

INTERESSE SUPERIOR da CRIANÇA

Comentário geral n.º 14 (2013) do Comité dos Direitos da Criança sobre o direito da criança a que o seu interesse superior seja tido primordialmente em consideração



INTERESSE SUPERIOR da CRIANÇA

Comentário geral n.º 14 (2013) do Comité dos Direitos da Criança sobre o direito da criança a que o seu interesse superior seja tido primordialmente em consideração



FICHA TÉCNICA

Original

General comment No. 14 (2013) on the right of the child to have his or her best interests taken as a primary consideration (art. 3, para. 1) de 29 de maio de 2013

Tradução para língua portuguesa:

Pedro D'Orey

Revisão:

Direção-Geral de Política de Justiça, Ministério da Justiça

Edição:

Comissão Nacional de Promoção dos Direitos e Proteção das Crianças e Jovens

Primeira edição:

Maio de 2017

Tiragem:

5000 exemplares

Depósito Legal:

426 208/17

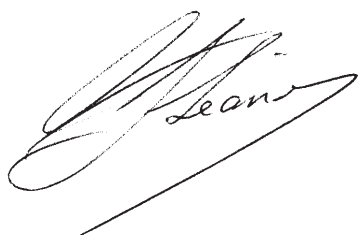
Impressão:

Editorial do Ministério da Educação e Ciência

Como é geralmente conhecido, a consideração do interesse superior da criança em todas as decisões que lhe respeitam, consagrado na Convenção sobre os Direitos da Criança como um direito fundamental, um princípio de interpretação e uma regra de procedimento, adequados à concretização desse direito de cada uma das crianças, constitui um marco fundamental em toda a atuação do Estado, dos organismos públicos e particulares, famílias, comunidades e cidadãos, no cumprimento do dever que a todos cabe, de contribuir para a efetivação da relevantíssima aquisição civilizacional que deriva do reconhecimento da Criança, pela referida Convenção, como Sujeito autónomo de Direitos Humanos, já também no domínio do Direito e não só ao nível ético, estético, cívico, social e cultural.

Ciente da importância crucial desse direito e princípio de intervenção, no âmbito das respostas às problemáticas muito complexas, inerentes à efetiva promoção e proteção dos direitos da Criança, na sua conceção dinâmica, o Comité dos Direitos da Criança elaborou e publicou um extenso e bem fundamentado Comentário [Comentário geral n.º 14 (2013)]¹ sobre o direito da criança, consagrado no artigo 3.º, n.º 1, da CDC, a que o seu interesse superior seja primacialmente tido em conta.

A Comissão Nacional de Promoção dos Direitos das Crianças e Jovens, como homenagem a todas as CPCJ do país, que quotidianamente se entregam empenhadamente à busca do melhor interesse de cada criança cujos direitos lhes cumpre promover e proteger, decidiu distribuir no Encontro Nacional, em 2017, de Avaliação da Atividade das CPCJ, a versão em português desse muito importante comentário que importa partilhar entre todos nós.



Presidente da Comissão Nacional de Promoção dos Direitos e Proteção das Crianças e Jovens (Armando Leandro)

¹ Comentário geral n.º 14 (2013) sobre o direito da criança a que o seu interesse superior seja primacialmente tido em conta, adotado pelo Comité na sua décima-segunda sessão (14 de Janeiro – 1 de Fevereiro de 2013)



**Convenção sobre os
Direitos da Criança**

Distr.: Geral

29 de Maio de 2013

Original: Inglês

Comité dos Direitos da Criança

**Comentário geral n.º 14 (2013) sobre o direito da
criança a que o seu interesse superior seja
primacialmente tido em conta
(artigo 3.º, parágrafo 1)***

* Adotado pelo Comité na sua décima-segunda sessão (14 de Janeiro – 1 de Fevereiro de 2013)

Índice

	<i>Parágrafos</i>	<i>Página</i>
I. Introdução	1-9	9
A. O interesse superior da criança: um direito, um princípio e uma regra processual	1-7	9
B. Estrutura	8-9	11
II. Objetivos	10-12	11
III. Natureza e âmbito das obrigações dos Estados-partes	13-16	12
IV. Análise jurídica e ligações com os princípios gerais da Convenção	17-45	14
A. Análise jurídica do artigo 3.º, parágrafo 1	17-40	14
1. “Todas as decisões relativas a crianças”	17-24	14
2. “Por instituições públicas ou privadas de proteção social, por tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos”	25-31	15
3. “O interesse superior da criança”	32-35	17
4. “Terão primacialmente em conta”	36-40	18
B. O interesse superior da criança e ligações com outros princípios gerais da Convenção	41-45	19
1. O interesse superior da criança e o direito à não discriminação (artigo 2.º)	41	19
2. O interesse superior da criança e o direito à vida, à sobrevivência e ao desenvolvimento (artigo 6.º)	42	19
3. O interesse superior da criança e o direito a ser ouvida (artigo 12.º)	43-45	19
V. Implementação: avaliação e determinação do interesse superior da criança	46-47	20
A. Avaliação e determinação do interesse superior	48-84	21
1. Elementos a ter em conta ao avaliar o interesse superior da criança	52-79	22
2. Procurar o equilíbrio entre os diferentes elementos na avaliação do interesse superior	80-84	27
B. Garantias processuais para assegurar a implementação do interesse superior da criança	85-99	28
VI. Divulgação	100-101	32

“Todas as decisões relativas a crianças, adotadas por instituições públicas ou privadas de proteção social, por tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, terão primordialmente em conta o interesse superior da criança.”

Convenção sobre os Direitos da Criança (artigo 3.º, parágrafo 1)

I. Introdução

A. O interesse superior da criança: um direito, um princípio e uma regra processual

1. O artigo 3.º, parágrafo 1, da Convenção sobre os Direitos da Criança confere à criança o direito de ter o seu interesse superior avaliado e tido em conta de forma primordial em todas as ações ou decisões que lhe digam respeito, tanto na esfera pública como privada. Para além disso, exprime um dos valores fundamentais da Convenção. O Comité sobre os Direitos da Criança (o Comité) identificou o artigo 3.º, parágrafo 1, como um dos quatro princípios gerais da Convenção a considerar na interpretação e aplicação de todos os direitos da criança² e aplica-o como um conceito dinâmico que requer uma avaliação adequada do contexto específico.

2. O conceito do “interesse superior da criança” não é novo. De facto, é anterior à Convenção e já se encontrava consagrado na Declaração dos Direitos da Criança de 1959 (parágrafo 2), na Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres (artigos 5.º (b) e 16.º, parágrafo 1 (d)), bem como em instrumentos regionais e em numerosa legislação nacional e internacional.

3. A Convenção também se refere explicitamente ao interesse superior da criança noutros artigos: artigo 9.º: separação de seus pais; artigo 10.º: reunificação familiar; artigo 18.º: responsabilidades parentais; artigo 20.º: privação do ambiente familiar e proteção alternativa; artigo 21.º: adoção; artigo 37.º (c): separação dos adultos detidos; artigo 40.º parágrafo 2 (b) (iii): garantias processuais, incluindo a presença dos pais em audiências judiciais sobre matérias penais que envolvam crianças em conflito com a lei. Também é feita referência ao interesse superior da criança no Protocolo Facultativo à Convenção relativo à venda de crianças, prostituição e pornografia infantis (preâmbulo e artigo 8.º) e no Protocolo Facultativo à Convenção relativo à Instituição de um Procedimento de Comunicação (preâmbulo e artigos 2.º e 3.º).

4. O conceito do interesse superior da criança visa assegurar a fruição plena e efetiva de todos os direitos reconhecidos na Convenção e o desenvolvimento global da criança.³ O Comité já assinalou⁴ que “o entendimento feito por um adulto daquilo

2 Comentário geral do Comité n.º 5 (2003) sobre medidas gerais de aplicação da Convenção sobre os Direitos da Criança, parágrafo 12; e n.º 12 (2009) sobre o direito da criança a ser ouvida, parágrafo 2.

3 O Comité espera que os Estados interpretem desenvolvimento como um “conceito global, abrangendo o desenvolvimento físico, mental, espiritual, moral, psicológico e social da criança” (comentário geral n.º 5, parágrafo 12).

4 Comentário Geral n.º 13 (2011) sobre o direito à proteção contra todas as formas de violência, parágrafo 61.

que constituiu o interesse superior de uma criança não pode prevalecer sobre o respeito de todos os direitos da criança ao abrigo da Convenção.” Recorda que não existe uma hierarquia de direitos na Convenção; que todos os direitos que nela se encontram previstos são do “interesse superior da criança” e que nenhum direito poderá ficar comprometido por uma interpretação negativa do interesse superior da criança.

5. A aplicação plena do conceito do interesse superior da criança requer o desenvolvimento de uma abordagem assente em direitos, envolvendo todos os intervenientes, de modo a garantir a integridade física, psicológica, moral e espiritual da criança e a promover a sua dignidade humana.

6. O Comité sublinha que o interesse superior da criança é um conceito com natureza tripla:

(a) Um direito substantivo: o direito das crianças a que o seu interesse superior seja avaliado e constitua uma consideração primacial quando estejam diferentes interesses em consideração, bem como a garantia de que este direito será aplicado sempre que se tenha de tomar uma decisão que afete uma criança, um grupo de crianças ou as crianças em geral. O artigo 3.º, parágrafo 1, estabelece uma obrigação intrínseca para os Estados, é diretamente aplicável (auto-executória) e pode ser invocada perante um tribunal.

(b) Um princípio jurídico fundamentalmente interpretativo: se uma disposição jurídica estiver aberta a mais do que uma interpretação, deve ser escolhida a interpretação que efetivamente melhor satisfaça o interesse superior da criança. Os direitos consagrados na Convenção e nos seus Protocolos Facultativos estabelecem o quadro de interpretação.

(c) Uma regra processual: sempre que é tomada uma decisão que afeta uma determinada criança, um grupo de crianças ou as crianças em geral, o processo de tomada de decisão deve incluir uma avaliação do possível impacto (positivo ou negativo) da decisão sobre a criança ou das crianças envolvidas. A avaliação e a determinação do interesse superior da criança requerem garantias processuais. Para além disso, a fundamentação de uma decisão deve indicar que direito foi explicitamente tido em conta. A este respeito, os Estados-partes deverão explicar como é que o direito foi respeitado na decisão, ou seja, o que foi considerado como sendo do interesse superior da criança; em que critérios se baseia a decisão; e como se procedeu à ponderação do interesse superior da criança face a outras considerações, sejam estas questões gerais de políticas ou casos individuais.

7. No presente comentário geral, a expressão “o interesse superior da criança” abrange as três dimensões acima desenvolvidas.

B. Estrutura

8. O âmbito do presente comentário geral limita-se ao artigo 3.º, parágrafo 1, da Convenção e não abrange nem o artigo 3.º, parágrafo 2, que diz respeito ao bem-estar da criança, nem o artigo 3.º, parágrafo 3, que se refere à obrigação dos Estados-partes de garantir que as instituições, serviços e estabelecimentos que têm crianças a seu cargo cumpram as normas fixadas, e que existam mecanismos para assegurar que estas normas são respeitadas.

9. O Comité estabelece os objetivos (capítulo II) do presente comentário geral e apresenta a natureza e o âmbito das obrigações dos Estados-partes (capítulo III). Disponibiliza também uma análise jurídica do artigo 3.º, parágrafo 1 (capítulo IV), evidenciando as ligações a outros princípios gerais da Convenção. O capítulo V é dedicado à aplicação, na prática, do princípio do interesse superior da criança, enquanto o capítulo VI oferece diretrizes sobre a divulgação do comentário geral.

II. Objetivos

10. O presente comentário geral procura assegurar a implementação e o respeito do interesse superior da criança pelos Estados-partes na Convenção. Define os requisitos a ter em devida conta, especialmente nas decisões judiciais e administrativas bem como noutras ações relacionadas com a criança enquanto indivíduo, e em todas as fases da adoção de legislação, de políticas, estratégias, programas, planos, orçamentos, iniciativas legislativas e orçamentais e diretrizes – ou seja, todas as medidas de implementação– relacionadas com as crianças em geral ou com um grupo específico. O Comité espera que este comentário geral guie as decisões de todos os interessados nas crianças, incluindo os pais e os prestadores de cuidados.

11. O interesse superior da criança é um conceito dinâmico que abrange diversas questões em constante evolução. O presente comentário geral fornece um quadro de referência para avaliar e determinar o interesse superior da criança; não é uma tentativa de fixar o que é melhor para uma criança em determinada situação ou num qualquer momento.

12. O principal objetivo deste comentário geral é o de reforçar a compreensão e a implementação do direito da criança a que o seu interesse superior seja avaliado e tido como uma consideração primordial ou, nalguns casos, a consideração primordial (ver parágrafo 38, *infra*). O seu objetivo global consiste na promoção de uma mudança real nas atitudes, que conduza ao pleno respeito pelas crianças enquanto detentoras de direitos. Mais concretamente, deverá ter implicações nos seguintes aspetos:

- (a) Na elaboração de todas as medidas de aplicação adotadas pelos governos;
- (b) Nas decisões individuais das autoridades judiciais ou administrativas ou de entidades públicas através dos seus agentes, relacionadas com uma ou mais crianças individualizadas;

- (c) Nas decisões tomadas por entidades da sociedade civil e do sector privado, incluindo organizações com e sem fins lucrativos, que prestam serviços que se relacionam ou têm impacto sobre as crianças;
- (d) Nas diretrizes relativas a ações realizadas por pessoas que trabalham com e para as crianças, incluindo os pais e os prestadores de cuidados.

III. Natureza e âmbito das obrigações dos Estados-partes

13. Cada Estado-parte deve respeitar e implementar o direito da criança a que o seu interesse superior seja avaliado e considerado primacialmente e está obrigado a tomar todas as medidas concretas e necessárias, para a plena aplicação deste direito.

14. O artigo 3.º, parágrafo 1, estabelece um quadro com três tipos diferentes de obrigações para os Estados-partes:

(a) A obrigação de garantir que o interesse superior da criança é *adequadamente integrado e sistematicamente aplicado* em todas as ações realizadas pelas instituições públicas, especialmente em todas as medidas de implementação e em todos os processos administrativos e judiciais que direta ou indiretamente afetam as crianças;

(b) A obrigação de garantir que todas as decisões administrativas e judiciais, bem como as políticas e a legislação relacionadas com as crianças, demonstrem que o interesse superior da criança constituiu uma consideração primacial. Isto inclui descrever como foi efectuada a análise e a avaliação do interesse superior da criança e a importância que lhe foi atribuída na decisão;

(c) A obrigação de garantir que o interesse superior da criança foi avaliado e tido como consideração primacial nas ações e decisões adotadas pelo setor privado, incluindo os prestadores de serviços, ou qualquer outra entidade ou instituição privada que tome decisões relativas a, ou que afetem uma criança.

15. Para assegurar o seu cumprimento, os Estados-partes devem adotar um conjunto de medidas de implementação em conformidade com os artigos 4.º, 42.º e 44.º, parágrafo 6, da Convenção, e assegurar que o interesse superior da criança constitui uma consideração primordial em toda a sua atuação, incluindo:

(a) Rever e, quando necessário, alterar a legislação nacional e outras fontes de direito de modo a incorporar o artigo 3.º, parágrafo 1, e a garantir que o requisito da consideração do interesse superior da criança se encontra refletido e implementado em toda a legislação e regulamentação nacional, regional ou territorial, nas disposições que regem o funcionamento das instituições públicas e privadas prestadoras de serviços ou que afetem as crianças e nos processos administrativos e judiciais a qualquer nível, quer como direito substantivo, quer como regra processual;

(b) Defender o interesse superior da criança na coordenação e na implementação de políticas a nível nacional, regional e local;

- (c) Estabelecer mecanismos e processos de queixa, reparação ou compensação de modo a realizar plenamente o direito da criança a ter o seu interesse superior, integrado e aplicado de forma sistemática, em todas as medidas de implementação, processos administrativos e judiciais relevantes e que afetem a criança;
- (d) Defender o interesse superior da criança na afetação de recursos nacionais a programas e medidas destinadas a implementar os direitos da criança e a atividades que beneficiam de apoio internacional ou de ajuda ao desenvolvimento;
- (e) Assegurar que o interesse superior da criança se encontra suficientemente explícito no estabelecimento, monitorização e avaliação da recolha de dados e que, quando necessário, seja apoiada a investigação sobre questões de direitos da criança;
- (f) Disponibilizar formação e informação sobre o artigo 3.º, parágrafo 1, e a sua aplicação na prática, a todos os que tomam decisões que afetam direta ou indiretamente as crianças, incluindo os profissionais e outras pessoas que trabalham com e para as crianças;
- (g) Disponibilizar informação adequada às crianças numa linguagem que elas consigam entender, bem como às suas famílias e prestadores de cuidados, de modo a que compreendam o alcance do direito protegido ao abrigo do artigo 3.º, parágrafo 1, bem como criar as condições necessárias para as crianças exprimirem o seu ponto de vista e a garantir que as suas opiniões são tidas em devida conta;
- (h) Combater todas as atitudes e perceções negativas que dificultam a plena realização do direito da criança a ter o seu interesse superior avaliado e tido em conta como consideração primordial, através de programas de comunicação envolvendo os meios de comunicação social e as redes sociais bem como as crianças, de modo a que as crianças sejam reconhecidas como detentoras de direitos.

16. Para conferir pleno efeito ao interesse superior da criança deverão ter-se em conta os seguintes parâmetros:

- (a) A natureza universal, indivisível, interdependente e interrelacionada dos direitos da criança;
- (b) O reconhecimento das crianças como detentoras de direitos;
- (c) A natureza e o alcance global da Convenção;
- (d) A obrigação dos Estados-partes de respeitar, proteger e cumprir todos os direitos da Convenção;
- (e) Os efeitos a curto, médio e longo prazo, das decisões relacionadas com o desenvolvimento da criança ao longo do tempo.

IV. Análise jurídica e ligações com os princípios gerais da Convenção

A. Análise jurídica do artigo 3.º, parágrafo 1

1. “Todas as decisões relativas a crianças”

(a) “todas as decisões”

17. O artigo 3.º, parágrafo 1, procura assegurar que o direito é garantido em todas as ações e decisões relativas a crianças. Isto significa que cada ação relacionada com uma criança ou crianças tem que ter em conta o seu interesse superior como condição primacial. A palavra “decisão” não inclui apenas resoluções mas também atos, condutas, propostas, serviços, procedimentos e outras medidas.

18. A inação ou a incapacidade de agir e as omissões também constituem “ações”, por exemplo, quando as autoridades de proteção social não agem para proteger as crianças de abuso ou negligência.

(b) “relativas a”

19. A obrigação legal aplica-se a todas as ações e decisões que afetam as crianças direta ou indiretamente. Assim, a expressão “relativas a” refere-se em primeiro lugar, a medidas e decisões respeitantes a uma criança, um grupo de crianças, ou às crianças, mesmo que não sejam os destinatários diretos da medida. Conforme refere o Comentário Geral n.º 7 (2005) do Comité, tais medidas incluem as que se destinam às crianças (p. ex., relacionadas com a saúde, os cuidados ou a educação), bem as que incluem as crianças e outros grupos populacionais (p. ex., relacionadas com o meio-ambiente, a habitação e os transportes) (parágrafo 13 (b)). Por conseguinte, a expressão “relativas a” deve ser entendida num sentido muito lato.

20. De facto, todas as medidas adotadas por um Estado afetam as crianças de uma forma ou de outra. Isto não significa que cada medida adotada pelo Estado deva incorporar um processo formal e integral de avaliação e determinação do interesse superior da criança. Contudo, nos casos em que uma decisão venha a ter um impacto importante sobre uma criança ou crianças, torna-se adequada a adoção de um maior nível de proteção e de procedimentos detalhados para ter em conta o seu interesse superior.

Assim, em relação a medidas que não se destinam diretamente à criança ou crianças, a expressão “relativas a” deverá ser aclarada à luz das circunstâncias de cada caso de modo a poder apreciar-se o impacto da medida sobre a criança ou crianças.

(c) “crianças”

21. O termo “crianças” refere-se a todas as pessoas menores de 18 anos sujeitas à jurisdição de um Estado-parte, sem qualquer tipo de discriminação, em conformidade com os artigos 1.º e 2.º da Convenção.

22. O artigo 3.º, parágrafo 1, aplica-se a todas as crianças enquanto indivíduos e impõe aos Estados-partes a obrigação de avaliar e considerar primordialmente o interesse superior da criança nas decisões individuais.

23. Contudo, o termo “crianças” implica que o direito à consideração devida ao interesse superior da criança se aplique às crianças enquanto indivíduos, mas também em geral e em grupo. Deste modo, os Estados têm a obrigação de avaliar e ter como consideração primordial o interesse superior das crianças como um grupo ou em geral, em todas as medidas relacionadas com elas. Isto é particularmente evidente em todas as medidas de implementação. O Comité⁵ sublinha que o interesse superior da criança constitui-se quer como um direito coletivo quer como um direito individual e que a aplicação deste direito às crianças indígenas enquanto grupo exige que seja examinada a relação deste direito com os direitos culturais coletivos.

24. Isto não significa que, numa decisão relativa a uma criança em particular, os seus interesses devam ser entendidos como sendo idênticos aos das crianças em geral. Pelo contrário, o artigo 3.º, parágrafo 1, implica que o interesse superior de uma criança deva ser avaliado individualmente. Os procedimentos para estabelecer o interesse superior da criança individualmente considerada e enquanto grupo encontram-se no capítulo V.

2. “Por instituições públicas ou privadas de proteção social, por tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos”

25. A obrigação dos Estados considerarem devidamente o interesse superior da criança é uma obrigação abrangente que engloba todas as instituições públicas e privadas de proteção social, tribunais, autoridades administrativas e órgãos legislativos, que se ocupem ou possam estar relacionados com crianças. Embora os pais não sejam explicitamente mencionados no artigo 3.º, parágrafo 1, o interesse superior da criança “deve constituir a sua preocupação fundamental” (artigo 18.º, parágrafo 1).

(a) “instituições públicas ou privadas de proteção social”

26. Estes termos não devem ser interpretados num sentido estrito ou limitado a instituições sociais *stricto sensu*, mas devem ser entendidos como abrangendo todas as instituições cujas decisões e trabalho afetam as crianças e a concretização dos seus direitos. Estas instituições incluem não só as que relacionam com os direitos económicos, sociais e culturais (p. ex., acolhimento, saúde, ambiente, educação, negócios, atividades recreativas e lúdicas, etc.), mas também instituições que trabalham com os direitos civis e liberdades (p. ex., registo de nascimento, proteção contra a violência em todos os contextos, etc.). As instituições privadas de proteção social incluem organizações do setor privado – com e sem fins lucrativos – que

5 Comentário geral n.º 11 (2009) sobre crianças indígenas e os seus direitos ao abrigo da Convenção, parágrafo 30.

desempenham um papel na prestação de serviços essenciais para as crianças fruírem dos seus direitos e que atuam em nome dos serviços governamentais ou, em alternativa, em conjunto com eles.

(b) “tribunais”

27. O Comité sublinha que o termo “tribunais” se refere a todos os órgãos jurisdicionais, de todos os tipos e de todos os graus – quer sejam compostos por juízes profissionais ou não profissionais – e a todos os procedimentos relativos a crianças, sem restrição. Encontram-se incluídos os processos de conciliação, mediação e arbitragem.

28. Nos processos penais, o princípio do interesse superior aplica-se às crianças em conflito (p. ex., imputadas, acusadas ou reconhecidas como transgressoras) ou em contacto com a lei (enquanto vítimas ou testemunhas), bem como às crianças afetadas pela situação dos pais, eles próprios em conflito com a lei. O Comité⁶ sublinha que proteger o interesse superior da criança significa que os objetivos tradicionais da justiça penal, tais como a repressão ou o castigo, devem dar lugar à reabilitação e aos objetivos da justiça restaurativa, ao lidar com crianças infratoras.

29. Nos processos civis, a criança poderá defender os seus interesses diretamente ou através de um representante, nos casos de paternidade, abuso infantil ou abandono, reunificação familiar, acolhimento, etc. A criança pode ser afetada pelo julgamento, por exemplo, nos processos relativos à adoção ou divórcio, por decisões relacionadas com a custódia, local de residência, contactos ou outras questões que têm um impacto importante na vida e no desenvolvimento da criança, tal como em processos de abuso ou abandono infantil. Os tribunais devem velar para que o interesse superior da criança seja tido em conta em todas as situações e decisões, quer sejam de natureza processual ou substantiva, devendo demonstrar que o fizeram efetivamente.

(c) “autoridades administrativas”

30. O Comité salienta que o âmbito das decisões tomadas pelas autoridades administrativas em todos os níveis é muito alargado, abrangendo decisões relativas à educação, acolhimento, saúde, ambiente, condições de vida, proteção, asilo, imigração e acesso à nacionalidade, entre outras. As decisões individuais tomadas pelas autoridades administrativas nestas áreas devem ser avaliadas e orientadas pelo interesse superior da criança, tal como todas as medidas de implementação.

(d) “órgãos legislativos”

31. O alargamento da obrigação dos Estados-partes aos seus “órgãos legislativos” indica claramente que o artigo 3.º, parágrafo 1, é relativo às crianças em geral e não apenas às crianças em nome individual. A adoção de qualquer lei ou regulamentação,

⁶ Comentário geral n.º 10 (2007) sobre os direitos da criança na justiça de menores, parágrafo 10.

bem como acordos coletivos – tais como tratados de comércio ou de paz bilaterais ou multilaterais que afetam as crianças – devem reger-se pelo interesse superior da criança. O direito da criança a ter o seu interesse superior avaliado e tido como consideração primacial deve ser explicitamente incluído em toda a legislação pertinente e não apenas nas leis especificamente relativas à criança. Esta obrigação abrange também a aprovação de orçamentos, cuja preparação e desenvolvimento requer a adoção de uma perspectiva-no-superior-interesse-da-criança para que sejam respeitados os direitos da criança.

3. “O interesse superior da criança”

32. O conceito do interesse superior da criança é complexo e o seu conteúdo deve ser determinado caso a caso. É através da interpretação e da aplicação do artigo 3.º, parágrafo 1, em conformidade com as outras disposições da Convenção, que o legislador, juiz, autoridade administrativa, social ou educativa poderá densificar o conceito e dele fazer uso. O conceito do interesse superior da criança é, portanto, flexível e adaptável. Deverá ser ajustado e definido numa base individual, em conformidade com a situação específica da criança ou das crianças envolvidas, tendo em conta o seu contexto, situação e necessidades pessoais. Nas decisões individuais, o interesse superior da criança deve ser avaliado e determinado à luz das circunstâncias específicas da criança em particular. Nas decisões coletivas – tais como as que emanam do legislador – o interesse superior das crianças em geral deve ser avaliado e determinado à luz das circunstâncias do grupo específico e/ou das crianças em geral. Em ambos os casos, a avaliação e a determinação devem ser realizadas respeitando plenamente os direitos constantes da Convenção e dos seus Protocolos Facultativos.

33. O interesse superior da criança deverá ser aplicado em todos os assuntos relativos à criança ou crianças, e deverá ser tido em consideração na resolução de quaisquer conflitos possíveis entre os direitos consagrados na Convenção ou noutros tratados de direitos humanos. Deve ser dada uma atenção especial à identificação de soluções possíveis que sejam do interesse superior da criança. Isto implica que os Estados estão obrigados a determinar, quando adotem medidas de implementação, qual é o interesse superior de todas as crianças, incluindo aquelas que se encontram em situações de vulnerabilidade.

34. A flexibilidade do conceito do interesse superior da criança permite-lhe ser sensível à situação de cada criança e à evolução dos conhecimentos sobre desenvolvimento infantil. No entanto, esta flexibilidade também permite espaço para manipulação; o conceito do interesse superior da criança tem sido utilizado abusivamente por Governos e outras autoridades públicas para justificar políticas racistas, por exemplo; por pais, na defesa dos seus próprios interesses em litígios sobre a custódia dos seus filhos; por profissionais que não se querem incomodar e que recusam a realização do interesse superior da criança considerando-a irrelevante ou sem importância.

35. Em relação às medidas de implementação, a garantia de que o interesse superior da criança constitui uma consideração primacial no desenvolvimento da legislação e das políticas e na oferta a todos os níveis de Governo, exige um processo contínuo de avaliação do impacto sobre os direitos da criança (AIDC) de modo a prever o impacto de qualquer proposta de lei, política ou dotação orçamental sobre as crianças e o gozo dos seus direitos, e a avaliação do impacto sobre os direitos da criança para aferir o impacto real das decisões.⁷

4. “Terão primacialmente em conta”

36. O interesse superior da criança deve ser primacialmente considerado na adoção de todas as medidas de implementação. O verbo utilizado, no tempo verbal “terão”, impõe uma forte obrigação jurídica aos Estados e significa que os Estados não podem decidir discricionariamente se o interesse superior da criança deve ou não ser avaliado e se lhe deve ser atribuída a importância adequada em qualquer medida adotada.

37. A expressão “consideração primacial” significa que o interesse superior da criança não pode ser considerado ao mesmo nível de todas as outras considerações. Esta posição firme justifica-se pela situação específica da criança: dependência, maturidade, estatuto jurídico e, frequentemente, a impossibilidade de fazer ouvir a sua voz. As crianças têm menos possibilidades de defender os seus interesses do que os adultos e todos os envolvidos nas decisões que as afetam devem conhecer de forma precisa os seus interesses. Se os interesses das crianças não forem realçados, tendem a ser ignorados.

38. No que se refere à adoção (artigo 21.º) o interesse superior da criança encontra-se ainda mais reforçado; não é simplesmente “uma consideração primacial” mas “a consideração primacial”. Na realidade, o interesse superior da criança deve constituir um fator determinante ao tomar uma decisão sobre a adoção, mas também noutras questões.

39. No entanto, uma vez que o artigo 3.º, parágrafo 1, abrange uma vasta gama de situações, o Comité reconhece a necessidade de um certo grau de flexibilidade na sua aplicação. O interesse superior da criança – uma vez avaliado e determinado – poderá entrar em conflito com outros interesses ou direitos (p. ex., de outras crianças, do público, dos pais, etc.). Os conflitos potenciais entre o interesse superior de uma criança, e o de um grupo de crianças ou das crianças em geral, deverão ser resolvidos caso a caso, equilibrando criteriosamente os interesses de todas as partes e encontrando o compromisso adequado. O mesmo deve ser feito se os direitos de outras pessoas entrarem em conflito com o interesse superior da criança. Se não for possível a harmonização, as autoridades e os decisores terão que analisar e equilibrar os direitos de todos os envolvidos, tendo em conta que o direito da criança a ter o seu interesse superior tomado como consideração primacial significa que os interesses da criança têm um elevado grau de prioridade e não constituem apenas

7 Comentário Geral n.º 5 (2003) sobre medidas gerais de aplicação da Convenção sobre os Direitos da Criança, parágrafo 45.

uma de várias considerações. Assim, deverá ser conferido um peso maior ao que melhor servir a criança.

40. Considerar o interesse superior da criança como “primacial” exige uma consciência sobre o lugar que deve ocupar o interesse superior da criança em todas as ações e a vontade de conceder prioridade a esse interesse em todas as circunstâncias, mas especialmente quando uma medida tem um impacto inquestionável sobre as crianças envolvidas.

B. O interesse superior da criança e ligações com outros princípios gerais da Convenção

1. O interesse superior da criança e o direito à não discriminação (artigo 2.º)

41. O respeito do direito à não discriminação vai para além da obrigação passiva de proibir todas as formas de discriminação no gozo dos direitos ao abrigo da Convenção, exigindo também que o Estado tome medidas proactivas adequadas de modo a garantir a efetiva igualdade de oportunidades para que todas as crianças gozem dos direitos ao abrigo da Convenção. Isto poderá exigir medidas positivas destinadas a retificar uma situação de verdadeira desigualdade.

2. O interesse superior da criança e o direito à vida, à sobrevivência e ao desenvolvimento (artigo 6.º)

42. Os Estados devem criar um ambiente respeitador da dignidade humana e assegurar o desenvolvimento global de todas as crianças. Na avaliação e determinação do interesse superior da criança, o Estado deve assegurar o pleno respeito pelo seu direito inerente à vida, à sobrevivência e ao desenvolvimento.

3. O interesse superior da criança e o direito a ser ouvida (artigo 12.º)

43. A avaliação do interesse superior da criança deve incluir o respeito pelo direito da criança a exprimir livremente a sua opinião devendo esta ser devidamente tomada em consideração em todas as questões que lhe digam respeito. Esta conclusão encontra-se claramente estabelecida no Comentário Geral n.º 12 do Comité que também destaca a conexão indissociável entre o artigo 3.º, parágrafo 1 e o artigo 12.º. Ambos os artigos têm funções complementares: o primeiro visa a realização do interesse superior da criança, e o segundo estabelece a metodologia para ouvir a opinião da criança ou crianças e a sua inclusão em todas as questões relativas à criança, incluindo a avaliação do seu interesse superior. O artigo 3.º, parágrafo 1, não pode ser corretamente aplicado se não se cumprirem os requisitos do artigo 12.º. Do mesmo

modo, o artigo 3.º, parágrafo 1, reforça a funcionalidade do artigo 12.º, ao facilitar o papel essencial das crianças em todas as decisões que afetam as suas vidas.⁸

44. Quando estão em causa o interesse superior da criança e o direito desta a exprimir a sua opinião deve ter-se em conta o desenvolvimento das capacidades da criança (artigo 5.º). O Comité já determinou que quanto mais a criança sabe, tenha experienciado e tenha mais capacidade de compreensão, mais os pais, os representantes legais ou outras pessoas legalmente responsáveis por ela, devem transformar a direção e a orientação em alertas e sugestões e, mais tarde, numa partilha em pé de igualdade.⁹ Do mesmo modo, à medida que a criança ganha maturidade, a sua opinião terá um peso crescente na avaliação do seu interesse superior. Os bebés e as crianças muito pequenas têm o mesmo direito que todas as outras crianças a que o seu interesse superior seja avaliado, mesmo que não possam exprimir a sua opinião e representar-se a si próprias da mesma forma que as crianças mais velhas. Os Estados devem adotar as disposições necessárias, incluindo a representação, quando adequado, para a avaliação do seu interesse superior; o mesmo se aplica às crianças que não podem ou não querem exprimir uma opinião.

45. O Comité recorda que o artigo 12.º, parágrafo 2, da Convenção, estabelece o direito da criança a ser ouvida, seja diretamente ou através de um representante, em quaisquer processos judiciais ou administrativos que lhes digam respeito (ver mais no capítulo V.B, em baixo).

V. Implementação: avaliação e determinação do interesse superior da criança

46. Como referido acima, o “interesse superior da criança” é um direito, um princípio e uma regra processual baseada na avaliação de todos os elementos do interesse superior da criança numa situação concreta. Ao avaliar e determinar o interesse superior da criança, de modo a decidir sobre uma medida específica, devem seguir-se os passos seguintes:

- (a) Em primeiro lugar, no contexto factual específico do caso, descobrir quais os elementos relevantes para uma avaliação do interesse superior, determinar o seu conteúdo concreto, e ponderar a sua importância em relação aos outros elementos;
- (b) Em segundo lugar, seguir um procedimento que assegure as garantias legais e a aplicação adequada deste direito.

47. A avaliação e a determinação do interesse superior da criança constituem dois passos a seguir quando se torna necessário tomar uma decisão. A “avaliação do interesse superior” consiste em valorar e equilibrar todos os elementos necessários para tomar uma decisão numa situação específica, para uma criança em particular ou para um grupo de crianças. É realizada por um/a decisor/a e a sua equipa – uma equipa

8 Comentário geral n.º 12, parágrafos 70 – 74.

9 Ibid., parágrafo 84.

multidisciplinar, se possível – e requer a participação da criança. A “determinação do interesse superior” descreve o procedimento estruturado e, com garantias processuais rigorosas, concebido para determinar o interesse superior da criança com base na avaliação do interesse superior.

A. Avaliação e determinação do interesse superior

48. A avaliação do interesse superior da criança é uma atividade singular que deve ser realizada, em cada caso individual, à luz das circunstâncias específicas de cada criança ou grupo de crianças em geral. Estas circunstâncias estão relacionadas com as características específicas da criança ou do grupo de crianças envolvidas, tais como, a idade, o sexo, o nível de maturidade, a experiência, a pertença a um grupo minoritário, a existência de uma deficiência física, sensorial ou intelectual, ou o contexto social e cultural em que a criança ou crianças se encontram inseridas, por exemplo, a presença ou a ausência dos pais, o facto de a criança viver ou não com eles, a qualidade da relação entre a criança e a sua família ou cuidadores, o meio ambiente em relação à segurança, a existência de meios alternativos de qualidade disponíveis para a família, família alargada ou prestadores de cuidados, etc.

49. A determinação do que é o interesse superior da criança deve começar por uma avaliação das circunstâncias específicas que tornam a criança única. Isto implica que alguns elementos sejam utilizados e outros não, e influencia também a forma como são ponderados por relação a outros. Para as crianças em geral, a avaliação do interesse superior envolve os mesmos elementos.

50. O Comité considera útil a elaboração de uma lista não-exaustiva e não-hierarquizada de elementos que possam ser incluídos na avaliação do interesse superior por qualquer decisor/a que deva determinar o interesse superior da criança. A natureza não-exaustiva dos elementos da lista implica que é possível ir para além destes e considerar outros fatores relevantes nas circunstâncias específicas da criança individual ou do grupo de crianças. Todos os elementos da lista devem ser considerados e ponderados à luz de cada situação. A lista deve oferecer orientações concretas, embora flexíveis.

51. A elaboração desta lista de elementos oferecerá uma orientação ao Estado ou ao decisor/a, quando tenham de regular ou legislar sobre domínios específicos relativos à criança, por exemplo em matérias de família, adoção e ou justiça de menores e, se necessário, podendo ser acrescentados outros elementos considerados adequados em conformidade com a sua tradição jurídica. O Comité gostaria de salientar que, ao acrescentar elementos à lista, o objetivo último do interesse superior da criança deve ser a garantia plena e efetiva do gozo dos direitos reconhecidos na Convenção e o desenvolvimento global da criança. Por conseguinte, os elementos contrários aos direitos consagrados na Convenção ou que possam vir a ter um efeito contrário aos direitos ao abrigo da Convenção, não podem ser considerados válidos na avaliação do que é melhor para uma criança ou crianças.

1. Elementos a ter em conta ao avaliar o interesse superior da criança

52. Com base nestas considerações preliminares, o Comité considera que os elementos a ter em conta ao avaliar o interesse superior da criança, como pertinentes para a situação em causa, são os seguintes:

(a) A opinião da criança

53. O artigo 12.º da Convenção estabelece o direito da criança a exprimir a sua opinião em todas as decisões que lhe digam respeito. Qualquer decisão que não tome em consideração a opinião da criança ou não a tome em devida consideração de acordo com a sua idade e maturidade, não respeita a possibilidade da criança ou das crianças influenciar a determinação do seu interesse superior.

54. O facto da criança ser muito pequena ou se encontrar numa situação de vulnerabilidade (p. ex., uma criança com deficiência, pertencer a um grupo minoritário, ser migrante, etc.) não a priva do direito a exprimir a sua opinião, nem reduz a importância atribuída à opinião da criança na determinação do seu interesse superior. A adoção de medidas específicas para garantir o exercício da igualdade de oportunidades às crianças nestas situações deve ser sujeita a uma avaliação individual que assegure um papel às próprias crianças no processo de tomada de decisão, e o estabelecimento de adaptações razoáveis¹⁰ e apoio, quando necessário, de modo a garantir a sua plena participação na avaliação do seu interesse superior.

(b) A identidade da criança

55. As crianças não constituem um grupo homogéneo e, por conseguinte, a diversidade deve ser tida em conta ao avaliar o seu interesse superior. A identidade da criança inclui características tais como o sexo, a orientação sexual, a nacionalidade de origem, a religião e as crenças, a identidade cultural e a personalidade. Embora as crianças e os jovens partilhem as mesmas necessidades básicas universais, a expressão dessas necessidades depende de um conjunto alargado de aspetos pessoais, físicos, sociais e culturais, incluindo o desenvolvimento das suas capacidades. O direito da criança a preservar a sua identidade é garantido pela Convenção (artigo 8.º) e deve ser respeitado e tido em consideração na avaliação do interesse superior da criança.

56. Em relação à identidade religiosa e cultural, por exemplo, o/a decisor/a ao considerar a possibilidade de colocar uma criança numa família de acolhimento ou numa instituição, ao avaliar e determinar o interesse superior da criança, deverá ter devidamente em conta, a desejável continuidade da educação da criança, as suas origens étnicas, religiosas, culturais e linguísticas (artigo 20.º, parágrafo 3. O mesmo

¹⁰ Ver Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, artigo 2.º: “Adaptação razoável” designa a modificação e ajustes necessários e apropriados que não imponham uma carga desproporcionada ou indevida, sempre que necessário num determinado caso, para garantir que [...] gozam ou exercem, em condições de igualdade com as demais, de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais.

se aplica nos casos de adoção, separação da criança dos pais ou de divórcio dos pais. A devida consideração do interesse superior da criança implica que as crianças tenham acesso à cultura (e à língua, se possível) do seu país e família de origem, e a oportunidade de terem acesso a informação sobre a sua família biológica, de acordo com as normas legais e profissionais do país em causa (ver artigo 9.º, parágrafo 4).

57. Embora a preservação dos valores e tradições religiosas e culturais deva ser tida em conta como parte da identidade da criança, as práticas incompatíveis ou contrárias aos direitos estabelecidos na Convenção não são do interesse superior da criança. A identidade cultural não pode desculpar ou justificar a perpetuação, por parte dos decisores e das autoridades, de tradições e valores culturais que negam à criança ou às crianças os direitos garantidos pela Convenção.

(c) Preservação do ambiente familiar e manutenção de relações

58. O Comité recorda que a realização da avaliação e a determinação do interesse superior da criança é indispensável no contexto da potencial separação da criança dos seus pais (artigos 9.º, 18.º e 20.º). Sublinha também que os elementos acima mencionados constituem direitos concretos e não são apenas elementos de apreciação na determinação do interesse superior da criança.

59. A família constitui a unidade fundamental da sociedade e o meio natural para o crescimento e o bem-estar de todos os seus membros, em particular das crianças (preâmbulo da Convenção). O direito da criança à vida familiar encontra-se protegido ao abrigo da Convenção (artigo 16.º). O termo “família” deve ser interpretado num sentido lato de modo a incluir os pais biológicos, adotivos ou substitutos ou, quando aplicável, os membros da família alargada ou da comunidade nos termos dos costumes locais (artigo 5.º).

60. Prevenir a separação familiar e preservar a unidade familiar constituem componentes importantes do sistema de proteção da criança, e baseiam-se no direito previsto no artigo 9.º, parágrafo 1, que garante “que a criança não é separada de seus pais contra a vontade destes, salvo se [...] essa separação é necessária no interesse superior da criança”. Além disso, quando separada de um ou de ambos os pais, a criança tem o direito “a manter regularmente relações pessoais e contactos diretos com ambos, salvo se tal se mostrar contrário ao interesse superior da criança” (artigo 9.º, parágrafo 3). Isto também se estende a qualquer pessoa que detenha direitos de custódia, cuidadores primários legais ou habituais, pais adotivos e pessoas com quem a criança tenha uma sólida relação pessoal.

61. Dada a gravidade do impacto da separação da criança dos seus pais, esta separação deverá ocorrer apenas como medida de último recurso, como nos casos em que a criança se encontre em perigo iminente e ou por outra razão imperiosa; a separação não deve ocorrer se outras medidas menos intrusivas puderem proteger a criança. Antes de recorrer à separação, o Estado deve disponibilizar apoio aos pais para assumirem as suas responsabilidades parentais e restabelecerem ou reforçarem

a capacidade da família para cuidar da criança, salvo se a separação for necessária para proteção da criança. As razões económicas não podem constituir uma justificação para separar a criança dos pais.

62. As “Diretrizes para os cuidados alternativos de crianças”¹¹ visam assegurar que as crianças não sejam sujeitas desnecessariamente a cuidados alternativos; e que, quando estas respostas sejam disponibilizadas, os cuidados sejam prestados em condições adequadas de acordo com os direitos e o interesse superior da criança. Nomeadamente, “a pobreza financeira e material, ou as condições direta e unicamente imputáveis a tal pobreza, nunca deveriam servir como a única justificação para a separação da criança dos pais, devendo antes ser encarada como um sinal da necessidade de disponibilizar o apoio adequado à família” (parágrafo 15).

63. Da mesma forma, uma criança não pode ser separada dos pais com base numa deficiência, quer da criança quer dos pais.¹² A separação apenas poderá ser considerada nos casos em que a assistência necessária à família para preservar a unidade familiar não é suficientemente efetiva de modo a evitar o risco de negligência ou abandono da criança ou um risco para a segurança da criança.

64. Em caso de separação, o Estado deve garantir que a situação da criança e da família foi avaliada, se possível, por uma equipa multidisciplinar de profissionais com sólida formação, com o envolvimento judicial adequado e em conformidade com o artigo 9.º da Convenção, assegurando que não existe outra opção que cumpra o interesse superior da criança.

65. Quando a separação se torna necessária, os decisores devem assegurar que a criança mantém a ligação e a relação com os seus pais e família (irmãos, familiares e pessoas com quem a criança tem uma forte relação pessoal) salvo se isso for contrário ao interesse superior da criança. A qualidade das relações e a necessidade de as preservar devem ser tidas em conta nas decisões sobre a frequência e a duração das visitas e outros contactos quando a criança é colocada fora da família.

66. Quando a relação da criança com os pais é interrompida pela migração (dos pais sem a criança, ou da criança sem os pais), a preservação da unidade familiar deve ser tida em conta ao avaliar o interesse superior da criança nas decisões sobre reunificação familiar.

67. O Comité é da opinião de que a partilha de responsabilidades parentais é geralmente do interesse superior da criança. Contudo, nas decisões relativas às responsabilidades parentais, o único critério a ter em conta deverá ser o interesse superior da criança concreta. A atribuição automática por lei das responsabilidades parentais a um ou a ambos pais será contrária a esses interesses. Ao avaliar o interesse superior da criança, o juiz deve ter em conta o direito da criança a preservar a sua relação com ambos os pais, juntamente com outros elementos relevantes para o caso.

11 Anexo à Resolução n.º 64/142 da Assembleia Geral das Nações Unidas, 20 de Dezembro de 2009.

12 Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, artigo 23.º, parágrafo 4.

68. O Comité incentiva a ratificação e a aplicação das convenções da Conferência da Haia de Direito Internacional Privado,¹³ que facilitam a aplicação do interesse superior da criança e estabelecem garantias da sua aplicação no caso de os pais viverem em diferentes países.

69. Nos casos em que os pais ou outros prestadores primários de cuidados cometam uma infração, devem ser disponibilizadas alternativas à detenção, aplicadas caso a caso, considerando na sua plenitude, a repercussão provável das diferentes decisões judiciais no interesse superior da criança ou das crianças afetadas.¹⁴

70. A preservação do ambiente familiar abrange a preservação das relações da criança num sentido mais lato. Estas relações englobam a família alargada, como os avós, tios/tias, bem como os amigos, a escola e o meio ambiente mais alargado e são particularmente relevantes nos casos em que os pais estão separados e vivem em locais diferentes.

(d) Cuidados, proteção e segurança da criança

71. Ao avaliar e determinar o interesse superior de uma criança ou das crianças em geral, deve ter-se em consideração a obrigação do Estado garantir à criança a proteção e os cuidados necessários ao seu bem-estar (artigo 3.º, parágrafo 2). Os termos “proteção e cuidados” também devem ser interpretados em sentido lato, uma vez que o seu objetivo não é enunciado em termos negativos ou limitados (tal como “proteger a criança de danos”), mas, pelo contrário, relativamente ao ideal mais vasto de assegurar o “bem-estar” e o desenvolvimento da criança. O bem-estar da criança, em sentido lato, inclui as suas necessidades básicas materiais, físicas, educativas e emocionais, bem como as necessidades de afeto e segurança.

72. Os cuidados emocionais são uma necessidade básica das crianças; se os pais ou outros cuidadores primários não satisfizerem as necessidades emocionais da criança, devem ser tomadas medidas para que a criança desenvolva um vínculo seguro. As crianças necessitam de criar um vínculo com um cuidador desde muito cedo, e este vínculo, se adequado, deve ser mantido ao longo do tempo de modo a oferecer à criança um ambiente estável.

73. A avaliação do interesse superior da criança também deve incluir considerações relativas à segurança da criança, ou seja, o direito da criança à proteção contra todas as formas de violência física ou mental, dano ou sevícia (artigo 19.º), assédio sexual, pressão entre pares, intimidação, tratamento degradante, etc.,¹⁵ bem como proteção contra a exploração sexual, económica ou outra, drogas, trabalho, conflitos armados, etc. (artigos 32.º-39.º).

13 Estas incluem o n.º 28 sobre os Aspectos Cíveis do Rapto Internacional de Crianças, 1980; n.º 33 sobre Proteção de Crianças e Cooperação em Matéria de Adoção Internacional, 1993; n.º 23 sobre o Reconhecimento e Execução de Decisões Relativas às Obrigações Alimentares, 1973; n.º 24 sobre a Lei Aplicável à Manutenção de Alimentos, 1973.

14 Ver as recomendações do Dia de Debate Temático sobre crianças de pais detidos (2011).

15 Comentário geral n.º 13 (2011) sobre o direito da criança à proteção contra todas as formas de violência.

74. Aplicar a abordagem do interesse superior de criança no processo da tomada de decisões, significa avaliar a segurança e a integridade da criança nesse preciso momento; no entanto, o princípio da precaução também exige a avaliação da possibilidade de riscos e danos futuros e outras consequências da decisão para a segurança da criança.

(e) Situação de vulnerabilidade

75. Um elemento importante a considerar é a situação de vulnerabilidade em que a criança se encontra, tal como a deficiência, a pertença a um grupo minoritário, ser refugiada ou candidata a asilo, vítima de abusos, encontrar-se a viver na rua, etc. O objetivo de determinação do interesse superior de uma criança ou de crianças em situação vulnerável, não deve ser apenas em relação ao gozo pleno dos direitos estabelecidos na Convenção, mas também em relação a outras normas de direitos humanos relativas a estas situações específicas, tais como as que se encontram previstas na Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e na Convenção relativa ao Estatuto dos Refugiados, entre outras.

76. O interesse superior da criança numa situação específica de vulnerabilidade não será o mesmo para todas as crianças na mesma situação vulnerável. As autoridades e os decisores devem ter em conta os diferentes tipos e graus de vulnerabilidade de cada criança, uma vez que cada criança é única e cada situação deve ser avaliada de acordo com a sua singularidade. Deve ser realizada uma avaliação individualizada da história de cada criança desde o seu nascimento, com revisões regulares realizadas por uma equipa multidisciplinar e recomendações de adaptação razoável ao longo do processo de desenvolvimento da criança.

(f) O direito da criança à saúde

77. O direito da criança à saúde (artigo 24.º) e o seu estado de saúde são essenciais na avaliação do interesse superior da criança. No entanto, se existir mais do que um tratamento possível para um problema de saúde ou se o resultado de um tratamento for incerto, as vantagens de todos os tratamentos possíveis devem ser pesadas em relação a riscos e efeitos secundários possíveis, e a opinião da criança também deve ser tida em devida conta de acordo com a sua idade e maturidade. Neste sentido, as crianças devem ter a informação adequada e apropriada de modo a compreenderem a situação e todos os aspetos relevantes em relação ao seu interesse, e a oportunidade, quando possível, de dar o seu consentimento informado.¹⁶

78. Por exemplo, no que se refere à saúde na adolescência, o Comité¹⁷ assinalou que os Estados-partes têm a obrigação de assegurar a todos os adolescentes, tanto na escola como fora dela, o acesso à informação adequada que é essencial para a sua saúde e

16 Comentário geral n.º 15 (2013) sobre o direito da criança ao gozo do mais alto padrão de saúde alcançável (artigo 24.º), parágrafo 31.

17 Comentário geral n.º 4 (2003) sobre saúde e desenvolvimento na adolescência no contexto da Convenção Sobre os Direitos da Criança.

desenvolvimento, de modo a fazerem as escolhas de comportamento de saúde adequadas. Isto deverá incluir informação sobre o uso e abuso do tabaco, álcool e outras substâncias, dieta, informação sexual e reprodutiva adequada, os perigos da gravidez precoce, prevenção do VIH/SIDA e de doenças sexualmente transmissíveis. Os adolescentes com perturbação psicossocial têm o direito a tratamento e cuidados na comunidade onde residem, na medida do possível. Quando se verifica ser necessário o internamento ou a colocação numa instituição de acolhimento residencial, o interesse superior da criança deve ser avaliado antes de ser tomada uma decisão, e respeitando a opinião da criança; as mesmas considerações são válidas para crianças mais novas. A saúde da criança e as possibilidades de tratamento podem também fazer parte da avaliação e determinação do interesse superior em relação a outros tipos de decisões importantes (p. ex., conceder uma autorização de residência por razões humanitárias).

(g) O direito da criança à educação

79. O acesso a uma educação gratuita de qualidade, incluindo a educação pré-escolar, educação não formal ou informal e atividades conexas, é do interesse superior da criança. Todas as decisões sobre medidas e ações relativas a uma determinada criança ou grupo de crianças devem respeitar o interesse superior da criança ou crianças, em relação à educação. De modo a promover a educação, ou uma educação de melhor qualidade e para mais crianças, os Estados-partes necessitam de professores e outros profissionais com boa formação a trabalhar em diferentes contextos educativos, bem como um ambiente amigo da criança e métodos adequados de ensino e aprendizagem, tendo em consideração que a educação não é apenas um investimento no futuro mas também uma oportunidade para atividades agradáveis, respeito, participação e concretização de ambições. A satisfação desta necessidade e o reforço das responsabilidades da criança para ultrapassar as limitações das suas vulnerabilidades de qualquer tipo, é do seu interesse superior.

2. Procurar o equilíbrio entre os diferentes elementos na avaliação do interesse superior

80. Convém salientar que a avaliação básica do interesse superior é uma avaliação geral de todos os elementos relacionados com o interesse superior da criança, dependendo o peso de cada elemento de todos os outros. Nem todos os elementos serão pertinentes para todos os casos, e os diferentes elementos podem ser utilizados de forma diferente em situações diferentes. O conteúdo de cada elemento será necessariamente variável de criança para criança e de caso para caso, dependendo do tipo de decisão e das circunstâncias concretas, tal como a importância de cada elemento na avaliação global.

81. Os elementos da avaliação do interesse superior podem entrar em conflito, ao ponderar um caso específico e a suas circunstâncias. Por exemplo, a preservação do ambiente familiar poderá entrar em conflito com a necessidade de proteger a criança

contra o risco de violência ou abuso dos pais. Em tais situações, os elementos deverão ser pesados entre si, de modo a encontrar uma solução que seja do interesse superior da criança ou crianças.

82. Ao ponderar os diversos elementos, precisamos de ter em mente que o objetivo da avaliação e determinação do interesse superior da criança consiste em assegurar o pleno gozo dos direitos reconhecidos na Convenção e nos seus Protocolos Facultativos, e o desenvolvimento global da criança.

83. Pode haver situações em que os fatores de “proteção” relativos a uma criança (p. ex., que possam implicar uma restrição ou limitação dos direitos) devam ser avaliados em relação a medidas de “autonomia” (que implicam o gozo pleno dos direitos sem restrição). Nestas situações, a idade e a maturidade da criança devem orientar o equilíbrio dos elementos. O desenvolvimento físico, emocional, cognitivo e social da criança deve ser tido em conta na avaliação do nível de maturidade da criança.

84. Na avaliação do interesse superior, devemos considerar que as capacidades da criança irão evoluir. Os decisores devem, por isso, considerar medidas que possam ser revistas ou ajustadas em conformidade, em vez de tomarem decisões definitivas e irreversíveis. Para o fazer, devem não só avaliar as necessidades físicas, emocionais, educativas e outras no momento específico da decisão, mas também considerar a possibilidade de cenários possíveis no desenvolvimento da criança e analisá-los a curto e longo prazo. Neste contexto, as decisões devem avaliar a continuidade e a estabilidade da situação presente e futura da criança.

B. Garantias processuais para assegurar a implementação do interesse superior da criança

85. Para assegurar a aplicação do interesse superior da criança, devem ser estabelecidas e seguidas algumas garantias processuais amigas da criança. O conceito do interesse superior da criança constitui, assim, uma regra de processo (ver parágrafo 6 (b), acima).

86. Embora as autoridades e as organizações públicas que tomam decisões relativas às crianças devam agir em conformidade com a obrigação de avaliar e determinar o interesse superior da criança, não é expectável que as pessoas que tomam decisões relativas às crianças diariamente (p. ex., os pais, representantes legais, professores, etc.) sigam estritamente estes dois passos do processo, embora as decisões tomadas na vida quotidiana devam também respeitar e refletir o interesse superior da criança.

87. Os Estados devem estabelecer processos formais, com garantias processuais rigorosas, concebidos para avaliar e determinar o interesse superior da criança nas decisões que a afetam, incluindo mecanismos para avaliação dos resultados. Os Estados devem desenvolver processos objetivos e transparentes para todas as decisões dos legisladores, juízes ou autoridades administrativas, especialmente nas áreas que afetam diretamente a criança ou crianças.

88. O Comité convida os Estados e todas as pessoas que se encontram em posição de avaliar e determinar o interesse superior da criança a prestar uma atenção particular às seguintes salvaguardas e garantias:

(a) O direito da criança a exprimir a sua opinião

89. Um elemento vital do processo é a comunicação com as crianças de modo a facilitar uma participação significativa da criança e a identificação do seu interesse superior. Esta comunicação deve incluir a informação das crianças sobre o processo e possíveis soluções e serviços sustentáveis bem como a recolha de informação junto das crianças e procurar a sua opinião.

90. Quando uma criança deseja exprimir a sua opinião e quando este direito é exercido através de um representante, a obrigação deste é comunicar com precisão a opinião da criança. Nas situações em que a opinião da criança entra em conflito com as do/a seu/sua representante, deve estabelecer-se um processo que permita à criança procurar assistência junto de uma autoridade de modo a estabelecer uma representação independente para a criança (p. ex., um representante *ad litem*), se necessário.

91. O procedimento para avaliar e determinar o interesse superior das crianças enquanto grupo é, até certo ponto, diferente daquele que respeita à criança individual. Quando os interesses de um grande número de criança se encontra em jogo, as instituições Governamentais devem encontrar formas de ouvir a opinião de um grupo representativo das crianças e ter a sua opinião em devida conta ao planificar medidas ou ao tomar decisões legislativas que afetem direta ou indiretamente o grupo, de modo a assegurar que todas as categorias de crianças se encontram abrangidas. Existem muitos exemplos de como o realizar, incluindo audições a crianças, parlamentos da criança, organizações dedicadas à criança, associações infantis ou outros organismos representativos, discussões nas escolas, redes sociais, etc.

(b) Apuramento dos factos

92. Os factos e a informação pertinentes para um caso em particular devem ser obtidos por profissionais com boa formação de modo a reunir todos os elementos necessários para a avaliação do interesse superior. Isto poderá envolver entrevistas a pessoas próximas da criança, outras pessoas em contacto diário com a criança ou testemunhas de determinados incidentes, entre outras. A informação e os dados recolhidos devem ser verificados e analisados antes de serem utilizados na avaliação do interesse superior da criança.

(c) Perceção do tempo

93. O passar do tempo não é percecionado da mesma forma pelas crianças e pelos adultos. Os atrasos ou o prolongar das tomadas de decisão têm efeitos particularmente adversos nas crianças à medida que se desenvolvem. É, por isso, aconselhável que os processos ou procedimentos relacionados ou que exercem um impacto sobre as crianças sejam priorizados e terminados no espaço de tempo mais curto possível. O tempo da

tomada a decisão deve, na medida possível, corresponder à percepção da criança sobre como a podem beneficiar e as decisões tomadas devem ser revistas com intervalos razoáveis à medida que a criança se desenvolve e a capacidade de expressar a sua opinião evolui. Todas as decisões sobre cuidados, tratamentos, colocação ou outras medidas relativas à criança devem ser revistas periodicamente em termos da sua percepção do tempo e da evolução das suas capacidades e desenvolvimento (artigo 25.º).

(d) Profissionais qualificados

94. As crianças constituem um grupo diversificado, tendo cada uma as suas próprias características e necessidades que apenas podem ser adequadamente avaliadas por profissionais com conhecimento de matérias relacionadas com o desenvolvimento da criança e do adolescente. É por isso que o processo de avaliação formal deve ser realizado num ambiente favorável e seguro por profissionais com formação em, nomeadamente, psicologia infantil, desenvolvimento da criança e outras áreas relevantes do desenvolvimento social e humano, que tenham experiência de trabalho com crianças e que considerem a informação obtida de forma objetiva. Na medida do possível, na avaliação do interesse superior da criança deve ser envolvida uma equipa multidisciplinar de profissionais.

95. A avaliação das consequências das soluções alternativas deve basear-se no conhecimento geral (i. e., nas áreas do direito, sociologia, educação, assistência social, psicologia, saúde, etc.) sobre as consequências prováveis de cada solução possível para a criança, de acordo com as suas características individuais e experiência prévia.

(e) Representação legal

96. A criança necessitará de representação legal adequada sempre que o seu interesse superior tenha de ser formalmente avaliado e determinado por tribunais ou órgãos equivalentes. Nomeadamente, nos casos em que a criança é encaminhada para um processo administrativo ou judicial envolvendo a determinação do seu interesse superior, deverá ser-lhe facultado um representante legal, para além de um tutor ou representante da sua opinião, quando existe um conflito potencial entre as partes da decisão.

(f) Fundamentação jurídica

97. Para demonstrar que o direito da criança a ter o seu interesse superior avaliado e tido como consideração primacial foi respeitado, qualquer decisão relativa à criança ou às crianças deve ter uma motivação, uma justificação e uma explicação. A motivação deve indicar explicitamente todas as circunstâncias factuais relativas à criança, quais os elementos que se mostraram relevantes na avaliação do seu interesse superior, o conteúdo dos elementos no caso individual, e como foram pesados na determinação do interesse superior da criança. Se a decisão for diferente da opinião da criança, a razão deve ser claramente indicada. Se, excecionalmente, a solução escolhida não for do interesse superior da criança, a fundamentação para tal deverá ser determinada de modo

a mostrar que o interesse superior da criança constituiu uma consideração primacial, apesar do resultado. Não é suficiente indicar em termos gerais que outras considerações prevaleceram sobre o interesse superior da criança; todas as considerações devem ser explicitamente especificadas em relação ao caso em questão, e a razão por que tiveram mais peso no caso em particular deve ser explicada. A fundamentação também deve demonstrar de forma credível, a razão por que o interesse superior da criança não teve peso suficiente para contrabalançar as outras considerações. Deve ter-se em conta as circunstâncias nas quais o interesse superior da criança deve constituir a consideração primordial (ver parágrafo 38, acima).

(g) Mecanismos de revisão ou de reapreciação de decisões

98. Os Estados devem estabelecer mecanismos integrados nos seus sistemas jurídicos para recurso ou revisão das decisões relativas às crianças, quando uma decisão pareça não estar em conformidade com o processo adequado de avaliação e determinação do interesse superior da criança ou das crianças. Deveria existir sempre a possibilidade de requerer uma reapreciação ou de recorrer de uma decisão a nível nacional. Os mecanismos devem ser dados a conhecer à criança e ser-lhe acessíveis diretamente ou através do seu representante legal, se for considerado que as garantias processuais não foram respeitadas, que os factos estão errados, que a avaliação do interesse superior não foi realizada adequadamente ou se tiver sido dado demasiado peso a considerações concorrenciais. O órgão de recurso deverá averiguar todos estes aspetos.

(h) Avaliação do impacto sobre os direitos da criança ('AIDC')

99. Como referido anteriormente, a adoção de todas as medidas de aplicação devem também seguir um processo que assegure que o interesse superior da criança constitui uma consideração primacial. A avaliação do impacto sobre os direitos da criança ('AIDC') pode prever o impacto de qualquer proposta de política, legislação, regulação, orçamento ou outras decisões administrativas que afetem as crianças e o gozo dos seus direitos e deve complementar a monitorização e a avaliação contínua do impacto da medida sobre os direitos da criança.¹⁸ O 'AIDC' deve ser integrado nos processos Governamentais em todos os níveis e o mais precocemente possível no desenvolvimento de políticas e outras medidas gerais de modo a garantir uma boa governação em favor dos direitos da criança. Podem desenvolver-se diferentes metodologias e práticas ao executar o 'AIDC'. No mínimo, devem utilizar a Convenção e os seus Protocolos Facultativos como enquadramento, assegurando nomeadamente que as avaliações são suportadas pelos princípios gerais e prestam particular atenção ao impacto diferenciado da(s) medida(s) em análise, sobre as crianças. A avaliação do impacto pode basear-se no contributo das crianças, da sociedade civil e dos peritos, bem como dos departamentos Governamentais pertinentes, da investigação académica e das experiências documentadas no país ou

¹⁸ Comentário geral n.º 16 (2013) sobre as obrigações dos Estados relativas ao impacto do setor empresarial sobre os direitos das crianças, parágrafos 78 – 81.

noutros locais. A análise deve resultar em recomendações de alternativas, alterações e melhorias a divulgar publicamente.¹⁹

VI. Divulgação

100. O Comité recomenda que os Estados divulguem amplamente o presente comentário geral aos parlamentos, governos e magistratura, a nível nacional e local. Deve também ser dado a conhecer às crianças – incluindo as que se encontram em situações de exclusão -, a todos os profissionais que trabalham para e com as crianças (incluindo os juízes, advogados, professores, tutores, assistentes sociais, funcionários de instituições de proteção social públicas e privadas, funcionários de saúde, professores, etc.) e à sociedade civil em geral. Para o concretizar, o comentário geral deverá ser traduzido para as línguas pertinentes, devem ser disponibilizadas versões adequadas/amigas da criança, devem realizar-se conferências, seminários, 'workshops' e outros eventos para partilha de boas práticas sobre a melhor forma de implementação. Deverá também ser integrado na formação formal prévia e contínua de todos os profissionais e técnicos envolvidos.

101. No relatório periódico ao Comité, os Estados devem incluir informação sobre os desafios que enfrentam e as medidas que têm tomado para aplicar e respeitar o interesse superior da criança em todas as decisões judiciais e administrativas e noutras ações relativas à criança como indivíduo, bem como em todas as fases da adoção das medidas de aplicação relativas às crianças em geral ou como grupo específico.

¹⁹ Os Estados podem obter orientação no Relatório do Relator Especial sobre o direito à alimentação, nos Princípios orientadores sobre a avaliação do impacto dos direitos humanos nos acordos de comércio e investimento (A/HRC/19/59/Add.5).

