

VII ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI/BRAGA - PORTUGAL

ACESSO À JUSTIÇA

CLAUDIA MARIA BARBOSA

JOSÉ BARROSO FILHO

MARCO FILIPE CARVALHO GONÇALVES

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

A174

Acesso à justiça [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UMinho

Coordenadores: Claudia Maria Barbosa; José Barroso Filho; Marco Filipe Carvalho Gonçalves – Florianópolis: CONPEDI, 2017.

Inclui bibliografia

ISBN:978-85-5505-462-4

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Interconstitucionalidade: Democracia e Cidadania de Direitos na Sociedade Mundial - Atualização e Perspectivas

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Internacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. VII Encontro Internacional do CONPEDI (7. : 2017 : Braga, Portugal).

CDU: 34



VII ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI/BRAGA - PORTUGAL

ACESSO À JUSTIÇA

Apresentação

O Grupo de Trabalho intitulado “Acesso à Justiça I” desenvolveu a sua atividade no dia 8 de setembro de 2017, integrado no VII Encontro Internacional do CONPEDI, realizado em Portugal, na cidade de Braga, na sede da Universidade do Minho, nos dias 7 e 8 de setembro de 2017.

Este grupo de trabalho contou a apresentação de exposições muito interessantes, centradas, fundamentalmente, no problema do acesso tecnológico à justiça no contexto da sociedade em rede, na implementação de construções jurídicas da audição na justiça civil aplicada às crianças, numa perspetiva normativa portuguesa e europeia, na questão da democracia e controle do poder do Estado, com particular incidência sobre o problema da omissão e acesso à justiça, nos novos paradigmas no acesso à justiça, particularmente na aplicação da justiça restaurativa no processo de reintegração social do jovem em conflito com a lei, na análise comparativa entre os ordenamentos jurídicos brasileiro e português em matéria de responsabilidade administrativa ambiental e na revisão judicial de questões insensíveis à escolha em matéria política, com particular incidência sobre o caso da ADI 5632 e dos mandados de segurança 34.574, 34.599 e 34.602.

A diversidade, multidisciplinaridade e transversalidade de questões que se colocam no domínio do acesso à justiça demonstram que esta é uma das áreas mais importantes e sensíveis do Direito, e constante inspiração no ensino e na pesquisa que se desenvolvem na Universidade do Minho e no ambiente do Conpedi, o que tornou essa parceria particularmente frutuosa.

Dáí que os trabalhos que ora se publicam sejam absolutamente essenciais para a discussão em torno do modo como pode ser garantido um acesso efetivo ao Direito e à Justiça.

Prof. Dra. Cláudia Maria Barbosa (PUCPR)

Ministro Dr. José Barroso Filho (STM – ENAJUM)

Prof. Dr. Marco Filipe Carvalho Gonçalves (CEDU – Universidade do Minho)

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Revista CONPEDI Law Review, conforme previsto no artigo 7.3 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

CONSTRUÇÕES JURÍDICAS DA «AUDIÇÃO» NA JUSTIÇA CIVIL APLICADA ÀS CRIANÇAS: ENTRE O PERFIL NORMATIVO PORTUGUÊS E O DA UNIÃO EUROPEIA

LEGAL CONSTRUCTIONS OF «HEARING» IN CIVIL JUSTICE APPLIED TO CHILDREN: BETWEEN THE PORTUGUESE NORMATIVE PROFILE AND THAT OF THE EUROPEAN UNION

Kildare de Medeiros Gomes Holanda ¹

Resumo

A perspectiva democrática da justiça civil aplicada às crianças e seu diálogo jurídico com o ordenamento português e comunitário. Firmado no propósito processual civil, a audição da criança é posta neste enquadramento democrático e provocada pelos modelos constitucional, internacional e comunitário. Constitui-se como objeto de análise jurisprudencial do STJ e TJUE, o direito das crianças desafia o quadro das legislações atuais e enfrenta a realidade dos tribunais na formulação decisória. Utiliza o Regime Geral do Processo Tutelar Cível e regulamentos produzidos no âmbito da União Europeia para compreensão das possibilidades decisórias de acesso efetivos das crianças à justiça.

Palavras-chave: Justiça civil, Audição da criança, Democratização processual

Abstract/Resumen/Résumé

The democratic perspective of civil justice applied to children and their legal dialogue with portuguese and EU. Signed in the civil procedural purpose, the hearing of the child is placed in this democratic framework and provoked by the constitutional, international and community models. It is an object of jurisprudential analysis of the STJ and TJUE, children's rights challenge the framework of current legislation and face the reality of the courts decisions. It uses the General Regime of the Civil Guardianship Process and regulations produced within the European Union to understand the decision-making possibilities of children's access to justice.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Civil justice, Hearing of the child, Procedural democratization

¹ Doutorando do Programa de Doutoramento em Direito «Desafios sociais, incerteza e direito», da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Bolsista Capes Doutorado Pleno no Exterior, Processo BEX N.º 1711/15-6.

1 INTRODUÇÃO

As transformações sociais ocorridas nas últimas décadas vêm modificando os cenários de convivência coletiva. Estas mutações sociais, culturais, econômicas e políticas contribuem para desenhar os novos panoramas de convivência e definir os novos rumos jurídicos.

Experiências no campo diplomático entre os Estados Internacionais sistematicamente sempre influenciou positivamente os ordenamentos internos dos países signatários dos tratados e acordos internacionais.

O *direito das crianças* iniciou sua caminhada para a visibilidade no mundo jurídico através das reuniões de líderes mundiais, que através do direito internacional fez constituir uma base de princípios fortalecidos na defesa e proteção desses sujeitos vulneráveis.

Desde a «Declaração dos Direitos da Criança», aprovada em 1924, que o debate entre nações se faz presente.

Na atualidade o tema da justiça civil aplicado às crianças tem conquistado grande relevo. As mudanças ocorridas na *família*, os novos parâmetros educacionais e a vivência com um mundo digital desafiador promovem uma necessária (des)construção da antiga imagem das crianças da década de 50 ou 60 do século passado.

Esses fatores não encerram o rol de elementos transformadores da sociedade, mas é inegável suas influências no movimentado mundo das *crianças*.

O quadro político mundial também transformou-se radicalmente. Conviver com guerras, fome, ameaças políticas e situações desoladoras de pobreza afetaram o período da infância e da juventude.

Assim as crianças passaram da invisibilidade à participação direta na vida social. Os limites jurídicos começaram a acompanhar esse aumento de participação na coletividade. A luta para dar visibilidade às crianças fez com que todas coubessem na constituição.

Os valores constitucionais paulatinamente exigiram a aplicação dos direitos fundamentais e suas garantias estendidas concretamente na proteção dos direitos dessas crianças.

Em Portugal a entrada da vigência do Regime Geral do Processo Tutelar Cível [RGPTC], em 2015, e as reformas processuais do Código de Processo Civil, em 2013 – despertam as reflexões contidas neste trabalho.

No aspecto comunitário o Direito da União Europeia colabora para aprofundar as análises do atual panorama da *justiça civil* aplicada às crianças. Desde a formulação legislativa até o desenho jurisprudencial há um forte diálogo com os Estados-Membros.

Afinal, a *justiça civil* é assunto de criança? A «audição da criança» é um instituto que deverá produzir muitas discussões na doutrina e na jurisprudência. Apesar da resistência de alguns profissionais jurídicos, a «audição da criança» tem se aproximado cada vez mais dos tribunais.

Desse modo, procura-se aproximar o perfil processual da «audição da criança» e sua analógico-jurídica identidade com o «depoimento de parte» previsto no CPC. E na macro relação jurídica alcançar o perfil da legislação comunitária e jurisprudencial do Tribunal de Justiça da União Europeia [TJUE] no tocante a justiça civil.

Entrecruzar-se-á as normas produzidas em Portugal e na União Europeia no aspecto da garantia de acesso aos tribunais. E nesse diálogo procurar perceber o compromisso da *jurisdição* com o direito das crianças. Formar-se-á a partir deste estudo um panorama atualizado dos esforços internacionais, comunitário, constitucional e da ordem jurídica interna portuguesa, na concretização do fortalecimento de uma justiça dirigida para as crianças.

2 A AUDIÇÃO DA CRIANÇA COMO INSTRUMENTO DE DEMOCRATIZAÇÃO PROCESSUAL

O debate atual no âmbito da *justiça civil* aplicada às crianças busca alcançar os limites da democratização do processo. Desenvolve-se impulsionado a partir dos documentos internacionais e constitui forte tendência nas constituições dos Estados signatários dos tratados, convenções ou acordos na esfera com outros países.

Atende prioritariamente a uma necessidade de participação, cooperação e garantia de acesso à justiça. É na atualidade uma possibilidade para atingir o grau razoável de relação processual democrática.

Neste caso em particular, a norma processual envolve-se na vertente principiológica constitucional e nas tendências do direito internacional para ampliar o rol participativo das crianças na jurisdição.

Desta forma aproximam-se o *constitucional* e o *internacional* na confluência de delineamento no direito público em desenho jurídico possível da justiça civil.

Assentada nestas normas destacadas, a *audição da criança* começa a inspirar traços de vitalidade na justiça cível nos países que aderiram aos acordos internacionais e passam a impulsionar internamente a ordem jurídica estabelecida entre os países signatários de tais documentos.

O advento do Regime Geral Processual Tutelar Cível [RGPTC] fornecerá vários elementos aglutinadores das reflexões entre o Estado Português, a União Europeia e o direito internacional.

Essa colaboração é a resultante da experiência vivenciada no ordenamento português e suas relações plurilocalizadas, quer com os demais Estados-Membros da UE ou na relação do campo internacional com outros Estados Internacionais.

Conforme preleciona Canotilho (2015, p. 820-821), o cenário constitucional português consagrou o princípio da *doutrina da recepção automática*, que estabelece efeito de aplicação imediata as normas de direito internacional geral ou comum.

Há que observar as lições de Miranda (2016, p. 162-163), quando promove uma reflexão acerca da recepção automática na aplicação das normas de direito internacional no território português. É certo que para Miranda esta vinculação imediata geraria um efeito vinculativo aos Estados e desceriam as normas constitucionais a um patamar de desconformidade — rebaixando-as a ineficazes ou mesmo revogadas.

Na esteira desta complexa reflexão jurídica impõe-se estabelecer, a título metodológico neste trabalho, uma estreita relação com a ordem de direito internacional que impulsiona os ordenamentos internos dos Estados signatários desses documentos internacionais; portanto, haverá a uma observância as normas processuais geradoras de uma *justiça civil* aplicada as crianças¹.

Uma dimensão conceitual do direito internacional pode ser utilizada como forma de aplicação em primeira dimensão entre Estados soberanos e entre os privados, mas sem contudo distanciar-se da incidência interna que alcança a todos — onde pode-se afirmar que,

[...] das relações recíprocas dos Estados (ou dos Estados soberanos) e de outros sujeitos, ele foi-as estruturando em termos permanentes através de meios organizativos *a se* e de formas avançadas de institucionalização. Assim como, perante matérias, questões e situações da vida que ultrapassam o mero âmbito estatal, ele tem vindo a sobre elas incidir, a conformá-las e a regê-las em concorrência com o Direito interno. (MIRANDA, 2016, p. 25, grifos do autor)

¹ Utilizar-se-á a terminologia «criança» tendo em conta a denominação convencionada no ordenamento jurídico português e na «Convenção sobre os Direitos das Crianças». Contudo, há que se destacar que a terminologia «criança», para uma faixa de idade compreendida aos 18 anos incompletos de idade — poderá ser analogamente utilizada como «menor». As legislações portuguesa, espanhola e italiana utilizam a terminologia «menor» para designar todo ser humano com idade inferior aos 18 anos. As variações terminológicas entrecruzam-se variadas vezes — quer no âmbito do direito substantivo, quer no âmbito do direito processual. Inexiste ainda uma pacificação terminológica, o que permite a utilização de vários termos para alcançar os objetivos desejados ao trabalhar com a temática.

A esfera da interpenetração das normas de direito internacional na construção de normas processuais atua de modo a satisfazer um quadro convencionado entre Estados soberanos. Inclui-se neste rol de normas o art. 12º, da «Convenção sobre os Direitos da Criança»² — quando estabelece, *in verbis*, que: “2 – [...] é assegurada à criança a oportunidade de ser ouvida nos processos judiciais e administrativos que lhe respeitem [...], segundo modalidades previstas pelas regras de processo da legislação nacional.”

Inserido neste contexto constitucional do processo Zaneti Júnior (2014, p. 170) afirma que “[...] a busca da efetividade é um valor hoje impregnado no sistema processual, que advém, em grande parte, da necessidade de realização dos direitos fundamentais, inclusive o próprio direito a um processo em tempo hábil (duração razoável).”

O acesso à justiça e a efetividade das garantias e direitos fundamentais compõem a dicotomia que harmoniza a composição que aproxima o direito constitucional e o direito internacional neste cenário processual civil.

Com bastante precisão Canotilho (2015, 966-967) fornece uma reflexão acerca do que denominou de «*direito constitucional processual*» e a perspectiva em que constitucionalmente exprime-se o conjunto de normas processuais civis relativamente importante para a justiça cível.

A importância salientada por Canotilho abrange a vigência e o alcance do processo civil nos prismas da intervenção do direito internacional e, por seu outro aspecto territorial, a combinação com o Direito da União³.

Este é um momento propício para inserir o presente estudo, tendo em vista a vigência do RGPTC — logo depois da reforma processual do CPC português. Dois diplomas legais recentes, 2015 e 2013, respectivamente —, e ainda sendo instrumento de novas interpretações jurisdicionais.

No ordenamento português a «audição da criança» tem suas analogias com o «depoimento de parte», sem contudo manter carácter vinculativo. O quadro normativo do Regime Geral do Processo Tutelar Cível [RGPTC], no seu art. 5º n.ºs 6 e 7, estabelece o depoimento da criança no processo e que permite utilizar-se do *depoimento* como *meio de prova* nos autos.

² No ordenamento jurídico português a «Convenção sobre os Direitos das Crianças» tem vigência interna a partir da Resolução da Assembleia da República N.º 20/90, de 12 de setembro.

³ Na obra «Estudos de direito internacional privado da União Europeia», Ramos (2016, p. 11-72) busca alcançar os traços que distinguem o direito internacional da sua relativa influência no direito da União. Este trabalho contribui para distinguir os dois ramos jurídicos e apresentar suas fortes influências/afinidades no processo de formação do que o autor denomina de «relações de direito privado plurilocalizadas».

O exercício pleno da democratização do processo inicia-se na garantia de acesso à justiça. Estende-se na esfera participativa das partes e consolida-se na garantia do contraditório.

Ao estabelecer esta abertura de participação e democratização processual há que ainda considerar os elementos formadores deste percurso, assim compreendendo e alcançando as várias suas dimensões, pois que

“No paradigma procedimental de Estado Democrático de Direito, impõe-se a prevalência concomitante da soberania do povo e dos direitos fundamentais em todos os campos, mas, especialmente, na esfera estatal, na qual existe a constante formação de provimentos que gerarão efeitos para uma pluralidade de cidadãos.” (NUNES, 2011, p. 216)

Nesta perspectiva tem-se em consideração o firme propósito em garantir o acesso à justiça como direito fundamental. Assegurar a participação direta da *criança* no processo é cooperar para que a garantia fundamental configurada constitucionalmente como «*sujeito de direito*» não se torne nula frente a consolidação dos direitos fundamentais, na consecução do acesso à justiça.

2.1 ALGUMAS APROXIMAÇÕES DA AUDIÇÃO DA CRIANÇA E O DEPOIMENTO DE PARTE

Há vários pontos em que aproximam a audição da criança e o depoimento de parte⁴. São relações jurídicas estabelecidas em diplomas distintos, contudo suas essências interconectam invariavelmente — principalmente porque as partes têm como *dever processual* o respeito ao princípio da cooperação.

Em que pese as condições jurídicas distintas, os dois institutos possuem intersecções muito fortes. Uma delas refere-se exatamente aquilo que Pinto (2015, p. 371) tratou ao assim definir que “O depoimento de parte consiste em declaração judicialmente provocada da parte sobre factos que interessem à decisão da causa”.

Na dicção de Ramião (2015, p. 29) a audição da criança trabalha numa direção em que

[...] reafirma-se o direito da criança a ser ouvida e a ser tida em consideração a sua opinião. Não se exige que a decisão a tomar respeite integralmente essa opinião, mas

⁴ Opta-se por reunir *depoimento de parte* — também incluindo-se a referência *declaração de parte* —, como sendo instrumentos processuais válidos para análise conjunta à audição da criança. Haja vista que o legislador português define as circunstâncias do *depoimento* no art. 452º; da *declaração*, no art. 466º. Contudo, em se tratando de *declaração* remete «[...] as necessárias adaptações, o estabelecido na secção anterior», ou seja, exatamente na secção que trata do *depoimento*.

que seja considerada na ponderação dos interesses em causa e que respeite o seu superior interesse.

Entre as ideias desenvolvidas por Pinto e Ramião acerca dos dois institutos, há que considerar a «intersecção normativa»⁵ que possibilita uma leitura aproximada destas realidades legais. E as correspondências existem entre o RGPTC e o CPC.

O art. 65º do RGPTC remete desta forma as providências nas quais tenham correspondência nos processos e incidentes regulados pelo Código de Processo Civil e que sigam as adaptações resultantes do disposto neste dispositivo legal. As aproximações não são aleatórias, principalmente por considerar que ambos os diplomas legais são bastante recentes e dialogam continuamente no ordenamento interno.

Remeter ao CPC português imediatamente conjugar-se-á a ideia de convergência analógica com o depoimento de parte⁶, conforme art. 452º, n.º 1.

Sabe-se que não há vinculação do juiz com relação ao conteúdo do *depoimento de parte*. Reúne o quadro principiológico da *livre apreciação da prova* como uma lógica em que o juiz⁷ apreciará segundo a sua íntima convicção (FREITAS, 2013, p. 196-200).

De fato ainda existe um silêncio considerável quando a questão envolve a temática processual, destaque-se a questão da terminologia utilizada no art. 5º da RGPTC, ao tratar da *audição da criança*. Há na legislação portuguesa uma (in)definição quanto ao quadro terminológico, o que acaba por acarretar uma série de dúvidas⁸.

Recentemente em decisão do Supremo Tribunal de Justiça (STJ) o acórdão⁹ publicado incorpora na jurisprudência portuguesa a *audição da criança* não somente circunscrita como

⁵ O legislador português chegou a denominar inicialmente «Prova por audição das partes», nos trabalhos da Comissão — *cf.* Chaby (2014), nota 11, p. 15.

⁶ Importante destacar que não se trata aqui de inserir o *depoimento de parte* como constitutivo da *prova por confissão da parte* em se tratando de *audição de criança*. Neste caso há impedimento legal no ordenamento português. *Cfr.* n.º 2, do art. 453º, do CPC português; bem como o art. 353º, n.º 1, do Código Civil [CC] português.

⁷ Na *Ley de Enjuiciamiento Civil*, Espanha, no *Libro IV* — «*De los procesos especiales*» — Título I, que trata «*De los procesos sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores*», o art. 752 traz em si a «*fuerza probatoria del interrogatorio de las partes*».

⁸ Como exemplo temos no RGPTC a utilização por parte do legislador português de *depoimento e declaração* como se ambas as forças terminológicas tivessem o mesmo sentido. Seria, então, algum receio proveniente das antigas legislações em aproximar a criança aos mesmos direitos dos sujeitos plenamente capazes? Há receios de uma «emancipação» precoce? Reconhece-se que há limitações na audição da criança a partir das normas de *direito internacional*, principalmente no que concerne a capacidade de compreensão e o grau de maturidade da criança; mas a regulamentação cabe aos legisladores pátrios signatários dos tratados, convenções e acordos internacionais —, pois o *direito internacional* não poderia prever toda uma legislação de abrangência global.

⁹ Processo n.º 268/12.0TBMGL.C1.S1. Relatora: Maria dos Prazeres Pizarro Beleza. Disponível em: <http://bit.ly/2qNupb7>. Na decisão do tribunal o exercício do «direito de audição» passou a ser entendido como *meio privilegiado de prossecução do superior interesse da criança*; ou seja, considerou que a ausência da *audição da criança* afeta a validade das decisões finais, assim correspondendo um *princípio geral* com relevância

um meio de prova, mas com o caráter da obrigatoriedade quando a sua capacidade de compreensão possa contribuir no processo de formação da decisão que a afeta.

O Estado Português como membro da UE vincula-se obrigatoriamente ao quadro institucional estabelecido nos tratados e documentos comunitários do qual é signatário. E, assim, ao pertencer a esta ordem jurídica comunitária – mesmo não perdendo o seu caráter soberano –, deve observar o desenvolvimento das políticas comunitárias; também incluindo aquela de natureza voltada para a cooperação jurisdicional.

3 CONSTRUÇÕES JURÍDICO-COMUNITÁRIAS ACERCA DA JUSTIÇA CÍVEL APLICADA ÀS CRIANÇAS

Durante considerável lapso temporal as questões jurídicas da União Europeia (UE) voltaram-se exclusivamente aos assuntos envolvendo relações de comércio¹⁰. Imperava uma atividade jurisdicional com *competência* exclusivamente direcionada para solução dos litígios de domínio econômico entre *conglomerados empresariais*. Assim delineada para resolução de conflitos econômicos essa «justiça civil comunitária» voltou-se completamente para as relações que estavam dentro de um contexto delimitado nas suas competências jurisdicionais.

Ao abrir suas fronteiras para a relação processual entre particulares a partir do Tratado de Lisboa, a UE dilata as fronteiras de sua *competência judiciária* e passa a permitir uma maior elasticidade jurídica que antes inexistia, quando constitui a estrutura do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) dotando-a de poderes para apreciar e julgar demandas que envolvessem os direitos fundamentais dos cidadãos no território europeu.

O contexto de evolução da UE possibilitou que a estrutura política concretizasse uma jurisdição mais ampla, que também pudesse julgar as violações ou ameaças aos direitos dos cidadãos. Ribeiro (2002, p. 17-18) considera os avanços da UE e suas relações internacionais em crescente aumento como um fator em que

A relação jurídica cada vez mais se encontra em conexão com dois ou mais ordenamentos jurídicos, revestindo, por isso, uma natureza transfronteiriça, ao tocar

substantiva. Para o STJ, os instrumentos normativos internacionais alteraram de forma determinante a *obrigatoriedade de audição da criança*.

¹⁰ Até então inexistia *competência judiciária* para atender as necessárias soluções dos *litígios* envolvendo *pessoas naturais* no âmbito da UE. Este silêncio da referida *competência jurisdicional* para apreciar e julgar litígios particulares foi paulatinamente diminuindo ao passo em que a UE se fortalecia — quer em tamanho territorial, quer no crescimento da produção legislativa comunitária, que passaram a reconhecer as relações entre particulares como meios judiciais capazes de serem apreciados paralelamente com os litígios envolvendo as relações comerciais no TJUE.

dois ou mais sistemas jurídicos. [...] A livre circulação das pessoas, das mercadorias, dos serviços e dos capitais, num espaço único integrado por vários Estados, é necessariamente um factor potencialmente gerador de tais elementos da relação jurídica e judiciária.

A relação entre particulares começa a ocupar o seu espaço quando a UE permite que questões processuais envolvendo o direito de família¹¹ possam ser discutidas dentro de um conceito jurisdicional comunitário. O núcleo jurídico familiar ganhou espaço comunitário tendo em vista a sua importância, participação e definição de espaço cidadão acrescido do envolvimento desses sujeitos na territorialidade comunitária.

Nessa contextualização, donde o direito de família — como direito substantivo reconhecidamente importante para fazer-se constar nas normas comunitárias a fim de dirimir litígios nessa área jurídica — formulou uma participação indireta com formulação autônoma de outros direitos que se estabeleceram por necessidade transversal. Outros ramos do direito privado, além do comercial e de família, foram sendo inseridos nessa atividade jurisdicional.

O direito de família figura em primeiro plano devido os aspectos em que estão inseridos nuclearmente nas sociedades. E as crianças? Todas elas possuem uma família, desde a etapa da concepção até o nascimento, mesmo que dela se desligue após o parto.

Notadamente esses aspectos biológicos são observados pelo direito, contudo há que se verificar campos distintos também ligados à família e que mereceu atenção de várias legislações internacionais, que ao longo das últimas décadas vem promovendo revisões legais em suas estruturas jurídicas.

O direito internacional¹² impulsionou desde o início essas transformações nos

¹¹ Ver Regulamento n° 1347/2000, do Conselho, de 29 de maio de 2000, relativo à competência, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria matrimonial e de regulação do poder paternal em relação aos filhos comuns do casal (Publicado no J.O.C., n° L 160, de 30 de junho de 2000), que inicialmente cumpriu o seu papel de abertura as áreas jurídicas até então ausentes da apreciação jurisdicional da UE. O *direito de família* revelou-se, então, importante instrumento de abertura para que o *direito das crianças* fosse inserido no rol de competências do TJUE; Regulamento (CE) n° 2201/2003, do Conselho, de 27 de novembro de 2003, relativo à competência, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria matrimonial e em matéria de responsabilidade parental e que revoga o Regulamento (CE) n° 1347/2000 (Publicado no JOUE L 381/1, de 23.12.2003). Destaca-se, portanto, os interesses comunitários desenvolvidos a partir de uma perspectiva de inclusão das temáticas jurídico-sociais a que estão inseridos os direitos fundamentais dos cidadãos da UE. A força política de integração da UE tem provocado os Estados-Membro a adotarem uma postura de cumprimento aos tratados e documentos normativos vinculantes do *direito comunitário*. Para além do escorço normativo da UE ainda existe um liame de protocolos internacionais que também vinculam a análise jurídica no que tange o *direito das crianças*, sendo este núcleo o nascedouro de todas as linhas protetivas que transformou a temática jurídica em seu aspecto de valorização e observância ao *«princípio da supremacia dos direitos das crianças»* — levando-se a considerar de importância capital o zelo normativo da UE nesse sentido de aplicação das suas normas comunitárias, inclusive com forte apelo à base *processual civil*.

¹² No resgate histórico do *direito internacional* é possível compreender o desenvolvimento e sua influência a partir das relações jurídicas com os Estados Internacionais signatários, bem com o início da vigência dos seguintes documentos internacionais: (i) «Declaração de Genebra» ficou conhecido como «Declaração dos Direitos da

ordenamentos jurídicos pátrios, o que a seu tempo provocou mudanças na percepção e valores de aplicação normativa quando do tratamento das questões envolvendo a esfera temática desses jovens. Esse esforço internacional afetou o direito comunitário no sentido de reconhecer na temática a importância devida na sua pertinência jurídica.

Ligado ao direito de família com um corpus jurídico autônomo encontra-se o *direito das crianças*. Como essa autonomia do *direito das crianças* se desenvolveu na UE, especialmente na esfera da justiça civil? Como instrumento do direito processual se entrelaça a partir das possibilidades jurídico-processuais formuladas pelo Parlamento Europeu¹³ em consonância com o *direito internacional*, quer seja como parte interessada¹⁴ no resultado processual; v.g., quando se trata de questões incidentes na ação de divórcio e que atinge diretamente o seu superior interesse.

Em várias questões apreciadas pelo TJUE o «superior interesse das crianças» ainda se encontra inserido no direito de família. Sua proteção processual é garantida quando a análise de mérito deixa à margem os liames de objeto da família e passa a desenvolver o aspecto de protetividade das crianças ligando-se exclusivamente as questões e pormenores normativos que estabeleçam o interesse preservado no «princípio da supremacia do interesse do menor»¹⁵.

As transformações e mudanças ocorridas na UE, em que o processo civil — e mais especificamente aquele que trata da concretização do «direito das crianças» — representam também as demandas de um mundo dinâmico e das relações coletivas que vêm se impondo como modelo de pacificação processual entre os cidadãos da UE. O processo civil da UE assume cada vez mais o papel integrador das demandas de seus cidadãos. Progressivamente se ajusta as necessidades comunitárias e acompanha o direito substantivo.

3.1 Os regulamentos da União Europeia e o *direito das crianças*

Criança», (1924); (ii) «Declaração Universal dos Direitos do Homem» — Assembleia Geral das Nações Unidas, 1948; (iii) «Declaração dos Direitos da Criança», Assembleia Geral das Nações Unidas, 1959; (iv) «Convenção Sobre os Direitos da Criança», Assembleia Geral das Nações Unidas [Nova Iorque], 1990; «Convenção Europeia dos Direitos do Homem», 1989. Esse suporte histórico pode ser melhor aprofundado na doutrina jurídica portuguesa, que analisa a evolução dos direitos das crianças — *cf.* (BOLIEIRO; GUERRA, 2014).

¹³ *Cfr.* Ramos (2016, p. 11-72), quando apresenta as opções do legislador comunitário no domínio do direito internacional privado definindo a base jurídica da UE e definindo os «*aspectos nucleares do direito processual civil internacional*».

¹⁴ Essa participação poderá ocorrer quando as crianças integram o quadro processual e são ouvidos pelo juiz no processo. Com o *depoimento de parte*, as crianças poderão protagonizar suas ideias e pensamentos conforme o grau de entendimento que alcançarem na altura de suas idades. Desse modo poderão apresentar opções próprias e preservá-las dentro de uma legalidade permitida — afastando peremptoriamente essa invisibilidade jurídica e cultural desde há muito produzida na dinâmica social, quer seja das famílias, quer seja no âmbito judicial.

¹⁵ Acórdão do Tribunal de 2 de outubro de 2003 — Processo C-148/02, *Carlos Garcia Avello contra Estado Belga*, que marca fortemente as questões jurisprudenciais delineadas pelo TJUE na esfera da proteção da criança.

Com distinta clareza de objetivos em promover a integração do «direito comunitário», os regulamentos da UE seguem para além, quando visa garantir um modelo comunitário de aplicação do direito.

Esses regulamentos representam também uma construção legislativa comunitária¹⁶ e estabelece uma forma própria de transformação territorial a partir do esforço coletivo, que procura atender essas mutações sociais e organizar o arcabouço jurídico.

Nesse diapasão jurídico-processual impõe-se como uma forma de definição no Parlamento e Conselho Europeu (CE) enquanto instituições que visam construir uma ordem jurídica comunitária, ou seja, estabelecer a organização do direito da UE¹⁷. Ao perseguir esse escopo normativo a UE também caminha proporcionalmente as suas decisões legiferantes para que a integração possa ser efetivada por meio dessa ordem jurídica.

O Regulamento (CE) n.º 1347/2000¹⁸, do Conselho, constituiu-se de instrumento normativo para estabelecer competência em matéria de reconhecimento e execução de decisões relativas a matéria matrimonial e de regulação do poder paternal em relação aos filhos comuns do casal.

A preocupação do CE ao aprovar o presente O Regulamento (CE) n.º 1347/2000, era assegurar a coerência de determinadas disposições constantes no novel regramento a fim de tratar das questões relativas a competência, mas também — e principalmente, ao reconhecimento e a execução de decisões em matéria civil e comercial.

Era o nascedouro das oportunidades em direcionar aplicação dessa norma no âmbito do processo civil e dos processos não judiciais. Ao prever essa possibilidade o Regulamento (CE) n.º 1347/2000 afastava os processos de natureza puramente religiosa¹⁹, mas abria-se para

¹⁶ Há uma crítica pontual acerca das questões que envolve o Direito Constitucional Português e a produção legislativa da UE, *cf.* (COUTINHO; GUEDES, 2015). Com relação as garantias processuais no quadro constitucional e a força das decisões judiciais (REMÉDIO MARQUES, 2011). O viés controvertido do projeto constitucional da UE, *cf.* (HEBERMAS, 2012).

¹⁷ *Cfr.* (MACHADO, 2010) sobre a realidade complexa da UE e os esforços no processo de unificação europeia, onde se circunscreve o papel unificador do TJUE e sua jurisprudência.

¹⁸ Em seus considerandos o CE justificou que houve necessidade de aprovação da matéria, tendo em vista a disparidade entre determinadas normas nacionais em matéria de jurisdição e de execução, que para o CE dificultava a livre circulação das pessoas, bem como impedia ou provocava embaraço no bom funcionamento do mercado interno. O legislador da UE vincula duas ideias a serem preservadas: (i) a integração europeia a partir de uma norma que proporcione essas decisões; e, uma (ii) estreita relação com os propósitos econômicos do mercado interno. Nesse momento o entrelace do direito substantivo e do direito adjetivo ocorreu de forma a preservar o mercado interno, onde numa primeira observação a deficiência de uma norma específica que trate da temática acabaria por prejudicar o objetivo primeiro da UE: o mercado interno e o seu desempenho comunitário.

¹⁹ No Regulamento (CE) n.º 1347/2000, nos considerandos, item 20 — o legislador da UE em respeito aos ordenamentos dos Estados-Membros — previu textualmente: “20. Espanha, Itália e Portugal celebraram concordatas antes da inclusão das matérias abrangidas pelo presente regulamento no Tratado. *Convém evitar que os referidos Estados-Membros violem os seus compromissos internacionais com a Santa Sé.*” (Grifos nosso)

resolução das questões de ordem matrimonial²⁰ na UE.

O regulamento ainda reconhecia a importância de discussão de temáticas jurídicas que envolvesse o «direito das crianças»²¹ desde que esse diálogo estivesse inserido nos limites estabelecidos no «direito de família». Essa decisão legislativa da UE em incluir em suas normas questões pertencentes aos referidos direitos representavam avanços na ordem jurídica, contudo sua intenção ainda não se estabelecia senão por uma ordem econômica e comercial.

Essa proposta do Regulamento (CE) n.º 1347/2000 ainda permitia uma intervenção muito grande dos ordenamentos dos Estados-Membros. Inexistiam possibilidades mas alargadas de uma integração de competência a partir da aprovação desse regulamento²².

O receio inicial em avançar no tratamento jurídico do «direito das crianças» é bastante visível, como também aqueles outros relacionados ao «direito de família» — mas especificamente em se relacionando ao casamento. Trata-se de uma competência subsidiária, onde o que mais interessava era a manutenção do bom funcionamento do mercado interno. Para o legislador da UE o núcleo do «direito de família» serviria apenas para manter as relações do mercado estáveis, qualquer que fossem os litígios que esse núcleo apresentasse.

As modificações que revogaram o Regulamento (CE) n.º 1347/2000 surgiram após três anos de sua publicação. A UE certamente conseguiu perceber as limitações e lacunas existentes na legislação, quando resolveu discutir em razoável nível de aprofundamento as questões envolvendo o «direito de família» e o «direito das crianças».

Com a publicação do Regulamento (CE) n.º 2201/2003, do Conselho, de 27 de novembro de 2003, as perspectivas normativas da UE em questões relativas à competência²³, ao

²⁰ Excluía no Regulamento (CE) n.º 1347/2000 um rol de análises que tratassem de questões envolvendo a «culpa dos cônjuges», os «efeitos patrimoniais do casamento», «as obrigações de alimentos ou outras eventuais medidas acessórias», ainda que estivessem intimamente relacionadas com os elementos anteriormente elencados. Havia uma barreira legal para delimitar a competência no sentido de não adentrar em uma órbita mais aprofundada no campo do «direito de família», senão na exata medida para proteger apenas e tão somente o bom funcionamento do mercado interno.

²¹ A previsão no regulamento se estabelecia de forma bastante restrita, conforme artigo 1º, alínea 'b'; artigo 3º; artigo 4º. Não havia muito espaço para discutir na UE a competência judiciária para atender as questões ligadas ao «direito das crianças», mas deve-se reconhecer que já se fazia presente alguns pontos jurídicos importantes presentes retirando-o da zona de esquecimento ou invisibilidade. Cfr. (RIBEIRO, 2002, p. 166) defende a necessidade de um direito uniforme regulador — com reconhecimento transfronteiriço e em substituição ao direito internacional privado dos Estados-Membros —, evitando a escolha do foro.

²² A ausência de uma política mais evidente na defesa da consolidação normativa trouxe dificuldades para sua aplicação, talvez ainda mais pelo acanhado diploma regulador no que tange ao «direito das crianças». Havia presente um desejo que esbarrava nas lacunas de fontes legais na UE, que impediam avanços consideráveis nesse sentido. Somente com o Tratado de Lisboa, que entra em vigor no dia 1º de dezembro de 2009, surgiu a introdução da iniciativa de cidadania na UE; o que tornou um território jurídico muito mais propício para discutir as relações entre o «direito processual civil» e o «direito das crianças» no âmbito do «direito comunitário».

²³ Em obra que trata das questões que envolvem o acesso do cidadão da UE aos *tribunais europeus*, finalidade e competência originária do tribunal, que somente alcançava a composição de conflitos entre Estados e a organização

reconhecimento e à execução de decisões em matéria matrimonial e em matéria de responsabilidade parental, revogou o Regulamento (CE) n.º 1347/2000.

Os avanços proporcionados pelo Regulamento (CE) n.º 2201/2003 são bem mais alargados do que o regulamento anterior. O Conselho fez uma opção bastante inteligente em trabalhar o «direito das crianças» de forma mais aberta e processualmente visível.

Essas mutações promovidas pelo sistema legiferante da UE alcançou um considerável alargamento de competência pertinente a justiça civil e o direito das crianças. Os patamares de garantia anteriores não reconheciam de forma concreta os menores com a autonomia jurídica necessária.

Após sua publicação, o Regulamento (CE) n.º 2201/2003 trouxe inovações legais de modo substancial, v. g., garantindo igualdade de tratamento de todas as crianças em matéria de responsabilidade parental e medidas de proteção (independente de eventual conexão com um processo matrimonial). Neste caso, o legislador europeu começa a dar sinais de que o direito das crianças deveria atuar com um pouco mais de autonomia frente as limitações impostas no Regulamento (CE) n.º 1347/2000, agora revogado.

O regulamento de 2003 apresenta avanços normativos e insere o «princípio do superior interesse da criança»²⁴, mesmo que ainda num contexto em que as regras de competência continuam orbitando em vínculo com matéria de responsabilidade parental.

Apresenta ainda algumas considerações que merecem destaque, quais sejam: (i) a abrangência do regulamento alcança as matérias civis, independente da natureza da jurisdição; (ii) trata dos bens das crianças; (iii) audição da criança como importante fator de aplicação; (iv) as decisões proferidas em litígios em matéria de «direito de família» deveriam ser automaticamente reconhecidas em toda a UE; (v) reconhecimento dos direitos fundamentais e os princípios consagrados na «Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia».

Esses avanços são consideráveis, apesar da resistência do legislador comunitário em

— oriundos da defesa e adaptação das esferas de competências recíprocas, e mais extensivamente, como um órgão que arbitrava o conflito de competência entre instituições. A construção dessa abertura de acesso à justiça aos cidadãos gerou uma releitura dos tribunais europeus — quando passou a desenvolver uma lógica que permitisse o acesso particular para discussão de interesses diversos aos que compunham os litígios entre os Estados e sua organização. Os regulamentos da UE possibilitaram a regulamentação da participação dos particulares e o *direito comunitário* passou a constituir o entendimento dessa participação e do enfrentamento jurisdicional dos seus litígios, *cf.* (RAMOS, 2013, p. 378-380)

²⁴ Além de proporcionar visibilidade enquanto sujeitos de direito, ao produzir uma norma que garanta concretamente uma atenção jurisdicional o legislador da UE também assumiu a necessidade em promover a organização e integração dos Estados-Membros, voltando sua atenção para uma temática esquecida no Regulamento (CE) n.º 1347/2000. Os avanços normativos demonstram um crescente envolvimento do *direito comunitário* com as questões já muito bem definidas, enquanto *direito das crianças*, no âmbito do *direito internacional*.

permanecer o direito das crianças atrelado em sua função jurídico-processual ao direito de família — quando, em alguns aspectos, o direito internacional permite verificar sua autonomia frente aos outros ramos do direito.

O Regulamento (CE) n.º 2201/2003 exclui de sua órbita jurídica a normatização e aplicação das seguintes ordens: (i) estabelecimento ou impugnação de filiação; (ii) às decisões em matéria de adoção; (iii) nomes ou apelidos da criança; (iii) a emancipação; (iv) aos alimentos²⁵; (v) aos fideicomissos («trusts») e sucessões; (v) as medidas tomadas na sequência de infrações penais cometidas por crianças.

As mudanças promovidas no Regulamento (CE) n.º 2201/2003²⁶, principalmente no aspecto processual civil, imprime mudanças que apontam para um reconhecimento concreto das crianças e a existência de seu protagonismo processual, v.g., ao direito de visita e a oportunidade de audição desses menores com relação a direitos fundamentais nos quais envolve relações jurídicas de interesses civis.

Na esteira do caráter integrador o Parlamento Europeu e o Conselho da União Europeia criaram o Programa «Justiça», compreendendo o período de 2014 a 2020.

O Regulamento (UE) N.º 1382/2013 do Parlamento Europeu e do Conselho — de 17 de dezembro de 2013 — em seu art. 3º, apresenta os *objetivo geral* do referido programa que visa dentre outros aspectos desenvolver o *espaço europeu de justiça*.

Nas considerações iniciais o projeto apresenta pretensão de fortalecer a criação de um espaço de liberdade, segurança e justiça, além da busca em desenvolver medidas de cooperação judiciária em matéria civil e penal.

Nesta construção do escopo legal ainda resta destacar na legislação o núcleo de ações que visam constituir um espaço europeu de justiça, onde sejam asseguradas os seguintes pilares: (i) respeito aos direitos fundamentais; (ii) princípios comuns da não discriminação; (iii) da igualdade de gênero; (iv) do acesso efetivo de todos à justiça e do primado do direito; (v) um sistema judiciário independente e eficiente.

Respeitando o caráter integrador e os princípios norteadores do projeto, os legisladores europeus dedicaram um tópico específico ao *direito das crianças*. Nele, define que o Programa

²⁵ As normas referentes aos alimentos constam no Regulamento (CE) n.º 44/2001, do Conselho, de 22 de dezembro de 2000 — relativo à competência judiciária, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria civil e comercial [que trata dentre outros, da obrigação alimentar]; Regulamento (CE) n.º 4/2009, do Conselho, de 18 de dezembro de 2008 — relativo à competência, à lei aplicável, ao reconhecimento e à execução das decisões e à cooperação em matéria de obrigações alimentares. Importantes diplomas normativos que regulam a competência e define regras no âmbito da UE.

²⁶ O presente Regulamento (CE) n.º 2201/2003, em seu artigo 61º, refere-se a aplicação da Convenção de Haia — de 19 de outubro de 1996, relativa à competência, à lei aplicável, ao reconhecimento, à execução e à cooperação em matéria de poder paternal e de medidas de protecção de menores.

«Justiça» deverá apoiar: (i) a proteção dos *direitos das crianças* — incluindo o direito a julgamento equitativo; (ii) direito à compreensão do processo; (iii) o direito ao respeito pela *vida privada* e familiar; (iv) direito à integridade e dignidade.

Para o Programa é essencial destacar o reforço da proteção da criança nos sistemas de justiça e o acesso das crianças à justiça. E mais, integrar a promoção dos direitos das crianças na execução de todas as suas ações.

O quadro legal estampado no regulamento concretiza os ideais de acesso à justiça quando busca promover a «integração horizontal», incluindo-se neste rol de participação e processo democrático as crianças.

Em seu art. 5º, o Programa destaca: “[...] a promoção da igualdade entre homens e mulheres e dos *direitos da criança*, nomeadamente através de *uma justiça dirigida para as crianças*.” (Grifos nosso)

3.2 O escopo jurisprudencial da *justiça civil aplicada as crianças*

Os exemplos processuais são oriundos de um modelo interpretativo integrador na UE. Essa jurisdição que trata do modelo interpretativo da UE visa consolidar o direito comunitário de modo a produzir uma pacificação no seu alcance territorial — respeitando-se os ordenamentos dos Estados-Membros e o seu caráter soberano.

A jurisprudência do TJUE visa integrar o entendimento comunitário acerca das provocações oriundas dos seus cidadãos. Inexistindo outro sentido, senão o daquele que visa resolver os conflitos na UE e pacificá-los juridicamente, o tribunal também procura respeitar os ordenamentos pátrios — contudo não significando que os Estados-Membros possam sobrepor suas legislações acima do direito comunitário.

Há uma zelosa atividade jurisdicional por parte do TJUE no sentido de garantir os direitos entre os Estados-Membros e entre estes e os cidadãos da UE.

Se de um lado encontram-se sujeitos de direito exigindo uma decisão jurisdicional²⁷; do outro lado, encontram-se os Estados-Membros que devem promover uma pacificação processual à luz da jurisprudência comunitária.

Um caso bastante emblemático julgado pelo TJUE propõe uma análise acerca das motivações que levaram a uma decisão e firmar jurisprudência no sentido de assegurar direitos

²⁷ Cfr. (RAMOS, 2013, p. 382) sobre o art. 263º (ex-artigo 230º TCE) assevera que a norma posiciona a abertura de interpretação acerca do acesso direto do particular ao tribunal, a partir da entrada em vigor do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE).

fundamentais aos cidadãos da UE. Trata-se do «Caso Garcia Avello», que pela sua peculiaridade processual e o direito comunitário reflete as influências oriundas dos documentos internacionais, agora não mais pela via do direito internacional, mas sim, pelo direito da UE.

O escopo jurisprudencial serve de um modelo interpretativo-comunitário, bem como imprime uma relação integralizadora da UE, quando reconhece a função jurisdicional como um instrumento intermediador de preservação dos «direitos e garantias fundamentais»²⁸. Na motivação decisória, quando do julgamento do «Caso Garcia Avello» - Processo C-148/02, o TJUE produziu conteúdo jurisprudencial considerando a legislação comunitária e suas normas de garantia dos direitos fundamentais das crianças²⁹.

Essa construção interpretativa valora a questão das crianças a partir de uma norma comunitária e dá-se o devido relevo aos sujeitos de direito e suas relações jurídico-sociais, inclusive firmando o perfil jurisprudencial da corte europeia. Os jovens cidadãos possuidores de dupla nacionalidade se encontram impedidos pelo Estado Belga³⁰ de registro dos apelidos de seus genitores — que só permite o apelido patronímico do pai.

As relações jurisprudenciais da UE apontam para uma construção integradora capaz de identificar nessa modalidade de direito comunitário a distinta condição entre os ordenamentos jurídicos dos Estados-Membros e as normas comunitárias integradoras de uma ordem jurídica com viés próprio —, quer seja no âmbito do direito substantivo, quer na operacionalização do direito adjetivo.

O Caso «Garcia Avello contra Estado Belga» impõe um modelo processual de garantias

²⁸ Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, com destaque aos seguintes aspectos: (i) a inviolabilidade, proteção e respeito à dignidade humana (Art. 1.º); (ii) direito à liberdade e segurança (Art. 6.º); (iii) direito à educação, que deve ser assegurada pelos genitores (Art. 14.º-3); (iv) os direitos das crianças, no que diz respeito à liberdade de opinião e da primacia que rege o interesse superior da criança (Art. 24.º-1-2-3; e, acesso à justiça, como possuidor de direito à acção e a um tribunal imparcial (Art. 47.º e *ss.*)

²⁹ No direito português a representação encontra-se fixada no Art. 16.º n.ºs 1, 2 e 3, e Art. 23.º n.ºs 1 e 2, CPC/2013. *Cfr.* (REMÉDIO MARQUES, 2011), em capítulo sob o tema, explica a formatação legal do «*suprimento da incapacidade judiciária*» e, em específico, com relação aos incapazes (*menores*). Nas modalidades expostas encontra-se a *assistência* e a *representação*. Esta última representa legalmente o modo como deve ser judicialmente suprimida a incapacidade judicial quando se se trata de menores. Em 2012 o TJUE produziu o «*Regulamento de Processo do Tribunal de Justiça*» conferindo uma norma interna a fim de regulamentar a organização do próprio tribunal, as disposições processuais comuns, das ações e recursos diretos, dos recursos das decisões do tribunal geral e dos processos especiais. Ainda nesse conjunto de normas processuais é bastante insípido o tratamento dado pelo TJUE com relação a questão do «*suprimento da incapacidade judiciária*», cabendo dessa forma a doutrina e ordenamentos jurídicos dos Estados-Membros; ou de outra forma, buscando também sanar essas lacunas processuais com base nas *regras de direito internacional*.

³⁰ Por analogia, *cfr.* acórdão de 2 de dezembro de 1997, Dafeki, C-336/94, *Colect.*, p. I-6780, n.ºs. 16 a 20). Disponível em: <<http://bit.ly/2qQxSWx>> Acesso em: 4 jun. 2017; e, em especial, as disposições do Tratado relativas às liberdades reconhecida a qualquer cidadão da União de circular e permanecer no território dos Estados-Membros — *cfr.* acórdão de 23 de Novembro de 2000, Elsen, C-135/99, *Colect.*, p. I-10435, n.º 33). Disponível em: <<http://bit.ly/1eHsQBd>> Acesso em: 4 junho 2017.

do direito material comunitário. Quando está em evidência uma ameaça ao direito das crianças, o TJUE promove através das suas decisões uma instância de integração normativa contribuindo para minimizar as disparidades existentes no direito comunitário. Nessa mesma direção Ramos (2013, p. 379) assevera que “[...] O Tribunal de Justiça é visto como o garante da interpretação uniforme do Direito Comunitário e como o órgão que conduziu o desenvolvimento que esta ordem jurídica veio a ter nos anos que se seguiram, e sobretudo a partir do princípio dos anos sessenta”.

As diferenças existentes entre os Estados-Membros, no tocante as suas legislações internas, aliada ao rol de normas produzidas pela UE deve ser dirimida inicialmente nos tribunais nacionais. A jurisprudência como fonte do direito comunitário segue o seu percurso integrador — mas mais ainda, revela-se guardião de uma interpretação normativa considerando os direitos fundamentais e a ordem processual civil³¹.

Esse acórdão do dia 2 de outubro de 2003 do TJUE reforça o caráter comunitário das normas, sem desconsiderar que a interpretação integra a força do direito comunitário em face das normas internas dos Estados-Membros. Em especial, trata da questão das crianças que deverão estar preservadas de eventuais dúvidas com relação as suas identidades enquanto sujeitos.

Ao analisar o mérito em sede de prejulgamento encontrou fundamentos jurídicos para conceder uma resposta jurisdicional favorável as *crianças*, que possuem dupla nacionalidade: espanhola e belga. Solidifica o entendimento acerca da não discriminação com relação a cidadania da União e “[...] em razão da nacionalidade, à luz das normas que regulam o seu apelido”³².

Emerge da jurisprudência do TJUE uma nova formulação participativa dos privados, principalmente quando da estreita aplicação da «Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia», que reúne e abriga direitos e garantias as crianças. A integração normativa na UE,

³¹ Os «Regulamentos Internos e de Processo» ainda necessita de aprimoramento nas regras processuais. Em se tratando de *crianças* o referido *regulamento* ainda é bastante lacunoso. A deficiência da norma também reside quanto a questão da representação, pois que apresenta apenas o modo de representação através dos «agentes», «advogados» e «consultores», o que não atende as necessidades processuais das crianças. A norma só faz referência ao modelo processual de *representação* quando trata no Art. 44.º «Qualidade dos representantes das partes»; «Da representação das partes», Art. 119.º «Obrigação da representação» — não manifestando nenhuma referência a representação das *crianças* no TJUE. Em se tratando de *crianças* há uma expressa referência no Art. 79.º «Debates à porta fechada», quando visa à *proteção de menores*. Essas omissões normativas deverão ser supridas com os avanços processuais na UE, contudo verifica-se o prejuízo com a continuidade das ausências legislativas.

³² O Acórdão de 2.10.2003 — Processo C-148/02, Garcia Avello contra Estado Belga, item 29 — considera que o Estado Belga estaria promovendo discriminação em razão da nacionalidade, à luz das normas que regulam o apelido das crianças [previsão do art. 12º CE]. No acórdão do TJUE os juízes decidem para que as crianças possam usar o apelido de que seriam titulares no segundo Estado-Membro, ou seja, o espanhol.

que exige pressupostos processuais e sua respectiva vinculação prejudicial — além da ameaça ao direito reclamado — fortalece o direito processual como via de efetividade do direito comunitário, principalmente quando está em debate o direito das crianças.

As garantias processuais em sede de direito comunitário desenvolvem uma relação mais próxima com o cidadão da UE, ao passo em que se firma como instância que equilibra as relações entre os particulares e os Estados-Membros. Essa aproximação integradora da UE através da jurisprudência atua como o elo de equilíbrio em formação de um direito comunitário respeitando-se as peculiaridades normativas com que se estabelece através da legislação produzida.

A jurisprudência no rol integrador da UE deve ser analisada sob o ponto de vista da de uma solução onde considere os quadros jurídicos em vigor no âmbito comunitário — que para Larenz (2012, p. 326 *ss*) significa produzir “[...] enunciados de onde se retirem critérios de decisão que possam conduzir à solução de casos jurídicos.” Ainda mais, volta-se o direito das crianças a essa instância como efeito normatizador de suas relações na comunidade e em respeito ao direito internacional, que na grande maioria dos casos estabelece regras de proteção e respeito aos sujeitos em constante formação.

Em outros aspectos de jurisprudência Larenz (2012, p. 329) apresenta importantes tarefas que podem ser alcançadas a partir das decisões dos tribunais: (i) descobrir problemas jurídicos até então insolúveis no direito vigente; (ii) os aportes dos novos fatos sociais, que reclamam uma regulação conforme os pontos de vista da justiça distributiva, da proteção dos vulneráveis ou mesmo na prevenção de perigos; (iii) o enfrentamento dos riscos da civilização técnica.

É esse o caráter de integração da UE a partir de uma construção jurisprudencial, em que firme-se o *caráter processual civil* a partir de uma produção decisória consolidada em regras legais estabelecidas pelo legislador comunitário.

5 CONCLUSÃO

Os esforços do direito internacional na construção de um modelo de proteção e garantia dos direitos fundamentais das crianças tem gerado alguns resultados positivos. Percebe-se sua influência através de uma política de conscientização e convencimento da importância do tema junto aos vários países signatários de documentos que preservam os direitos das crianças.

Vários países – dentre eles, Portugal – têm aderido aos acordos e tratados internacionais buscando atingir os objetivos traçados na política global de uma justiça cível aplicada às crianças.

O Estado português aprovou recentemente a Lei n.º 141/2015, de 8 de setembro – Regime Geral do Processo Tutelar Cível, que estabelece várias providências tutelares cíveis e define o perfil dos princípios orientadores do RGPTC.

Com isso consagra a «audição da criança» no ordenamento jurídico e estabelece os critérios procedimentais para desenvolvimento na justiça cível. Ao produzir essa previsão no RGPTC, o ordenamento português estabelece vinculação com a Convenção Sobre os Direitos da Criança.

Paulatinamente as leis internas portuguesas envolve-se com a proposta delineada na esfera internacional e o Estado Português reconhece a importância da previsão legal em que estabelece regras processuais e parâmetros de defesa do direito das crianças.

O exercício jurisdicional português ao se deparar com as novas construções do RGPTC tem a sua frente vários desafios, considerando que os casos práticos exigem dos magistrados a rápida solução dos litígios e a correta aplicação da lei.

A ideia de democratização através da participação da criança já não é tão recente. Contudo, sua aplicação não procede de forma linear e desconstituída de análises críticas. O legislador português já possuía um quadro processual definido, principalmente quando havia aprovado o recente código de processo civil.

No CPC a previsão do «depoimento de parte» ou «declaração de parte» poderia contemplar uma interpretação extensiva às crianças. Mesmo fazendo constar no RGPTC esses institutos processuais, o legislador não define uniformemente estas duas figuras no âmbito cível.

As definições frágeis da legislação devem ser resolvidas pelo julgador, que possui vários instrumentos hermenêuticos para motivar as suas decisões. Em recente decisão do STJ, o tribunal resolveu inovar e aplicar o exercício do direito de audição não somente como *meio de prova* — antes classificando-o como um direito de opinião a ser considerado no processo, considerando o «superior interesse da criança» e consequentemente o seu grau maturidade.

Nesta decisão o tribunal é bastante incisivo quanto a falta de audição da criança, ao passo em que essa ausência afeta a validade das decisões finais; e por considerar um *princípio geral com relevância substantiva*, não aplicou o regime de nulidades processuais.

O perfil inovador do tribunal português não diminui os desafios a que se coloca a *justiça civil* aplicado às crianças, tendo em conta que a jurisprudência ainda não encontra-se solidamente definida neste aspecto processual. E, ademais, nesta decisão o STJ estava apresentando uma tendência solitária.

Nem mesmo a jurisprudência do TJUE possui decisão consolidada nesse sentido. É

possível assegurar que o tribunal comunitário tem se ocupado de questões envolvendo crianças, contudo não possui uma jurisprudência firmada no sentido de influenciar as decisões dos tribunais dos Estados-Membros.

Assim, os tribunais têm caminhado em direções as mais diversas. O Parlamento da EU com a edição do Regulamento (UE) N.º 1382/2013 tem tentado viabilizar uma política maior e mais ampla no território europeu.

A proposta é promover uma «integração horizontal» possibilitando viabilizar um programa em que na execução das suas ações haja a promoção da igualdade entre homens e mulheres e o *direito das crianças*.

Desse modo, ainda é bastante precoce concluir acerca da incidência resultante da aplicação desse modelo de *justiça cível*. Os avanços promovidos são visíveis, mas insuficientes para diminuir as lacunas ainda existentes na legislação ou nas decisões dos tribunais. O princípio do «superior interesse da criança» ainda tem prevalecido de modo genérico e abstrato e sua aplicação é bastante difusa, a ponto de não uniformizar os procedimentos nem tampouco a jurisprudência.

6 REFERÊNCIAS

BOLIEIRO, Helena; GUERRA, Paulo. **A criança e a família** — uma questão de direito(s): visão prática dos principais institutos do direito da família e das crianças e jovens. 2.^a ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2014.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7.^a ed. Coimbra: Almedina, 2015.

CHABY, Estrela. **O depoimento de parte em processo civil**. Coimbra: Coimbra Editora, 2014.

COUTINHO, Francisco Pereira; GUEDES, Armando Marques. **O processo de integração europeia e a constituição portuguesa**: tratados da união e a ordem jurídica portuguesa. Disponível em: <<http://bit.ly/1INNCJ9>> Acesso em: 16 junho 2015.

FREITAS, José Lebre de. **Introdução ao processo civil**: conceito e princípios gerais à luz do novo código. 3.^a ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2013.

HEBERMAS, Jürgen. **Um ensaio sobre a constituição da Europa**. Lisboa: Edições 70, 2012.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Trad. José Lamego. 6.^a ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2012.

MACHADO, Jónatas. **Direito da União Europeia**. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

MIRANDA, Jorge. **Curso de direito internacional público**. 6.^a ed. Cascais: Príncípia, 2016.

NUNES, Dierle José Coelho. **Processo jurisdicional democrático**: uma análise crítica das reformas processuais. Curitiba: Juruá, 2011.

PINTO, Rui. **Notas ao código de processo civil**: artigos 1º a 545º. 2.^a ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2015.

PORTUGAL. **Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça**. Processo n.º 268/12.0TBMGL.C1.S. Processo de promoção e protecção; Confiança judicial de menores; Adopção; Interesse superior da criança; Anulação da decisão. Relator(a): Maria dos Prazeres Pizarro Beleza. Lisboa, 14 de dezembro de 2016. Disponível em: <<http://bit.ly/2qNAjch>> Acesso em: 3 jun. 2017.

_____. Lei n.º 141, de 8 setembro de 2015. **Diário da República**. Assembleia da República. 1.^a série, N.º 175, p. 7187.

RAMIÃO, Tomé d'Almeida. **Regime Geral do Processo Tutelar Cível**: anotado e comentado – jurisprudência e legislação conexa. Lisboa: Quid Juris, 2015.

RAMOS, Rui Manuel Moura. **Estudos de direito internacional privado da União Europeia**. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2016.

_____. **Estudos de direito da União Europeia**. Coimbra: Coimbra Editora, 2013.

REMÉDIO MARQUES, J. P. **Acção declarativa à luz do código revisto**. 3.^a ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2011.

RIBEIRO, António da Costa Neves. **Processo civil da União Europeia**: principais aspectos, textos em vigor, anotados. Coimbra: Coimbra Editora, 2002. v. I.

UNIÃO EUROPEIA. Regulamentos Interno e de Processo: Regulamento de Processo do Tribunal de Justiça. **Jornal Oficial da União Europeia**. Luxemburgo, 29 set. 2012. Disponível em: <<http://bit.ly/2qPDjRt>> Acesso em: 4 jun. 2017.

_____. Regulamento (UE) N.º 1382/2013 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 17 de dezembro de 2013. Cria o Programa «Justiça» para o período de 2014 a 2020. **Jornal Oficial da União Europeia**. Bruxelas, 28 dez. 2013. Disponível em: <<http://bit.ly/2rCshQt>> Acesso em: 4 jun. 2017.

ZANETI JÚNIOR, Hermes. **A constitucionalização do processo**: o modelo constitucional da justiça brasileira e as relações entre o processo e constituição. 2.^a ed. São Paulo: Atlas, 2014.