
- 11- Desta forma, apesar de os menores de dezoito anos serem em regra incapazes de exercício, existem exceções legais que lhes reconhecem capacidades para a prática de certos atos, de acordo com a sua faixa etária e maturidade, e que constituem as designadas “maioridades antecipadas”.
- 12- Existe, portanto, um progressivo desenvolvimento de uma consciência crítica de diálogo, nomeadamente com os seus pais, assistindo-se a uma crescente capacidade do menor para querer e entender, emitir juízos e expor a sua vontade, pelo que a autonomia do menor afigura-se de extrema importância na regulação das responsabilidades parentais.

Bibliografia

- HENAGHAN, Mark, “Article 12 of the UN Convention on the Rights of Children”, in *The International Journal of Children's Rights*, 2017
- KRUTZINNA, Jenny, “Who is “The Child”? Best Interests and Individuality of Children in Discretionary Decision-Making”, in *The International Journal of Children's Rights*, 2022
- PEREIRA, Rui Alves, *Por uma cultura da criança enquanto sujeito de direitos: O Princípio da audição da criança*, Revista Julgar, setembro 2015
- PINHEIRO, Jorge Duarte, *O Direito da Família Contemporâneo*, AAFDL, 2018 (6ª ed.)
- SALGADO, Catarina, “A residência alternada: o melhor dos dois mundos... ou nem por isso...”, in *Revista Jurismat*, n.º13, Portimão, 2021
- SOTTOMAYOR, Maria Clara, *Código Civil Anotado – Livro IV - Direito da Família*, Anotação ao artigo 1878.º, Almedina, 2020
- “O direito dos afetos e o interesse da criança”, in *Temas de Direito das Crianças*, Almedina, 2016
- VEERMAN, Philip, “The Best Interests of the Child and the Right to Inclusive Education”, in *The International Journal of Children's Rights*, publicada online antes da impressão em 2022

