

# Lex Familiae

Revista Portuguesa de Direito da Família



Centro de  
Direito da  
*Família*

Ano 15 - n.º 29-30 - 2018  
Publicação Semestral



# Lex Familiae

Revista Portuguesa de Direito da Família



INSTITUTO JURÍDICO  
FACULDADE DE DIREITO  
UNIVERSIDADE DE COIMBRA

Centro de  
Direito da *Família*

Grupo de Investigação “Vulnerabilidade e Direito” do Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, integradas no Projeto “Desafios sociais, incerteza e direito” (UID/DIR04643/2013).

**FCT** Fundação para a Ciência e a Tecnologia

MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO E CIÊNCIA

## Ficha Técnica

### Conselho Redatorial

**Guilherme de Oliveira** (Diretor Científico)

Instituto Jurídico

Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

Centro de Direito da Família da FDUC

**Rosa Cândido Martins**

Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

Centro de Direito da Família da FDUC

**Paula Távora Vítor**

Instituto Jurídico

Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

Centro de Direito da Família da FDUC

### Propriedade da Revista

Centro de Direito da Família (NIPC: 504140566)

Telf. / Fax: 239 821043

[cdf@fd.uc.pt](mailto:cdf@fd.uc.pt)

[www.centrodedireitodafamilia.org](http://www.centrodedireitodafamilia.org)

### Sede da Redação

Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

Pátio das Escolas

3004-528 Coimbra

### Editor

Instituto Jurídico

Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

### Sede do Editor

Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

Pátio das Escolas

3004-528 Coimbra

### *Lex Famíliae*

Revista Portuguesa de Direito da Família

Ano 15 — n.º 29 e n.º 30 — Janeiro a Dezembro de 2018

Publicação semestral

### Execução Gráfica

Ana Paula Silva

ISSN 1645-9660

Depósito Legal: 209 492/2004

ERC 124500

*O Centro de Direito da Família, fundado em 1997, é uma associação privada sem fins lucrativos, com sede na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, que se dedica à promoção do Direito da Família e do Direito das Crianças e Jovens, entendidos num sentido amplo, que abrangem desde o Direito Civil da Família até ao Direito Social, e todas as áreas em que a Família tenha um qualquer relevo. Para satisfazer este propósito, desenvolve ações de formação pós-graduada e profissional; promove reuniões científicas; estimula a investigação e a publicação de textos; organiza uma biblioteca especializada; e colabora com outras instituições portuguesas e estrangeiras.*

## Sumário

### Doutrina

	Págs.		Págs.
Guilherme de Oliveira		Cláudia Sofia Antunes Martins	
<i>Estabelecimento da filiação: retroatividade e seus limites</i>		<i>Os sistemas legais português e espanhol de proteção da infância</i>	
<i>(Parecer)</i> .....	5	<i>e da juventude: notas comuns e dissonantes e análise crítica</i> .....	35
Guilherme de Oliveira		Ana Rita Alfaiate	
Ainda o caso SATA .....	19	<i>Algumas notas sobre o impacto do apadrinhamento civil na proteção</i>	
Ana Rita Gil		<i>das crianças e jovens em Portugal</i> .....	65
<i>Crianças não acompanhadas carecidas de proteção internacional:</i>		Laura Madeira	
<i>Que soluções a longo prazo?</i> .....	25	<i>Interesse privado (disponibilidade) e interesse público no acordo</i>	
		<i>e na homologação do acordo de regulação do exercício das</i>	
		<i>responsabilidades parentais</i> .....	77

## Estatuto Editorial

1. A “*Lex Familiae* – Revista Portuguesa de Direito da Família”, revista do Centro de Direito da Família, é uma publicação periódica que tem como objectivo a promoção e o desenvolvimento da investigação científica na área do Direito da Família, do Direito das Sucessões e na área do Direito das Crianças e Jovens em Portugal.
2. É também objectivo desta publicação fomentar o intercâmbio da cultura jurídica entre os países de expressão portuguesa, em especial entre Portugal e o Brasil, e incentivar as relações entre o direito português e o direito europeu.
3. É intenção do Centro de Direito da Família que esta publicação seja distribuída no Brasil e noutros países de expressão portuguesa.
4. O Centro de Direito da Família diligenciará no sentido de promover a aquisição da Revista por instituições públicas, associações e particulares (com interesse científico e profissional nesta temática) em todo o Mundo (em especial na Europa) mediante a assinatura da Revista.
5. A “*Lex Familiae* – Revista Portuguesa de Direito da Família” compromete-se a respeitar as normas deontológicas do Estatuto do Jornalista.

# ESTABELECIMENTO DA FILIAÇÃO: RETROATIVIDADE E SEUS LIMITES

Guilherme de Oliveira

Professor Catedrático Jubilado da Faculdade de Direito de Coimbra

Centro de Direito da Família

**Palavras chave:** *estabelecimento da paternidade; efeito retroativo*

**Keywords:** *establishing paternity; retroactive effect*

**Resumo:** *O texto discute o alcance do art. 1797.º, n.º 2, do código civil, que impõe o efeito retroativo do estabelecimento da filiação.*

**Abstract:** *The text assesses the meaning of article 1797.º, n.º 2, of the civil code, which states that legal effects of parentage apply from the moment of birth (retroactive effect).*

## A. A questão discutida

x, nascida em ..., foi declarada filha de y, por acórdão do STJ de ...;

O estabelecimento da filiação tem *eficácia retroativa* (artigo 1797.º, n.º 2, CCiv);

Em dois momentos posteriores ao nascimento de x, y e a sua mulher cederam quotas de uma sociedade a quatro filhos;

x, que ainda não tinha nascido, não deu consentimento para as cessões de quotas realizadas;

x pretende agora uma aplicação maximalista do artigo 1797.º, através de uma retroação *total* do estabelecimento da paternidade, e pede a *anulação das referidas alienações feitas pelos pais aos seus filhos, por ela não as ter autorizado* nem ter havido suprimimento da autorização (artigo 877.º CCiv).

Foi pedido o meu parecer sobre este assunto.

Resumidamente, entendo que a pretensão de x não deve ser atendida, porque implica um

entendimento cego e simplista da retroatividade prevista na lei, contra o Direito e a Razão, e contra a melhor doutrina e jurisprudência.

## B. O regime do artigo 1797.º cciv

### a) O sentido da retroatividade

Os poderes e deveres emergentes da filiação só são atendíveis depois do estabelecimento voluntário ou judicial do vínculo (cciv, artigo 1797.º, n.º 1); ou seja, depois de ter havido uma indicação ou declaração relevante, ou um reconhecimento voluntário ou judicial, conforme os casos.

Por sua vez, este ato de estabelecimento do vínculo de filiação tem o mérito de “converter” um vínculo biológico prévio num vínculo jurídico correspondente (ressalvada qualquer impugnação posterior) que passa a produzir efeitos jurídicos.

Mas a filiação não é “constituída”, criada, pelo ato jurídico; apesar do ato jurídico ser indispensável, ele apenas significa uma “declaração”, uma revelação, do vínculo natural e prévio de filho.

Ora, este vínculo biológico existe desde o nascimento (em rigor, desde a concepção) e, portanto, o estado jurídico de filho é reconhecido pelo Direito com efeitos desde essa altura.

Por esta razão, o n.º 2 do artigo 1797.º determina que o estabelecimento da filiação tem *eficácia retroativa*<sup>1</sup>.

Que sentido tem a retroatividade?

Em primeiro lugar, a retroação diz respeito a efeitos jurídicos, e não a situações de facto. Na verdade, ninguém, nem uma lei, pode “fazer com que não aconteça o acontecido”<sup>2</sup>, ou vice-versa. “O tempo não é reversível (...) Como foi, assim tem de ficar”<sup>3</sup>.

A retroação dos efeitos da filiação significa que todo o conjunto de consequências jurídicas que são previstas por várias normas — e que não se produziram antes — *produzem-se agora* como se a filiação tivesse sido estabelecida desde o nascimento. Podem dar-se exemplos e, a seguir, devem estabelecer-se os limites da retroação.

#### b) Exemplos de retroação

Antunes Varela menciona a consequência da *retificação do nome* do filho — isto é, da adição dos apelidos do progenitor reconhecido — admitindo a retroação deste efeito pessoal. A retroação justifica-se porque o nome acompanha o estado do filho, ligando-o às suas famílias materna e paterna e individualizando-o dentro delas; e o estado retroage<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> E não importa muito que a linguagem usada pela lei não seja totalmente rigorosa. De facto, não é o ato de estabelecimento da filiação que retroage; o ato apenas revela juridicamente o vínculo biológico, no momento em que é praticado, “convertendo-o” em vínculo jurídico. Uma vez “convertido” o vínculo biológico em vínculo jurídico, produz-se um *estado jurídico* cujos efeitos acompanham a duração do vínculo biológico e, portanto, se produzem desde que o vínculo biológico se formou.

<sup>2</sup> Karl LARENZ, *Metodologia da ciência do Direito*, 2.ª ed., Lisboa: F. Calouste Gulbenkian, 1969, 228-229.

<sup>3</sup> E. Wolf, *apud* K. LARENZ, *Metodologia da ciência do Direito*.

<sup>4</sup> As jurisprudências italiana e francesa declararam que este efeito pessoal, no entanto, não deve ter uma aplicação automática, em atenção ao interesse do filho que pode querer conservar o seu nome anterior ao último estabelecimento da filiação; na verdade, o nome an-

O chamamento do filho a *heranças que foram abertas* antes do estabelecimento da filiação é outro exemplo da eficácia retroativa<sup>5</sup>. Supondo que o estabelecimento da filiação é posterior ao termo do inventário — o que determina que o herdeiro não adquiriu esta qualidade a tempo de participar na divisão hereditária — haverá lugar à composição da quota do herdeiro que não interveio. Neste exemplo, a lei não pretende ficcionar que o filho agora reconhecido já existia antes como filho jurídico; mas faz produzir agora os efeitos que se teriam produzido se o reconhecimento se tivesse verificado antes.

Antunes Varela indica também o exemplo da aplicação retroativa que revela um *impedimento dirimente antes desconhecido*<sup>6</sup>. Será o caso, p. ex., da revelação de um vínculo de parentesco ou afinidade que teria obstado ao casamento realizado com o filho agora reconhecido; a retroação do reconhecimento da filiação chega até ao momento da celebração do casamento que, por este motivo, pode ser invalidado.

A doutrina refere ainda que a retroação do reconhecimento da filiação até ao momento do nas-

terior pode ter constituído um sinal distintivo importante na sua vida de relação, de tal modo que a mudança exige o requerimento do próprio filho — cfr. Paolo ZATTI, *Trattato del Diritto di Famiglia, Vol. 2: Filiazione*, Milano: Giuffrè, 2002, 416-7; François TERRÉ / Dominique FENOUILLET, *Droit civil, La Famille*, 8 éd., Paris Dalloz, 2011, 447. Também em Portugal, a adição do apelido do progenitor foi entendida como uma manifestação de um interesse particular “primacial”, e não de um interesse público; tem de ser requerida pelo interessado (artigo 104.º, n.º 3, CRegCiv; e artigo 1875.º CCiv); e, portanto, não haverá averbamento oficioso ou a requerimento do ministério público (cfr. o ac. da Rel. do Porto, de 07.07.2005).

<sup>5</sup> Antunes VARELA, “Anotação ao ac. do STJ de 25 de Março de 1982”, RLJ 118, 339-345, e ano 119, 22-28; ZACCARIA, *Commentario breve al Diritto della Famiglia*, 2.ª ed., Padova: CEDAM, 2011, 277; François TERRÉ / Dominique FENOUILLET, *Droit civil, La Famille*, 446; Giovanni BASINI, *Il diritto di famiglia, III: Filiazione e adozione*, Torino: UTET, 1997, 169, nota 158.

<sup>6</sup> Antunes VARELA, “Anotação ao ac. do STJ de 25 de Março de 1982”, ano 119, 25.

cimento tem por consequência que o novo ascendente pode ser obrigado a *partilhar as despesas de alimentos*. Na verdade, retroage o dever de partilhar a obrigação e, assim, o progenitor que arcou sozinho com a prestação de alimentos pode exercer um direito de regresso sobre o novo progenitor reconhecido pela parte que teria cabido a este na criação do filho comum<sup>7</sup>. A lei faz produzir agora os efeitos que se teriam produzido se o reconhecimento se tivesse verificado na ocasião do nascimento.

Poderá acrescentar-se, no mesmo sentido, que poderá haver direito de regresso contra o progenitor que teria *partilhado a responsabilidade civil pelos danos causados pelo filho comum*, como se ele tivesse sido reconhecido antes do ato causador do dano.

### C. Limites da retroação, na doutrina jurídica

#### 1. Limites da retroação para proteção dos atos de conduta na doutrina da sucessão de leis no tempo

O problema que está em causa — o da retroação dos efeitos da filiação a partir do seu estabelecimento — tem afinidades claras com o tema da *retroação das leis novas*. Por esta razão, é muito elucidativo o ensinamento de Batista Machado sobretudo no ponto em que mostra como a doutrina generalizada aceita limites firmes para a retroação. Leia-se:

“Por força do princípio da conservação das SsJs [situações jurídicas] a LN [lei nova] deve receber estas com a validade e consistência que elas tinham à data da sua en-

trada em vigor. [A lei nova] não pode [...] submeter a SJ passada uma nova causa de invalidade pois isso [...] equivaleria, de certo ponto de vista, a valorar *ex novo* uma conduta passada, ou a aplicar uma sanção a uma conduta negocial perfeitamente correcta, perfeitamente legal, segundo a lei do tempo em que foi praticada.”<sup>8</sup>

[A lei nova não se aplica] “quando apenas regula o *modus faciendi* da realização de um ato ou negócio jurídico ou, porventura ainda, as qualidades que deve possuir o autor do ato para que este seja susceptível de vir a produzir os efeitos pretendidos.”<sup>9</sup>

[Citando Gabba, a propósito da lei nova que altera a validade dos testamentos] “o testamento deve ser subtraído à lei nova vigente à morte do testador, em tudo aquilo que respeita à atividade pessoal do testador”. Ainda [o testador não pode] “resignar-se à possibilidade de que, depois da sua morte, se ponha em causa a idoneidade do seu agir para produzir um qualquer efeito, não obstante esse seu agir ter sido conforme à lei.”<sup>10</sup>

“Também nos parece que há na verdade uma actividade pessoal do testador, um agir que ele empreendeu conformando-se à lei então vigente e cuja regularidade ou legalidade, portanto, não pode ser apreciada senão em face dessa mesma lei, a única lei que que então por ele podia ser conhecida e observada” [...] “Por nós, entendemos que [...] a conduta dos indivíduos deve ser apreciada pela lei do tempo em que se verificou”.<sup>11</sup>

“A LN há-de ter em conta o interesse dos indivíduos na *estabilidade* da ordem jurídica, ou antes, na *estabilidade* das SsJs, afim de lhes consentir a organização dos seus planos de vida e de lhes evitar o mais possível a frustração das suas expectativas fundadas. (...) salientar-se-á o respeito pelo plano contratual livremente forjado pelas partes, o interesse na manutenção do equilíbrio das prestações contratuais, etc., como factores que induzem

<sup>8</sup> J. Baptista MACHADO, *Sobre a aplicação no tempo do novo Código Civil*, Coimbra, Almedina, 1968, p. 80.

<sup>9</sup> J. Baptista MACHADO, *Sobre a aplicação no tempo do novo Código Civil*, 190.

<sup>10</sup> J. Baptista MACHADO, *Sobre a aplicação no tempo do novo Código Civil*, 191.

<sup>11</sup> J. Baptista MACHADO, *Sobre a aplicação no tempo do novo Código Civil*, 192-3.

<sup>7</sup> Antunes VARELA, “Anotação ao ac. do STJ de 25 de Março de 1982”; ZACCARIA, *Commentario breve al Diritto della Famiglia*; Paolo ZATTI, *Tratato do Diritto di Famiglia*, Vol. 2: *Filiazione*, 413-4; Giovanni BASINI, *Il diritto di famiglia*, III: *Filiazione e adozione*; Ugo MAJELLO, *Della filiazione naturale e della legittimazione*, 2.<sup>a</sup> ed., Bologna / Roma: Zanichelli / Foro italiano, 1982, 221-2.

à aplicação da lei vigente ao tempo da celebração do contrato, quer à questão da validade, quer aos problemas relativos ao conteúdo ou aos efeitos, às causas de rescisão ou anulação, etc.<sup>12</sup>

Foi com este espírito que nasceu o artigo 12.º do código civil — destacando-se agora o seu n.º 2, que pretende nitidamente resguardar os factos praticados de acordo com a lei antiga, respeitando as regras vigentes no momento quanto à sua “validade substancial ou formal”.

E Antunes Varela referiu vários exemplos de artigos que consagraram a aplicação desta ideia de respeito pelo comportamento do agente e pelos factos coevos da formação dos negócios:

948.º, n.º 2: A capacidade é regulada pelo estado em que o doador se encontrar ao tempo da declaração negocial.

2191.º: A capacidade do testador determina-se pela data do testamento.

226.º, n.º 1: A morte ou incapacidade do declarante, posterior à emissão da declaração, não prejudica a eficácia desta, salvo se o contrário resultar da própria declaração.

231.º: Não obsta à conclusão do contrato a morte ou incapacidade do proponente, excepto se houver fundamento para presumir que outra teria sido a sua vontade.

437.º: Se as circunstâncias em que as partes fundaram a decisão de contratar tiverem sofrido uma alteração anormal, tem a parte lesada direito à resolução do contrato, ou à modificação dele segundo juízos de equidade, desde que a exigência das obrigações por ela assumidas afecte gravemente os princípios da boa fé e não esteja coberta pelos riscos próprios do contrato.

488.º, n.º 1: Não responde pelas consequências do facto danoso quem, no momento em que o facto ocorreu, estava, por qualquer causa, incapacitado de entender ou querer, salvo se o agente se colocou culposamente nesse estado, sendo este transitório.

950.º, n.º 2: A capacidade do donatário é fixada no momento da aceitação.

1033.º, b): Se o defeito já existia ao tempo da celebração do contrato e era facilmente reconhecível, a não ser que o locador tenha assegurado a sua inexistência ou usado de dolo para o ocultar;

2207.º: A data da aprovação do testamento cerrado é havida como data do testamento para todos os efeitos legais.

É escusado notar que a lição de Baptista Machado e os exemplos de Antunes Varela se referiam à sucessão de leis e aos limites para a retroação da lei nova, enquanto o nosso problema é o da retroação dos efeitos dos atos jurídicos, designadamente de um estabelecimento da filiação. É escusado notar essas diferenças porque *as questões são idênticas*: o que está em causa é *o problema de saber se um novo regime — resultante de uma lei nova ou de um ato jurídico, é indiferente — pode vir a tornar irregular um procedimento que se verificou*<sup>13</sup> antes, que foi totalmente desenvolvido conforme aos trâmites impostos pela lei do momento da sua prática. A resposta tem de ser negativa.

## 2. Limites da retroação na doutrina constitucional sobre restrições de direitos fundamentais

A mesma questão pode ser analisada pelo prisma da doutrina e da lei constitucional portuguesas, no ponto em se *proíbe a retroação das leis restritivas de direitos fundamentais* (artigo 18.º, n.º 3, CREP).

Na verdade, o regime da anulabilidade de vendas de pais a filhos que não tenham sido precedidas da autorização de outros filhos significa uma restrição do direito fundamental de propriedade, e da sua livre transmissão entre vivos (artigo 62.º CREP). Ora, este direito é um direito fundamental

<sup>12</sup> J. Baptista MACHADO, *Sobre a aplicação no tempo do novo Código Civil*, 56 e 58.

<sup>13</sup> No sentido em que ficou *perfeito* e, portanto, capaz de produzir os efeitos jurídicos para que tendia.

“de natureza análoga” que beneficia do regime dos direitos enunciados no Título II da Constituição<sup>14</sup>, designadamente do regime previsto no artigo 18.º. De acordo com este regime (n.º 3), “As leis restritivas de direitos liberdades e garantias (...) não podem ter efeito retroativo”.

Esta proibição de retroatividade “está intimamente ligada à ideia de proteção da confiança e à segurança dos cidadãos, defendendo-os contra o perigo de ver atribuir aos seus actos passados ou às situações transactas efeitos jurídicos com que não podiam razoavelmente contar”<sup>15</sup>.

Estas afirmações pretendem sublinhar que o que está em causa é a aplicação de uma restrição a um direito fundamental. Não é, obviamente, a aplicação de uma lei que restrinja um direito fundamental — essa lei é o próprio artigo 877.º que já existe e que no momento próprio foi considerado necessário, adequado e proporcional — mas é sim a aplicação retroativa desse regime a situações passadas (de cessão de quotas), por força do estabelecimento da paternidade e da sua eficácia retroativa, de tal modo que se provocaria uma consequência (a anulabilidade e a anulação) que não se podia prever no momento da prática das alienações.

Dito de outro: uma lei formal que quisesse introduzir agora no direito português o regime do artigo 877.º não podia aplicar-se a alienações feitas no passado (artigo 18.º, n.º 3, CREP) para não frustrar a confiança dos cidadãos nas leis que vigoravam; então, não é aceitável que uma sentença judicial de reconhecimento da paternidade tenha força para se aplicar retroativamente, produzindo a invalidade dos negócios passados, isto é, se arrogue a força que uma lei não poderia exhibir.

<sup>14</sup> J.J. Gomes CANOTILHO / Vital MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa anotada*, vol. I, 4.ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, 374-5.

<sup>15</sup> J.J. Gomes CANOTILHO / Vital MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa anotada*, vol. I, 394.

### 3. Os limites da retroação também podem ser fundamentados no respeito pela segurança jurídica<sup>16</sup>.

Afinal, do que se trata é de acreditar que o Direito mantém válidos os comportamentos que foram adotados num certo momento em conformidade com as regras vigentes nessa época.

Baptista Machado afirmava que:

“Cabe ao Direito acrescentar a essa estabilidade ordenadora das instituições sociais uma segurança ordenadora específica e própria a que se pode dar o nome genérico de *segurança jurídica*.” (...) “A segurança é, pois, uma das exigências feitas ao Direito — pelo que, em última análise, representa também uma tarefa ou missão contida na própria ideia de Direito”. E acrescentava “Como conhecimento prévio daquilo com que cada um pode contar para, com base em expectativas firmes, governar a sua vida e orientar a conduta, a segurança jurídica aparece-nos sob a forma de “certeza jurídica”<sup>17</sup>.”

Outros autores portugueses também acentuaram este fundamento para limitar os efeitos da retroatividade.

Manuel Baptista Lopes rejeitou expressamente a retroação plena e cega aplicada por um acórdão da Relação do Porto, de 23.2.1955<sup>18</sup>, “por importar insegurança nos negócios jurídicos”.

E o autor acrescentava: “Devem ser mantidos e considerados válidos os actos praticados, desde que ao tempo da sua prática nada impedia a sua eficácia”<sup>19</sup>.

Certamente era a defesa da segurança jurídica que justificava as afirmações de Cunha Gonçalves:

<sup>16</sup> François TERRÉ / Dominique FENOUILLET, *Droit civil, La Famille*, 447.

<sup>17</sup> *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, Coimbra, Almedina, 1983, 55-57.

<sup>18</sup> *Jurisprudência das Relações*, ano 11.º, Coimbra: Albano Cunha ed., 1965, 146.

<sup>19</sup> *Do contrato de compra e venda no direito civil, comercial e fiscal*, Coimbra: Almedina, 1971, 54. O acórdão do STJ, de 28.09.1999, seguiu esta opinião, sem acrescentar argumentação específica.

“... é indispensável que o parentesco visado no artigo 1565.º [do Código de Seabra] exista na data da venda. Por exemplo, se o comprador for filho ilegítimo e o vendedor o perfilhar depois da venda, será esta válida, porque o consentimento dos filhos legítimos ou anteriormente perfilhados *não era necessário* na data da mesma venda.”<sup>20</sup>

E foi claramente o imperativo da segurança jurídica que levou o acórdão da Relação do Porto, de 27.03.1968 a afirmar que: “...os princípios geralmente seguidos de que os actos praticados em certo momento com os requisitos exigidos na ocasião devem ser mantidos e tornar-se eficazes, sem necessidade de esperarem por situações que por vezes se desconhecem ou são meramente previsíveis e condicionadas a actividades de terceiros” (...) “Derivado deste princípio, da não conveniência da incerteza dos negócios jurídicos praticados...”<sup>21</sup>.

Apresentem-se alguns exemplos:

O *casamento de um menor* — autorizado por quem figurasse na época como progenitor no registo civil — deve permanecer totalmente regular ainda que se estabeleça posteriormente a paternidade verdadeira. Seguindo a orientação oposta, havia de se considerar que foi um ato irregular, com base no argumento de que a retroatividade do estabelecimento da filiação mostra que o casamento não foi autorizado pelo “novo pai”, desencadeando-se a aplicação da sanção prevista no artigo 1649.<sup>o22</sup>

O estabelecimento da paternidade sobre um filho que não tinha progenitores registados e que tenha sido protegido através da instauração da tu-

tela faz cessar a tutela (artigo 1961.º, f), CC) mas não destrói todos os atos regularmente praticados pelo tutor. Aplicando cegamente a eficácia retroativa do estabelecimento da paternidade, seriam ilegítimos todos os atos praticados pelo tutor, apesar de terem estado conformes com os pressupostos legais da época.

O estabelecimento da filiação sobre um filho maior não tem consequências sobre a *nacionalidade* (cfr. o artigo 14.º da lei n.º 37/81, de 3 de outubro)<sup>23</sup>.

#### 4. Limites da retroação, segundo “a natureza das coisas”<sup>24</sup>

Não podem retroagir os efeitos que se traduzem em poderes de facto. No caso que nos ocupa, não se pode dizer que retroagem os efeitos da filiação cujo conteúdo se traduz no exercício de poderes de facto sobre um filho real que não está reconhecido, que não está perto nem porventura se conhece.

Segundo Ugo Majello,<sup>25</sup>: “...nem sempre é configurável uma eficácia *ex tunc* da declaração judicial da filiação, tratando-se de efeitos que pela sua própria natureza não podem retroagir, como o exercício das responsabilidades parentais...” (tradução livre).

Por outras palavras, há efeitos jurídicos do estabelecimento da paternidade que resistem à técnica legislativa da retroatividade simplesmente porque a realidade — e a razão — são mais fortes do que a ficção. No exemplo dado, não é conforme com

<sup>20</sup> *Tratado de direito civil*, vol. VIII, Coimbra: Coimbra Editora, 1934, 485. Pode notar-se que o exemplo de Cunha Gonçalves é diferente do caso que nos ocupa, mas a questão técnica é a mesma.

<sup>21</sup> *Jurisprudência das Relações*, ano 14.º, 1968, 385-6.

<sup>22</sup> Antunes VARELA, “Anotação ao ac. do STJ de 25 de Março de 1982”, ano 118, 25; François TERRÉ / Dominique FENOUILLET, *Droit civil, La Famille*, 447.

<sup>23</sup> Também segundo o artigo 20-1 do código civil francês — cfr. François TERRÉ / Dominique FENOUILLET, *Droit civil, La Famille*, 447.

<sup>24</sup> O sentido em que Ugo Majello usou esta expressão aproxima-se do que ela assume no âmbito da teoria da interpretação das leis cfr. Karl LARENZ, *Metodologia da ciência do Direito*, 475 e s.

<sup>25</sup> UGO MAJELLO, *Della filiazione naturale e della legittimazione*, 220.

a razão aceitar que o pai reconhecido *retroage em pessoa...*, por força do artigo 1797.º, n.º 2, cciv, de tal modo que tudo se passa como ele *tenha velado pela segurança e saúde dos filhos, tenha dirigido a sua educação e o tenha representado* desde o nascimento, exercendo assim os poderes-deveres que a lei impõe aos pais (artigo 1878.º, n.º 1, cciv).

Também o direito alemão e a doutrina confirmam estas limitações: o pai reconhecido é pai desde o início, mas as *responsabilidades parentais* e a *representação jurídica* não retroagem<sup>26</sup>.

Em suma, há limites naturais à técnica da retroatividade do estabelecimento da filiação.

Em outras situações específicas, as mesmas razões ditaram claras restrições à norma da retroatividade, como nas seguintes.

Quando o estabelecimento da filiação ocorre depois da morte do progenitor, a jurisprudência italiana determinou que o *prazo para aceitar ou repudiar a herança* do ascendente não começa a correr na data da abertura da sucessão (a regra geral segundo o artigo 480.º, §1, cciv it) mas sim desde o dia em que transita em julgado a sentença de reconhecimento (artigo 480.º, §2, cciv it)<sup>27</sup>.

Do mesmo modo, a jurisprudência italiana determinou que o *prazo para agir em redução de liberalidades inoficiosas* não começa a correr na data da abertura da sucessão (a regra geral segundo o artigo 561, cciv it) mas sim desde o dia em que transitou em julgado a sentença de reconhecimento.

Em ambos os casos, segundo uma aplicação cega da retroatividade, o filho reconhecido seria considerado apto para exercer o seu direito antes mesmo de ter sido reconhecido<sup>28</sup> e o prazo havia

de extinguir-se antes de ele ter condições para o exercer...

O regime italiano, aliás, não seria de estranhar em Portugal, tendo em conta a norma geral do artigo 329.º, cciv<sup>29</sup>, que rejeita qualquer ficção acerca do momento em que um prazo de caducidade pode começar a contar: apenas começará no momento em que o direito puder ser exercido.

## 5. Limites da retroação por “redução teleológica”

### a) “*Lacunae oclutas*” e “*redução teleológica*”

Dizer que as leis são feitas para atingir um certo resultado prático-jurídico é dizer uma banalidade. Também é geralmente sabido que a técnica elementar da interpretação das leis passa por identificar o seu elemento racional ou teleológico, que consiste “na razão de ser da lei (*ratio legis*)”, no fim visado pelo legislador ao elaborar a norma”. É esta “razão de ser” que nos “habilita a definir o exacto alcance da norma”<sup>30</sup>.

O artigo 877.º cciv visa prevenir que os pais façam doações a um filho, disfarçadas de vendas, de tal maneira que as liberalidades se furtem à redução, acabando por prejudicar outros filhos que não tenham sido contemplados pelo mesmo modo.

Para satisfazer este objetivo, a lei impõe aos pais um conjunto de exigências para que os negócios sejam válidos e eficazes. Assim, para além de terem de cumprir as formalidades imperativas da venda, sob pena de nulidade (artigos 220.º e 875.º, cciv), têm de pedir o consentimento dos outros filhos (ou o seu suprimento), sob pena de anula-

<sup>26</sup> Dieter SCHWAB, *Familienrecht*, 18. Aufl., München, 2010, 266.

<sup>27</sup> Ugo MAJELLO, *Della filiazione naturale e della legittimazione*, 221; ZACCARIA, *Commentario breve al Diritto della Famiglia*, 277.

<sup>28</sup> Ugo MAJELLO, *Della filiazione naturale e della legittimazione*.

<sup>29</sup> “O prazo de caducidade, se a lei não fixar outra data, começa a correr no momento em que o direito possa ser exercido”.

<sup>30</sup> J. Baptista MACHADO, *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, 182-3.

bilidade, invocável por estes. A imposição destes requisitos e o seu conhecimento são o quadro em que os pais decidem se vendem, a quem vendem, e a quem pedem o consentimento para o negócio.

É bom de ver que este regime não tem sentido se os pais não tiverem algum filho que fique de fora do negócio jurídico; se não houver algum filho que a lei queira proteger, a quem se possa pedir e de quem se possa esperar a prestação do consentimento, o vendedor não tem de considerar o requisito previsto no artigo 877.º, n.º 1, cciv, e, aliás, nem saberia como cumpri-lo<sup>31</sup>. Por outras palavras, a norma referida tem uma razão, uma finalidade, e só pode aplicar-se nas circunstâncias em que a sua finalidade tem sentido, em que pode cumprir o seu objetivo de proteger os filhos excluídos das vendas.

É também por esta razão que a fórmula ampla do artigo 1797.º, n.º 2 — impondo um efeito retroativo do estabelecimento da filiação aparentemente sem limites — precisa de ser adequadamente interpretada.

Como escreveu Karl Engisch: “Segundo o princípio de há longa data conhecido: «*cessante ratione legis, cessat lex ipsa*», deve importar mais o fim e a razão de ser que o respectivo sentido literal. A «ratio» deve impor-se, não apenas dentro dos limites de um teor literal muitas vezes equívoco, mas ainda rompendo as amarras desse teor literal ou restringindo uma fórmula legal com alcance demasiado amplo.”<sup>32</sup>

A doutrina moderna fala, a este propósito na existência de *lacunas oculatas* “quando, segundo a teleologia imanente da lei, a regra geral carece de

uma restrição que a lei não formula. A «integração» da lacuna faz-se então pelo aditamento da restrição postulada, de harmonia com o sentido da lei” (...) falamos a este propósito de uma «redução teleológica». <sup>33</sup>

Por fim, considero especialmente necessário ser rigoroso na aplicação do artigo 877.º cciv; é indispensável ser rigoroso mesmo numa aplicação atual, quanto mais numa pretendida aplicação retroativa. Na verdade, recordo que o regime do artigo 877.º traduz-se numa restrição do direito fundamental à propriedade privada, previsto no artigo 62.º da Constituição da República<sup>34</sup>, que, por esta razão, só é admissível desde que as finalidades da restrição estejam claramente identificadas e esteja pacificamente provada a sua necessidade, adequação e proporcionalidade. O que está longe de acontecer, neste caso.

#### b) Ainda três exemplos<sup>35</sup>

<sup>33</sup> E o autor continua: “Esta está para a «interpretação restritiva» como a analogia singular para a «interpretação extensiva» (...) Ambas são, simplesmente, a continuação da interpretação para além da fronteira desta — o significado literal possível; e em ambas essa fronteira é «flúida» - Karl LARENZ, *Metodologia da ciência do Direito*, 450-1.

<sup>34</sup> “A todos é garantido o direito à propriedade privada e à sua transmissão em vida ou por morte, nos termos da Constituição”.

<sup>35</sup> Podem ler-se outros em F. Pinto BRONZE, *Lições de Introdução ao Direito*, 2.ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2006, 922, nota 146: “Pense-se ainda na redução teleológica do artigo 2317.º, d), do CC, atento nomeadamente o disposto pelo artigo 1791.º do mesmo diploma, e v. gr, na hipótese de a autora da disposição testamentária de instituição de herdeiro, ou de nomeação de legatário, ter beneficiado o ex-cônjuge inocente, ou não declarado principal culpado, do divórcio que haja dissolvido o casamento de ambos (cf., v. gr., o Ac. de 7 de Dezembro de 1994, Processo n.º 86 057, do STJ, in BMJ 442 (1995) 202 s.; (...). Ou na redução teleológica do artigo 20.º, n.º 1, b), do DL n.º 387-B/87, de 29 de Dezembro, no sentido de aproveitar apenas às pessoas singulares, e não às pessoas colectivas, a presunção nele prevista “para efeitos de inteiração de apoio judiciário” (cf. o Ac. n.º 2/99, Processo n.º 32/98, de 3 de Fevereiro de 1999, do STJ, in DR, I Série-A, de 11 de Março de 1999, 1376 ss. (...). Mencionem-se também, como exemplos de inteiramente razoáveis reduções teleológicas, a interpretação do artigo 11.º, n.º 2, da Lei n.º 19/80, de 16 de Julho (ECDU), no sentido de apenas se dever reconhecer o direito a serem contratados como professores auxiliares, logo que obtenham o doutoramento, (nomeadamente) aos

<sup>31</sup> E um notário, como aceitaria o consentimento de alguém que não tinha legitimidade para intervir no ato? E como havia um tribunal de suprir a eventual falta ou recusa desse consentimento?

<sup>32</sup> *Introdução ao pensamento jurídico*, Lisboa: F. Calouste Gulbenkian, 1965, 120.

Primeiro: há muito que defendemos que a classificação prevista pelo artigo 1733.º, *f)*, CCiv, - que considera bens próprios, mesmo em regime de comunhão geral, “os vestidos, roupas e outros objectos de uso pessoal” — deve ser afastada sempre que se provar que o bem serviu, realmente, como um meio de concretizar um verdadeiro investimento de capital; isto é, em vez de ter um valor pessoal apenas resultante do seu uso exclusivo, da sua ligação íntima a um só cônjuge, da sua simbologia, ele serviu de meio para uma aplicação de capital — por exemplo, um anel em vez de ações da bolsa. Provado isto, deixa de ter sentido o regime especial do artigo 1733, *f)*, para valer o regime-regra da comunhão geral, e o bem será tido por comum do casal<sup>36</sup>.

Segundo: o STJ, em 10.01.2002<sup>37</sup>, apreciou a validade da alienação de imóveis comuns, feita pelo marido, sem consentimento da mulher. Uma aplicação simplista do artigo 1682.º-A, n.º 1, *a)*, CCiv, determinaria a ilegitimidade das vendas e a consequente anulabilidade dos negócios (artigo 1687.º, n.º 1, CCiv). Porém, a razão da norma aparentemente violada é a de prevenir a alteração do “capital conjugal” — a diminuição, a alteração da substância, a troca de uns bens por outros — feitas por um cônjuge sem consentimento do outro. Ora, no caso concreto, a alienação recaía sobre imóveis

construídos para revenda, pela empresa de construções que o marido geria, no quadro da atividade normal, ordinária da empresa. Os imóveis eram “mercadoria” produzida pela empresa, e a sua venda não comprometia a própria empresa de construção, o “capital conjugal” — porventura contribuía para a sua solidez financeira. O STJ entendeu que as alienações constituíam atos de administração ordinária e podiam ser realizadas apenas pelo marido (artigo 1678.º, n.º 3, CCiv). Neste caso, o STJ definiu a razão da ilegitimidade prevista no artigo 1682.º-A, n.º 1, CCiv, e concluiu que o caso em apreciação era alheio à finalidade que ditara a existência e a aplicação da norma.

Terceiro: em 07.02.2015<sup>38</sup>, o STJ fixou a jurisprudência acerca da consequência da omissão do preenchimento dos requisitos previstos no artigo 1723.º, *c)*, CCiv, no documento que titula o negócio aquisitivo, em caso de sub-rogação real indireta. Na verdade, pode pensar-se que a lei é clara, e que a falta das menções exigidas implica que o bem adquirido se considere bem comum, independentemente de ter sido adquirido à custa de bens próprios de um dos cônjuges. Porém, quando se identifica a razão, a finalidade da norma e das suas exigências, logo se percebe que ela apenas pretendeu criar um sistema seguro de publicidade para os terceiros que possam contar com a natureza de bem comum de um bem adquirido a título oneroso, por um membro de um casal que vive em comunhão de adquiridos, com fundamento no artigo 1724.º, *b)*, CCiv. A proteção de terceiros foi a razão exclusiva para se admitir a injustiça de se transformarem valores próprios de um dos cônjuges num bem adquirido comum; na verdade, se não fosse a expectativa

assistentes de uma determinada escola que nela se tenham efectivamente habilitado com o referido grau de doutor (...). Aqueloutra que se traduz na inadequação do artigo 1697.º, n.º 1, do CC (segundo o qual se difere para o momento da partilha dos bens do casal a exigibilidade do crédito que um cônjuge tenha sobre o outro em virtude de ter respondido apenas com bens seus por dívidas da efectiva responsabilidade de ambos) quando ... os mencionados “«cônjuges» já [estejam] divorciados e apenas [aguardem] uma partilha do património” — assim Guilherme de OLIVEIRA, em ““Anotação” ao Ac. do TRL, de 8 de Julho de 1999”, RLJ 131/3911-3912 (2000) 93 s.”

<sup>36</sup> Francisco Pereira COELHO / Guilherme de OLIVEIRA, *Curso de Direito da Família*, vol. 1, 4.ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2008, 540.

<sup>37</sup> *Colectânea de Jurisprudência, Acórdãos do STJ*, ano X, tomo I, 2002, 32-6.

<sup>38</sup> Acessível em <<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9d-d8b980256b5f003fa814/8a3a0ca94abff8b480257cd500585c3f?OpenDocument&Highlight=0,1723>>.

criada por terceiros interessados no património do casal, nunca se poderia admitir tal injustiça entre os cônjuges<sup>39</sup>. Afinal, concluo eu, não se pode proteger interesses que não existem, para mais quando a aplicação da norma afasta o princípio natural da sub-rogação e gera uma injustiça óbvia entre os cônjuges. O plenário das secções cíveis do STJ, depois de identificar a finalidade da norma, determinou que esta não tem sentido, e não se deve aplicar, quando não estão em causa interesses de terceiros. Ou seja, o STJ identificou uma “lacuna oculta” e fez uma “redução teleológica” da norma através do adiamento literal da restrição que se impunha, para além do “significado literal possível”<sup>40</sup>, através de uma fixação de jurisprudência<sup>41</sup>. Este foi um caso recente em que “cessou a norma” nos casos em que não estava presente a razão dela.

#### D. O sentido do artigo 877.º cciv e a aplicação das ideias precedentes aos negócios realizados

O regime que agora se encontra no artigo 877.º cciv tem as suas origens nas Ordenações Manuêlinas<sup>42</sup>, transitando para as Ordenações Filipinas<sup>43</sup>, com o mesmo texto.

A regra enunciava sumariamente as suas razões — “Por evitarmos muitos enganar e demandas, que se causam e podem causar, que algumas pessoas fazem a seus filhos” — e determinava que “pessoa alguma não faça venda alguma (...) sem consentimento dos outros filhos (...) que houverem de ser herdeiros do dito vendedor. E não lhe querendo dar o dito consentimento (...) Nós lhe daremos licença que a possa fazer, parecendo-nos justo; e fazendo a tal venda (...) sem consentimento dos ditos filhos, ou sem Nossa expressa licença, a tal venda (...) será nenhuma e de nenhum efeito...”.

O regime passou para o código de Seabra, respeitando-se o seu teor fundamental, no artigo 1565.<sup>º44</sup>; e o artigo 1567.º determinava que as vendas realizadas sem o necessário consentimento ou suprimento eram “de nenhum efeito”.

Por sua vez, Dias Ferreira<sup>45</sup>, em face daquelas normas, justificava o regime “*por se presumir fraudulento o contrato julgando-se a nulidade no juízo de inventário sem necessidade de acção ordinária*” (itálicos meus).

<sup>39</sup> “A indicada teleologia da norma tem sido o suporte essencial da jurisprudência maioritária deste Supremo Tribunal de Justiça que enfatiza a *autonomia patrimonial* dos cônjuges no regime da comunhão de adquiridos; a necessidade de salvaguardar a possibilidade de injusto locupletamento de um dos cônjuges por mera operância de uma omissão formal, não sendo de excluir que o cônjuge que não contribuiu para o património comum possa ver melhorada a sua meação ao ver nela ingressada *riqueza* que não lhe acarretou esforço económico” (...). Não é, sequer, de excluir actuação abusiva do direito — artigo 334.º do Código Civil — quando se mostrar que um dos cônjuges se prevalece do regime da comunhão de adquiridos, pretendendo partilhar um *património comum*, sabendo que não contribuiu para aquisição do bem (que nele pretende ver integrado), que se fez com dinheiro ou meios da exclusiva propriedade do seu cônjuge, invocando a inobservância de requisitos formais, atentando, censuravelmente, contra a confiança, a lisura e a solidariedade inerentes à relação conjugal”.

<sup>40</sup> Cfr. *supra* nota 32.

<sup>41</sup> “Estando em causa apenas os interesses dos cônjuges, que não os de terceiros, a omissão no título aquisitivo das menções constantes do artigo 1723.º, c) do Código Civil, não impede que o cônjuge, dono exclusivo dos meios utilizados na aquisição de outros bens na constância do casamento no regime supletivo da comunhão de adquiridos, e ainda que não tenha intervindo no documento aquisitivo, prove por qualquer meio, que o bem adquirido o foi apenas com dinheiro ou seus bens próprios; feita essa prova, o bem adquirido é próprio, não integrando a comunhão conjugal”.

<sup>42</sup> Livro IV, título XII — cfr. <<http://www.ci.uc.pt/ihiti/proj/manuelinas/14p227.htm>>.

<sup>43</sup> Livro IV, título LXXXII — <<http://www.ci.uc.pt/ihiti/proj/filipinas/14p791.htm>>.

<sup>44</sup> “Não podem vender a filhos, ou netos, os paes ou avós, se os outros filhos ou netos não consentirem na venda. § unico. Se algum d’elles recusar o consentimento, poderá este ser suprido por um conselho de família, que para esse fim será convocado”.

<sup>45</sup> *Código civil português anotado*, 2.ª ed., vol. III, Coimbra: Imprensa da Universidade, 1898, 166.

Cunha Gonçalves, reiterando a origem e a continuidade dos preceitos, dizia que “a sua maior utilidade é a de evitar doações inoficiosas, acobertadas pela compra e venda, para o fim de não serem reduzidas”<sup>46</sup>.

Antunes Varela<sup>47</sup>, depois de contestar a tentativa de ver no regime legal uma presunção *iuris et de iure* de fraude, acolheu facilmente a ideia de fraude potencial, com prejuízo para os herdeiros, sublinhando o “perigo mortal para as legítimas dos descendentes”<sup>48</sup> que resultaria da plena liberdade de vender a filhos. Posto isto, acrescentou que a finalidade da lei, “ao instituir o mecanismo do assentimento prévio dos outros filhos, é de carácter preventivo”<sup>49</sup>.

Esclarecida a finalidade do regime, o meio escolhido pela lei — o assentimento dos outros filhos, potencialmente prejudicados pela venda — é “uma *formalidade* estabelecida no interesse imediato dos próprios contraentes: se não querem ver anulada o ato que pretendem realizar, eles que tratem de obter (...) o consentimento...”<sup>50</sup>.

A autora, X, reconhecida judicialmente em ..., pede a anulação dos negócios celebrados pelo seu pai, Y, alegando que não deu o seu consentimento para esses negócios e baseando-se nos regimes previstos pelos artigos 1797.º e 877.º CCiv.

No momento em que pretendeu ceder participações sociais aos filhos, Y tinha o ónus de cumprir todas as determinações legais para que os atos fos-

sem válidos e eficazes, como certamente desejava.

Nas datas em que fez os negócios, não deixou de fora nenhum filho ou filha. Muitos anos antes do estabelecimento judicial da sua paternidade sobre a autora, Y não podia ter cumprido o ónus de pedir um consentimento a quem não tinha o estatuto jurídico relevante para esse efeito.

Assim, pode dizer-se que *adotou um comportamento conforme às leis que vigoravam no momento da prática dos atos, no sentido de obter a eficácia jurídica para que tendiam os negócios jurídicos em causa.*

E de acordo com as ideias expostas em C:

1. Os comportamentos jurídicos *devem ser avaliados de acordo com as leis vigentes à data da sua prática*, e nem as leis novas, nem atos posteriores, devem alterar os requisitos de validade que eles cumpriram oportunamente. Por esta razão geralmente aceite pela doutrina, *os negócios que praticou devem manter-se válidos e eficazes*, como eram na época.
2. O regime do artigo 877.º significa uma restrição do direito fundamental de transmitir livremente a propriedade, que a lei aceitou porque o regime terá sido considerado necessário, adequado e proporcional. Porém, este regime nunca poderia ser aplicado retroativamente, nos termos do artigo 18.º, n.º 3, CREP, para proteger a confiança dos cidadãos no quadro jurídico em que se movem. Então, se uma lei com o conteúdo do artigo 877.º não poderia aplicar-se a factos passados, *seria insólito que uma decisão judicial de estabelecimento da paternidade — aplicada retroativamente — tivesse mais poder do que uma lei e pudesse provocar as consequências danosas nas situações passadas que a Constituição da República quer*

<sup>46</sup> *Tratado de direito civil*, vol. VIII, 482.

<sup>47</sup> “Anotação ao ac. do STJ de 25 de Março de 1982”, *RLJ*, ano 119, 27.

<sup>48</sup> Antunes VARELA, “Anotação ao ac. do STJ de 25 de Março de 1982”, ano 119, 26.

<sup>49</sup> Antunes VARELA, “Anotação ao ac. do STJ de 25 de Março de 1982”, ano 118, 345.

<sup>50</sup> Antunes VARELA, “Anotação ao ac. do STJ de 25 de Março de 1982”, ano 119, 27.

evitar. Ou seja, a autora pretende que o ato judicial de reconhecimento da paternidade provoque retroativamente a consequência restritiva do direito fundamental que a Constituição proíbe a uma lei, e com que Y não teria podido razoavelmente contar.

3. Todas as alterações sucessivas e inesperadas, que ponham em causa a validade dos comportamentos jurídicos que eram plenamente válidos e eficazes no momento em que foram adotados, comprometem o *valor essencial da segurança jurídica*. Assim, sujeitar a invalidação os negócios que eram válidos, por força da superveniência do estabelecimento da paternidade que traz para o mundo do Direito uma filha que obviamente não consentiu nas alienações, seria *negar um valor primacial para o comércio jurídico*.
4. A técnica da retroatividade — geralmente adotada e reconhecida — não pode aplicar-se cegamente, de tal modo que se confunda com a pura ficção. São geralmente conhecidas exceções ditadas pela *razão* e pela *“natureza das coisas”*. Ora, não é conforme com a *razão* nem com a *“natureza das coisas”* que um pai tenha de obter o consentimento de um filho que não se conhece, que não existe no mundo do Direito. Aceitar que o alienante tinha de cumprir este ónus seria esperar que ele cumprisse um ónus impossível, seria impor uma retroatividade da vida real ..., a reversibilidade do tempo e das coisas. Seria transformar a retroação — que é apenas uma técnica jurídica — num passe de magia intolerável para o Direito.

5. A doutrina e a jurisprudência portuguesas têm praticado a identificação de “lacunas ocultas”, integradas por “redução teleológica”, sempre que os textos das normas ultrapassem as suas finalidades de tal modo que seja imperioso excluir certos tipos de casos da sua aplicação, para proteger situações e valores essenciais do sistema jurídico.

A anulação dos negócios realizados por Y, com base na aplicação da regra da retroatividade do artigo 1797.º, n.º 2, excederia em muito as finalidades desta norma e as do artigo 877.º.

O que se pretende com a eficácia retroativa é dar expressão jurídica à ideia do reconhecimento como *declaração* de uma paternidade que existia nos factos da biologia — e não de *constituição* de algo *ex novo* — isto é, *produzem-se agora* os efeitos jurídicos que poderiam ter-se produzido se a paternidade tivesse sido estabelecida a seguir ao nascimento. Mas, por um lado, apenas os efeitos que estiverem ao alcance do Direito, e não a construção retroativa e fictícia de realidades de facto que não existiam antes; por outro lado, apenas os efeitos jurídicos que caibam nas finalidades das normas, e não outros quaisquer arbitrariamente impostos. Ora, o regime previsto pelo artigo 877.º tem como finalidade prevenir que os pais façam alienações fingidas a alguns dos filhos — na realidade doações — com o propósito de prejudicar outros, na medida em que fazem escapar estas doações ao regime da redução das liberalidades inoficiosas. *Esta finalidade não podia estar presente nas alienações realizadas por Y pela simples razão de que não havia outro filho para além dos cessionários das quotas.*

Não se pode aplicar retroativamente o regime que condiciona as alienações de pais a filhos à obtenção da autorização de outros filhos quando estes

não existem e, portanto, não tem sentido proteger as suas “legítimas”. O artigo 1797.º, n.º 2, cciv deve ser alvo de uma “redução teleológica” no sentido de que *o artigo 877.º não se aplica* em condições que este não quis nem podia abranger: *nos casos em que todos os filhos dos pais-alienantes foram contemplados nas alienações, ao tempo da prática dos atos.*

### E. Conclusão

Na aparência, o texto simples do artigo 1797.º, n.º 2, pretende aplicar-se *totalmente*, isto é, em todos os casos e para todos os efeitos.

No entanto, há pelo menos *cinco razões* para que a retroatividade não desencadeie *todas* as consequências imagináveis, designadamente a aplicação do regime previsto no artigo 877.º, assegurando que as alienações realizadas em conformidade com as leis vigentes no momento da sua prática não venham a ser consideradas anuláveis por força de exigências que não eram feitas naquela época.



## Doutrina

### AINDA O CASO SATA

Guilherme de Oliveira

Professor Catedrático Jubilado da Faculdade de Direito de Coimbra

Centro de Direito da Família

**Palavras chave:** *vida pessoal ; vida em comum*

**Keywords:** *personal life; life in common as a couple*

**Resumo:** *O texto discute se duas pessoas casadas podem desempenhar tarefas em equipa, ocupando posições subordinadas; e se é discriminatório impedi-las de o fazer.*

*O texto foca-se ainda na distinção entre a vida pessoal e a vida em comum das pessoas casadas.*

**Abstract:** *The article assesses whether two married persons may perform any tasks as a team, occupying subordinate positions; and whether prevent them to do so should be regarded as discriminatory.*

*The article is focused as well on the legal distinction between personal life and life in common as a couple.*

1. Está a fazer um ano que o Tribunal da Relação de Lisboa apreciou um recurso apresentado por um casal de pilotos da SATA que foram impedidos de voar em conjunto — um como comandante e o outro como oficial piloto (ac. de 14 de setembro de 2016, proc. 13665/14.T8LSB.L1-4<sup>1</sup>).

O acórdão foi objeto de uma anotação feita por João Leal Amado<sup>2</sup>.

2. Sintetizando muito: em 02/03/2013, os autores tripulavam juntos uma aeronave que, no momento da aterragem, tocou com a cauda na pis-

ta, sofreu danos estruturais e esteve em reparação durante três meses; no âmbito do inquérito interno, verificou-se que o gravador de voz da aeronave foi deixado em funcionamento — contrariando culposamente, segundo empresa, o Regulamento europeu n.º 859/2008 — o que determinou que os últimos trinta minutos de gravação das conversações de voo antes da aterragem tenham sido perdidas; ainda segundo a empresa, esta perda parcial da gravação impediu a investigação de saber qual dos pilotos se encontrava a tripular a aeronave no momento do acidente.

Mais tarde, em 30/05/2013, os dois pilotos casados apresentaram-se no aeroporto de Lisboa para realizar o serviço de voo S4 851 LIS/SSA, para o qual ambos se encontravam escalados, com partida de Lisboa e destino a São Salvador; mas foram impedidos pela empresa de realizar o voo referido, conjuntamente; os pilotos foram então informados pelo funcionário do Controlo de Tripulação, de que não podiam voar juntos e que um deles teria que ir para casa.

Na sequência da averiguação ao acidente, a empresa emitiu uma instrução para o serviço de escala relativa à composição de tripulações no sentido de acautelar uma efetiva rotatividade de tripulações e proibindo a coabitação no *cockpit*, em funções técnicas, de membros da mesma família (cônjuges, pais, filhos e irmãos), exceto se autorizados pelo

<sup>1</sup> <<http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc-732316039802565fa00497eec/0a77b4f0b5dfccad-8025804200371c2b?OpenDocument>>.

<sup>2</sup> Na *Revista de Legislação e Jurisprudência* 146/4002 (jan-fev, 2017) 213-8.

*accountable manager* por questões operacionais.

Os pilotos casados recorreram à justiça alegando que foram discriminados relativamente aos outros pilotos; que sofreram a humilhação resultante da ordem recebida e da regra emitida; e que a norma interna impede que voem juntos e tenham folgas juntos, prejudicando a conciliação entre a vida profissional e a vida familiar.

3. A 1.ª instância e o Tribunal da Relação deram razão à empresa, admitindo que a norma interna perturbava a conciliação entre a vida profissional e a vida familiar, mas alegaram que o valor primacial da segurança aeronáutica justificava a deliberação.

A Relação de Lisboa também disse que a norma interna não visava apenas o casal de autores, mas sim todos os que se viessem a encontrar em qualquer das relações jurídico-familiares consideradas — o que afastava o carácter discriminatório, contra os dois pilotos, da norma emitida.

4. A anotação de João Leal Amado aceita que o valor da segurança — tal como a entenderam e defenderam os profissionais da empresa — deve ser respeitado, tendo em conta a natureza do setor da aviação — “sensível, muito sensível, ultrassensível”.

Mas o autor não deixa de manifestar *dúvidas* sobre várias passagens do acórdão.

Assim — muito justificadamente — mostra que a norma interna que está em causa é mesmo discriminatória justamente porque se aplica a categorias de pessoas — a todas as que vierem a pertencer à empresa e se encontrem ligadas pelos vínculos familiares mencionados. Como foi sempre o caso das normas que discriminaram pela cor, pela religião ou pela raça, etc.

Por outro lado, o autor também fez notar que as razões de segurança que, segundo a empresa, deviam afastar do *cockpit* os familiares visados pela

norma interna, também deviam abranger outras categorias de pessoas que a norma não considerava: amigos íntimos, inimigos figadais, divorciados, namorados ou amantes, a que eu posso acrescentar os que vivem em condições análogas às dos cônjuges (união de facto) ou os que vivam em economia comum.

5. Também eu poderia aceitar bem a deliberação da empresa no sentido de impedir a operação simultânea dos dois pilotos envolvidos neste caso, em homenagem às exigências prioritárias de segurança no setor da aeronáutica. Mas *não me parece que a fundamentação usada tenha sido a melhor*.

5.1 Não me parece suficiente — para justificar a proibição emitida — dizer, lhanamente, que “o plano conceptual de voo, no actual modelo de composição de tripulações *two men crew*, assenta numa *relação hierárquica vertical*, que pode ser posta em causa nas situações em que à *relação profissional* acresce uma *vinculação de natureza pessoal*, subjacente à relação de filiação ou matrimonial”; nem me parece suficiente dizer que “as regras da experiência comum permitem reconhecer que o tipo de relacionamento existente entre membros do mesmo agregado familiar, designadamente cônjuges, pode mais facilmente abrir brechas na relação hierárquica vertical que caracteriza o modelo de composição de tripulações”.

Nem estas afirmações do Tribunal da Relação de Lisboa podem ser acompanhadas pelo conforto trazido pelo meu colega e amigo João Leal Amado: “e, já o sabemos, entre dois cônjuges não há hierarquia, o relacionamento não deve ser marcado pela autoridade, mas sim pela paridade, não deve ser vertical, mas sim horizontal...”.

Na verdade, a igualdade jurídica dos cônjuges foi uma conquista demorada e tem hoje assento na

constituição da república e no código civil. Porém, não pode esquecer-se a distinção entre o que é a condição de cônjuge e o âmbito da vida conjugal, por um lado, e o que é a vida particular de cada um, que escapa às regras do casamento. O art. 1671.º cciv exprime a ideia da paridade, mas referida ao âmbito do casamento e da “vida em comum”; deixa de fora a vida extraconjugal das pessoas casadas. Por isto foi possível afirmar:

“... deve ter-se presente que a lei apenas obriga os cônjuges a acordar sobre a orientação da *vida em comum*. Caberão aqui, designadamente, a repartição dos recursos e o trem de vida (gastamos tudo ou poupamos para comprar uma casa?), o planeamento familiar (quantos filhos vamos ter, e quando?), a repartição de funções ou tarefas (trabalhamos os dois fora de casa ou só um, ficando o outro com o governo doméstico e a criação dos filhos?), a residência da família (vivemos com os pais ou sogros ou montamos casa, e, neste caso, em que terra e local?), etc. Mas fica de fora a vida pessoal, a vida privada do marido e da mulher. Pode assim cada um dos cônjuges, sem ter de ouvir o outro, vestir-se ou pentear-se como quiser, escolher os seus amigos, professar a religião que entender e mudar de religião de acordo com as suas convicções, ser militante ou simpatizante do partido político, do sindicato, da associação cívica ou do clube de futebol da sua preferência, etc.”<sup>3</sup>.

E esta autonomia individual de cada cônjuge permite defender que:

“Os progressos sociais e legais conduziram os sistemas para a igualdade jurídica dos cônjuges. E também esta ideia pode suscitar resistência à situação em que um dos cônjuges fica colocado numa posição de subordinação relativamente ao outro — como é característico de uma relação laboral.

A tendência vai no sentido da autonomia negocial dos

<sup>3</sup> Francisco Pereira COELHO / Guilherme de OLIVEIRA, *Curso de Direito da Família*, vol. 1, 5.ª ed., Coimbra: Imprensa da Universidade, 2016, e-book, 400-1, acessível em <<http://www.centrodedireitodafamilia.org/Curso-de-Direito-da-Fam%C3%ADlia-Volume-I-Introdução-Direito-Matrimonial>>.

cônjuges e, portanto, vai no sentido da aceitação de todos os contratos entre eles. O problema da contradição entre a regra da igualdade dos cônjuges e a regra da subordinação laboral só pode resolver-se através da distinção entre o que é a vida familiar, estatuto conjugal, e o que é relação laboral. E se esta distinção não for sempre fácil, pode dizer-se que mais difícil ainda é a consagrada distinção entre a vida particular de cada cônjuge e a vida em comum, que tem um relevo fundamental para delimitar o âmbito da autonomia privada e da direção conjunta da vida familiar (art. 1671.º, n.º 2).

Supõe-se que a subordinação laboral não diminui a dignidade e o estatuto conjugal do subordinado; e supõe-se também que a prestação laboral não se confunde com o desempenho das tarefas domésticas habituais — caso contrário a relação de trabalho não teria especificidade. Parece, portanto, legítima a constituição de uma relação de trabalho subordinado entre cônjuges<sup>4</sup>.

O contrato de trabalho entre cônjuges é, pois, compatível com o seu estatuto de igualdade conjugal e deve ser lícito<sup>5</sup>.

Então, mais depressa se pode aceitar que dois cônjuges desempenhem papéis profissionais como comandante e oficial piloto de uma aeronave, ao serviço de um patrão. A prática de uma relação hierárquica funcional, de natureza marcadamente vertical, cabe naturalmente na formação técnica que os pilotos adquirem; reservando a prática da relação conjugal horizontal para fora das horas de serviço<sup>6</sup>.

**5.2. A afirmação genérica de que a proximidade resultante dos vínculos familiares, designadamente do casamento, pode pôr em causa a indispensável**

<sup>4</sup> Francisco Pereira COELHO / Guilherme de OLIVEIRA, *Curso de Direito da Família*, vol. 1, 548-9.

<sup>5</sup> A dificuldade técnica apenas será trazida pelo regime de bens que, se for de comunhão, coloca problemas quanto à natureza da retribuição, tendo em conta os diversos patrimónios, cfr. Francisco Pereira COELHO / Guilherme de OLIVEIRA, *Curso de Direito da Família*, vol. 1, 549.

<sup>6</sup> Note-se que a inclusão dos pais e filhos ainda parece mais arbitrária, sendo certo que a tradicional relação foi claramente vertical, durante muitos anos.

relação vertical e, por esta via, a segurança do voo, assume que existe uma espécie de *presunção de indisciplina e de perigo associada aos cônjuges*, que se devem considerar pouco fiáveis para o desempenho de tarefas sensíveis, em conjunto, como a tripulação de uma aeronave.

Poderá responder-se que o verdadeiro perigo está na “familiaridade e proximidade social”. Mas esta afirmação demasiado vaga acaba por não ser operativa: na verdade, não se consegue explicitar com o rigor necessário os vínculos que são considerados críticos, e esta tarefa acaba inevitavelmente por omitir outros laços semelhantes que deviam ter sido incluídos, como João Leal Amado já referiu<sup>7</sup>.

Por outro lado, qualquer tipo de proximidade que de alguma maneira possa fragilizar as operações técnicas pode bem ser considerada no treino dos pilotos.

E ainda deve acrescentar-se que a proximidade entre cônjuges ou outros familiares próximos nunca preocupou a empresa nos momentos em que permitiu as trocas entre pilotos — cfr., adiante, o ponto 6.1

**5.3.** A prova de que não tem sentido formular uma proibição genérica — uma *presunção de indisciplina e de perigo associada a certos vínculos familiares* — está na *procedimento excepcional de autorização* para os familiares voarem juntos, que será da competência do *accountable manager*. De facto, pode perguntar-se: se a mera relação familiar

próxima suscita perigo para a navegação aérea ao ponto de gerar uma proibição genérica de voar em conjunto, como é possível que o *accountable manager* possa levantar a proibição por razões operacionais? Excepcionalmente, por razões operacionais, dois cônjuges podem pilotar juntos? Isto é, excepcionalmente, pode-se voar em condições de perigo? Ou pretende dizer-se que, em alguns casos, os vínculos familiares não suscitam reservas quanto à segurança? E como se determinam estes casos?

**6.** Para poder aceitar bem a deliberação da empresa no sentido de impedir a operação simultânea dos dois pilotos envolvidos neste caso, em homenagem às exigências prioritárias de segurança no setor da aeronáutica, eu esperaria uma fundamentação melhor: de facto, tratando-se de impor aos dois pilotos casados a proibição de voar em conjunto — com violação do direito constitucional da igualdade entre todos os pilotos, e com violação do direito à conciliação entre a vida profissional e da vida familiar — julgo que *teria sido bem melhor* ter aplicado a proibição de *um modo mais adequado e proporcional* relativamente ao fim em vista.

**6.1.** Primeiro, seria de esperar que a empresa tivesse sido a primeira a preocupar-se com as desvantagens de *permitir o abuso* das “trocas de escalas” que se pensa que pode viciar a “clara e rigorosa distribuição de tarefas”; e tivesse sido a primeira a garantir a “efetiva rotatividade das tripulações” que promove as melhores práticas (ponto 47 da matéria de facto). Na verdade, não foi isso que aconteceu já que, “No ano que antecedeu o acidente, os Autores efectuaram um número não concretamente apurado de voos em conjunto, mas que se aproximou dos 85% dos voos por eles realizados...” (ponto 37 da matéria de facto), o que só podia acontecer com a anuência da empresa.

<sup>7</sup> Se porventura nos lembrarmos de hipóteses em que a lei afasta o trabalho em conjunto de pessoas que vivem em proximidade ditada pelo parentesco — cfr., p. ex., os artigos 115.º e seguintes do código de processo civil — deve notar-se de que não há qualquer analogia com o caso que aqui se discute: aquelas normas visam estabelecer “garantias de imparcialidade” dos tribunais, condições para juízos livres e independência das decisões, enquanto a segurança da aeronáutica se atinge através de uma atuação conforme com protocolos rígidos e uma subordinação hierárquica sem falhas.

**6.2.** Segundo, parece que o acidente ocorrido em 2 de março de 2013, e as conclusões dos processos de averiguação, *teriam proporcionado à empresa a oportunidade de se focar na prestação laboral dos dois pilotos casados.*

a) De facto, segundo a contestação da empresa, na 1.<sup>a</sup> instância, os dois pilotos deixaram *culposamente* o gravador de voz ligado, depois da aterragem, em violação do Regulamento Europeu EU-OPS n.º 859/2008, o que teve por consequência que se tivesse perdido o registo dos últimos trinta minutos das conversações antes da aterragem. Esta facto terá determinado que a empresa não conseguiu saber qual dos dois pilotos tripulava a aeronave no momento do acidente.

b) A mesma verificação de que o gravador permaneceu ligado (sem referência à eventual culpa dos pilotos) resulta do Relatório final aprovado pelo diretor do *Gabinete de Prevenção e Investigação de Acidentes com Aeronaves* (Álvaro Neves), em 29 dezembro 2014, publicado e aprovado de acordo com o Decreto-lei 318/99, de 11 de agosto: “O CVR era um modelo Fairchild A 100 A, P/N 93-A 100-80 que foi deixado em funcionamento após a chegada e as gravações do voo foram perdidas. Só estavam disponíveis as conversas da tripulação pós-voo e do pessoal de terra, que não eram relevantes para a investigação. Sempre que um gravador de voz da cabine (CVR) não é colocado em segurança após a ocorrência, as informações relevantes para uma investigação estão perdidas e a identificação de deficiências de segurança e do desenvolvimento de mensagens de segurança estão impedidos (p. 36).

Acresce que, segundo o GPIAA: “Numa primeira entrevista realizada pelo investigador anterior ambos os membros da tripulação de voo afirmaram que *o comandante tinha assumido o controlo* da aereo-

nave logo após o primeiro ressalto numa tentativa de corrigir o perfil, segurando o nariz para cima, a fim de evitar um contacto da roda do nariz firme. *Esta versão do evento foi desmentida numa entrevista posterior, realizada pela equipa de investigação atual com ambos os pilotos a afirmar que o comandante CM1 era o piloto a voar (PF) desde o momento de desligar os APS”.*

É ainda: “Embora a presente equipa de investigação tenha sido incapaz de confirmar se as condições de vento, durante a aproximação, estavam dentro dos limites (como mencionado antes, o CVR gravou conversas depois do voo, e não há comunicações disponíveis com o ATC de Ponta Delgada)”.

c) Por fim, a *causa primária do acidente*, segundo o *Gabinete de Prevenção e Investigação de Acidentes com Aeronaves* foi: “O *handling* inadequado na recuperação de um ressalto na aterragem (desvio das técnicas de pilotagem recomendadas)”(p. 64). O que, evidentemente, só pode ser imputado aos pilotos.

**6.3.** Terceiro, se a empresa tivesse podido focar-se na prestação dos pilotos casados, se tivesse podido identificar certas deficiências técnicas e/ou comportamentais, *teria podido recomendar medidas conformes com as necessidades de aperfeiçoamento daqueles pilotos concretos.* Deste modo, teria podido impor-lhes formação suplementar e teria podido obrigá-los a seguir a prática geral que manda constituir as equipas de forma aleatória, de modo a assegurar a rotatividade dos pilotos que evite práticas rotinadas que possam interferir com as regras de segurança (cfr. os pontos 38 e 39 da matéria de facto). Teria podido, desta maneira ou equivalente, repor as condições de segurança que porventura terão sido fragilizadas.

6.4. Quarto, julgo que se tivesse podido seguir um caminho individualizado parecido com este, *teria evitado recorrer à emissão de uma proibição genérica* que é discriminatória relativamente a várias categorias de pessoas, que tem uma fundamentação duvidosa, que abrange potencialmente demasiadas pessoas e deixa de abranger outras que, pelas mesmas razões alegadas, deviam lá caber. E que, salvo erro, não tem qualquer tradução nos regulamentos nacionais ou internacionais da aeronáutica<sup>8</sup>.

7. *Em conclusão*, embora eu admita que pode ter havido razões para apreciar a prestação dos dois pi-

lotos casados, e para intervir sobre esta prestação, creio que teria sido melhor que a empresa tivesse seguido um caminho mais adequado e menos desproporcionado no que respeita à compressão do direito fundamental à não discriminação entre pilotos, e ao direito fundamental à conciliação entre a vida profissional e a vida familiar.

Porém, tal como as coisas decorreram e chegaram aos tribunais, as instâncias tiveram de se submeter aos imperativos absolutos da segurança, e porventura ditaram o mal menor; mas, ao coonestarem a posição da empresa — e a norma interna que ela emitiu — foram forçadas a adotar uma fundamentação que padece das fragilidades do procedimento seguido e da própria norma emitida.

---

<sup>8</sup> “Questionada agora sobre o assunto pelo Público, a ANAC admite não existir, nem na legislação nacional nem na internacional, nenhuma proibição de familiares próximos pilotarem o mesmo voo” — cfr. <<https://www.publico.pt/2016/10/24/sociedade/noticia/marido-e-mulher-proibidos-de-partilhar-cockpit-1748420>>.

## CRIANÇAS NÃO ACOMPANHADAS CARECIDAS DE PROTEÇÃO INTERNACIONAL: QUE SOLUÇÕES A LONGO PRAZO?

Ana Rita Gil

Doutora em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa  
Investigadora do CEDIS, Centro de I&D em Direito e Sociedade, da Faculdade de Direito da UNL

**Palavras chave:** *refugiados; requerentes de asilo; crianças não acompanhadas; reagrupamento familiar*

**Keywords:** *refugees; asylum seekers; non accompanied children; family reunification*

**Resumo:** *A chegada massiva de crianças migrantes não acompanhadas às fronteiras da Europa nos anos de 2015 em diante veio colocar vários desafios aos sistemas de acolhimento, de asilo e de proteção de crianças dos Estados-Membros. O presente artigo visa caracterizar os deveres dos Estados-Membros face à chegada dessas crianças migrantes e, em particular, lançar pistas para se encontrarem soluções de longo prazo que protejam o seu superior interesse.*

**Abstract:** *The mass influx of unaccompanied migrant children to the European Borders after 2015, created several challenges to the systems of reception, asylum and child protection of Member-States. The present Article aims at analysing the States' duties on protection of these children and, in particular, to reflect upon the long-term solutions that may better protect the child's superior interest.*

### 1. Introdução: a “crise de refugiados” e a “infantilização” dos fluxos migratórios em 2016

A chamada “crise de refugiados”<sup>2</sup> que chegou à União Europeia (UE) em 2015, continuou durante o ano de 2016 e, em 2017, não se perspetivava

<sup>1</sup> Seguimos, no presente texto, a grafia correspondente ao Novo Acordo Ortográfico.

<sup>2</sup> Apesar de assim normalmente apelidada, consideramos que a referida crise não constituiu verdadeiramente uma “crise de refugiados” mas sim, mais precisamente, uma crise política da UE. Tal crise assentou

ainda um fim ou solução breves para a mesma. O ano de 2016 foi, inclusivamente, marcado por uma nota de agravamento no que se refere à migração de crianças não acompanhadas. De acordo com dados da EUROSTAT, no ano de 2015 foram registados na União 1.321.560 pedidos de asilo, dos quais 393.040 foram deduzidos por crianças. O número de crianças não acompanhadas já então fora elevado, chegando a cerca de 90.000, o que correspondeu a cerca de 25% do total. Em 2016, a evolução dos movimentos migratórios para a UE caracterizou-se, sobretudo, pelo aumento da percentagem de crianças envolvidas, que passou a constituir cerca de 35% do total. De janeiro a maio de 2016 chegaram à UE mais 7000 crianças, o que representou um acréscimo de 129% por comparação com o ano anterior. Assim, se 2015 foi marcado por um aumento exponencial do número total de requerentes de asilo, o ano de 2016 pautou-se pela *infantilização* dos movimentos migratórios. A tendência manteve-se no ano de 2017, embora o número total de migrantes tenha começado a diminuir devido, *inter alia*, ao bloqueio de várias rotas migratórias<sup>3</sup>.

especificamente na falta de cumprimento das obrigações a que os Estados-Membros se vincularam no contexto da política comum de asilo.

<sup>3</sup> Tal “bloqueio” ocorreu primeiramente no Mediterrâneo oriental, por força da Declaração UE-Turquia de 16 de março de 2016, onde se acordou, *inter alia*, que todos os migrantes irregulares que chegassem às ilhas gregas provenientes da Turquia a partir de 20 de março de 2016 seriam devolvidos a este último país. Posteriormente, na

As crianças que integram estes movimentos não partilham um perfil homogéneo. Algumas delas chegam à UE acompanhadas da família, outras vêm na companhia de outros parentes, embora se encontrem separadas de ambos os pais ou tutores legais. Por fim, são ainda muitas as crianças que chegam totalmente desacompanhadas, *i.e.*, sem a companhia de qualquer adulto por elas responsável. Algumas dessas crianças desacompanhadas iniciaram o trajeto migratório acompanhadas, tendo, por diversos motivos, acabado sozinhas. No entanto, são ainda muitas as que partem sozinhas desde o país de origem, muitas vezes por escolha da própria família.

Apesar da sua heterogeneidade, é possível traçar um perfil maioritário das crianças que chegam desacompanhadas à UE. A grande maioria é do sexo masculino, sendo 50% adolescentes com idades compreendidas entre 14 e 17 anos de idade. As nacionalidades mais representativas são as afgã, síria e iraquiana.

Os motivos que levam as crianças a abandonar sozinhas os seus países são diversos. Se, em relação a algumas, a decisão de migrar se alicerça na intenção de procurar melhores condições de vida, a verdade é que, na maior parte dos casos, estão em causa motivos que justificam concessão de proteção internacional — a fuga de conflitos armados, de guerras, violência e de perseguição<sup>4</sup>. Neste ponto podemos, inclusivamente, considerar que as crianças refugiadas são como que “duplamente refugiadas” ou acrescidamente carecidas de proteção internacional. É sobre este aspeto que versará o ponto seguinte.

sequência de acordo semelhante, formalizado entre a Itália e a Líbia, diminuiu drasticamente o número de migrantes a atravessar o Mediterrâneo Central. O ano de 2018 foi marcado pela oposição de vários Estados europeus a que embarcações de migrantes atracassem nas suas margens costeiras.

<sup>4</sup> Rebecca O'DONNELL / Jyothi KANICS, «Separated and unaccompanied children in the EU», *Forced Migration Review*, Oxford: Refugee Studies Centre, 51 (2016) 73-75.

## 2. As Crianças refugiadas como pessoas duplamente carecidas de proteção

Como acima se referiu, as crianças que são forçadas a sair dos seus países para procurar proteção internacional são *duplamente carecidas dessa proteção*. Assim é pelo facto de serem *crianças* e, por isso, seres humanos mais vulneráveis, mas ainda pelo facto de as razões que conferem, em geral, o direito à proteção internacional se revelarem ainda com mais premência quando a vítima de perseguição ou ameaça é uma criança.

De facto, para além dos riscos corridos pelos adultos, as crianças estão sujeitas a riscos acrescidos nos países de origem e nos países de trânsito, alguns deles afetando-as especificamente. Desde logo, estão sujeitas a um perigo acrescido de morte ou de ofensa à integridade física, por serem naturalmente mais vulneráveis<sup>5</sup>. Depois, em alguns países, são vítimas de perseguição em função da sua idade: é o caso dos países onde se procede ao recrutamento de crianças para integrarem as forças armadas (seja pelo Estado, seja por forças militarizadas), dos países onde vigoram tradições de casamentos infantis ou forçados, ou ainda de mutilação genital / ritos iniciáticos. Seguidamente, as crianças são ainda particularmente indefesas em relação a comportamentos de extorsão, exploração, violência e abusos, os quais se verificam com especial gravidade no decurso do percurso migratório<sup>6</sup>. Por fim, as condições em que são acolhidas nos países de destino muitas vezes tocam o limiar da indignidade.

De facto, confrontados com um afluxo maciço e sem precedentes de pessoas, os Estados-Membros

<sup>5</sup> Sobre este ponto, v. Leah JAMES *et al.*, «The mental health of Syrian refugee children and adolescence», *Forced Migration Review*, Oxford: Refugee Studies Centre, 14 (2014) 42-44.

<sup>6</sup> Sobre este ponto, v. Sami NAIR, *Refugiados — Frente a la catástrofe humanitária, una solución real*, Barcelona: Crítica, 2016, 130 e s.

mais afetados, como a Grécia ou a Itália, não foram capazes de acolher de forma condigna aqueles que chegaram aos seus territórios em busca de proteção internacional. Foram várias as imagens divulgadas pelos meios de comunicação social e através das quais fomos confrontados com o contrário do que o direito da UE prescreve<sup>7</sup>. Os centros de registo e de receção encontravam-se sobrelotados, inexistindo alojamento separado e adequado para as crianças, e havia falta — senão inexistência — de tutores e de acesso a condições de saúde e de educação. Após a entrada em vigor do acordo com a Turquia em 2016, passou a proceder-se a detenções em massa dos migrantes provenientes desse país, incluindo crianças. Muitas foram as que ficaram privadas de um ambiente adequado ao seu desenvolvimento, potenciando-se novas e graves formas de vitimização. Foram vários os relatos de manutenção de crianças migrantes em espaços sobrelotados e insalubres, a exposição a temperaturas extremas ou a detenção ou separação da família<sup>8</sup>. Neste ponto, importa lembrar que o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (TEDH) já teve oportunidade de condenar, por diversas vezes, Estados-Parte da Convenção Europeia dos Direitos Humanos por detenção de crianças migrantes — considerando, inclusivamente que tal prática pode constituir tratamento desumano ou degradante<sup>9</sup>. A detenção constitui, pois, uma segunda vitimização que poderá reverter-se, a final, numa maior dificuldade de integração da criança no país de acolhimento.

<sup>7</sup> Cfr. o nosso «A Crise Migratória de 2015 e os Direitos Humanos das Pessoas carecidas de proteção internacional: o Direito Europeu posto à prova», in AA.VV., *Estudos em Homenagem ao Conselheiro Presidente Rui Moura Ramos*, Volume 1, Coimbra: Almedina, 2016, 955-983.

<sup>8</sup> V., sobre este ponto, v. Alice FARMER, «The impact of immigration detention on children», *Forced Migration Review*, Oxford: Refugees Studies Centre, 44 (2013) 14-16.

<sup>9</sup> V., *inter alia*, o caso paradigmático *Mubilanzila Mayeka e Kaniki Mitunga c. Bélgica*, queixa n.º 13178/03, Dec. de 12/10/2006.

Por aqui se percebem as consequências devastadoras que a referida “crise” produziu no bem-estar e desenvolvimento dos milhares de crianças que procuraram a Europa para receberem proteção e que, afinal, aqui vieram a sofrer uma *segunda vitimização*.

### 3. O dever jurídico dos Estados perante as crianças carecidas de proteção internacional

A incapacidade de responder adequadamente à referida “crise dos refugiados” contrastou com o já existente corpo normativo da UE referente ao acolhimento das pessoas necessitadas de proteção internacional, o qual configura um dos mais desenvolvidos na área. Disso exemplo é a Diretiva sobre Procedimentos de Asilo<sup>10</sup>, que impõe que todas as crianças requerentes de asilo sejam representadas por um tutor, sejam tratadas como especialmente vulneráveis, ouvidas nos procedimentos e devidamente acompanhadas. A detenção deverá ser usada como último recurso. Por outro lado, a Diretiva sobre condições de receção de requerentes de asilo<sup>11</sup>, impõe que os Estados recebam os requerentes de asilo num ambiente adequado de forma a evitar uma *segunda vitimização* (o que requer o acesso à saúde e serviços de reabilitação, acompanhamento social e psicológico, educação, lazer, alimentação de acordo com idade / religião, alojamento adequado, com a família e separado de demais adultos e preservação da unidade familiar).

<sup>10</sup> Diretiva 2013/32/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de junho de 2013 relativa a procedimentos comuns de concessão e retirada do estatuto de proteção internacional.

<sup>11</sup> Diretiva 2013/33/UE do Parlamento Europeu e do Conselho de 26 de junho de 2013 que estabelece normas em matéria de acolhimento dos requerentes de proteção internacional.

Mas não só. Os deveres jurídicos dos Estados-Membros da UE não se situam apenas no contexto da *receção adequada dos requerentes de asilo*, exigindo ainda a *própria concessão de proteção internacional* quando se esteja perante uma pessoa dela necessitada, nos termos definidos pelo Direito da UE. Tal dever decorre desde logo da Convenção de Genebra de 1951, de âmbito universal, e da qual todos os Estados-Membros são Parte. Decorre depois do Direito da UE, em especial da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, cujo artigo 18.º prevê a consagração de um *direito de asilo*, bem como dos vários instrumentos de direito derivado desenvolvidos para dar eficácia a esse mesmo direito<sup>12</sup>. Por fim, resulta ainda do artigo 3.º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos (CEDH), que proíbe, de forma absoluta, a sujeição a tortura ou tratamentos desumanos e degradantes, entendendo-se que tal proibição inclui a proteção contra devoluções de qualquer pessoa para país onde possa incorrer nos mencionados tratos proibidos<sup>13</sup>.

O dever jurídico de proteção *de crianças* carecidas de proteção internacional decorre não só das mencionadas normas, mas ainda das obrigações assumidas pelos Estados de *proteção das crianças em geral*. De facto, os Estados-Membros são parte de diversos instrumentos com valor vinculativo que lhes impõem tal dever de proteção, como a Con-

venção dos Direitos da Criança, que consagra um dever jurídico geral de proteção das crianças, bem como de proteção da criança refugiada. O dever de proteção da criança foi ainda consagrado no artigo 24.º da Carta dos Direitos Fundamentais da UE<sup>14</sup>.

Por força destes dois grupos de fundamentos, os instrumentos de direito derivado da União Europeia em matéria de asilo passaram a consagrar deveres de proteção acrescidos para as crianças, por força da sua compreensão como pessoa *especialmente vulnerável*<sup>15</sup>.

O primeiro dever jurídico referente à proteção das crianças carecidas de proteção internacional corresponde ao *dever de acolhimento*. Tal dever é o resultado jurídico da consagração do direito de asilo e da proibição de *refoulement*, aliados ao dever de os Estados protegerem as *crianças em geral*<sup>16</sup>. O primeiro dever é, assim, o dever de *acolher* a criança no território, de autorizá-la a aí residir, através da concessão de um dos estatutos legalmente previstos para o efeito (estatuto de refugiado ou de proteção subsidiária)<sup>17</sup>, e a proibição de devolução da mesma para país onde ela corra risco de viola-

<sup>14</sup> Para mais desenvolvimentos sobre este ponto, v. o nosso *Imigração e Direitos Humanos*, Lisboa: Petrony, 2017, 540 e s.

<sup>15</sup> Assim, a já citada Diretiva referente a procedimentos de asilo consagra diversas obrigações de tratamento das crianças como requerentes especialmente vulneráveis.

<sup>16</sup> Não nos referiremos aqui à matéria sobre a determinação do Estado-Membro responsável para apreciar um pedido de asilo e que se encontra, atualmente, regulamentada pelo Regulamento (UE) n.º 604/2013 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de junho de 2013, que estabelece os critérios e mecanismos de determinação do Estado-Membro responsável pela análise de um pedido de proteção internacional apresentado num dos Estados-Membros por um nacional de um país terceiro ou por um apátrida. Assim, e não pretendendo discutir nesta sede a justeza das regras de determinação previstas nesse instrumento, referir-nos-emos aos deveres do Estado responsável. Note-se, contudo que, no contexto da presente “crise”, procedeu-se a um sistema alternativo de distribuição dos refugiados pelos Estados-Membros, através do mecanismo da recolocação, previsto na Agenda Europeia da Migração, proposta pela Comissão em maio de 2015.

<sup>17</sup> Diretiva 2011/95/UE.

<sup>12</sup> Em particular, da Diretiva 2011/95/UE do Parlamento Europeu e do Conselho de 13 de Dezembro de 2011, que estabelece normas relativas às condições a preencher pelos nacionais de países terceiros ou por apátridas para poderem beneficiar de proteção internacional, a um estatuto uniforme para refugiados ou pessoas elegíveis para proteção subsidiária e ao conteúdo da proteção concedida.

<sup>13</sup> Através do desenvolvimento da jurisprudência do TEDH na matéria, a CEDH acabou por proteger, de forma derivada ou indireta, um direito de asilo. Note-se que a referida Convenção não possui qualquer norma de proteção expressa do direito de asilo. Sobre esta matéria, v. o nosso, já citado, «A Crise Migratória de 2015 e os Direitos Humanos das Pessoas carecidas de proteção internacional: o Direito Europeu posto à prova».

ção dos seus direitos à vida, à integridade física e pessoal ou às suas liberdades fundamentais.

No entanto, tratando-se de crianças não acompanhadas, não bastará a *mera autorização de residência* ou, melhor dizendo, a concessão do estatuto de refugiado ou de proteção subsidiária, para, só por si, se assegurar o cumprimento de todos os deveres de proteção que sobre aquelas incumbem ao Estado. De facto, é necessário ainda providenciar soluções concretas que permitam assegurar que a criança terá a satisfação das suas necessidades e dos seus direitos, tais como consagrados na Convenção das Nações Unidas de 1989. Indagaremos de seguida que soluções poderão ser essas.

#### 4. Soluções para as crianças não acompanhadas

Uma vez acolhida no território de um dos Estados-Membros, há que pensar nas soluções a longo prazo que devem guiar o futuro da criança carecida de proteção que se encontre desacompanhada. Visa-se encontrar uma solução que assegure que a mesma se desenvolverá como adulta num ambiente que responde às suas necessidades e respeita os seus direitos, tal como os mesmos se encontram consagrados na Convenção dos Direitos da Criança. Implica ainda a proteção da criança em situações de risco<sup>18</sup>.

Na busca dessas soluções, há que ter permanentemente presente algumas premissas básicas. Em primeiro lugar, tal solução deverá sempre, não só respeitar, como ainda prosseguir ativamente, o superior interesse da criança, tal como dispõe o artigo 3.º da Convenção dos Direitos da Criança. Seguidamente, a procura da mencionada solução

deverá encará-la, como o exige a mencionada Convenção, como um ser humano autónomo e participativo no que toca às decisões que lhe dizem respeito ou que a podem afetar.

Por fim, todos os procedimentos coenvolvidos numa das soluções adiantes explanadas deverão ser caracterizados pela celeridade, devendo ser priorizados em relação aos demais, e flexibilizados, *i.e.*, adaptados à especial natureza do sujeito<sup>19</sup>.

A busca pela melhor solução para a criança migrante pode requerer que os Estados-Membros cooperem estreitamente, de forma a identificarem-na em conjunto, podendo inclusivamente implicar a autorização da transferência da criança de um Estado para outro, quando o seu superior interesse assim o requeira<sup>20</sup>.

**4.1.** Uma das soluções possíveis para o futuro das crianças não acompanhadas com estatuto de proteção internacional consiste no *regresso ao país de origem*. Esta solução pode apresentar-se, inclusivamente, como a mais desejável, já que, por princípio, a criança refugiada terá saído do referido país não por força de decisão voluntária, mas sim por motivos de força maior. Por outro lado, tal país será, à partida, aquele com a qual a criança mantém laços sociais, culturais ou identitários mais estreitos, podendo inclusivamente aí encontrar-se ainda membros da sua família ou outras pessoas de referência.

Não obstante, o regresso ao país de origem só se afigurará uma medida aplicável quando se verifiquem determinados pressupostos cumulativos.

<sup>18</sup> Rebecca O'DONNELL / Jyothi KANICS, «Separated and unaccompanied children in the EU».

<sup>19</sup> Neste sentido, deve ter-se em conta as diretrizes do Conselho da Europa referentes a uma justiça amiga das crianças, adotadas pelo Conselho de Ministros em 17 de novembro de 2010 e disponíveis in <<http://www.coe.int/children>>.

<sup>20</sup> Assim, Rebecca O'DONNELL / Jyothi KANICS, «Separated and unaccompanied children in the EU».

Em primeiro lugar, tal medida apenas poderá ser equacionada quando não haja motivo para recear que os direitos mais fundamentais da criança possam ser postos em risco. O princípio da proibição de *refoulement* assim o exige. Deste modo, se a saída do país se deveu a uma situação de violência generalizada, nomeadamente por força de conflitos internacionais ou nacionais, é necessário que tais conflitos tenham já terminado, e ainda que o país se encontre minimamente reconstruído, de forma a que a criança aí possa prosseguir a sua vida normal. Facilmente se compreende que, na maior parte dos casos, este pressuposto dificilmente será alcançável a curto prazo. E, ainda que se mostrem verificadas as hipóteses mencionadas, é necessário que a isso não se oponham os interesses superiores da criança, que, entretanto e devido aos laços que a mesma foi desenvolvendo com o país de acolhimento, podem justificar que ela se mantenha neste último. Isso poderá ocorrer, por exemplo, se existir interesse na prossecução de estudos ou mesmo na manutenção de certos laços afetivos, sociais ou inclusivamente culturais entretanto desenvolvidos<sup>21</sup>.

Por fim, as crianças não acompanhadas apenas poderão sair do território de acolhimento e regressar ao país de origem se neste existirem pessoas idóneas, com responsabilidades legais sobre as mesmas, que as possam acolher. Neste contexto, se a única alternativa oferecida pelo país de origem consistir na institucionalização da criança, deverá ponderar-se o que é melhor para o seu superior interesse: regressar ao seu meio cultural e social, ou continuar no país de acolhimento, dando-se prevalência à estabilidade de um quotidiano que entretanto pode ter sido conquistado.

Por fim, tem-se considerado que a UE deve con-

tinuar a monitorizar e supervisionar o retorno e reintegração das crianças nos países de origem<sup>22</sup>. A responsabilização pelo seu bem-estar e superior interesse não cessa, pois, com o regresso da criança à terra natal.

**4.2.** Não sendo viável, possível ou adequado o regresso da criança ao país de origem, então a alternativa que se apresenta como idónea para o seu futuro passará necessariamente pela sua *permanência no país de acolhimento ou outro país de refúgio seguro*.

Para o efeito, a par do título legal estável decorrente do estatuto de refugiado ou de proteção subsidiária, deverá ser equacionada a possibilidade de a criança poder adquirir, por naturalização, a nacionalidade do país de acolhimento. A facilitação da aquisição da nacionalidade por parte de refugiados é prevista em alguns instrumentos internacionais, como a Convenção do Conselho da Europa sobre Nacionalidade<sup>23</sup>. No entanto, até 2018, a nossa lei da nacionalidade não previa mecanismos especiais destinados à naturalização das pessoas carecidas de proteção internacional<sup>24</sup>. Entretanto, a lei da nacionalidade foi alterada pela Lei n.º 2/2018 de 5 de julho, tendo passado a prever-se que o Ministério Público deve promover processo de naturalização com dispensa das condições exigidas para os casos gerais, para as crianças ou jovens estrangeiros com

<sup>22</sup> Rebecca O'DONNELL / Jyothi KANIGS, «Separated and unaccompanied children in the EU».

<sup>23</sup> Artigo 6.º n.º 4, al. g) da Convenção Europeia sobre a Nacionalidade de 26 de Novembro de 1997. Resolução da Assembleia da República n.º 19/2000.

<sup>24</sup> Lei n.º 37/81 de 3 de outubro, alterada, por último, pela Lei Orgânica n.º 9/2015, de 29/07. Para uma crítica, v. o nosso «Princípios de Direito da Nacionalidade — sua consagração no ordenamento jurídico Português», *Contencioso da Nacionalidade* [em linha]. Centro de Estudos Judiciários. Coleção Formação Inicial. Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, 2016. [Cons. 4 Jun. 2016]. Disponível in <[http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/Administrativo\\_fiscal/eb\\_Contencioso\\_Nacionalidade.pdf](http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/Administrativo_fiscal/eb_Contencioso_Nacionalidade.pdf)>, 71-108.

<sup>21</sup> Sobre este ponto, v. Ana Rita GIL, *Imigração e Direitos Humanos*, 537 e s.

menos de 18 anos, acolhidos em instituição, na sequência de medida de promoção e proteção definitiva<sup>25</sup>. Entendeu-se, assim, que as crianças acolhidas em instituições careceriam especialmente de obter o estatuto mais estável possível. Note-se que, apesar de a aquisição da nacionalidade ser mais premente nos casos de crianças apátridas<sup>26</sup>, a Lei não exige que, para beneficiarem do mencionado direito à naturalização, as crianças em causa tenham de ser apátridas, podendo ter — e, obviamente, manter — a nacionalidade do país de origem. No entanto, ainda assim julgamos que a lei poderia ter abrangido todas as crianças desacompanhadas, e não apenas as sujeitas a medida de acolhimento residencial. De facto, ficaram de fora as crianças acolhidas em família de acolhimento ou com medida de confiança a pessoa idónea ou apoio para a autonomia de vida. O superior interesse destas poderia também reclamar a obtenção do mais estável dos estatutos, em função da sua situação particularmente vulnerável.

**4.3.** Para além do estatuto legal, outra condição existe que se afigura essencial para o desenvolvimento de uma vida estável no país de aco-

<sup>25</sup> Artigo 6.º, n.º 3 da Lei da Nacionalidade. Nos casos gerais prevê-se o direito à naturalização de crianças, filhas de estrangeiros desde que tenham nascido no território português, e desde que preencham uma das seguintes condições: a) um dos progenitores tenha residência em Portugal, independentemente de título, pelo menos durante os cinco anos imediatamente anteriores ao pedido; b) o menor tenha concluído em Portugal pelo menos um ciclo do ensino básico ou o ensino secundário. É ainda necessário conhecerem suficientemente a língua portuguesa, não terem sido condenados, com trânsito em julgado da sentença, com pena de prisão igual ou superior a 3 anos e não constituam perigo ou ameaça para a segurança ou a defesa nacional, pelo seu envolvimento em atividades relacionadas com a prática do terrorismo, nos termos da respetiva lei.

<sup>26</sup> O Artigo 6.º n.º 4, al. g) da Convenção Europeia da Nacionalidade, para efeitos de previsão de formas de concessão da nacionalidade, equipara os refugiados aos apátridas. Essa equiparação faz sentido, já que, tal como os apátridas, os refugiados estão privados, *de facto*, de um país de origem que assegure a sua proteção.

lhimento: a *manutenção ou reconstrução da unidade familiar*. Com efeito, tem-se entendido que, salvo motivo excecional que exija o contrário, a proximidade da família corresponde ao superior interesse da criança<sup>27</sup>. Para tal, nos casos em que a criança não se encontra acompanhada da sua família — seja totalmente desacompanhada, seja acompanhada de apenas parte dos familiares mais chegados — incumbe às autoridades estaduais a obrigação positiva de promover a reunificação familiar. Isso importa, desde logo, envidar esforços para localizar os familiares da criança. Incumbirá às autoridades do Estado onde se encontre a criança não acompanhada encetar todos os procedimentos necessários para encontrar a família, em cooperação com as autoridades de outros países ou com atores internacionais<sup>28</sup>.

Uma vez encontrada a família, ou nos casos em que o paradeiro desta seja conhecido *ab initio*, há que efetivar-se o reagrupamento familiar. *I.e.*, o Estado deve emitir vistos de entrada e, posteriormente, autorizações de residência para que os familiares mais próximos possam vir juntar-se à criança no país de acolhimento. Neste contexto, o pedido de reagrupamento procede da própria criança. Tal direito possui, assim, contornos diferentes dos tradicionais, em que o agente do reagrupamento familiar é o típico *male breadwinner* que, migrando primeiro para se estabelecer no país de acolhimento e aí arranjar uma atividade económica para se sustentar a si e à família, pede depois o reagrupamento da mulher e dos filhos menores. O reconhecimento da criança como sujeito / agente do reagrupamento importa, pois, uma ultrapassagem

<sup>27</sup> Cfr. Ana Rita Gil, *Imigração e Direitos Humanos*, 533 e s.

<sup>28</sup> Neste contexto, cabe mencionar o importante papel da Cruz Vermelha Internacional na localização de famílias separadas na sequência de conflitos e processos migratórios.

desta conceção *adultocêntrica* da figura do reagrupamento familiar, reconhecendo que a criança tem *a se*, o direito de residir no país de acolhimento, promovendo por sua via a migração consequential dos adultos que dela cuidem<sup>29</sup>.

As condições para o reagrupamento familiar são as que se encontram previstas na Diretiva sobre o Reagrupamento Familiar<sup>30</sup> e na lei do país de acolhimento. Em Portugal, constam do artigo 68.º da Lei de Asilo<sup>31</sup> e dos artigos 98.º e ss. da Lei de Imigração<sup>32</sup>. De acordo com estas normas, a criança — titular do estatuto de refugiada ou de proteção temporária - tem direito ao reagrupamento com os ascendentes em primeiro grau ou o tutor legal ou qualquer outro familiar, se o refugiado não tiver ascendentes diretos ou não for possível localizá-los<sup>33</sup>. Neste contexto, a definição de “familiar” prevista na lei deve ser lida com flexibilidade, como resulta da jurisprudência desenvolvida pelo TEDH, que tem em consideração, mais do que conceitos legais de família, as relações baseadas na proximidade, afetividade e efetividade<sup>34</sup>.

4.4. Seguidamente, importa determinar as soluções duradouras respeitantes às crianças cujos progenitores ou outros familiares não sejam localizados. A essas crianças deverão ser aplicadas, como às demais que se encontrem em Portugal privadas de um ambiente familiar, *medidas de promoção e proteção adequadas*. Tais medidas encontram-se atualmente previstas na Lei n.º 147/99, de 1 de Setembro<sup>35</sup>.

À determinação e aplicação das medidas mais adequadas a cada situação deverão presidir os princípios de intervenção plasmados no artigo 4.º. Assim, e de acordo com o princípio da proporcionalidade e da prevalência da família, as crianças desacompanhadas devem ser preferencialmente colocadas em famílias de acolhimento, só se devendo aplicar uma medida de institucionalização como *ultima ratio*. Seguidamente, a medida não deverá acarretar a separação de irmãos. Assim, os irmãos que tenham chegado juntos ao país de acolhimento, bem como aqueles que tenham sido reunidos posteriormente através do reagrupamento familiar, não devem ser separados por efeito de aplicação de medidas de promoção e proteção. A estes dois princípios basilares acresce ainda a necessidade de ter permanentemente em conta a necessidade de estabilidade de vida, que, comum a todas as crianças, se apresentará com mais premência ainda no caso das crianças com estatuto de proteção internacional, muitas das quais se viram forçadas a abandonar os seus países em condições traumáticas, experimentando depois duras experiências na viagem até alcançarem o país de destino. Esse país não pode oferecer-se, pois, como um local de segunda vitimização, em que as mesmas crianças venham a sofrer novas experiências de instabilidade que tornem ainda mais difícil a sua vivência de desenraizamento.

<sup>29</sup> Cfr. Ana Rita Gil, *Imigração e Direitos Humanos*, 535 e s.

<sup>30</sup> Diretiva 2003/86/CE do Conselho de 22 de Setembro de 2003 relativa ao direito ao reagrupamento familiar. Para mais desenvolvimentos sobre o regime do reagrupamento familiar, v. o nosso «Um Caso de Europeização do Direito Constitucional Português — A Afirmação de um Direito Fundamental ao Reagrupamento Familiar», *Revista de Direito Público* 1/2 (2009) 9-62.

<sup>31</sup> Lei n.º 27/2008, de 30 de junho, que estabelece as condições e procedimentos de concessão de asilo ou proteção subsidiária e os estatutos de requerente de asilo, de refugiado e de proteção subsidiária, com as alterações em vigor.

<sup>32</sup> Lei n.º 23/2008, de 4 de julho, que aprovou o regime jurídico de entrada, permanência, saída e afastamento de estrangeiros do território nacional, com as alterações em vigor.

<sup>33</sup> Artigo 2.º, n.º 1, *iv*) da Lei de Asilo.

<sup>34</sup> Sobre este aspeto, v. o nosso, já citado, *Imigração e Direitos Humanos*, 381 e s.

<sup>35</sup> Alterada, por último, pela Lei n.º 26/2018 de 5 de Julho.

mento. Assim, as soluções encontradas deverão ser aplicadas com o mínimo de mudanças possível, já que estas crianças terão de ser compensadas por toda a instabilidade que até então viveram na sua vida.

Em caso de crianças especialmente vulneráveis (e, assim, poder-se-á dizer, *duplamente vulneráveis*), como as que foram vítimas de tráfico de pessoas ou de outras formas de exploração, qualquer medida deve ainda ser acompanhada de medidas especiais de proteção, como o acompanhamento psicológico específico ou ainda, sendo caso disso, as medidas previstas na lei sobre proteção de testemunhas<sup>36</sup>.

Finalmente, importa recordar que, sendo aplicada medida de promoção e proteção de acolhimento residencial, o Ministério Público deverá iniciar os procedimentos necessários à naturalização da criança, como já referido<sup>37</sup>.

**4.5.** Por fim, importa ainda sublinhar que, independentemente das medidas concretas aplicadas à criança refugiada, ela terá, por força da sua qualidade de *criança*, bem como do princípio da equiparação e da igualdade, e ainda do estatuto que, quer a lei, quer a Convenção de Genebra sobre o estatuto dos Refugiados reconhecem aos refugiados em especial, o acesso a vários *direitos fundamentais sociais*. A Diretiva 2011/95/UE e a lei portuguesa de asilo consagram expressamente tais direitos, entre os quais se contam o direito de acesso à saúde, ao ensino, ao acompanhamento psicológico, à segurança social, à justiça, entre outros. Tais direitos devem ser reconhecidos à criança com estatuto de proteção internacional sem qualquer discriminação em função da nacionalidade, da etnia, da raça, da religião ou de outros fatores proibidos. Assim o

exige expressamente o artigo 2.º da Convenção dos Direitos da Criança e o artigo 13.º da Constituição Portuguesa. A criança tem também, naturalmente, acesso aos direitos fundamentais mais básicos chamados de “1.º geração”, como a liberdade religiosa ou a privacidade.

**4.6.** Finalmente, de forma a assegurar a melhor forma de integração no país de acolhimento, à criança refugiada deve ainda ser garantido o acesso a *medidas especiais de integração*, como sejam, por exemplo, o ensino da língua, de hábitos, de costumes ou regras da sociedade. E assim é porque, para ter sucesso, a integração precisa de resultar de um esforço bidirecional: da sociedade de acolhimento em direção à criança (no sentido de respeitar a sua identidade, cultura ou religião), e da criança em direção à sociedade de acolhimento, no que toca ao respeito pelas normas basilares de funcionamento desta última. Para tal, o Estado deverá munir-se de mecanismos que permitam levar à criança o conhecimento dessas mesmas normas, através da promoção de aulas e de atividades lúdicas destinadas à sua inserção plena na sociedade.

O processo de integração é particularmente delicado no caso das crianças migrantes, como o demonstram vários estudos que explicam que estas sofrem um risco acrescido de abandono e de discriminação em meio escolar, ou ainda que estão muito mais sujeitas a serem privadas dos seus direitos básicos<sup>38</sup>. O funcionamento efetivo dos serviços sociais é fulcral para responder aos específicos problemas destas crianças. O acesso à saúde, educação, atividades lúdicas em plenas condições de igualdade, ajudarão a recriar um ambiente prote-

<sup>36</sup> Cfr. artigo 20.º da Diretiva 2011/95/UE.

<sup>37</sup> Artigo 6.º, n.º 3 da Lei da Nacionalidade de artigo 49.º, n.º 3 da Lei de Promoção e Proteção de Crianças e Jovens.

<sup>38</sup> Nils KASTBERG, «Strengthening the response to displaced children», *Forced Migration Review*, Oxford: Refugees Studies Centre, 15 (2002) 4-7.

tor para as crianças que foram privadas do seu meio normal de vida. A falta de integração ou a privação de direitos básicos é um fator que conduz a hipotecar o futuro destas crianças, as quais terão sempre, por definição, de levar a cabo um esforço redobrado para o conquistar.

## 5. Conclusão

Ao longo do presente estudo procurámos demonstrar que a chamada “crise dos refugiados” com que a UE se confrontou, de 2015 em diante, trouxe uma realidade que levanta acrescidos desafios para os Estados-Membros, no que toca ao respeito pelos direitos humanos — a *infantilização* dos movimentos migratórios, em especial no que respeita ao elevado número de crianças não acompanhadas em busca de proteção internacional.

Estas pessoas implicam a necessidade de respostas mais exigentes e cuidadosas, já que são duplamente vulneráveis e duplamente carecidas de proteção. Tais exigências acrescidas derivam não só da sua qualidade de criança, como ainda dos específicos riscos a que as mesmas estão sujeitas nos países de origem, de trânsito e de acolhimento. Assim,

os Estados-Membros que venham a acolher as mesmas terão de ter presente esta realidade, e procurar as soluções que se afigurem mais adequadas para promover, dentro do possível, as condições que lhe permitam um desenvolvimento sã. Na maior parte das vezes, o regresso ao país de origem pode revelar-se desadequado ou mesmo impossível. Assim, as crianças refugiadas passarão os seus anos de infância e adolescência no país de acolhimento. Caberá a esse Estado promover a sua integração e protegê-las contra eventual discriminação ou estigmatização. O reagrupamento familiar funcionará, quase sempre, como um meio determinante para o seu bem-estar. No entanto, nos casos em que o mesmo não é possível, deparam-se desafios ainda maiores. À criança terá de ser aplicada uma medida de promoção e proteção, a qual terá de providenciar pela melhor integração na sociedade e estabilidade possíveis. Aos Estados caberão obrigações positivas a que não se podem escusar, sob pena de falhar não só o processo de integração, mas principalmente de proteção. Enfim, uma boa “solução”, ou “resposta” para as crianças refugiadas passará, sempre e acima de tudo, por ver tais pessoas como *crianças*, e não como simples *migrantes*.

## OS SISTEMAS LEGAIS PORTUGUÊS E ESPANHOL DE PROTECÇÃO DA INFÂNCIA E JUVENTUDE: NOTAS COMUNS E DISSONANTES E ANÁLISE CRÍTICA

Cláudia Sofia Antunes Martins

Professora-Auxiliar da Universidade da Beira Interior

**Palavras chave:** *protecção da infância e juventude; crianças e jovens em situação de perigo*

**Keywords:** *child and youth protection; child and youth in risk*

**Resumo:** *No presente trabalho efectuar-se-á um estudo comparativo dos ordenamentos jurídicos português e espanhol de protecção da infância e juventude, visando-se compreender os principais pontos de contacto e de divergência entre ambos no que se refere à sistematização do seu regime normativo, respectivos âmbitos de aplicação, critérios legitimadores de intervenção e entidades competentes para intervir, com a correspondente análise crítica.*

**Abstract:** *In this present work we will do a comparative study of the Portuguese and Spanish legal systems of child and youth protection, aiming to comprehend the principal points of contact and divergence between the two countries, particularly in terms of systematization of the legal framework, its scope, the criteria that legitimates the intervention and the entities authorize to perform, with the corresponding critical analysis.*

### 1. Nota introdutória

O quadro normativo dirigido à protecção da infância e juventude, em Portugal e em Espanha, apresenta por denominador comum o facto de ambos os regimes assentarem sob uma plataforma axiológica análoga, inspirada em valores e princípios enunciados em Convenções e Tratados Internacionais e em diplomas comunitários subscritos pelos dois Estados.

Destaca-se, designadamente, o papel peremptório da Convenção dos Direitos da Criança, de 20 de Novembro de 1989, cujas normas irromperam com força jurídica internacional, assumindo natureza vinculativa, possibilitando, assim, um nível de uniformização legislativa entre os Estados assinantes.

À luz da Convenção dos Direitos da Criança, é enunciada uma “magna carta” de direitos de natureza cível, política, económica e cultural que os Estados Membros assumiram o compromisso de respeitar e garantir a todas as crianças e jovens que se encontrem sujeitos à sua jurisdição, e que passa a servir de referência na tomada de quaisquer decisões importantes sobre as suas vidas. Simultaneamente, a criança e o jovem passam a assumir uma posição mais dinâmica e activa na condução da sua vida e em sociedade, com direito a serem ouvidos sobre todas as questões importantes sobre a sua vida<sup>1</sup>.

Após a ratificação da Convenção, ambos os países ibéricos deram início a um profundo processo de reforma legal, na área da infância e juventude, no sentido de transpor os seus dispositivos para as suas legislações internas, as quais deveriam denotar esse espírito de mudança, essa nova filosofia na forma de compreender e de intervir junto das

<sup>1</sup> Artigos 12.º, 15.º, 17.º e 31.º, n.º 2, da Convenção dos Direitos da Criança.

suas crianças e jovens sujeitos à sua jurisdição, e que, culminou, com a publicação, em Espanha, em 1996, da Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor, e, em Portugal, com a elaboração da Lei n.º 147/99, de 1 de Setembro, a Lei de Protecção de Crianças e Jovens em Perigo, que entrou em vigor a 1 de Janeiro de 2001.

Não obstante os citados ordenamentos jurídicos assentem em princípios norteadores comuns, cada um materializou as referidas coordenadas de forma bem distinta, construindo um esquema legal de protecção na área da infância e juventude com contornos e matizes muito particulares.

Serão essas notas singulares de cada um dos regimes jurídicos, assim como os seus pontos comuns, que procuraremos destrinçar seguidamente. Antes, porém, faremos uma breve contextualização sobre o processo de formação dos citados quadros legais.

## 2. Um olhar evolutivo sobre os sistemas legais português e espanhol de protecção da infância e juventude

### 2.1. O ordenamento jurídico português

Portugal adoptou o primeiro diploma legal específico em matéria de protecção da infância e prevenção da delinquência juvenil, em 1911, com a publicação do Decreto-Lei de 27 de Maio, que aprovou a *Lei de Protecção à Infância*. Não obstante o teor do seu texto legal denotar o que alguns autores apelidaram de um certo “romantismo político da época”<sup>2</sup>, assente não tanto no rigor técnico-jurídico, mas na nova axiologia associada aos problemas da infância e da juventude, ele transpôs para o

papel os princípios de uma nova corrente dogmática e jurisprudencial que apostava na intervenção preventiva e reeducadora face à delinquência e indisciplina juvenil, com recurso a uma “pedagogia correcional, ao trabalho profissional e uma terapêutica apropriada”<sup>3</sup>, procurando apagar os resquícios de uma forma de agir puramente repressiva.

A Lei de 1911 tinha como objectivo fundamental, “prevenir (...) os males sociais” que pudessem conduzir à perversão, ao crime ou ao comprometimento da vida ou saúde dos menores de dezasseis anos<sup>4</sup>, “de ambos os sexos, e curar os seus efeitos” (estendendo a sua intervenção até aos jovens com idade igual ou inferior a vinte e um anos considerados indisciplinados ou incorrigíveis pelos seus pais ou tutores)<sup>5</sup>.

Neste período, o foco principal legislador dirigiu-se para os *menores delinquentes*. A intervenção junto das crianças e jovens em perigo moral apresentava uma importância primariamente colateral, como medida preventiva da delinquência.

A L.P.I. percepciona as crianças e jovens não como sujeitos de direitos, com voz activa sobre os assuntos da sua vida, mas seres em fase de desenvolvimento que, em função da sua vulnerabilidade e dependência, precisam de ser protegidos ou ree-

<sup>3</sup> ANTÓNIO D’OLIVEIRA, *Protecção moral e jurídica à infância*, Lisboa: Tipografia do Reformatório Central de Lisboa Padre António de Oliveira, 1929, 24.

<sup>4</sup> Embora a L.P.I. tenha dirigido a sua acção para os menores delinquentes, desamparados ou em perigo moral, com idade inferior a dezasseis anos, com a entrada em vigor do Decreto n.º 10 767, de 15 de Maio de 1925, o legislador permitiu a aplicação de medidas de correcção, designadamente, o internamento em Colónia correcional, a jovens delinquentes com mais de dezasseis anos, se condenados nos tribunais comuns a pena maior ou correcional superior a seis meses e se o Conselho Penal e Prisional assim o entendesse.

<sup>5</sup> Artigos 69.º a 72.º da L.P.I. Na década de vinte, o Decreto-Lei n.º 15 162, de 10 de Março de 1928, estenderá a acção das tutorias a todas as crianças e jovens *abandonados pobres ou desamparados* com idade superior a dezasseis anos e inferior a vinte e um anos, nos termos do seu artigo 27.º.

<sup>2</sup> Eduardo SERRA, “Os tribunais de menores e a sua jurisdição”, Separata do *Boletim do Ministério Público* 103 (1961) 18.

ducados, consoante as circunstâncias de cada caso, com vista a garantir a sua “educação e purificação”<sup>6</sup>.

Na segunda metade do século, teve lugar a segunda grande reforma interna em matéria de protecção de menores, com a revogação da L.P.I. e a entrada em vigor, em 1962, da Organização Tutelar de Menores, de matriz acentuadamente proteccionista, que passou a equiparar, para efeitos de enquadramento legal e medidas adoptadas, os designados *menores em perigo moral* e os *menores delinquentes*.

Neste diploma sai reforçado o papel do Estado na tríplice função de “*proteger, assistir e educar*” as crianças e os jovens, passando a ter legitimidade para intervir, através dos seus órgãos judiciais, sempre que sinalizada uma situação de “menor-problema (...) considerado carecido de protecção”<sup>7</sup>. A figura estadual irrompe como uma figura paternal, o bom tutor que zela por todas as crianças e jovens carentes de assistência e protecção, substituindo os pais e a família. Actuando sempre com o objectivo precípuo de alcançar a melhor decisão para a vida da criança ou jovem, passa a considerar-se despidienciada a consagração e a salvaguarda de garantias de defesa individuais, quer em relação à criança ou jovem, quer aos seus pais ou representante legal, tais como o contraditório e o direito a ser assistido por um advogado. Adopta-se ainda um tipo de processo informal, maleável, no qual o juiz exerce, em exclusivo, o poder decisório, sendo-lhe conferidos poderes discricionários quanto à medida a adoptar em cada caso, que, em muitas situações, se traduzem numa ingerência abusiva na vida da criança e da sua família.

No regime legal vertido na O.T.M., o legislador vai afastar a distinção que o decreto de 1911 intro-

duzira entre menores delinquentes e menores em perigo moral. Fundem-se as diversas realidades e respectivos mecanismos de intervenção e medidas aplicáveis. O jovem até então designado de delinquentes, desamparado e indisciplinado, na medida em que fosse considerado imputável pela idade, passa a ser percebido como mais uma vítima da sociedade que deveria ser protegida do seu meio ambiente familiar e social e das suas más tendências e ser reeducado e assistido tal como a criança ou jovem em perigo moral. Neste período, o legislador desvaloriza os factos por ele praticados, dando antes enfoque à sua personalidade e às condições sócio-familiares<sup>8</sup>.

Este diploma sofreu pequenas alterações, em 1967, sobretudo em matéria de providências cíveis (visando a sua harmonização com o teor das novas disposições do Código Civil de 1966), e, de uma forma mais profunda, em 1978, mas manteve sempre a sua traça proteccionista.

A principal alteração introduzida no regime legal da O.T.M., em 1978, traduziu-se na maior abertura a novas formas de participação da comunidade na administração da justiça, em respeito pelos novos preceitos constitucionais que explanavam essa mesma ideia<sup>9</sup>.

O regime legal da O.T.M. manteve-se em vigor até 2001, não obstante ter sido objecto de inúmeros reparos e críticas ao longo do tempo. Por um lado, não se podia continuar a fundir no mesmo quadro de intervenção as crianças e jovens em situação de perigo e as que fossem agentes de ilícitos penais, sujeitando-as ao mesmo tipo de processo e às mesmas medidas. Os jovens agentes de crimes não

<sup>6</sup> Preâmbulo da L.P.I.

<sup>7</sup> Rui ASSIS, “A Intervenção do Estado no Domínio das Crianças e Jovens em Perigo”, *Scientia Iuridica* 289 (2001) 157-158.

<sup>8</sup> Manuel Branco MENDES, “Evolução e desafios das respostas residenciais para jovens face ao perigo e ao crime”, *Ousar Integrar – Revista de Reinserção Social e Prova* 3/6 (2010) 89.

<sup>9</sup> Artigo 202.º, n.º 4, da C.R.P.

podiam ser percebidos como meras vítimas da sociedade, relegando-se para segundo plano a análise e prova dos factos indiciados na participação. Havia que responsabilizá-los pelos seus actos, sujeitando-os a medidas tutelares, na medida em que necessitassem de ser educados para o direito<sup>10</sup>.

Por outro lado, havia que limitar a intervenção do Estado junto da criança, do jovem e da sua família, fixando-se critérios de legitimidade da sua actuação, evitando-se ingerências abusivas no núcleo familiar. Acrescia ainda a necessidade de ser reconhecido, quer à criança e ao jovem, quer ao seu representante legal ou de facto, um extenso rol de direitos e garantias processuais<sup>11</sup>.

Atentas as referidas fragilidades que o diploma manifestada, e uma vez subscrita a Convenção dos Direitos da Criança em 1989, em 1996, o governo português deu início à terceira e mais importante reforma<sup>12</sup> do seu ordenamento jurídico, a qual cul-

minou, três anos depois, com a publicação da: Lei Tutelar Educativa, aprovada pelo Decreto-Lei n.º 166/99, de 14 de Setembro, que passa a enquadrar e disciplinar as questões referentes à delinquência juvenil; e da Lei de Protecção de Crianças e Jovens em Perigo, aprovada pela Lei n.º 147/99, de 1 de Setembro, dirigida especificamente para a protecção das crianças e jovens em situação de perigo.

À luz deste novo enquadramento legal, os jovens *agentes da prática de facto qualificado como crime*, com idade entre os treze e os quinze anos, passam a ficar sujeitos à disciplina prevista na L.T.E., na medida em que o seu circunstancialismo exija uma intervenção tutelar educativa para o direito e a sua *inserção de forma digna e responsável na vida em comunidade*, por se revelarem incapazes de respeitar as regras fundamentais de convivência social.

Já as questões referentes à protecção das crianças e jovens em *situação de perigo*, com idade igual ou inferior a dezoito anos, passam a ser enquadradas pela L.P.C.J.P., a qual procurou “assegurar às crianças o direito à protecção da sociedade e do Estado dentro de um quadro garantístico, que estabeleça as fronteiras daquilo que se pode fazer em nome da protecção”<sup>13</sup>, a qual será, por essa razão, objecto de especial análise no presente trabalho.

## 2.2. O ordenamento jurídico espanhol

As traves mestras do edifício jurídico estatal de protecção da infância e juventude, em Espanha, encontram-se actualmente erigidas especialmente sobre dois importantes diplomas: a Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil<sup>14</sup>, e o Código Ci-

<sup>10</sup> Eliana GERSÃO, “Portugal entre as Armadilhas da Protecção e da Justiça de Menores”, *Tribuna de Justiça* 4-5 (1990) 100-101; e Anabela Miranda RODRIGUES, “Repensar o Direito de menores em Portugal – Utopia ou realidade?”, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal* 7/1 (1997) 374-386.

<sup>11</sup> Como sublinha Alfredo Castanheira NEVES, “A intervenção do advogado no âmbito do direito dos menores. Alterações legislativas num contexto global de reforma”, *Infância e Juventude* 4 (2000) 45: “o princípio do contraditório constitui uma das principais rupturas com o modelo anterior, pois a participação constitutiva no processo só pode realizar-se se for conferido ao menor o direito a ser ouvido e de contraditar os factos que lhe são imputados, requerendo diligências e indicando as provas adequadas”.

<sup>12</sup> O processo de reforma foi iniciado, em 1996, pelo Ministro da Justiça, José Vera Jardim, tendo depois sido acompanhado pelo Secretário de Estado José Luís Lopes da Mota e também pelo Ministro do Trabalho e da Solidariedade Social, Eduardo Ferro Rodrigues e foi impulsionada com a Resolução do Conselho de Ministros n.º 193/97, de 3 de Outubro, que aprovou a reestruturação do direito de menores, que culminou na elaboração da L.P.C.J.P. e na L.T.E., como na revisão do regime penal especial para jovens adultos e do instituto da adopção. Cf. Eliana GERSÃO, “As novas leis de protecção de crianças e jovens em perigo e de tutela educativa. Uma reforma adequada aos dias de hoje”, *Infância e Juventude* 2 (2000) 9, nota de rodapé 1; e Alfredo Castanheira NEVES, “A intervenção do advogado no âmbito do direito dos menores”, 40.

<sup>13</sup> Eliana GERSÃO, “As novas leis de protecção de crianças e jovens em perigo e de tutela educativa”, 27.

<sup>14</sup> B.O.E. de 17 de enero de 1996, n.º 15.

vil, mais concretamente, entre os seus artigos 172 a 180. É na combinação dos referidos dispositivos legais que descobrimos as suas notas caracterizadoras, designadamente o recorte das situações que legitimam a intervenção de índole administrativa ou judicial junto das crianças e jovens em situação de desprotecção, a delimitação da esfera de competências de cada uma das entidades com poderes de actuação, os princípios orientadores da sua actuação e as respectivas medidas de protecção.

A par deste núcleo fundamental de preceitos legais, aplicável de forma generalizada em todo o território espanhol, cada uma das dezassete Comunidades Autónomas em que aquele território se divide (a par das duas cidades autónomas) foi criando a sua legislação autonómica específica sobre a temática, em função das suas necessidades e específica realidade. Não existe, assim, em Espanha, um único sistema jurídico de protecção de crianças e jovens, mas vários e distintos<sup>15</sup>, embora, como sublinhava Martínez García<sup>16</sup>, a liberdade reconhecida às Comunidades Autónomas encontre limites no princípio da unidade de todo o sistema estatal (as quais terão de atender à legislação das demais Comunidades e do Estado).

Após a instituição de um sistema democrático em Espanha, a protecção jurídica da infância e juventude teve lugar em três etapas fundamentais, a primeira com a Constituição de 1978, a segunda, com as reformas introduzidas no Código Civil, em 1981-1987 e, a terceira, com a recente L.O.P.J.M.

de 1996, a par dos diplomas legais emanados pelas comunidades autónomas na âmbito das suas respectivas competências<sup>17</sup>.

Na década de oitenta, a publicação da Ley 21/1987, de 11 de noviembre, por la que se modifican determinados artículos del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de adopción<sup>18</sup>, introduziu uma importante reforma do quadro legal espanhol de protecção de crianças e jovens, modificando vários artigos do Código Civil e da legislação processual civil. Remodelou o instituto da adopção e introduziu o instituto do acolhimento como nova medida de protecção das criança e dos jovens, figura essa até então referenciada apenas em legislação administrativa sob o nome de “confiamento”<sup>19</sup>, através da qual uma criança ou jovem era confiado a uma ou mais pessoas com vista à sua participação na sua vida familiar.

Por outro lado, o referido diploma legal de 1987 substituiu o conceito de situação de “abandono” pela de “desamparo”, passando a intervenção protectora das entidades públicas a poder ter lugar em relação a qualquer criança ou jovem, com idade inferior a dezoito anos, em situação de desprotecção moral ou material, em virtude de o seu responsável, com ou sem culpa, estar a incumprir com os seus deveres parentais.

39

<sup>15</sup> IGLESIAS REDONDO, *Guarda Asistencial, tutela ex lege y acogimiento de menores (en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Barcelona: Cedecs, 1996, 27-28.

<sup>16</sup> MARTÍNEZ GARCÍA, “La protección de menores en el Estado autonómico. Introducción”, in IDEM, coord., *Los sistemas de protección de menores en la España de las autonomías (Situación de riesgo y desamparo de menores. Acogimiento familiar y acogimiento residencial)*, Madrid: C. Dykinson, 2007, 20.

<sup>17</sup> ALONSO PÉREZ, “La situación jurídica del menor en la Ley Orgánica 1/1996 de 15 de enero de protección jurídica del menor, de modificación del Código Civil y de la ley de Enjuiciamiento Civil: luces y sombras”, *Actualidad Civil* 2 (1997) 20; e De PALMA DEL TESO, *Administraciones públicas y protección de la infancia: En especial, estudio de la tutela administrativa de los menores desamparados*, Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública, 2006, 21-36.

<sup>18</sup> B.O.E. de 17 de noviembre de 1987, n.º 275.

<sup>19</sup> RAMOS SÁNCHEZ, “Algunas consideraciones jurídicas sobre la ley 21/1987, de 11 de noviembre, sobre protección de menores y adopción. Su posible inconstitucionalidad”, *La Ley* 2 (1989) 1000; e GARCIA CANTERO, “Notas sobre el acogimiento familiar”, *Actualidad Civil* 21 (1992) 305.

Não obstante, as alterações introduzidas pela Ley 21/1987 não se revelaram suficientes para dar resposta a todos os desafios que a realidade colocava, impondo ainda os novos instrumentos internacionais subscritos por Espanha maiores reformulações na legislação estatal sobre a temática.

É neste contexto que surge, em 1996, a L.O.P.J.M., a qual, como proclamado no seu preâmbulo, visava sobretudo incorporar uma nova filosofia em relação às crianças e jovens, baseada no maior reconhecimento do seu papel activo na sociedade. O seu conteúdo almejava a construção de um novo marco jurídico de protecção da infância e juventude que vinculasse todos os poderes públicos, as instituições que trabalhassem com crianças e jovens e toda a sociedade em geral.

De renovador na L.O.P.J.M. destaque-se, por um lado, o facto de se ter introduzido o conceito de *situación de risco* [artigo 17], passando o legislador a diferenciar as situações menos graves de desprotecção, que não legitimam a sua separação do seu núcleo familiar, face às situações mais graves de desamparo, sujeitando-as a distinto tratamento jurídico [artigos 12, 16, 17 e 18]; tendo ainda subdividido a medida de acolhimento em acolhimento familiar e residencial (sendo este último referido pela primeira vez na legislação civil) [D.F. quinta]; e introduzido três modalidades da medida de acolhimento familiar: simples, permanente e pré-adoptivo [D.F. sétima].

Não obstante a publicação do referido diploma, subinha-se novamente como o legislador estatal optou por manter a disciplina das medidas de protecção dirigidas à infância e juventude, entre os artigos 172 e ss. do Código Civil, do Título VII do Livro I, em matéria de “relações paterno-filiais” e responsabilidades parentais, deixando, por seu turno, por disciplinar questões importantes em maté-

ria de protecção da infância e juventude.

Recaiu, assim, sobre os legisladores autonómicos preencher muitos dos vazios legais deixados na lei estatal, tendo originado, desse modo, um quadro normativo de protecção da infância e juventude com nuances muito distintas em cada uma das suas C.C.A.A.

Vejam, então, quais os principais traços comuns e dissonantes de ambos os sistemas jurídicos ibéricos.

### 3. Estrutura e sistematização dos respectivos regimes legais

Cotejadas as disposições legais que enformam os sistemas jurídicos português e espanhol, em matéria de protecção da infância e juventude, ressaltam de imediato algumas notas dissidentes relativamente à estrutura e sistematização da sua disciplina jurídica.

No que se refere ao regime normativo espanhol, verificamos que o tratamento desta temática se revela mais complexo e intrincado, cujos preceitos disciplinadores, vertidos na Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, e no Código Civil, para além de serem omissos no tratamento de várias questões (como em matéria de risco e acolhimento residencial) e de recorrerem a vários conceitos jurídicos indeterminados (como os de risco e desamparo), a sua leitura tem ainda que ser articulada com as distintas legislações autonómicas em vigor em cada uma das dezassete Comunidades Autónomas e nas duas cidades autónomas de Ceuta e Melilla, não havendo, assim, um único sistema jurídico de protecção da infância e juventude. Revela-se, assim, tarefa hercúlea o conhecimento de toda a normativa vigente, sendo possível apenas deslindar as principais notas comuns às várias legislações autonómicas, a partir do estudo das disposições presentes na lei estatal.

Por sua vez, a leitura da normativa estatal apresenta igualmente alguns desafios ao repartir a sua disciplina entre a L.O.P.J.M. e o Código Civil e ao fazer remissão, no âmbito do processo judicial com vista à aplicação da medida de acolhimento familiar, para os artigos da legislação processual civil, a Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. Já no âmbito do processo administrativo com vista à declaração de desamparo e aplicação das medidas de protecção, em que tudo o que não se encontra regulado na legislação estatal e autonómica, aplicar-se-á ainda a lei que regula o procedimento administrativo comum, a Ley 30/1992, de 26 de noviembre, conferindo-se ainda à doutrina e à jurisprudência um importante papel na concretização de conceitos jurídicos indeterminados e na procura de soluções jurídicas não alcançáveis em lei geral ou especial, estatal ou autonómica.

Na verdade, o legislador estatal, com a publicação da L.O.P.J.M., visou sobretudo constituir um novo marco jurídico em matéria de protecção da infância e juventude, de acordo com o estatuído na Convenção de 1989, fixando, numa primeira parte do diploma uma lista de direitos que deveriam passar a ser reconhecidos e assegurados a todas as crianças e jovens, em território espanhol, e um conjunto de princípios vectores que deveriam nortear a actuação das entidades competentes em matéria de protecção da infância e juventude. Na segunda parte do diploma, entre os artigos 12 a 25, incluiu uma brevíssima referência às situações que passam a legitimar a intervenção das entidades administrativas e aos institutos jurídicos através dos quais é efectuada a protecção das crianças e jovens, em Espanha, limitando-se a remeter a sua disciplina para o Código Civil e a introduzir algumas modificações nos dispositivos desse diploma civil.

Assim, embora a protecção das crianças e jo-

vens faça parte das funções públicas que são atribuídas ao Estado, à luz da Constituição Espanhola<sup>20</sup>, actuando as entidades públicas competentes nesta área do direito investidas dos seus poderes de *imperii*, optou, ainda assim, o legislador estatal por enquadrar e regular as referidas instituições de protecção da infância e juventude no Código Civil, onde incluiu ainda algumas disposições de índole procedimental, em matéria de desamparo e acolhimento familiar<sup>21</sup>.

Distintamente, na ordem jurídica portuguesa, reconhecendo o carácter híbrido das normas jurídicas que regulam as matéria inerentes à protecção da infância e juventude em situação de perigo, encontrando-se presença numa do designado poder de *imperii* que é conferido às autoridades administrativas e judiciais competentes para intervir (em representação do Estado), a par de outras em que o referido poder de soberania não se verifica, havendo ainda outras disposições de índole processual, optou-se por inserir todos os referidos preceitos (de cariz material, processual, privado e público), num diploma avulso que se apelidou de Lei de Protecção das Crianças e Jovens em Perigo (mantendo, distintamente, a regulação do vínculo da adopção, no Código Civil<sup>22</sup>, por se tratar de uma relação de direito privado).

O regime constante na L.P.C.J.P. é apenas complementado pelas disposições que, a partir de 2008, vieram regulamentar as medidas de promoção e protecção (com excepção do acolhimento em instituição), vertidas no Dec.-Lei n.º 11/2008, de 17 de Janeiro, e no Dec.-Lei n.º 12/2008, de 17 de Janeiro; e, no âmbito exclusivo do processo judicial de promoção e protecção, na

<sup>20</sup> Artigo 39.º da C.E.

<sup>21</sup> Artigos 172.1, 2, 6, 7, 8, 173.2 e 3, e 174.2 do c.c. espanhol.

<sup>22</sup> Artigos 1973.º e s. do c.c. português.

medida em que o legislador o qualifica de jurisdição voluntária [artigo 100.º da L.P.C.J.P.], pelos dispositivos que caracterizam este tipo de processo, presentes no Código Processual Civil<sup>23</sup> que não foram, e bem, duplicados na L.P.C.J.P., e, na fase de debate judicial, pelas normas que regulam o processo declarativo comum<sup>24</sup> [artigo 126.º da L.P.C.J.P.].

Nessa medida, a compreensão do quadro legal português de protecção das crianças e jovens em situação de perigo, resulta, na sua generalidade, mais simples e inteligível. Através da leitura dos cerca de 126 artigos em que a L.P.C.J.P. se reparte, ficamos com uma visão global de todo o regime, substantivo e processual, onde não há lugar a repetições ou grande margem para discricionariedade, e que inclui uma disciplina completa e globalmente adequada<sup>25</sup> e bem sistematizada<sup>26</sup> no tratamento da re-

ferida temática, em plena harmonia com a Convenção dos Direitos da Criança de 1989. O seu regime é apenas complementado pelos diplomas anteriormente referidos na regulamentação de determinadas matérias, cuja especificidade assim o justifica.

#### 4. Âmbito de aplicação das respectivas legislações

Ambos os regimes normativos de protecção da infância e juventude ibéricos dirigem a sua atenção a crianças e jovens, com idade inferior a dezoito anos, que se encontrem em situação de desprotecção nos seus respectivos territórios [artigo 1 da L.O.P.J.M. e artigo 2.º da L.P.C.J.P.], especificando apenas a lei espanhola que esse limite etário pode ser inferior, se, à luz da lei pessoal do jovem, a lei da sua nacionalidade, aquele atingir a sua maioridade mais cedo; e a lei portuguesa, que a mesma se aplica, não só às crianças e jovens que se encontrem em território nacional, mas também em relação às

<sup>23</sup> Entre os artigos 986.º a 988.º do C.P.C.

<sup>24</sup> Artigos 548.º e s. do C.P.C.

<sup>25</sup> Sem prejuízo, julgamos existirem algumas questões merecedoras de aperfeiçoamento no conteúdo da L.P.C.J.P.: por um lado, consideramos que o legislador deveria fixar também prazos máximos de duração em relação às medidas de colocação [artigo 61.º da L.P.C.J.P.]; proceder a uma correcção dos artigos 37.º e 62.º, n.º 6, relativos às medidas provisórias, com vista à sua harmonização, clarificando se o prazo de seis meses das medidas provisórias deve ser compreendido como meramente como um prazo orientador, não vinculativo; esclarecer se a obrigatoriedade de apensação de processos de diferente natureza, que corram os seus termos no mesmo tribunal, sobre a mesma criança, consagrada no artigo 81.º, n.º 1, da L.P.C.J.P., deveria incluir igualmente processos findos, ou não (questão que entendemos que deve ser respondida negativamente); e ainda, aclarar se a excepção à competência territorial dos tribunais/ comissão, prevista no n.º 4, do artigo 79.º da L.P.C.J.P., e que determina que, nos casos em que a criança ou jovem mude de residência, por um período superior a três meses, após lhe ter sido aplicada uma medida de promoção e protecção, o processo deve ser remetido para a comissão ou ao tribunal da área da sua nova residência, se a mesma só tem lugar, quando a medida tenha sido aplicada a título definitivo, ou se também se deve aplicar nas situações em que tenha sido adoptada provisoriamente.

<sup>26</sup> Quanto à sistematização do diploma, três reparos podem ser apontados à L.P.C.J.P.: em primeiro lugar, o legislador faz referência aos acordos de promoção e protecção, no capítulo referente às medidas de promoção e protecção, no artigo 36.º e mais adiante entre artigos 55.º a 57.º, e, posteriormente, no âmbito dos processos, administrativo e judicial, de promoção e protecção, entre os artigos 98.º, n.º 3, 112.º

e 113.º, julgamos, todavia, que deveriam ser todos os citados preceitos ser incluídos numa parte geral, do capítulo sexto, referente ao processo de promoção e protecção, numa subdivisão que teria a epígrafe, *decisões negociadas no âmbito do processo de promoção e protecção - o acordo de promoção e protecção*, assegurando-se maior clareza no seu tratamento. Em segundo lugar, o legislador consagrou no n.º 2 do artigo 62.º-A da L.P.C.J.P., que é aplicável à medida de confiança a pessoa seleccionada para a adopção ou a instituição com vista a futura adopção “o artigo 167.º da Organização Tutelar de Menores”, e ainda que não há lugar a visitas por parte da família natural. Parece-nos, todavia, que este preceito não deveria encontrar-se enxertado numa subsecção que trata da duração, revisão e cessação das medidas de promoção, pelo que deveria o legislador, logo que possível, integrá-lo no n.º 2 do artigo 38.º-A da L.P.C.J.P., disposição esta que regula especificamente essa medida de promoção e protecção, sugerindo-se ainda que o citado artigo 38.º-A da L.P.C.J.P., passasse a ser referida na lei, logo após o artigo 35.º da L.P.C.J.P., no qual são indicadas as medidas de promoção e protecção (antes do artigo que faz alusão à “competência para aplicação das medidas”. Por fim, somos de opinião ainda que os capítulos seis a nove poderiam integrar um único, referente todo ele ao processo de promoção e protecção, o qual seria, por sua vez, fragmentado em subcapítulos, um geral, outro específico dos procedimentos de urgência e ao processo judicial de urgência, outro dedicado ao processo administrativo e, o último, ao processo judicial.

que aí residam habitualmente<sup>27</sup>.

Divergem, todavia, os referidos regimes, em duas questões importantes. Por um lado, a normativa estatal espanhola não prevê a possibilidade de as medidas de protecção poderem manter-se em relação a jovens que, durante a execução da medida de protecção, atinjam a maioridade, se as circunstâncias do caso o justificarem. Essa solução legal foi, todavia, defendida por certa corrente doutrinal espanhola<sup>28</sup>, segundo a qual o critério dos dezoito anos deveria servir apenas de referência, no momento em que fossem aplicadas medidas de protecção, podendo, assim, a intervenção manter-se, para além dessa idade, sempre que o interesse do jovem o justificasse (posicionamento esse, igualmente, abraçado, na C.C.A.A. da Galiza, no artigo 37, parágrafo terceiro, da Ley 3/2011, de 30 de junio). Ora, em Portugal, o legislador consagra expressamente essa possibilidade ao referir que o regime legal protector, presente na L.P.C.J.P., se aplicará a todas as crianças e jovens em situação de perigo, incluindo neste grupo todos os tiverem menos de dezoito anos ou “*menos de vinte e um anos, se tiverem solicitado a continuação da intervenção iniciada antes de atingirem os dezoito anos*” [artigos 3.º e 5.º, alínea a)], acrescentando ainda que as medidas de protecção cessam quando o jovem atinja a maioridade ou, se este tiver solicitado a continuação da medida para além da maioridade, quando este complete os vinte e um anos [artigo 63.º, n.º 1, alínea d)].

<sup>27</sup> Embora, na medida em que ambos os ordenamentos jurídicos se encontram sujeitos às regras estabelecidas em convenções e tratados internacionais de fixação de critérios de competência para a aplicação de medidas de protecção, podem verificar-se situações em que as autoridades de cada um dos Estados ibéricos não poderão aplicar as referidas medidas a todas as crianças e jovens que se encontrem (ou residam) nos seus respectivos territórios.

<sup>28</sup> NORIEGA RODRIGUEZ, *El acogimiento familiar de menores. Su regulación en el Código Civil y en el Derecho Civil de Galicia*, Madrid: Colegio Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 103.

Por outro lado, na legislação portuguesa restringe-se o âmbito de aplicação de uma das medidas de promoção e protecção, a de *confiança a pessoa seleccionada para a adopção ou a instituição com vista a futura adopção*, referida na alínea g) do n.º 1 do artigo 35.º da L.P.C.J.P., apenas a *crianças e jovens que tenham idade igual ou inferior a quinze anos*, na medida em que o regime regulador do vínculo da adopção, presente no artigo 1980.º, n.º 2, do c.c., não admite a constituição da relação adoptiva em relação a jovens com idade superior<sup>29</sup>. Diversamente, em Espanha, todas as medidas de protecção podem ser aplicadas a crianças ou jovens com idade inferior a dezoito anos: mesmo nas situações em que esteja em causa a aplicação da modalidade de acolhimento familiar pré-adoptivo, esta medida pode ser igualmente adoptada a jovens com idade superior a quinze anos, desde que ainda não tenham atingido a maioridade ou a emancipação ou, mesmo em tais casos, se já tiverem sido confiados desde os catorze anos, sem interrupções, ao candidato a acolhedor-adoptante [artigo 175.2 do c.c. espanhol].

De comum a ambos os ordenamentos jurídicos, destaque-se o facto de nenhum ter previsto a possibilidade de o seu regime protector poder ser dirigido a nascituros (nos casos, por exemplo, em que a progenitora é consumidora de álcool ou de estupefacientes, durante a gravidez), ou a jovens emancipados portadores de algum tipo de incapacidade, não obstante, na ordem jurídica espanhola, tais questões tenham sido amplamente questionadas e debatidas na doutrina<sup>30</sup> e, no que se refere

<sup>29</sup> Salvo se tiverem sido confiados desde os quinze anos ao candidato a adoptante ou se a criança a adoptar for filho do cônjuge ou companheiro do candidato a adoptante.

<sup>30</sup> LINACERO DE LA FUENTE, *Protección jurídica del menor*, Montecorvo, Madrid, 2001, 45; ALONSO PÉREZ, “La situación jurídica del menor en la Ley Orgánica 1/1996”, 39; e DE PALMA DEL TESO, *Administraciones públicas y protección de la infancia*, 86-93, RIVERA FERNÁNDEZ, “Anotaciones a la Ley 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica

aos nascituros, algumas normativas autonómicas tenham aproveitado a referida omissão para subsumir tais situações ao conceito de risco ou de desamparo, garantindo-lhes protecção legal<sup>31</sup>.

Por último, ambos os países seguiram ainda rumos bem distintos no momento de enquadrar as situações que poderiam legitimar a intervenção das entidades competentes junto de crianças e jovens em situação de desprotecção, vejamos como.

### 5. Pressupostos de legitimidade da acção protectora

Quer na ordem jurídica espanhola, quer na portuguesa, o legislador fixou critérios de legitimidade de intervenção das entidades públicas junto das crianças e jovens e das suas famílias, visando evitar ingerências abusivas e excessivas por parte do poder estadual no interior dos núcleos familiares.

No sistema jurídico espanhol, com a publicação da L.O.P.J.M., em 1996, o legislador estatal passou a distinguir o tipo de intervenção junto das crianças e jovens em situação de desprotecção, tendo por referência o nível de gravidade dos factos indicia-

dos para a sua vida ou para o seu harmonioso desenvolvimento, fazendo menção, por um lado, às situações menos graves que qualifica de *risco*, e, por outro, às mais gravosas classificadas de *desamparo* [artigos 12, 17 e 18 da L.O.P.J.M.].

Diversamente, na normativa portuguesa, a intervenção do Estado e da comunidade junto das crianças e jovens em situação de desprotecção depende de aqueles se encontrarem numa situação designada de *perigo*, conceito este mais abrangente, que reúne quer as designadas situações de risco e de desamparo, referidas pelo legislador espanhol, como ainda outro tipo de casos de desprotecção quando não causados pelos responsáveis legais da criança, mas por qualquer outra pessoa ou pela própria criança ou jovem, se as pessoas por si responsáveis não se revelarem capazes de remover esse perigo de modo adequado [artigos 2.º e 3.º da L.P.C.J.P.].

Recordemos, quanto à noção de risco<sup>6</sup>, introduzida em Espanha, pelo artigo 17 da L.O.P.J.M., que esta inclui qualquer situação em que o desenvolvimento pessoal ou social de uma criança ou jovem esteja a ser prejudicado, mas o baixo nível de gravidade, intensidade ou persistência da situação, permite que os indicadores de desprotecção possam e devam ser superados no interior do seu contexto sócio-familiar, não sendo legítimo o seu afastamento da sua família. Não esclareceu, todavia, o legislador se tais situações teriam de ser causadas apenas pelo representante legal ou de facto da criança ou podiam ser causadas pela própria criança ou jovem ou por terceiros.

Da análise do referido artigo 17 da L.O.P.J.M. podemos verificar que o conceito de risco foi conferido pela negativa e com contornos pouco pre-

al menor”, *Revista General de Derecho* 621 (1996) 6503; LLEBARIA SAMPER, *Tutela automática, guarda y acogimiento de menores. Estudio sistemático de la Ley 21/1987, de 11 de noviembre*, Barcelona: Bosh, 1990, 138; RODRÍGUEZ MORATA, “El acogimiento de menores”, *Revista Aranzadi Civil* 3 (1997) 140; e MÉNDEZ PÉREZ, *El acogimiento de menores. Comentario, Procedimientos, Formularios, Textos legales*, Barcelona: Bosch, 1991, 138. A favor da aplicação da medida de acolhimento familiar a maiores incapazes, encontramos ARCE Y FLORES VALDÉS, *o.c.*, 753; GARCIA CANTERO, “Notas sobre el acogimiento familiar”, 309; e LINACERO DE LA FUENTE, *ibid.*, 48. Com posicionamento contrário, GONZÁLEZ POVEDA, *La jurisdicción voluntaria. Doctrina y formularios*, Pamplona: Aranzadi, 1997, 830; MÉNDEZ PÉREZ, *ibid.*, 138-139; VARGAS CABRERA, *La protección de menores en el ordenamiento jurídico. Adopción, desamparo, tutela automática y guarda de menores. Doctrina, jurisprudencia y legislación autonómica e internacional*, Granada: Comares, 1994, 137; LLEBARIA SAMPER, *ibid.*, 139; HIJAS FERNÁNDEZ, *Guarda asistencial, tutela ex lege y acogimiento de menores (en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil)*, Barcelona: Cedecs, 1996, 49.

<sup>31</sup> Ley 6/1995, de 28 de marzo, de Garantía de los Derechos y de la Infancia y Adolescencia de Madrid.

cisos<sup>32</sup>, tendo cabido às respectivas normativas autonómicas e à jurisprudência densificá-lo, enunciando critérios objectivos identificadores de tal realidade. Com efeito, em muitas C.C.A.A.<sup>33</sup>, o legislador autonómico enunciou uma lista não taxativa de algumas das circunstâncias que poderiam ser qualificadas de risco, tal como aconteceu na Galiza [artigo 49 da Ley 3/2011, de 30 de junio].

Em todo o caso, a identificação de uma situação como de risco fica, assim, sempre dependente da formulação de um juízo de valor por parte das entidades administrativas competentes, perante a informação reunida, no sentido de os factos sinalizados não revelarem especial gravidade, de modo a justificar o afastamento da criança da sua família.

Verificamos, contudo, como a normativa estatal não incluiu qualquer disposição a disciplinar as situações de risco, tarefa que recaiu sob os legisladores autonómicos, originando um quadro legal muito díspar no tratamento desta temática nas diversas C.C.A.A.

Por seu turno, diferencia o legislador estatal na L.O.P.J.M., as referidas situações de risco dos casos mais graves qualificados de *desamparo*, cuja disciplina se encontra presente no artigo 172.º do C.C., os quais pressupõem três pressupostos: a) existência de uma situação de incumprimento, impossibilidade ou inadequado exercício dos deveres de guarda, de índole pessoal, por parte de quem se encontre responsável por os prestar; b) encontrar-se uma criança ou jovem num quadro grave de falta de “assistência moral o material”, que não permita que este possa permanecer no seu lar; c) existência de um nexo de causalidade entre ambos os anteriores requisitos.

<sup>32</sup> GULLON BALLESTEROS, “Sobre la Ley 1/1996 de Protección Jurídica del menor”, *La Ley* 1 (1996) 1693.

<sup>33</sup> A título de exemplo, na C.C.A.A. de Castilha e Leão, o artigo 48 da Ley 14/2002, de 25 de julio; e, na C.C.A.A. de Aragón, o artigo 59 da Ley 12/2001, de 2 de julio.

Enquanto conceito jurídico indeterminado, a noção de desamparo exige ser preenchida por critérios objectivos, os quais foram sendo oferecidos pelas legislações autonómicas ou facultados pela doutrina e jurisprudência. Com efeito, a quase totalidade das leis autonómicas optou, assim, por densificar o referido conceito, apresentando uma lista de situações exemplificativas de situações de desamparo. Por sua vez, a jurisprudência<sup>34</sup> foi sublinhando que é através do recurso a máximas de experiência e a critérios de bom senso e de consciência social que se deverá apreciar se se encontram satisfeitos os mínimos cuidados básicos afectivos ou materiais necessários a um adequado e harmonioso desenvolvimento da personalidade de qualquer criança ou jovem, analisando atitudes, aptidões e a idoneidade dos pais biológicos ou de outros responsáveis legais pela guarda da criança.

Diversamente, na ordem jurídica interna portuguesa, não existe um conceito equivalente ao de risco ou ao de desamparo, na medida em que o legislador não sentiu necessidade de diferenciar as situações de desprotecção em que se pode encontrar uma criança ou jovem, em função da intensidade ou gravidade dos factos sinalizados, numa fase inicial do processo, no momento em que os dados informativos estão ainda a ser reunidos e avaliados, mas apenas no momento da selecção da respectiva medida de protecção.

Assim, à luz da L.P.C.J.P., a intervenção protectora junto de crianças e jovens depende de estes, tendo menos de dezoito anos e residindo ou encontrando-se em território nacional, se encontrarem em situação designada de *perigo*, conceito jurídico amplo que, sem estar expressamente definido na

<sup>34</sup> SAP de Granada de 25 de marzo de 2011, relator Martínez Rodríguez, disponível em <www.poderjudicial.es>, visitado a 23 de Fevereiro de 2013.

lei, é passível de ser extraído da análise do artigo 3.º da L.P.C.J.P.

Na verdade, a situação de perigo tem lugar sempre que se constate estarem a ser ameaçados, exclusivamente, certos bens jurídicos essenciais de uma criança ou jovem, designadamente: a) a sua *segurança*; b) a sua *saúde*; c) a sua *formação*; d) a sua *educação*; ou o seu *desenvolvimento*.

Não se exige como factor legitimador da intervenção, uma efectiva lesão dos referidos bens, basta uma situação de facto que seja realmente potenciadora desse perigo de lesão, nem que ela seja muito grave, mas apenas que o perigo seja actual ou iminente [artigo 5.º, alínea c), da L.P.C.J.P.].

Por outro lado, a intervenção junto das crianças e jovens fica ainda dependente de o *perigo* resultar de uma acção ou omissão não apenas dos seus pais ou do seu representante legal, mas também de quem tenha a sua guarda de facto ou de terceiros ou ainda da própria criança ou jovem, nos casos em que os seus pais, representante legal ou o detentor da sua guarda de facto não tenha sido capazes de se opor a esse perigo de modo adequado a removê-lo.

Verifica-se ainda que o conceito de *perigo* é ainda mais amplo do que o de *desamparo* num segundo sentido. De facto, a situação de desamparo só ocorre quando a pessoa responsável por cuidar da criança ou jovem, com ou sem culpa incumpre, gravemente, com as suas responsabilidades parentais. Não especificou, assim, o legislador estatal se essa situação de incumprimento teria que ser praticada apenas pelos progenitores ou representantes legais da criança ou se também estaria a querer incluir quem tivesse a sua guarda de facto, o que originou posições doutrinárias distintas sobre esta temática<sup>35</sup>.

Diversamente, à luz da L.P.C.J.P., a situação de perigo pode resultar não apenas de comportamentos (acções ou omissões) dos progenitores ou do representante legal da criança ou jovem mas também de qualquer pessoa que tenha a sua *guarda de facto* ou de *terceiros* ou mesmo da *própria criança ou jovem*, se as entidades responsáveis por ele não forem capazes de remover o perigo de forma adequada [artigo 3.º da L.P.C.J.P.].

Tendo ainda o legislador português introduzido uma lista exemplificativa de casos que podem ser subsumidos a uma situação de perigo<sup>36</sup>.

Atento o regime vigente em ambos os ordenamentos jurídicos ibéricos, parece-nos, assim, que o sistema consagrado na lei portuguesa resulta, de uma forma geral, mais eficaz, não parecendo resultarem maiores vantagens na diferenciação, *a priori*, do tipo de situação em função do nível de gravidade dos factos, havendo maior rentabilidade de recursos e celeridade ao incluir todos os casos de desprotecção no mesmo tipo de expediente. A permanente mutação e evolução das circunstâncias da vida dificultam essa classificação rígida dos factos em análise, as quais, num momento, podem não justificar a separação da criança da sua família, parecendo revelar pouco gravidade, e, noutro, já o impôr, ou vice-versa. Sem olvidar que a referida qualificação resulta sempre de um juízo de valor realizado pela entidade decisora, que traz sempre inerente uma certa margem de subjectividade.

Na verdade, com a introdução, no sistema jurídico espanhol, de um sistema de protecção da infância e juventude, assente numa dupla plataforma de identificação dos factos sinalizados, terá pretendido o legislador estatal, em nossa opinião, instituir um regime legal que previsse um distinto tra-

<sup>35</sup> VARGAS CABRERA, *La protección de menores en el ordenamiento jurídico*, 27-30; e VIVANCOS SÁNCHEZ, “Constitución de la tutela automática tras la declaración de desamparo”, *Actualidad Civil* 5 (2000) 1756.

<sup>36</sup> Artigo 3.º da L.P.C.J.P.

tamento legal em relação às situações menos graves de desprotecção, face às reveladoras de indícios gravosos que impusessem o afastamento da criança do seu quadro familiar, com diferentes tipos de intervenção e medidas de protecção.

Todavia, parece-nos que este tipo de sistema denota vários desafios e dificuldades ao ser transposto para a realidade do dia-a-dia. Vejamos, tendo sido qualificada uma situação como de risco para a vida ou integridade física de uma criança, é aberto pelas entidades locais um expediente próprio no âmbito do qual procurarão desenvolver as diligências instrutórias necessárias para averiguação dos factos e, se necessário, determinarão as medidas de protecção necessárias. Ora, alterando-se as circunstâncias e, convolvendo-se a situação para desamparo, terão aquelas entidades que remeter o expediente para outras autoridades, responsáveis por declarar o desamparo e a assunção da tutela pública, e que terão de contactar, de novo, com a criança e com sua família, realizar novas diligências instrutórias e determinar nova medida de protecção, com manifesta duplicidade de recursos humanos e materiais, e maior demora na definição do melhor projecto de vida para a criança ou jovem.

Ora, no sistema normativo português, é possível igualmente diferenciar o tipo de intervenção protectora no momento da selecção da medida de protecção sem, todavia, haver necessidade de conferir distinta qualificação aos factos, nem diverso procedimento a adoptar. Concluindo-se pela existência de uma situação de perigo, independentemente do nível de gravidade, é aberto um único tipo de expediente, designado de promoção e protecção, que tem fases obrigatórias expressamente consagradas na lei, e que é aplicado pelas mesmas entidades, no âmbito do qual se procederão às diligências instrutórias e, se necessário, serão adequa-

das medidas de protecção, seleccionadas em função da gravidade dos factos sinalizados e da informação recolhida sobre a situação sócio-familiar da criança ou do jovem, que poderão, sempre que haja alteração das circunstâncias, ser adaptadas em sede de revisão. Garante-se, deste modo, menos ingerências junto da criança e da sua família, maior celeridade e eficiência na resposta à situação sinalizada e maior eficiência na utilização de recursos materiais e humanos.

Por fim, cumpre referir ainda que, a manter-se o referido sistema dualista de protecção da infância e juventude, na ordem normativa espanhola, somos de opinião de que deveria o legislador estatal não apenas densificar os referidos conceitos de desamparo e de risco, como introduzir um quadro legal base regulador das situações de risco, que permitisse uma maioria harmonia e uniformização no tipo de intervenção em território espanhol, tal como sugerido no Anteproyecto de Ley de Actualización de 2011 e no Plan Estatal de Infancia e Adolescência 2013-2016.

## 6. Entidades com legitimidade para intervir

No actual enquadramento legal das problemáticas associadas à infância e juventude, é nota comum aos sistemas ibéricos uma certa desjurisdicionalização do tipo de intervenção junto das crianças e jovens em situação de desprotecção, atribuindo-se as principais tarefas protectoras a entidades administrativas. O órgão judicial surge, sobretudo, como uma instância de controlo, de intervenção subsidiária.

Na normativa espanhola, a intervenção preventiva ou reparadora, em situações de risco ou de desamparo, recai em primeiro plano sob as entidades administrativas autonómicas ou locais de pro-

tecção de menores, designadas em cada C.C.A.A., para exercer tais funções junto da criança e da sua família e aplicar e acompanhar as respectivas medidas de protecção.

Nas situações de risco, a competência para intervir encontra-se repartida entre o sistema público de serviços sociais das administrações locais (dos municípios) e as entidades administrativas autonómicas de cada C.C.A.A., não havendo, assim, lugar a possível intervenção judicial. Já nas situações de desamparo, o estudo da situação, a declaração de desamparo, a aplicação e o acompanhamento da execução das medidas recaem, em primeiro plano, sobre as entidades administrativas autonómicas.

A intervenção judicial, em processo judicial de jurisdição voluntária, tem, assim, lugar, nomeadamente nas situações em que não tenha sido possível aplicar a medida de protecção de acolhimento familiar por falta de consentimento dos progenitores ou tutores da criança ou jovem; ou quando, o Ministério Fiscal ou o juiz, no âmbito de um determinado processo cível ou penal, constata a necessidade de ser adoptada uma medida de protecção a uma criança ou jovem, ao abrigo do artigo 172.2. do C.C.

Também em Portugal, a actual L.P.C.J.P., veio acentuar o carácter comunitário do tipo de intervenção junto das crianças e jovens em situação de perigo, introduzindo uma hierarquia de intervenção, a qual deve ser efectuada, em primeiro lugar, por entidades locais com competência para intervir nesta área do direito, subsidiariamente pelas designadas comissões de protecção e só, em última instância, pelo tribunal [artigo 4.º, alínea j), da L.P.C.J.P.].

Ora, se, por um lado, os referidos ordenamentos jurídicos se aproximam, na forma como conferem natureza subsidiária à intervenção judicial, a qual tem lugar, em ambos os países, nas situa-

ções em que não tenha sido possível a aplicação de uma medida de protecção pelas entidades administrativas, por falta de acordo dos progenitores ou representantes legais da criança; por outro lado, podemos constatar que os referidos regimes se distanciam em dois ou três aspectos importantes.

Em primeiro lugar, o legislador estatal espanhol não previu a possibilidade de a intervenção judicial poder ter lugar, igualmente, nas situações em que esteja em causa a aplicação de qualquer outra medida de protecção que não a de acolhimento familiar; quando haja oposição da criança ou do jovem com idade igual ou superior a doze anos, ou com idade inferior em função do nível de maturidade revelado (embora haja posicionamentos doutrinários que defendem tal orientação)<sup>37</sup>, ou quando falte o consentimento do guardião de facto do menor, ao contrário do que acontece, em Portugal.

Com efeito, à luz da L.P.C.J.P., a intervenção judicial é impulsionada não apenas quando se verifique um das referidas circunstâncias [artigos 9.º, 10.º e 11.º, alíneas a) e b) da L.P.C.J.P.], como ainda tem lugar em outras quatro situações particulares: a) quando se questione a legalidade, oportunidade ou adequação da medida aplicada pela comissão de protecção (ou esta entidade comissão ainda não exista no município ou na freguesia ou ainda não disponha dos meios adequados para aplicar ou executar a medida) [artigo 11.º, alíneas a), d), e) e f), da L.P.C.J.P.]; b) quando seja determinada a apensação de um processo, a correr termos na comissão, a um processo judicial [artigo 11.º, alínea g), da L.P.C.J.P.]; c) nas situações de urgência, após instauração de procedimentos administrativos urgentes [artigos 91.º e 92.º da L.P.C.J.P.]; e) e ainda quando o futuro

<sup>37</sup> Helena Díez GARCÍA, *Acogimiento familiar simple como una de las formas de ejercer la guardia de menores*, Madrid: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2004, 420-421.

da criança passe pela adopção [artigos 21.º, alínea f), 68.º, alínea a), e 73.º, n.º 1, alínea b), L.P.C.J.P.].

Parece-nos, assim, bem adequada a solução adoptada quer na ordem normativa portuguesa, quer na espanhola, no sentido de relegar a intervenção judicial sobretudo nas situações em que falte uma plataforma de consenso entre os pais ou representante legal da criança e as entidades administrativas responsáveis pelo acompanhamento da situação (sendo que, em Portugal, tem igualmente lugar caso falte o consentimento do guardião de facto e não apenas o dos pais ou o do representante legal). E consideramos ainda que bem andou o legislador português quando exigiu igualmente a não oposição da criança ou jovem, dependendo da sua idade e grau de maturidade, para que possa vir a ter lugar a intervenção administrativa, valorizando, assim, a sua opinião quando manifestada de modo livre e consciente.

Diversamente, já se poderá questionar a opção do legislador português no sentido de estender a intervenção judicial a todas as situações em que falte o acordo dos pais ou do representante legal ou de facto ou haja oposição da própria criança ou jovem, ainda que os factos apurados revelem pouca gravidade, não se justificando a adopção de qualquer medida que o afaste do seu núcleo familiar. Com efeito, esta é uma das questões mais sensíveis do regime da L.P.C.J.P.: determinar se a intervenção judicial, nos processos de promoção e protecção, se deverá limitar às situações *mais graves* em que se conclua ser necessário afastar a criança do seio da sua família (e a aplicação de uma medida de colocação), se faltarem os consentimentos exigidos por lei. Com efeito, à luz do preceituado no texto constitucional, designadamente no artigo 36.º, n.º 6, da C.R.P., a intervenção judicial só é obrigatória nas situações em que ocorra a referida separação da

criança da sua família (por exemplo, ao ser encaminhada para a adopção).

Atento o papel do órgão judicial em ambas as normativas, parece-nos que a melhor solução passaria pela incorporação, no regime jurídico português, de um quadro normativo que prevísse a intervenção judicial especialmente nas seguintes situações: em primeiro lugar, nos casos graves em que a entidade decisora concluísse, após análise da situação, dever a criança ser retirada da sua família e ser-lhe aplicada uma medida de acolhimento, familiar ou residencial, se os seus pais ou o seu representante legal ou de facto não manifestasse concordância no sentido da intervenção e da aplicação da medida e/ou houvesse oposição da própria criança ou jovem; em segundo lugar, nas situações em que o futuro da criança ou jovem devesse passar pela sua adopção, na medida em que nesta hipótese como na anterior, estar a ser posto em causa o direito constitucionalmente garantido de os pais não serem separados dos seus filhos, salvo mediante decisão judicial; quando houvesse necessidade de um processo administrativo correr apensado a um judicial; e, por fim, nos casos de urgência em que, estando em perigo a vida ou a integridade física de uma criança ou jovem, fosse necessário uma rápida intervenção administrativa sem respeito, num momento inicial, pelos princípios da audição e do contraditório, cabendo, posteriormente, ao órgão judicial aferir da legalidade da referida actuação.

Já no sistema jurídico espanhol, em nosso entendimento, o legislador estatal deveria estender a intervenção judicial igualmente às situações em que os progenitores ou o representante legal ou de facto da criança manifeste oposição à medida de acolhimento residencial (e não apenas em relação ao acolhimento familiar); e ainda quando a criança ou jovem, com idade igual ou superior a doze anos,

em função da sua maturidade, se oponha no sentido da intervenção. Ficariam, assim, mais salvaguardados os direitos dos progenitores, designadamente o seu direito constitucional a não serem apartados dos seus filhos, salvo quando desrespeitem os deveres parentais e o interesse superior do menor assim o imponha; assim como o direito à audição e participação da criança e do jovem, reconhecendo-se-lhe um papel mais activo na tomada de decisões importantes sobre a vida.

Por último, cumpre ainda fazer menção a um outro ponto decisivo em que os referidos sistemas legais se distanciam. Com efeito, em Espanha, permite-se que o juiz possa adoptar medidas de protecção no âmbito de um processo cível ou penal, por exemplo, de divórcio ou de regulação do poder paternal, se concluir, no decurso do mesmo, encontrar-se uma criança ou jovem em situação de desprotecção, conferindo a sua guarda às respectivas entidades administrativas [artigo 172.2 do C.C.].

Ora, na ordem jurídica portuguesa, encontra-se de todo excluída tal possibilidade. Ao abrigo da L.P.C.J.P., as medidas de promoção e protecção dirigidas a crianças e jovens em perigo só podem ser aplicadas, exclusivamente, e bem, segundo nos parece, no âmbito de um processo específico, que se designa de promoção e protecção, o qual, por sua vez, pode ter natureza administrativa, se correr termos na comissão, ou judicial, se decorrer no tribunal, uniformizando-se, assim, os trâmites e tipo de intervenções nesta área específica do direito.

## 7. As medidas de protecção: nota prévia

Podemos afirmar, de um modo geral, que os princípios norteadores da actuação das entidades com competência para intervir em situações de desprotecção em que se encontrem crianças ou jovens se assemelhem, em Portugal e em Espanha,

em respeito pelo direito internacional e europeu sobre a temática.

Por um lado, os dois ordenamentos jurídicos dão especial enfoque ao princípio da prevalência por medidas que não apartam a criança ou o jovem do seu núcleo familiar, evitando-se a ruptura com o seu contexto sócio-familiar de referência, sempre que tal seja possível e benéfico para a criança [artigo 11.2, alínea b) da L.O.P.J.M., e artigo 4.º, alínea g), da L.P.C.J.P.].

E, por outro, ambos os regimes sublinham a ideia de que, não sendo possível a manutenção da criança ou jovem, no interior da sua família, se deverá dar preferência a medidas que o insiram num contexto familiar substitutivo da sua família natural, surgindo o acolhimento residencial como medida de último recurso [artigos 11.2, alínea c), e 21 da L.O.P.J.M. e artigos 4.º, alínea g), e 35.º da L.P.C.J.P.].

Todavia, em Espanha, permite-se que os familiares da criança possam ser candidatos a acolhedores [artigos 11.2, alínea c), da L.O.P.J.M., e 172.4 do C.C. espanhol], ao contrário do que acontece em Portugal, Mais, nalgumas C.C.A.A., como, por exemplo, na galega, o legislador autonómico consagrou ainda o princípio de que a medida de acolhimento familiar se deverá realizar, preferencialmente, com os candidatos que pertençam à família ou ao entorno de origem da criança, salvo se tal não lhe for conveniente [artigo 16.2 da L.D.C.G., e artigo 69, alínea c), da Ley 3/2011].

Por último, determinou o legislador espanhol estatal que se deverá procurar que os irmãos sejam confiados de preferência à mesma pessoa (ou pessoas) ou instituição, salvo se tal for contra o seu interesse superior [artigo 172.4 do C.C.]. Nesse sentido, embora não encontremos na L.P.C.J.P., qualquer referência idêntica a este princípio, veio

o Dec.-Lei n.º 12/2008, de 17 de Janeiro, estabelecer que, quando aplicadas as medidas de apoio junto de outro familiar e de confiança a pessoa idónea, a criança ou jovem tem direito a ser acolhido conjuntamente com os seus irmãos, sempre que a conciliação do superior interesse das crianças envolvidas o aconselhe<sup>38</sup>. Por outro lado, verifica-se ainda como a jurisprudência<sup>39</sup> portuguesa, tem revelado especial cuidado e atenção no respeito desta premissa (sempre que tal solução seja a mais benéfica para as crianças ou jovens em causa), inspirada por critérios de razoabilidade e de bom senso.

## 2. Tipos de medidas de protecção

Na ordem jurídica espanhola, o legislador estatal não especificou quais seriam as medidas passíveis de serem aplicadas pela administração nas situações de risco, referindo genericamente, no artigo 17 da L.O.P.J.M., que caberia à entidade pública colocar “en marcha las actuaciones pertinentes para reducirla y realizará el seguimiento de la evolución del menor en la familia”, tendo recaído, assim, sob os respectivos legisladores autonómicos a tarefa de as determinar e densificar, levando a que fossem surgindo com diferentes contornos nas várias C.C.A.A.

De uma forma geral, as medidas de protecção adoptadas em situações de risco têm sido enquadradas em dois grandes grupos: as medidas preventivas de indicadores de risco e as de intervenção, que se traduzem, de uma maneira geral, em medidas de apoio familiar, de índole sócio-educativo, formativo ou económico.

<sup>38</sup> Artigo 22.º, n.º 2, *alínea b)*, do Dec.-Lei n.º 12/2008, de 17 de Janeiro.

<sup>39</sup> Ac. da Relação do Porto de 07/09/2010, Processo n.º 3179/05.1TBLG.P1, disponível em <www.dgsi.pt>, visitado a 10 de Outubro de 2012.

Diversamente, nas situações de desamparo, o legislador estatal identificou as respectivas medidas de protecção que poderão ser aplicadas à criança ou jovem: após determinada a *tutela pública* da criança a favor da entidade administrativa, esta poderá ficar sujeita a uma medida de acolhimento familiar ou residencial [artigos 12.1, e 18.º da L.O.P.J.M., e artigo 172.º do c.c.].

Paralelamente às situações de desamparo, prevê ainda o ordenamento jurídico espanhol [artigo 19.º da Ley Orgánica 1/1996] a possibilidade de ser determinada administrativamente a *guarda voluntária* de uma criança a requerimento dos seus progenitores por se encontrarem temporariamente, e devido a circunstâncias graves alheias à sua vontade, impedidos de cuidar devidamente daquele [artigo 172.2. do c.c.]; ou a sua *guarda judicial* pelo juiz, quando, no decurso de processo civil ou penal, este conclua pela necessidade de serem adoptadas medidas de protecção em relação a um menor, designadamente, no decorrer de um processo de divórcio ou de nulidade do casamento, de mudança da titularidade das responsabilidades parentais ou de incumprimento do dever de alimentos [artigo 172.2, *in fine*, do c.c.]. A guarda, por sua vez, é exercida mediante a medida de acolhimento familiar ou residencial.

Ora, na legislação portuguesa não encontramos figuras jurídicas semelhantes à *tutela pública* ou à *guarda voluntária ou judicial*. No que se refere ao primeiro instituto, mesmo nas situações mais graves em que a entidade decisora decida a retirada da criança ou jovem da sua família, não se entendeu necessário conferir, de modo formal e expresso, ao Estado (por intermédio de uma entidade pública sua representante) a tutela jurídica da criança. Em tais casos, para o legislador português, os pais conservam o exercício das suas responsabilidades

parentais em tudo o que não for inconciliável com a aplicação da medida de protecção [artigo 1919.º do c.c.]. Resulta, assim, implícito do teor da lei que, em tudo o que for “inconciliável” com a medida, assumirão as entidades públicas o exercício de tais poderes-deveres perante a criança, funções essas que poderão delegar à entidade a quem eventualmente aquela for confiada, podendo ainda fixar-se no acordo de promoção e protecção ou na decisão judicial os direitos e deveres que os progenitores da criança continuam a exercer junto da mesma.

Só no caso especial de a medida de protecção visar a adopção futura da criança, ou seja, se for aplicada a medida de *confiança a candidato a adoptante ou a instituição com vista a futura adopção*, prevista na alínea g), do n.º 1, do artigo 35.º da L.P.C.J.P., é que o legislador consagrou expressamente que os seus progenitores ficam automaticamente inibidos do exercício das responsabilidades parentais [artigo 1978.º-A do c.c. português], devendo nomear-se um curador provisório à criança<sup>40</sup> (que, em regra, será a pessoa a quem for confiada, o candidato a adoptante ou, se sendo confiada a uma instituição, a pessoa que tenha contacto mais directo com ela), cessando, igualmente, as visitas por parte da família natural [artigo 62.º-A, n.º 2, da L.P.C.J.P.].

Quanto às situações subsumíveis às de guarda voluntária, a pedido dos pais ou tutores, são integradas, igualmente como situações de perigo, aplicando-se-lhes as mesmas medidas de promoção e protecção, por não se lhes reconhecer a necessidade de terem um procedimento específico, distinto do aplicável nas demais situações de perigo; e, por outro, não se admite que, no âmbito de qualquer outro processo cível ou penal, tais medidas de promoção e protecção possam ser estabelecidas.

Por outro lado, verificamos ainda como nota distintiva o facto de, na ordem normativa portuguesa, o legislador ter optado por consagrar uma lista cerrada de medidas passíveis de serem adoptadas em situações de perigo para uma criança ou jovem, no artigo 35.º da L.P.C.J.P., que designou de *medidas de promoção e protecção*. As referidas medidas encontram-se, por sua vez, escalonadas, segundo uma ordem de preferência, tendo em atenção o maior ou menor impacto que podem ter na vida da criança.

As medidas qualificadas de execução em meio natural de vida da criança, menos gravosas, são semelhantes às previstas nas legislações autonómicas, em Espanha, para as situações de risco, e incluem: a) o apoio junto dos pais; b) o apoio junto de outro familiar; c) a confiança a pessoa idónea; d) e o apoio para autonomia de vida<sup>41</sup>.

No fundo, as primeiras três medidas visam conferir apoio de natureza psicopedagógica, social e económico<sup>42</sup> à criança ou jovem que se encon-

<sup>41</sup> Estas medidas de execução em meio natural de vida, a par da medida de acolhimento familiar, foram objecto de específica regulamentação, com a publicação do Decreto-Lei n.º 12/2008, de 17 de Janeiro, e do Decreto-Lei n.º 11/2008, de 17 de Janeiro.

<sup>42</sup> O apoio de natureza *psicopedagógica* [artigo 11.º do Decreto-Lei n.º 12/2008, de 17 de Janeiro] procura especialmente a promoção e construção de interacções positivas entre os membros do agregado familiar da criança ou jovem, orientando o agregado familiar nas suas atitudes para com a criança ou jovem, identificando necessidades especiais e promovendo o desenvolvimento integral da criança ou jovem e a construção da sua identidade pessoal. Tem ainda como objectivo precípuo o desenvolvimento de potencialidades e capacidades através de técnicas de intervenção adequada de natureza psicológica, pedagógica e social e de processos de intervenção cognitivo - comportamental que visem o bem-estar, a satisfação e a aquisição de competências pessoais e sociais e a promoção de actividades específicas de formação escolar e profissional. O *auxílio social* [artigo 12.º do Decreto-Lei n.º 12/2008, de 17 de Janeiro], por sua vez, visa, através de uma intervenção que envolva recursos comunitários, contribuir para o desenvolvimento integral da criança ou do jovem e para a satisfação das necessidades sociais do agregado familiar, nomeadamente através: a) da criação de condições para a prestação de cuidados adequados de alimentação, higiene, saúde, segurança, educação e bem-estar; b) de aquisição de competências pessoais, sociais e profissionais; c) da prestação de informação e aconselhamento; d) da promoção da participação em actividades de formação, culturais e de lazer, potenciando o estabelecimento de relações positivas com os

<sup>40</sup> Artigo 167.º da O.T.M.

tre em situação de perigo, diferenciando-se entre si, sobretudo, pelo facto de, no primeiro caso, a criança se manter junto dos seus pais; na segunda hipótese, ser confiada à guarda de outro familiar *com quem já residia ou ao qual é entregue*, desde que esse familiar não seja seu representante legal, nem tenha a sua guarda de facto à data da entrega [artigo 40.º da L.P.C.J.P.]<sup>43</sup>; e na terceira situação, por ser confiada a uma pessoa que não pertence à sua família biológica alargada, mas em relação à qual já nutre uma afectividade recíproca, em momento anterior ao da escolha da medida, ou, não se verificando tal vínculo já existam indicadores objectivos que permitam concluir, com elevado grau de probabilidade, que essa relação de afectividade se irá concretizar em tempo útil<sup>44</sup> [artigo 43.º da L.P.C.J.P.]<sup>45</sup>.

Consagra ainda o legislador português uma medida de protecção muito particular dirigida apenas a adolescentes, com idade igual ou superior a quinze anos e que revelem vontade de iniciarem um percurso com vista à sua plena autonomização e sinais de responsabilidade e maturidade<sup>46</sup>, ou a

jovens mães, com menos de quinze anos: o *apoio para a autonomia de vida* [artigo 45.º]. Visa, assim, esta medida proporcionar a autonomização do jovem nos contextos escolar, profissional e social e o fortalecimento de relações com os outros e consigo próprio, garantindo-lhe condições que lhe permitam viver por si e adquirir progressivamente autonomia de vida [artigos 30.º e 31.º do Decreto 12/2008, de 17 de Janeiro].

Embora não se encontre, na normativa estatal espanhola, uma medida de protecção equivalente, nalgumas C.C.A.A., como na galega, o legislador autonómico enquadrou o apoio que deve ser prestado a jovens em situação de desprotecção, mas sem capacidade para dependerem apenas de si próprios e se auto-governarem, como integrando a medida de acolhimento residencial, a qual, em tais situações, passa a dever desenrolar-se: ou em específicas *“viviendas tuteladas”*, centros residenciais, instalados em viviendas normalizadas, com capacidade para integrar apenas oito jovens que estejam próximos de completar a maioridade mas necessitem ainda de apoio para alcançar a sua autonomia definitiva (e que funcionam em regime de auto-gestão sob a supervisão técnica dos educadores); ou em *“viviendas de transición a la vida autónoma”*, as quais só podendo integrar entre quatro a seis jovens; ou em *“centros de talleres formativos”*, centros com oficinas formativas dirigidos a jovens que, tendo completado a escolaridade obrigatória necessitam ainda de formação complementar para colmatar os seus deficits formativos através de aprendizagem teórico-prática de um ofício que lhes facilite a incorporação no mercado de trabalho [artigos 16 a 18 do Decreto 329/2005, de 28 de Julho].

Para além das medidas de promoção e protecção de execução em meio natural de vida da criança, prevê a L.P.C.J.P. três medidas mais gravosas de

vizinhos, a escola, o contexto laboral e a comunidade em geral. Por último, a ajuda *económica* [artigo 13.º do Decreto-Lei n.º 12/2008, de 17 de Janeiro] traduz-se na atribuição de uma prestação pecuniária, a pagar pelos serviços distritais da segurança social, para a manutenção da criança ou do jovem, ao agregado familiar com quem ela reside.

<sup>43</sup> Excepcionalmente o limite de sessenta e cinco anos pode ser ultrapassado no superior interesse da criança ou do jovem, se a relação de afectividade existente e as competências pessoais do familiar acolhedor constituírem uma vantagem acrescida. Realce-se como pressuposto de aplicação da medida a necessidade de a criança ou jovem já residir com o familiar a quem é confiado, à data em que a medida é aplicada, pressupondo a existência de uma relação afectiva entre ambos ou ser manifesta a existência desse laço de afectividade recíproca entre o familiar e a criança em momento anterior à aplicação da medida ou se possa concluir que a mesma se estabelecerá em tempo útil para a criança.

<sup>44</sup> Pode, excepcionalmente, o limite de sessenta anos ser ultrapassado no superior interesse da criança ou do jovem, se a relação de afectividade existente e as competências pessoais daquela pessoa constituírem uma vantagem acrescida.

<sup>45</sup> Artigo 4.º, alínea c), do Decreto-Lei 12/2008, de 17 de Janeiro.

<sup>46</sup> Artigo 31.º do Decreto-Lei n.º 12/2008, de 17 de Janeiro.

colocação: a) o acolhimento familiar; b) o acolhimento em instituição; c) e a confiança a pessoa seleccionada para adopção ou a instituição com vista a futura adopção<sup>47</sup>.

Estas medidas de colocação, equiparam-se, assim, de uma forma geral, às medidas adoptadas, no regime jurídico espanhol, nas situações mais graves de desamparo ou de guarda, ou seja, ao acolhimento familiar e residencial [artigo 172.3 do c.c.], não obstante tenham sido conformadas em moldes diversos nos dois sistemas legais.

Antes de analisarmos com maior cuidado o regime em vigor em cada um dos países, em matéria de acolhimento familiar e residencial, cumpre ainda fazer menção à particular medida de promoção e protecção, inserida, pelo legislador português, em 2003, a medida de *confiança a pessoa seleccionada para adopção ou a instituição com vista a futura adopção*, a qual assume duas formas distintas de execução, consoante a criança seja colocada sob a guarda: a) de um candidato seleccionado para a adopção; b) ou de uma instituição com vista à futura adopção [artigos 35.º, n.º 1, alínea g), e 38.º-A da L.P.C.J.P.].

A importância desta alteração legal residuiu essencialmente no facto de, quando aplicada a primeira das referidas modalidades, confiando-se uma criança a um “candidato seleccionada para a adopção”, esta medida passou ter a mesma eficácia jurídica conferida ao processo de confiança judicial ou administrativo, procedimentos estes que precedem obrigatoriamente o processo de adopção, e que visam dar início a um período experimental

em que a criança é confiada e integrada na família do candidato a adoptante, a fim de se averiguar se entre ambos se estabelecerão os vínculos próprios da filiação.

Visou, deste modo, o legislador conferir maior celeridade processual ao processo de adopção e articulá-lo com o processo de promoção e protecção, permitindo que, no âmbito desde último, uma vez concluindo-se que o projecto de vida da criança deve passar pela adopção, se aplique, simultaneamente, uma medida de promoção e protecção e se dê início ao procedimento de pré-adopção.

Aproxima-se, assim, esta medida da designada, no ordenamento jurídico espanhol, de acolhimento familiar pré-adoptivo, quando vise um período de adaptação da criança à sua nova família, não existindo, em Portugal, uma medida equivalente à medida de acolhimento familiar pré-adoptivo, o qual é aplicado no momento em que se formaliza o processo de adopção.

Esta medida, por seu turno, apresenta duas características particulares: para além de ser a única que só pode ser aplicada exclusivamente pelo órgão judicial<sup>48</sup>; também só pode ser determinada em relação a crianças ou jovens com idade inferior a quinze anos, como referido anteriormente<sup>49</sup>.

<sup>48</sup> Artigos 21.º, alínea f), e 38.º da L.P.C.J.P.

<sup>49</sup> Salvo se, à luz do artigo 1980.º, n.º 2, do c.c. português, o jovem tiver mais de quinze anos mas menos de dezoito e tenha sido confiado desde, pelo menos, os quinze anos ao candidato a adoptante, ou se for filho do cônjuge ou companheiro do candidato a adoptante. Por outro lado, a aplicação desta medida de promoção e protecção está dependente ainda da verificação de dois pressupostos legais, indicados no artigo 1978.º do c.c., idênticos aos exigidos no processo de confiança judicial: a) não existirem ou estarem seriamente comprometidos os vínculos afectivos próprios da filiação entre a criança ou jovem e os seus pais biológicos; e ainda ocorrer umas das seguintes situações: a) ser a criança ou jovem filho de pais desconhecidos ou falecidos (exige-se a omissão no registo ou o falecimento de ambos os pais e que a criança não se encontre a viver com nenhum ascendente, irmão, tio ou tutor, nos termos do artigo 1979.º do c.c.); b) ter havido consentimento prévio para a adopção; c) ter sido a criança ou jovem abandonado pelos seus pais (corte definitivo, por decisão voluntária dos pais, da sua rela-

<sup>47</sup> Todavia tenha-se em atenção que, não obstante a medida de *confiança a pessoa seleccionada para adopção ou a instituição com vista a futura adopção* se encontrar consagrada em último lugar na lista de medidas de promoção e protecção (depois do acolhimento em instituição), tal deve-se apenas ao facto de a mesma provocar uma quebra dos seus laços familiares com a sua família biológica, ao contrário da anterior. Sem prejuízo, ela terá sempre aplicação prevalente, face ao acolhimento institucional, sempre que se encontrem verificados os pressupostos legais que permitam confiar a criança ou o jovem para a adopção.

Vejamos, de seguida, os principais pontos distintos do regime legal adoptado, em Espanha e Portugal, em matéria de acolhimento familiar.

## 2.2.1. O Acolhimento familiar

### 2.2.1.1. Noção e requisitos

A medida de acolhimento familiar, quer na ordem normativa portuguesa, quer espanhola, visa a integração de uma criança ou jovem em meio familiar: este é confiado a uma pessoa ou a uma família, que procurará substituir a sua família natural no exercício das respectivas responsabilidades parentais, ficando, assim, responsável por lhe assegurar os cuidados adequados às suas necessidades e ao seu bem-estar integral.

Todavia, os pressupostos em que o acolhimento familiar assenta, assim como as modalidades em que o mesmo se subdivide não coincidem nos dois países.

Quanto aos candidatos a acolhedores, verificamos como, em Espanha, estes podem pertencer à

ção com o filho); *d*) terem os pais, por acção ou omissão, mesmo que por manifesta incapacidade devida a razões de doença mental, ou seja, independentemente de terem culpa ou não, posto em perigo grave a sua segurança, a saúde, a formação, a educação ou o desenvolvimento; *e*) terem os seus pais, uma vez acolhida a criança por um particular ou por uma instituição, revelado manifesto desinteresse pela sua vida, em termos de comprometer seriamente a qualidade e a continuidade daqueles vínculos, durante, pelo menos, os três meses que precederam o pedido de confiança. Por sua vez, a pessoa a quem for confiada a criança, no âmbito do processo de promoção e protecção, já tem que se encontrar inscrito como candidato a adoptante no organismo da Segurança Social, e reunir os requisitos legais exigidos na legislação civil, designadamente, tratar-se: *a*) de um casal, duas pessoas casadas há pelo menos quatro anos com idade superior a vinte cinco anos e de sexo diferente; *b*) uma pessoa singular com mais de trinta anos ou com idade superior a vinte cinco se o adoptando for filho do seu cônjuge; *c*) duas pessoas que vivam em união de facto há mais de quatro anos, de sexo diferente, com idade superior a vinte e cinco anos [artigo 1979.º do c.c.]. O candidato não poderá ainda ter idade superior a sessenta anos (excepto se a criança for filha do seu cônjuge), sendo que a partir dos cinquenta anos a diferença de idades entre este e o adoptando não poderá, em princípio, ser superior a cinquenta anos (este intervalo só poderá ser superior se motivos ponderosos o justificarem) [artigos 1979.º do c.c.].

família extensa da criança ou jovem [artigo 172.4 do c.c. e artigo 11.2, alínea *b*), da L.O.P.J.M.], ao contrário do previsto na legislação portuguesa, onde se impõe que aqueles não tenham qualquer relação de parentesco com a criança, nem sejam, igualmente, candidatos a adoptantes [artigos 2.º e 7.º do Dec.-Lei n.º 11/2008, de 17 de Janeiro].

O legislador espanhol estatal não especificou quem poderá candidatar-se a acolhedor, limitando-se a referir, no artigo 173.2 do c.c., que aquele compreende uma “*persona o personas que sustituyan al núcleo familiar del menor o por el responsable del hogar funcional*”, sem esclarecer se tais pessoas têm que ser casadas ou não, se podem ser do mesmo sexo ou se podem apenas a viver em economia comum. A doutrina<sup>50</sup> foi esclarecendo o teor do citado dispositivo, considerando que o mesmo deveria incluir: *a*) uma pessoa singular, maior e capaz; *b*) um casal, do mesmo sexo ou não, unidos pelo matrimónio; *c*) um casal, independentemente do sexo, que viva em união de facto (unido de forma permanente por relação de afectividade análoga à conjugal); *d*) ou o responsável do que o legislador apelidou de “*hogar funcional*” [disposição final sexta da L.O.P.J.M. e artigo 173.1 do c.c.]. Alguns autores defendem ainda dever-se incluir como candidatos a acolhedores duas ou mais pessoas que não formem um casal, mas que se encontrem unidas por uma relação estruturalmente familiar, ou seja, com o conteúdo íntimo, directo e pessoal que ela pressupõe, como por exemplo, três irmãos, não tendo sido, todavia, este posicionamento reconhecido legalmente<sup>51</sup>.

Ora, diversamente, em Portugal, a medida de acolhimento familiar pode ter lugar em *lar fami-*

<sup>50</sup> NORIEGA RODRÍGUEZ, *El acogimiento familiar de menores*, 73-79.

<sup>51</sup> VICENT LÓPEZ, “Notas sobre el acogimiento preadoptivo en la Ley 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor”, *Revista General de Derecho* 652-653 (1999) 90.

liar ou em *lar profesional*, o primeiro tipo de acolhimento coincide, em grande parte, com o que o legislador estatal espanhol referiu de acolhimento realizado por “persona o personas que sustituyan al núcleo familiar del menor” e, o segundo, denota algum paralelismo com o tipo de acolhimento familiar que, em Espanha, foi designado de acolhimento em “hogar funcional”, embora este tipo de acolhimento tenha sido concretizado em moldes muito diversos nas respectivas comunidades autónomas.

Verificamos, todavia, como, neste ponto, o regime jurídico adoptado na L.P.C.J.P. portuguesa resultou mais claro e objectivo, estando indicados na lei os candidatos que são admitidos como acolhedores em lar familiar. Estes podem ser: a) candidatos singulares ou b) famílias, as quais, por sua vez, podem ser formadas por i) duas pessoas casadas entre si; ii) duas pessoas a viverem em união de facto há mais de dois anos; iii) ou parentes a viverem em comunhão de mesa e habitação [artigos 46.º e 47.º, n.º 2, da L.P.C.J.P.]. Deixou apenas o legislador português por esclarecer se os casais candidatos a acolhedores poderão ser ambos do mesmo sexo ou não, parecendo-nos que a melhor interpretação da letra da lei aponta no sentido afirmativo.

Por outro lado, não obstante, ambos os sistemas legais reconheçam como acolhedores pessoas singulares ou casais, unidos pelo matrimónio ou a viverem em união de facto (embora, tal regime resulte, na ordem jurídica espanhola, de um processo de interpretação extensiva do artigo 173.1 do respectivo c.c.), em Portugal, o legislador foi mais longe e admitiu, expressamente, ainda como candidatos acolhedores parentes que vivam em comunhão de mesa e habitação, ao contrário do que acontece na ordem jurídica espanhola, cuja hipótese é apenas defendida por certa corrente doutrinal, estando longe de ser pacífica a sua admissão.

Em suma, parece-nos que a melhor solução legal é que tipifica os tipos de candidatos a acolhedores familiares admitidos e permite que estes possam ser formados por familiares que vivam em comunhão de mesa e habitação e ser do mesmo, caminho esse que deveria ser igualmente abraçado pelo legislador estatal espanhol, através da reformulação do citado artigo 173.1. do c.c., garantindo-se, desse modo, uniformidade de interpretação e de aplicação do referido dispositivo legal e igualdade de tratamento de todos os cidadãos que desejem candidatar-se a acolhedores familiares, nas diversas comunidades autónomas.

Em matéria de requisitos exigidos aos candidatos a acolhedores, cumpre ainda fazer referência a três aspectos importantes.

Por um lado, embora a lei estatal espanhola não o preveja, é comumente aceite pela doutrina, e assim consagrado na normativa autonómica, que os candidatos têm que reunir capacidade plena de exercício de direitos<sup>52</sup> e idoneidade para poderem exercer tal função (tendo certo sector doutrinal<sup>53</sup> defendido a possibilidade de os candidatos poderem incluir jovens emancipados, hipótese esta que não se coloca, em Portugal, na medida em que o candidato a acolhedor tem de ter mais de vinte e cinco anos).

Por outro lado, coube ao legislador autonómico concretizar os critérios que deveriam ser apreciados pela entidade decisora a fim de poder concluir ser o candidato idóneo para desempenhar a referi-

<sup>52</sup> Cf. HIJAS FERNÁNDEZ, *Guarda assistencial, tutela ex lege y acogimiento de menores*, 49; RODRÍGUEZ SOL, “La protección y acogimiento de menores en el Derecho español”, *La Ley* 1 (1993) 1110; ALBACAR LÓPEZ / MARTÍN GRANIZO, *o.c.*, 1077.

<sup>53</sup> RODRÍGUEZ MORATA, “El acogimiento de menores”, 140, rejeitou tal possibilidade, ao contrário de LLEBARIA SAMPER, *Tutela autonómica, guarda y acogimiento de menores*, 131 e GONZÁLEZ PVEDA, *La jurisdicción voluntaria*, 832; RODRÍGUEZ SOL, “La protección y acogimiento de menores en el Derecho español”, 1110.

da função, fazendo-se menção, na grande maioria das C.C.A.A.: à sua idade, aptidão educadora, motivação, disponibilidade e capacidade para aceitação das características do acolhimento, a sua colaboração com as entidades públicas, a sua situação familiar, social, profissional e habitacional e as suas condições de saúde e/ou qualquer outra circunstância que possa intervir no bom desenvolvimento da personalidade da criança ou jovem acolhido<sup>54</sup>. Todavia, os referidos requisitos não são iguais em todas as comunidades, originando um quadro normativo com distintas matizes e níveis de exigência em várias partes do território espanhol.

Distintamente, na legislação portuguesa, o legislador especificou expressamente, e bem, segundo nos parece, quais os requisitos que o candidato a acolhedor, em lar familiar, tem de reunir: *a)* ter idade superior a vinte e cinco anos e inferior a sessenta e cinco anos, salvo tratando-se de casais ou de parentes que vivam em economia comum, casos em que a exigência deste requisito só se aplica a um dos elementos; *b)* não ser candidato à adopção; *c)* possuir a escolaridade mínima obrigatória; *d)* reunir condições de saúde necessárias para acolher crianças ou jovens; *e)* possuir condições de higiene e habitacionais adequadas; *f)* exercer o acolhimento familiar a título de actividade profissional principal ou secundária, mas neste último caso, só se tiver horário compatível com as funções próprias de família de acolhimento; *g)* não ter sido condenado, por sentença transitada em julgado, por crimes contra a vida, a integridade física, a liberdade pessoal, a liberdade e a autodeterminação sexual; *h)* não estar inibido ou limitado do exercício do poder paternal, nos termos do artigo 1918.º do Código Civil; *i)* e estar inscrito, na respectiva repartição de finanças,

como trabalhador independente [artigos 14.º e 21.º, n.º 2, do Dec.-Lei n.º 11/2008, de 17 de Janeiro].

Sendo ainda factores a avaliar na admissão ou rejeição da candidatura, mediante a realização de entrevistas sociais e psicológicas e visitas domiciliárias<sup>55</sup>: a personalidade, maturidade, capacidade afectiva e equilíbrio emocional dos membros da família candidata a família de acolhimento; a motivação da família para o acolhimento, seu perfil psicológico e grau de estabilidade relacional; a disponibilidade da família para colaborar no processo de recuperação do papel parental da família natural; e a estabilidade sócio-familiar e aceitação do acolhimento familiar por todos os membros da família, por forma a garantir a integração num ambiente familiar, harmonioso, afectivo e securizante.

Por fim, sublinhe-se como, quer em Portugal<sup>56</sup>, quer em Espanha<sup>57</sup>, o acolhedor pode exercer tais funções gratuita ou remuneradamente.

No que se refere ao tipo de acolhimento familiar em *hogar funcional*, ficou igualmente por clarificar na normativa estatal espanhola o que se deveria compreender como tal, o que motivou distintas soluções jurídicas em cada uma das dezassete comunidades autónomas: numas, surgiu referenciado como uma forma de convivência permanente similar à familiar, em que o responsável pelo lugar funcional reside no local e recebe uma remuneração por essa função, é o caso, por exemplo, das C.C.A.A. das Canárias<sup>58</sup> e de Rioja<sup>59</sup>; surgindo, noutras, como um tipo de acolhimento residencial

<sup>54</sup> GONZÁLEZ POVEDA, *La jurisdicción voluntaria*, 833.

<sup>55</sup> Artigos 16.º e 18.º do Decreto-Lei n.º 11/2008, de 17 de Janeiro.

<sup>56</sup> Em Portugal, cf. artigos 20.º, alíneas *d)* e *e)*, e 44.º do Dec.-Lei n.º 11/2008, de 17 de Janeiro.

<sup>57</sup> Artigo 173.2.5 do c.c. espanhol.

<sup>58</sup> Artigo 67.º da Ley 1/1997, de 7 de febrero.

<sup>59</sup> Artigo 83.1 da Ley 1/2006, de 28 de febrero

profissionalizado e não familiar, como na C.C.A.A. da Catalunha<sup>60</sup> e da Galiza<sup>61</sup>.

Em Portugal, o legislador fez menção igualmente a um tipo de acolhimento em *lar profissional*, cuja essência poderá ser, de alguma forma comparável ao tipo de acolhimento em “hogar funcional” (se compreendido como um tipo de acolhimento familiar) na medida em que os acolhedores são técnicos com formação adequada escolhidos especialmente para o cargo em função das suas aptidões profissionais. Todavia, em Portugal, veio, em 2008, o legislador clarificar que essas pessoas não deverão estar unidas por qualquer laço de parentesco, matrimonial ou de união de facto entre si, terão de exercer estas funções em exclusividade [artigo 47.º, n.º 3, da L.P.C.J.P.], e deverão acolher, no máximo duas crianças e jovens que revelem problemas e necessidades especiais, como “deficiência, doença crónica e problemas do foro emocional e comportamental”, que exijam uma especial preparação e capacidade técnica [artigo 9.º do Dec.- Lei n.º 11/2008, de 17 de Janeiro], ao contrário do que verificamos na ordem jurídica espanhola, cujo conceito de “hogar funcional”, embora revele diferentes concretizações nas várias C.C.A.A., não tem um campo de aplicação tão diminuto.

Embora se reconheça o mérito desta modalidade de acolhimento familiar, a verdade é que, pelo menos, na forma como foi consagrada em Portugal, pelo elevado grau de disponibilidade, formação científica e responsabilidade que exige aos candidatos a acolhedores, tem revelado sérias dificuldades de transposição para a realidade quotidiana, não se encontrando, por isso, ainda em funcionamento.

<sup>60</sup> Artigo 131.º da Ley 14/2010, de 27 de mayo.

<sup>61</sup> Artigos 10.º, 11.º, e 13.º, do Decreto 329/2005, de 28 de julio, regulador dos centros de menores e dos centros de atenção à infância.

### 2.2.1.2. Modalidades do acolhimento familiar

O legislador estatal espanhol subdividiu o acolhimento familiar em três modalidades: a) o acolhimento familiar simples; b) o acolhimento familiar permanente; c) e o acolhimento familiar pré-adoptivo.

Recordemos como, em Espanha, o acolhimento familiar simples, designado de típico ou ordinário<sup>62</sup>, pode ter lugar em duas situações: a) quando a entidade pública tenha concluído pela viabilidade da reintegração da criança na sua família biológica; b) ou quando verifique não se revelar possível a aplicação de uma medida de carácter mais estável à criança [artigo 173.1 *bis* do c.c. espanhol]; já o acolhimento familiar permanente é aplicável apenas nas situações em que, constatada a impossibilidade do retorno da criança ou jovem à sua família biológica, a sua eventual idade elevada ou outras circunstâncias da sua família assim o aconselhem [artigo 173.2 *bis* do c.c. espanhol]; e, por fim, o acolhimento familiar preadoptivo pode ser formalizado quando a entidade pública apresenta ao juiz a proposta de adopção da criança; ou, em momento anterior, quando o juiz, atentas as informações e relatórios da situação sócio-familiar da criança, considere conveniente ter lugar um período prévio de prova com vista a poder aferir-se do sucesso ou não da sua adaptação ao seu novo contexto familiar.

Ora, a subdivisão do acolhimento familiar nas referidas submodalidades é uma das matérias de maior dissemelhança entre as ordens normativas portuguesa e espanhola.

Em Portugal, o legislador só consagra um único tipo de acolhimento familiar, mais próximo do acolhimento familiar simples, na medida em que só

<sup>62</sup> Cf. RODRÍGUEZ MORATA, “El acogimiento de menores”, 141.

pode ser aplicado quando a entidade competente preveja o retorno da criança à sua família natural (e, nesse caso, pode ser *de curta duração*, se for previsível esse reingresso, num prazo inferior a seis meses, ou *prolongado*, aplicável nas demais situações, em que se preveja um afastamento da criança do seu núcleo familiar por prazo superior a seis meses [artigo 48.º da L.P.C.J.P.]); ou, desde 2008<sup>63</sup>, nos casos em que a criança ou jovem se encontre em situação de preparação para a sua autonomia de vida [artigo 3.º do Dec.-Lei n.º 11/2008].

Não existe, assim, a possibilidade, no ordenamento jurídico português, de o acolhimento familiar poder ter natureza permanente ou ser pré-adoptivo: por um lado, não pode ser prolongado porque entende o legislador que, como medida provisória que é, deve durar o menos tempo possível, não podendo, por isso, perpetuar-se até à maioridade ou emancipação do jovem; e, por outro, não pode ser pré-adoptivo, isto é, não pode ser aplicado como medida prévia à adopção, por existir na lei outra medida específica para tais casos, a *confiança a pessoa seleccionada com vista à adopção*, e que visa a entrega da criança ao candidato a adoptante e o início de um período experimental, que é sempre obrigatório antes de instaurado o processo de adopção<sup>64</sup>, no decurso do qual se averiguará se entre a criança e o candidato a adoptante se estabeleceram os vínculos próprios da filiação natural. Diversamente, no sistema legal espanhol, é através do acolhimento familiar que se poderá dar início a esse período de prova, o qual, porém, não é sempre obrigatório, mas apenas nos casos em que a entidade pública tenha dúvida sobre qualidade dos laços afectivos entre a criança e

os candidatos a adoptantes e o sucesso da sua integração na sua nova família.

Uma vez atento o regime legal em matéria de acolhimento familiar nos dois países, cumpre tecer ainda algumas considerações.

Em primeiro lugar, em Portugal, parece-nos que a própria essência e finalidade da medida de acolhimento familiar deveria ser repensada. Mais importante do que lhe consagrar submodalidades, seria alargar o núcleo de situações em que poderia ser aplicada, alterando-se os pressupostos legais em que assenta, conferindo-lhe uma tónica de maior flexibilidade.

Nessa medida, poderia o acolhimento, numa fase inicial, visar não apenas o retorno da criança ou jovem à sua família biológica ou o início do seu processo de autonomização mas ainda a selecção de um candidato a adoptante ou a instauração da providência cível necessária para acautelar a sua situação, evitando-se que muitas crianças tenham de crescer, até alcançarem a maioridade, no interior de uma instituição por não ter sido possível encontrar candidatos a adoptantes ou enquanto aguardam o decorrer de providências cíveis. Por outro lado, tendo sido aplicada, visando o retorno da criança à sua família, inviabilizando-se tal desiderato, defendemos que a mesma deveria poder manter-se até que fosse adoptada a providência cível adequada a salvaguardar os laços que liguem a criança à família de acolhimento ou à estabilizar a sua situação jurídica.

Por outro lado, mesmo nas situações em que a medida tenha sido aplicada visando-se o posterior retorno da criança à sua família, somos de opinião que se, posteriormente, se se viesse a tornar inviável tal reingresso, deveria permitir-se que o acolhimento familiar se pudesse manter até que fosse adoptada a providência cível mais adequada para a criança, a qual poderia passar pela sua adopção

<sup>63</sup> Com a publicação do Decreto-Lei n.º 11/2008, de 17 de Janeiro.

<sup>64</sup> Excepto se a criança for filha do cônjuge ou companheiro do candidato a adoptante [artigo 1980.º do c.c. português].

por candidatos seleccionados ou mesmo pelo seu acolhedor, ou pela instauração de um processo de tutela a favor deste, consoante fosse mais adequado para a criança ou jovem em causa.

Sem deixarmos de reconhecer a sensibilidade e os desafios que tal solução coloca, na medida em que, no actual regime legal português, os candidatos a adoptantes não podem ser candidatos a acolhedores (nem os candidatos a acolhedores se podem candidatar à adoptantes), parece-nos, todavia, que em casos particulares, devidamente identificados na lei, quando tal solução fosse a que respondesse melhor ao interesse superior da criança, por não ter sido possível o seu reingresso na sua família, nem a sua adopção (ou se a constituição do vínculo adoptivo se revelasse altamente improvável dado, por exemplo, a sua idade elevada), dever-se-ia, segundo nos parece, admitir tal solução.

No que se refere ao sistema jurídico espanhol, parece-nos ainda que a modalidade de acolhimento familiar simples deveria passar a visar apenas o retorno da criança à sua família biológica, deixando de ter lugar nas situações *em que não se revele possível a adopção de uma medida mais estável* [artigo 173.1 *bis* do c.c. espanhol]. É nosso entendimento que este tipo de casos deveriam ser objecto de medidas provisórias e não de uma medida definitiva como o acolhimento familiar simples. Nessa medida, caberia ao legislador estatal alargar o leque de situações em que passaria a ser possível recorrer a medidas provisórias, reformulando, assim, o teor do artigo 173.3 do c.c.

Já o acolhimento familiar permanente deveria poder manter-se até que o jovem se autonomizasse e se tornasse independente, se as circunstâncias do caso não tivessem possibilitado a adopção de uma medida cível mais estável para a sua vida, questão igualmente omissa no citado Anteproyecto de Ley e no Plan Estatal.

Por último, no que se refere à modalidade de acolhimento pré-adoptivo, somos de opinião, que esta deveria ser eliminada, irrompendo na ordem normativa estatal com novas roupagens, ou seja, como uma medida que deveria preceder obrigatoriamente o processo de adopção, como acontece, em Portugal. Desse modo, assegurar-se-ia, através de um período probatório, que entre a criança ou jovem e o candidato a adoptante se estabelecem os vínculos próprios da filiação (o qual só poderia eventualmente ser dispensado nas situações em que a criança já tivesse convivido previamente com o candidato, já havendo elementos de prova suficientes da existência de tal vínculo afectivo entre ambos), assim como maior controlo e garantia de sucesso nos processos de adopção. Esta solução foi já igualmente defendida e bem no Anteproyecto de Ley de Actualización de 2011 e no Plan Estatal de Infancia e Adolescencia 2013-2016, aprovado pelo Conselho de Ministros.

### 2.3. Duração, revisão e cessação das medidas

#### 2.3.1 Duração e revisão

Na ordem jurídica espanhola, o legislador estatal optou por não consagrar prazos máximos de durabilidade das medidas de protecção, com excepção do regime consagrado à medida de acolhimento familiar pré-adoptivo, quando vise o estabelecimento de um período de adaptação da criança à sua nova família, a qual, não poderá ter uma duração superior a um ano [artigo 173.3 *bis* do c.c. espanhol], não tendo incluído, igualmente, critérios temporais para se proceder à sua revisão obrigatória.

Distintamente, o legislador português balizou tais patamares temporais máximos, mas apenas em relação às medidas de promoção e protecção de execução em meio natural de vida da criança.

Assim, à luz do artigo 60.º da L.P.C.J.P., as medidas de execução em meio natural de vida têm a duração máxima de um ano, prazo esse que, em situações excepcionais, se o interesse da criança o justificar, poderá ser prorrogado por mais seis meses.

Diversamente, as medidas de colocação (o acolhimento familiar e residencial), terão a duração fixada no acordo de promoção e protecção ou em decisão judicial [artigo 61.º da L.P.C.J.P.], com excepção da medida de confiança a pessoa seleccionada para a adopção ou a instituição com vista a futura adopção, a qual dura até ser decretada a adopção [62.º-A da L.P.C.J.P.].

Nesse sentido, tem vindo a ser amplamente questionado pela doutrina portuguesa não apenas o facto de o legislador ter fixado limites máximos de duração das medidas de execução em meio natural de vida, sem, todavia, esclarecer quais os posteriores trâmites que deveriam ser adoptados pelas entidades decisoras se, findo o referido prazo, se mantiver a situação de perigo; como, ainda, a circunstância de não ter estabelecido limites temporais semelhantes para as medidas de colocação, permitindo, assim, que, em muitas situações, tais medidas se eternizem até à maioridade do jovem.

Por sua vez, impõe ainda a L.P.C.J.P., ao contrário da normativa estatal espanhola, a revisão obrigatória das medidas de promoção e protecção, não apenas quando se extinga o prazo da sua duração (fixado no acordo de promoção e protecção ou em decisão judicial); mas ainda, sempre que decorridos períodos de seis meses, após a medida ser aplicada e ainda, a qualquer momento, se ocorrerem factos que o justifiquem (oficiosamente, a pedido dos pais, representante legal ou quem tem a guarda de facto da criança ou da própria criança ou jovem com idade igual ou superior a doze anos [artigo 62.º da L.P.C.J.P.]).

Este regime geral é afastado apenas em duas situações: quando aplicada a medida de *acolhimento em instituição de curta duração* (seis meses), a qual tem de ser reexaminada, de três em três meses [artigo 59º, n.º 4, da L.P.C.J.P.]; ou a medida de *confiança a pessoa seleccionada para a adopção ou a instituição com vista a futura adopção*, a qual não está sujeita a revisão (salvo razões ponderosas) [artigo 62.º-A, n.º 1, da L.P.C.J.P.].

Atento regime vigente em ambos os países, parece-nos que a consagração de prazos máximos de duração e de revisão obrigatória das medidas de protecção permite evitar que aquelas se possam eternizar na vida da criança, quando já não necessárias ou adequadas, ou permaneçam desajustadas às novas circunstâncias da sua vida.

Consideramos, assim, que o enquadramento legal de tais questões na legislação portuguesa permite garantir uma melhor protecção dos interesses e direitos da criança e da sua família, oferecendo-lhe maiores garantias de segurança e de controlo da actividade da entidade decisora, não obstante se devesse introduzir, na L.P.C.J.P., patamares máximos de durabilidade também em relação às medidas de colocação. A fixação de tais balizas temporais desde que estabelecidas com o devido cuidado e assegurando-lhes uma tónica de flexibilidade, isto é, permitindo que tais indicadores temporais possam ser ultrapassados em situações excepcionais, devidamente justificados, podem ser úteis, surgindo como pontos de referência norteadores da intervenção da entidade competente, assegurando um melhor sistema de controlo da adequação e necessidade das medidas aplicadas, ao longo do tempo, assim como a obrigatoriedade da sua revisão, nos casos supra indicados.

### 7.3.2 Cessaçã

Em Espanha, o regime sobre a aplicaçã, execuçã e cessaçã das medidas preventivas e reparadoras, em situações de risco, assim como a extinçã do acolhimento residencial, ficou a cargo do legislador autonõmico, nã havendo qualquer referẽncia na lei estatal.

Por sua vez, quanto à extinçã das medidas de desamparo, de tutela pùblica e de acolhimento familiar, encontramos apenas referẽncia na legislaçã estatal às entidades competentes para impulsionar a sua extinçã<sup>65</sup>, mas nã às causas que poderã justificar tal decisã<sup>66</sup>, salvo quanto ao instituto da guarda voluntãria, o qual pode extinguir-se quando se constate terem desaparecido as circunstãncias graves que justificaram a sua atribuiçã às entidades pùblicas [artigo 172.2. do c.c. espanhol]<sup>67</sup>.

No regime jurìdico portuguẽs, diversamente, encontramos, no artigo 63.º da L.P.C.J.P., uma lista de situações que poderã motivar a cessaçã das

medidas de promoçã e protecçã por parte da comissã ou do juiz: a) quando decorra o respectivo prazo de duraçã ou eventual prorrogaçã; b) a decisã de revisã lhes ponha termo; c) seja decretada a adopçã, nos casos previstos no artigo 62º-A; d) o jovem atinja a maioridade ou, nos casos em que tenha solicitado a continuaçã da medida para alẽm da maioridade, complete vinte e um anos; e) ou seja proferida decisã em procedimento cível que assegure o afastamento da criançã ou do jovem da situaçã de perigo (decisã esta que terã de ter natureza judicial, pois, a decisã de confiançã administrativa, por exemplo, nã faz cessar a medida de promoçã e protecçã, o que apenas poderã vir a ocorrer em sede de revisã).

Por outro lado, as medidas de promoçã e protecçã, no quadro legal portuguẽs, nã cessam *ope leges*: a sua extinçã exige que a entidade competente aprecie os factos e se pronuncie sobre a sua cessaçã, atravẽs de decisã motivada, a qual é precedida da audiçã prẽvia dos pais, representante legal ou de quem tem a guarda de facto da criançã ou jovem e tambẽm da prõpria criançã com mais de doze anos ou com idade inferior, se revelar capacidade para entender o sentido da intervençã sobre a cessaçã da medida [artigos 84.º e 85.º da L.P.C.J.P.].

Verificamos, assim, que as causas de extinçã se assemelham em ambas as normativas ibéricas, embora nã encontremos referẽncia expressa a elas na legislaçã estatal espanhola, o que, segundo nos parece, poderia ser colmatado, incorporando-se ainda na lei a necessidade de a sua extinçã dever ter lugar mediante resoluçã escrita devidamente motivada, precedida da audiçã das pessoas directamente interessadas no processo, como se exige na ordem jurìdica portuguesa, oferecendo-se assim maiores garantias processuais às partes directamente ligadas ao processo.

<sup>65</sup> Artigo 1828.º da L.E.C.

<sup>66</sup> O desamparo e a tutela pùblica podem ser extintas, oficiosamente, pela entidade pùblica, ou a pedido dos progenitores ou tutores, do Ministèrio Fiscal ou de outra pessoa interessada. Os pais ou tutores nã privados do poder paternal, mas apenas suspenso em tal exercìcio, tẽm um prazo m̀ximo de dois anos para poderem vir solicitar a cessaçã da suspensã do poder paternal e a revogaçã da decisã que declarou o desamparo, invocando a mudançã nas circunstãncias de facto que justificaram tal declaraçã e j̀ reunirem as condições necessãrias para poderem assumir novamente, em plenitude, o exercìcio das suas responsabilidades parentais.

<sup>67</sup> Coube à doutrina espanhola sintetizar as razões que poderã motivar a extinçã de uma medida de protecçã, que passam pelo: vencimento do seu prazo; a instituiçã da tutela; a adopçã da criançã; o falecimento ou a declaraçã de incapacidade do acolhedor, se este for uma pessoa singular; a morte ou declaraçã de falecimento do menor acolhido; a emancipaçã ou maioridade do menor; a cessaçã da situaçã de desprotecçã; ou a recuperaçã do exercìcio pleno do poder paternal ou da tutela. Cf. HIJAS FERNÁNDEZ, *Guarda assistencial, tutela ex lege y acogimiento de menores*, 52-53; RODRÍGUEZ MORATA, “El acogimiento de menores”, 146; GONZÁLEZ POVEDA, *La jurisdicción voluntaria*, 845-846; GARCIA CANTERO, “Notas sobre el acogimiento familiar”, 316; RODRÍGUEZ SOL, “La protección y acogimiento de menores en el Derecho español”, 1113.

## 8. Notas finais

Da análise comparada dos regimes jurídicos espanhol e português pudemos concluir que o enquadramento legal das questões referentes à protecção da infância e juventude e sua sistematização, em Portugal, resultou mais claro, completo e revelador de maior rigor técnico. No regime normativo espanhol, julgamos que teria sido preferível a reunião de toda a normativa estatal num único documento, retirando a disciplina das medidas de protecção do Código Civil, e a definição de um quadro normativo-base mais extenso e pormenorizado que garantisse maior rigor, eficácia e uniformidade legal no tratamento de tais temáticas em território espanhol.

Por outro lado, embora ambas as normativas jurídicas ibéricas tenham fixaram critérios de legitimidade de intervenção das entidades públicas junto de crianças e jovens em situação de desprotecção, em Espanha, o legislador estatal optou por diferenciar *ab initio* os factos sinalizados, em função da sua gravidade, distinguindo as situações menos graves de risco, face às de desamparo, que legitimam a separação do menor do seu entorno de origem. Já, na ordem jurídica portuguesa, o legislador reuniu num único conceito jurídico, que designou de *perigo*, as situações que legitimam a intervenção das entidades competentes, diferenciando-as, não numa fase inicial do processo, mas no momento de seleccionar a medida de protecção a aplicar. Parece-nos mais adequada a solução legal vertida na L.P.C.J.P., na medida em que o regime normativo espanhol denota maiores desafios e dificuldades ao ser transposto para a realidade do dia-a-dia. Em muitos casos, a linha divisora entre risco ou desamparo é muito ténue, a permanente mutação das circunstâncias da vida dificulta essa qualificação estanca dos factos em análise, os quais, num momento,

podem não justificar a separação da criança da sua família e, noutro, já o impor. Por outro lado, a referida qualificação traz sempre inerente uma certa margem de subjectividade que podem originar que casos semelhantes sejam analisados e rotulados de forma distinta.

Verificámos ainda que ambos os países atribuem as principais tarefas protectoras a entidades não judiciais, surgindo o juiz, sobretudo, como uma instância de controlo e de intervenção subsidiária. Sem prejuízo, parece-nos que, em Espanha, deveria o legislador estatal incluir no texto da lei mais situações susceptíveis de darem lugar à intervenção judicial, designadamente sempre que, prevendo-se a retirada da criança da sua família, os progenitores da criança ou o seu representante legal ou de facto não concordem com a medida ou o próprio jovem (com idade igual ou superior a doze anos que revele suficiente juízo) se oponha à intervenção, assegurando-se um maior controlo e respeito pelos directos e garantias dos progenitores e dos direitos de participação e audição dos jovens. Já, no regime interno português, pelo contrário, dever-se-ia restringir o leque de situações que legitimam a instauração de um processo judicial de promoção e protecção, retirando-se designadamente do seu núcleo os casos de menor gravidade em relação aos quais a entidade decisora conclua não dever passar o futuro da criança ou jovem pelo seu afastamento do seu meio natural de vida e não haja anuência dos seus pais ou do seu representante legal ou de facto ou haja oposição da própria criança ou jovem com idade superior a doze anos, permitindo-se, assim, uma solução mais expedita conducente à estabilização da situação jurídica da criança.

Em matéria de medidas de protecção, atento o regime legal em vigor em ambos os países ibéricos no que se refere ao acolhimento familiar, é nossa

opinião que resulta premente, em Portugal, uma profunda reforma do instituto visando conferir-lhe uma maior tónica de flexibilidade. Deveria, assim, o legislador português alterar os pressupostos legais em que a referida medida assenta, alargando o seu âmbito de aplicação, podendo, assim, numa fase inicial, visar não apenas o retorno da criança ou jovem à sua família biológica ou o início do seu processo de autonomização, mas ainda a selecção de um candidato a adoptante ou a instauração da acção cível necessária à estabilização da sua situação jurídica; e, quando, tendo sido aplicada visando o retorno da criança à sua família, inviabilizado tal desiderato, pudesse manter-se até que fosse adoptada a providência cível adequada a salvaguardar os laços que ligassem a criança à família de acolhimento ou a necessária para estabilizar a sua situação jurídica. Em Espanha, dever-se-ia incluir uma regulação mais extensa, a nível estatal, das várias submodalidades do acolhimento familiar simples e prolongado, eliminando-se simultaneamente a categoria de acolhimento familiar pré-adoptivo, o qual se convolaria numa medida que passaria a preceder obrigatoriamente o processo de adopção.

Constatámos igualmente que, em Espanha, o legislador estatal não consagrou prazos máximos de duração ou de revisão obrigatória das medidas de protecção (salvo quanto ao acolhimento familiar pré-adoptivo quando aplicada antes de formalizado o pedido de adopção que só pode durar um ano). Nessa medida, julgamos que o enquadramento legal de tais questões na legislação portuguesa assegura uma melhor protecção dos interesses e direitos da criança e da sua família, ao oferecer-lhes maiores

garantias de segurança e de controlo da actividade da entidade decisora, devendo, assim, o legislador estatal espanhol colmatar esse vazio legal e o português introduzir prazos máximos de duração igualmente no que refere às medidas de colocação.

Em suma, o tratamento legal dirigido à protecção da infância e juventude, quer em Portugal, quer em Espanha, deve nortear-se pelo primado de se deverá procurar sempre soluções estáveis e definitivas para cada criança ou jovem, se possível, alcançáveis no seio do seu meio natural de vida ou, inviabilizado tal objectivo, através do recurso à adopção ou a outras medidas de natureza cível.

Ainda há um longo percurso a percorrer até que a grande maioria das crianças ou jovens retiradas de junto das suas famílias se encontrem inseridas em lares familiares substitutivos do seu natural e não integradas em centros de acolhimento, quer em Portugal, quer em Espanha.

Importa sensibilizar o poder político e a comunidade em relação aos reais benefícios e virtualidades da medida de acolhimento familiar de modo a que, daqui por algumas décadas, possamos analisar dados estatísticos que revelem uma percentagem mínima de crianças e jovens acolhidos em instituições, e um maior número de situações de integração em contexto familiar, enquanto aguardam pela definição do seu projecto de vida. É esse o desiderato principal que deverá nortear a actuação das entidades competentes para a construção de um amanhã mais luminoso para muitas crianças, futuro esse pelo qual somos todos igualmente responsáveis.

## ALGUMAS NOTAS SOBRE O IMPACTO DO APADRINHAMENTO CIVIL NA PROTECÇÃO DAS CRIANÇAS E JOVENS EM PORTUGAL<sup>1</sup>

Ana Rita Alfaiate<sup>2</sup>

**Palavras chave:** *apadrinhamento civil; crianças e jovens; estatísticas*

**Keywords:** *child fostering; children and young people; statistics*

**Resumo:** *Embora o apadrinhamento civil esteja em vigor há vários anos em Portugal, os números revelam que o instituto está longe de ocupar, na consciência (também jurídica) geral, o lugar que o legislador julgou que, pelas suas virtualidades, pudesse vir a ter entre as formas de integração familiar duradoura de crianças e jovens. Partindo de uma análise sumária de alguns casos, procuramos perceber algumas das dificuldades com que o apadrinhamento civil se tem confrontado.*

**Abstract:** *Although child fostering has been in force for several years in Portugal, statistics shows that the institute is far from occupying the space considered by the legislator between all the forms of lasting family integration of children and young people. We make a summary analysis of some cases and we try to understand some of the difficulties faced by special guardianship in the general and also in the legal conscience.*

<sup>1</sup> Pelo seu carácter eminentemente analítico, o presente texto omite, quase em absoluto, referências bibliográficas e notas de rodapé. O texto foi originalmente publicado, com raríssimas diferenças, como “Seis anos depois: análise do impacto do apadrinhamento civil em matéria de protecção dos afectos das crianças e jovens em Portugal”, in Tânia da Silva PEREIRA / Guilherme de OLIVEIRA / António Carlos Mathias COLTRO, org., *Cuidado e Afetividade: Projeto Brasil/Portugal – 2016/2017*, Brasil: Editora Atlas, Setembro de 2016. Apesar de tudo, pareceu oportuno e importante recuperar o que aqui se escreve sobre o instituto do apadrinhamento civil. Curiosamente, e corroborando o que adiante se dirá, não foi possível obter, à data de revisão do texto para publicação no ano de 2018, dados mais recentes que os que já constavam do texto inicial e que se reportam apenas aos anos até 2015.

<sup>2</sup> Doutora em Direito pela Faculdade de Direito de Coimbra. Assistente Convidada da Faculdade de Direito de Coimbra. Professora Auxiliar Convidada da Universidade Portucalense. Investigadora do Centro de Direito da Família da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra e do Instituto Jurídico da mesma Faculdade.

### 1. Apresentação do tema

A Lei n.º 103/2009, de 11 de Setembro, aprovou o Regime Jurídico do Apadrinhamento Civil, que viria a ser regulamentado pelo Decreto Lei n.º 121/2010, de 27 de Outubro. Desde a entrada em vigor do instituto, quantas crianças foram apadrinhadas, em Portugal? Por candidatos espontâneos ou por pessoas que eram já cuidadores informais destas crianças, por pessoas a quem estavam confiadas ou por tutores? A temida convivência entre pais e padrinhos tem, de facto, sido um entrave ao sucesso do instituto? Faz falta um incentivo financeiro aos candidatos a padrinhos? Estará já a opinião pública suficientemente informada sobre o que é o apadrinhamento civil? O que falhou? O que correu bem? Há casos de sucesso? Que caminhos para o futuro? São estas algumas das perguntas a que procuraremos dar resposta neste artigo.

Como forma de estabelecer um fio condutor da nossa reflexão, seleccionámos quatro casos de apadrinhamento civil, reais, destacando neles, naturalmente, os elementos essenciais para que se compreenda o papel deste apadrinhamento na vida da criança ou jovem em causa.

#### Caso 1

1. A e B são casados e pais de C
2. A sofre de uma debilidade mental e personalidade depressiva

3. B é motorista de longo curso, passando grandes períodos fora de casa
4. C cresceu com alguma negligência, tendo sido sinalizado à Comissão de Protecção de Crianças e Jovens em Perigo
5. D, irmã de B, e E, seu marido, cuidam frequentemente de C
6. É aplicada a C a medida de protecção de apoio junto de outro familiar<sup>3</sup> (a tia)
7. A e B não pretendem afastar-se do filho, mas reconhecem precisar de ajuda no seu cuidado
8. D e E apadrinham civilmente C, por compromisso celebrado na Comissão de Pro-

<sup>3</sup> As Comissões de Protecção de Crianças e Jovens em Perigo são, nos termos do artigo 12.º/1 da Lei de Protecção de Crianças e Jovens em Perigo, instituições oficiais não judiciárias com autonomia funcional e que visam promover os direitos da criança e do jovem e prevenir ou pôr termo a situações susceptíveis de afectar a sua segurança, saúde, formação, educação ou desenvolvimento integral. São compostas por equipas multidisciplinares e intervêm com base no consentimento expresso dos pais da criança ou jovem, mesmo que não exerçam as responsabilidades parentais, desde que não estejam inibidos, do representante legal ou da pessoa que tenha a guarda de facto da criança, requisito que, pela sua indispensabilidade, se não estiver verificado determina, automaticamente, a remessa do caso para sede judicial. A sua intervenção surge, deste modo, como meio de reparação da disrupção do funcionamento normal de uma família que, no limite, afecta as crianças e jovens que lhe pertencem. Trata-se de uma intervenção permitida legalmente até ao momento em que o jovem perfaz dezoito anos, mas que pode, a pedido deste, prorrogar-se até ao momento em que complete vinte e um anos e, no caso das medidas de colocação e de apoio para a autonomia de vida, até aos vinte e cinco, sempre que existam, e apenas enquanto durem, processos educativos ou de formação profissional, e desde que o jovem renove o pedido de manutenção.

A Lei de Protecção de Crianças e Jovens em Perigo prevê várias medidas de protecção, todas de carácter marcadamente temporário, que devem, sobretudo, promover a descoberta e sedimentação de um projecto de vida verdadeiramente securizante para a criança ou jovem, quer isso passe, a final, pela manutenção/regresso à sua família de origem, quer isso signifique um afastamento desta por um encaminhamento para a adopção, quer a solução a defender seja uma solução de compromisso, mitigada, como ocorrerá, por exemplo, com o apadrinhamento civil e com muitos casos de autonomização. São medidas de protecção as medidas de apoio junto dos pais, apoio junto de outro familiar, confiança a pessoa idónea, apoio para a autonomia de vida, acolhimento familiar, acolhimento residencial e, finalmente, confiança a pessoa seleccionada para a adopção, a família de acolhimento ou a instituição com vista à adopção.

tecção de Crianças e Jovens em Perigo e homologado pelo Tribunal

## Caso 2

1. A e B são casados e pais de C
1. Tanto A como B sofrem de debilidade mental ligeira, o que os impossibilita de prestar a C os cuidados adequados
2. C é sinalizado à Comissão de Protecção de Crianças e Jovens em Perigo
3. É aplicada uma medida de confiança a pessoa idónea, confiando-se C aos cuidados de D e E, seus *padrinhos de baptismo*
4. D e E candidatam-se ao apadrinhamento civil de C e são habilitados para o efeito
5. D e E apadrinham civilmente C, por compromisso celebrado na Comissão de Protecção de Crianças e Jovens em Perigo e homologado pelo Tribunal
6. Do referido compromisso consta a possibilidade de contacto entre C e os pais sempre que quiserem, bem como a obrigação dos padrinhos de informarem os pais sobre o estabelecimento de ensino frequentado pela criança e a realização de qualquer intervenção cirúrgica que não seja absolutamente necessária e que implique grave risco
7. São fixados alimentos a favor de C, a serem pagos por A e B

## Caso 3

1. A e B são pais de C, de 12 anos
2. Assim que C nasce, A e B separam-se, tendo C ficado a viver com a mãe, A, em casa dos avós maternos, num quadro de grande disfuncionalidade familiar

3. A evidência, desde sempre, fracas competências parentais e debilidade mental ligeira
  4. B não visita C desde antes dos seus 2 anos de idade
  5. O caso de C é sinalizado à Comissão de Protecção de Crianças e Jovens em Perigo, que o institucionaliza
  6. Posteriormente, C é confiado a uma família idónea
  7. Esta família devolve C cerca de dois anos depois de o receber
  8. C é novamente institucionalizado, passando por um período de desvinculação muito doloroso
  9. D e E candidatam-se espontaneamente ao apadrinhamento civil
  10. Feito o *matching*, percebe-se que C pode ser apadrinhado civilmente por D e E
  11. A presta o consentimento para o apadrinhamento civil
  12. C presta também o seu consentimento, por ter já mais de 12 anos
  13. É dispensado o consentimento de B
  14. É aplicada uma medida de confiança a pessoa idónea e C passa a viver com D e E
  15. Decorridos seis meses, constitui-se judicialmente o apadrinhamento civil, definindo-se o direito de visitas por parte de A e estabelecendo-se que não há qualquer direito de visitas por parte de B
  16. Não se fixam alimentos, atenta a impossibilidade de ambos os progenitores os prestarem
- procedimento de urgência<sup>4</sup>
  3. Em 2004, em sede de revisão da medida, A e B são entregues aos cuidados dos avós maternos
  4. Em 2006, a avó pede a retirada de A de B por não ter “nem condições, nem paciência” para cuidar das crianças
  5. Não há qualquer relação entre A e B e os seus progenitores, embora, ouvido, o pai diga que não consente na adopção das filhas
  6. Em 2007, A (12 anos) e B (5 anos) são encaminhadas para a adopção, aplicando-se-lhes a medida de confiança a instituição com vista a futura adopção
  7. O Tribunal considera que estão irremediavelmente comprometidos os vínculos afectivos próprios da filiação, nomeadamente pelo desinteresse dos progenitores relativamente às filhas, dispensando o seu consentimento
  8. A e B são integradas numa primeira família, que acaba por adoptar apenas B e devolver A
  9. A é integrada numa segunda família, que também a devolve
  10. C e D têm conhecimento do caso de A através de uma amiga
  11. C e D começam a visitar A

<sup>4</sup> Nos casos em que surgem indícios de uma situação de perigo actual ou iminente para a vida, a integridade física ou a integridade psíquica da criança ou jovem, as entidades com competência em matéria de infância e juventude, bem como as Comissões de Protecção podem, em conformidade com o previsto nos artigos 91.º e 92.º da Lei de Protecção de Crianças e Jovens em Perigo, proceder à salvaguarda da criança ou jovem, nomeadamente retendo-a em casa de acolhimento, contra a vontade dos titulares das responsabilidades parentais ou de quem tenha a sua guarda de facto, desde que comuniquem de imediato ao Ministério Público e o Tribunal, a requerimento deste, profira, no prazo de quarenta e oito horas, decisão provisória em que confirme as providências tomadas para a imediata protecção da criança ou jovem, aplicando uma medida de protecção ou determinando o que tiver por mais conveniente relativamente ao destino do menor.

#### Caso 4

1. A nasce em 1995 e B nasce em 2002
2. Em 2002, A e B são institucionalizadas, em

12. Pretendendo cuidar de A, e uma vez que esta não tem já idade para ser adoptada<sup>5</sup>, C e D candidatam-se ao apadrinhamento civil
13. É aplicada uma medida de confiança a pessoa idónea e A passa a viver com C e D
14. É celebrado compromisso de apadrinhamento civil, assinado por A (17 anos), C, D e o Organismo da Segurança Social (os pais estavam já, naturalmente, afastados da vida de A, tendo sido dispensado o seu consentimento)
15. O compromisso é homologado judicialmente

## 2. Considerações brevíssimas sobre o instituto e a sua implementação prática

Servindo-nos das palavras de Francisco Pereira Coelho e Guilherme de Oliveira, define-se apadrinhamento civil como uma “forma de acolhimento duradoura” que se “pretendeu acrescentar aos meios alternativos à institucionalização”. “Assim, tem em vista possibilitar às crianças e jovens cujos pais, por alguma razão, não estejam em condições de exercer de modo adequado as responsabilidades parentais, a integração num ambiente familiar, de forma permanente, que estabeleça laços afectivos e permita o seu bem-estar e desenvolvimento. Embora, em certa medida, os padrinhos substituam as pessoas que normalmente exercem as responsabilidades parentais – os pais – a verdade é que o apadrinhamento civil não aspira, porém, a igualar-se à relação de parentalidade. Com efeito, a coexis-

tência de vínculos biológicos e vínculos afectivos típicos do apadrinhamento civil configurará a generalidade dos casos.

O apadrinhamento civil constitui-se por acordo entre todos os interessados, homologado pelo tribunal; ou, na falta de acordo, por sentença judicial (art. 2.º). Os padrinhos exercem as responsabilidades parentais, embora se reconheçam certos direitos aos progenitores (art. 8.º). Os padrinhos consideram-se ascendentes em 1.º grau do afilhado para efeitos da obrigação de alimentos (art. 21.º). O afilhado integra-se no agregado familiar dos padrinhos, para vários efeitos (art. 23.º). O vínculo é permanente, ressalvados os casos excepcionais de revogação (art. 25.º). Está sujeito a registo civil (art. 28.º).<sup>6-7</sup>

A implementação prática do instituto foi muito demorada, desde logo pelo hiato entre a publicação do Regime Jurídico e da sua Regulamentação. Na realidade, embora o prazo inicialmente avançado (no artigo 33.º do Regime Jurídico do Apadrinhamento Civil) tenha sido 120 dias, a Regulamentação surgiu apenas mais de um ano depois. Foi, digamos assim, um começo lento e sem grande ambição por parte dos intervenientes nesta matéria.

Com a Regulamentação, ainda assim, começaram a desenvolver-se esforços, nomeadamente no plano de acção do Instituto de Segurança Social, para criar uma ferramenta de trabalho para os seus técnicos, agora a braços com novas tarefas, de entre as quais se destaca a habilitação dos candidatos a padrinhos. O primeiro Guia Prático “Apadrinhamento

<sup>6</sup> Francisco Pereira COELHO / Guilherme de OLIVEIRA, *Curso de direito da família, Introdução, Direito Matrimonial*, Volume 1, 5.ª ed., Imprensa da Universidade de Coimbra, 2016, 110-111.

<sup>7</sup> Sobre o instituto, com o aprofundamento teórico que, notoriamente, não pretendemos que este texto tenha, veja-se, entre outros, Ana Rita ALFALATE / Geraldo Rocha RIBEIRO, “Reflexões a propósito do apadrinhamento civil”, *Revista do CEJ* 1 (2013) 117-142..

<sup>5</sup> Em Portugal, podem ser adoptados apenas os menores de 15 anos à data do requerimento de adopção, salvo os casos em que, à data do requerimento, o adoptando tenha menos de 18 anos e não se encontre emancipado quando, desde idade não superior a 15 anos, tenha sido confiado aos adoptantes ou a um deles ou quando for filho do cônjuge do adoptante (artigo 1980.º/2, 3 do Código Civil).

Civil – Crianças e Jovens” data de Junho de 2011, mais de meio ano após a publicação do diploma de Regulamentação e quase dois anos depois da publicação do Regime Jurídico do Apadrinhamento Civil.

### 3. O fraco impacto dos números até ao final do ano de 2015

Fruto da realidade vinda de expor, os casos de apadrinhamento civil não engrossaram significativamente, como era objectivo primeiro do legislador, as estatísticas das crianças desinstitucionalizadas.

Até ao final de 2015, existiam, em Portugal, 69 casos contabilizados, entre compromissos homologados judicialmente e sentenças. A grande maioria dos casos, como seria de esperar, surge em Portugal continental.<sup>8</sup>

Olhando para a realidade do continente, excluindo a cidade de Lisboa, de um total de 58 crianças ou jovens encaminhados para o apadrinhamento, 34 foram alvo de um compromisso homologado judicialmente e 24 de decisões judiciais. 7 casos tiveram lugar no Arquipélago da Madeira e 3 casos no Arquipélago dos Açores. A Santa Casa da Misericórdia de Lisboa, por seu turno, contabilizou apenas 1 caso.<sup>9</sup>

Tem cabido, para ajudar a clarificar estes números, um papel muito importante aos Organismos

de Segurança Social do continente na promoção do instituto. Assim, até ao final de 2015, estes Organismos receberam 100 iniciativas de apadrinhamento civil. O facto de lhes caber, por imperativo legal, um papel fundamental na habilitação dos candidatos a padrinhos obrigou os técnicos a estudar e a ficarem atentos às potencialidades da nova providência tutelar cível.

Na realidade, muito embora as equipas técnicas encarregadas desta habilitação sejam, na grande maioria dos casos, compostas precisamente pelos mesmos técnicos com funções no âmbito da adopção (seja da selecção dos candidatos, seja do acompanhamento pré ou pós adopção), a verdade é que é hoje muito raro encontrar um técnico destes serviços que não domine com seriedade as diferenças dos institutos, promovendo-se, também por aí, uma dignificação do papel do apadrinhamento civil no panorama das opções de projecto de vida para as crianças e jovens em Portugal.

Apesar de tudo, não se pode escamotear que este esforço e esta seriedade dos técnicos nem sempre têm surtido efeito perante os potenciais padrinhos, como, de resto, parece resultar de uma análise, ainda que brevíssima, da diferença entre as entrevistas informativas (mais de 160), as candidaturas formalizadas (pouco mais de 100) e os candidatos habilitados (pouco mais de 70).<sup>10</sup>

Os desvios ao sistema que o legislador procurou evitar ao “desenhar” os diplomas relativos ao apadrinhamento civil foram detectados em algumas candidaturas, determinando a não habilitação desses candidatos. Neste aspecto em particular, cabe, pois, lembrar os casos de candidatos à adopção que não são seleccionados ou que, sendo-o, aguardam durante vários anos por uma criança e que, com o

<sup>8</sup> Os dados recolhidos resultam do apuramento feito por quatro entidades distintas. Assim, para Portugal continental, à excepção da cidade de Lisboa, é competente, nesta matéria, o Instituto de Segurança Social; para a cidade de Lisboa, é competente a Santa Casa da Misericórdia de Lisboa; para o Arquipélago da Madeira, o Instituto da Segurança Social da Madeira; e, para o Arquipélago dos Açores, o Instituto da Segurança Social dos Açores. Estes são dados, na sua maioria, recolhidos em troca informal de informação com as entidades.

<sup>9</sup> O único caso registado pela Santa Casa da Misericórdia de Lisboa tornou-se, aliás, mediático, na medida em que se trata de uma criança com dificuldades de locomoção, uma paralisia no lado direito, dificuldades cognitivas e epilepsia. Veja-se, sobre o caso, a reportagem da Revista Visão, em <<http://visao.sapo.pt/iniciativas/visaosolidaria/junioreseniores/apadrinhamento-civil-ser-pai-sem-o-ser=f814353>>.

<sup>10</sup> Dados de Portugal continental, apurados pelo *Gabinete de Planeamento e Estratégia* (ISS, I.P.) até ao final de 2015.

surgimento do novo instituto do apadrinhamento civil, facilmente se sentiram tentados a procurar, por esta via, o filho que não conseguiram encontrar pela via da adopção. É então importante referir, mais uma vez, como à sociedade se afirma em todos os textos sobre apadrinhamento civil, que as expectativas dos candidatos ao apadrinhamento têm de ser distintas daquelas que são as dos candidatos à adopção, na medida em que, e por sobretudo, embora possam existir casos em que a família biológica da criança ou jovem esteja afastada, a regra será a da convivência entre família biológica da criança e família dos padrinhos, pais e padrinhos, em suma.

#### 4. Referência a aspectos concretos nas situações de apadrinhamento civil

##### a. Quanto aos candidatos a padrinhos

Se é verdade que a maioria das crianças em situação de apadrinhabilidade (em condições de serem apadrinhadas) se encontram acolhidas institucionalmente e que o principal objectivo do legislador ao criar esta nova providência tutelar cível foi a desinstitucionalização das crianças e jovens, os casos de apadrinhamento civil mais comuns mostram que não têm sido exactamente estas crianças e jovens a beneficiar mais com o instituto.

Assim, de uma análise de alguns casos, percebe-se que é comum que o apadrinhamento civil surja para dar sustentação jurídica a situações que de facto já existiam. Vale isto por dizer que se encontram amiúde casos de coabitação prévia entre os candidatos a padrinhos e a criança ou jovem a apadrinhar. Destacam-se, aqui, os casos de membros da família alargada da criança, nomeadamente tios<sup>11</sup> e de padrinhos católicos. Todavia, encon-

tram-se também situações em que essa coabitação prévia se deve a uma recombinação familiar, o que significa que companheiros das mães<sup>12</sup> das crianças ou jovens têm vindo, por vezes, suscitar a pertinência de apadrinharem os filhos das pessoas com quem entretanto casaram ou passaram a viver em condições análogas às dos cônjuges. Normalmente, estas situações ocorrem porque o progenitor da criança ou jovem não mantém com esta uma relação de proximidade, deixando espaço para que o novo companheiro da mãe surja como uma referência quase parental. É muitas vezes alguém que assume já algumas tarefas e responsabilidades relativamente à criança ou jovem e que, a determinada altura, entende que a vinculação que os une deve ter também algum respaldo jurídico.

A grande maioria das situações tem, pois, mostrado que os cuidadores de facto da criança ou jovem são quem tem mais disponibilidade para assumir a relação de continuidade que o apadrinhamento civil pressupõe. Se, como já antecipámos, é muitas vezes a figura de um membro da família alargada a constituir-se como candidato a padrinho, a verdade é que o sistema de promoção e protecção português tem contribuído, também, de algum modo, para aquilo a que podemos chamar uma pré-selecção de cuidadores. Queremos com isto significar que são por vezes as pessoas idóneas a quem a criança ou jovem foi confiado no âmbito de um processo de promoção e protecção, com base na Lei de Protecção de Crianças e Jovens em Perigo, os candidatos a padrinhos.

Finalmente, existem, é certo, alguns casos de verdadeira desinstitucionalização, mas, mesmo

*Famíliae*, 10/20 (2013) 137-141.

<sup>12</sup> Não nos referimos, propositadamente, à situação de companheiras dos pais surgirem como candidatas a madrinhas por não termos encontrado qualquer caso com essa configuração.

<sup>11</sup> Ilustrando esta hipótese, Ana Lúcia CADETE, “O apadrinhamento civil: as potencialidades do instituto – o caso do Bruno”, *Lex*

esses, são mais comuns quando entre candidato a padrinho e criança ou jovem existia já uma prévia relação de alguma empatia (porque o candidato é, por exemplo, funcionário ou voluntário da instituição que acolhe a criança), do que quando se trata de pessoas totalmente desconhecidas.

Chegados aqui, percebemos, sem esforço, uma das principais razões para a fraca dimensão da implementação do instituto, em Portugal, até este momento: não são frequentes os candidatos espontâneos, entendidos como candidatos em abstracto, candidatos que não têm com a criança a apadrinhar qualquer relação, e, mesmo assim, nem sempre os candidatos espontâneos são, efectivamente, bons/adequados candidatos ao apadrinhamento civil, antes se evidenciando em alguns deles uma expectativa de pura parentalidade que só a adopção oferece. Se é um facto que nem sempre padrinhos e pais têm de conviver (por maioria de razão quando o apadrinhamento civil surge na sequência de uma declaração de adoptabilidade não concretizada em adopção, em que os pais estão já totalmente afastados da história de vida da criança ou jovem), não deixa de ter de sublinhar-se que a essência do vínculo não prevê necessariamente, ou sequer desejavelmente, o afastamento dos pais do afilhado. Em rigor, com este instituto, quis o legislador comprometer, na relação de cuidado com a criança ou jovem, quer pais, quer padrinhos, acrescentando adultos de referência à criança sem, necessariamente, convocar que os que já existem sejam afastados.

*b. Quanto ao exercício das responsabilidades parentais*

Ora, se a reflexão precedente nos permite perceber em que casos temos apadrinhamento civil, cabem agora algumas palavras sobre a forma como são exercidas as responsabilidades parentais nesses

casos. De entre tantos aspectos, entendemos que também este terá pertinência num escrito desta natureza. Na medida em que, ao anunciarmos o apadrinhamento civil, percebemos que um dos principais problemas, diagnosticado de imediato por quem intervém na área, seria o da convivência entre pais e padrinhos, é importante notar até que ponto essa pode ser uma das razões para motivar a pouca adesão à figura em causa.

De facto, não se percebe, dos casos analisados, que esse seja um factor dissuasor da constituição do vínculo. Uma vez que o legislador caracteriza, nos factores de ponderação para a habilitação, a expectativa necessária no momento do impulso para a constituição do apadrinhamento civil como uma coisa muito diferente da expectativa que é normal no processo de adopção plena,<sup>13</sup> valorizando, desde logo, a disponibilidade dos candidatos para respeitar os direitos dos pais ou de outras pessoas relevantes para a criança ou o jovem, aquelas pessoas que persistem na sua intenção de apadrinhar civilmente estão conscientes da necessidade de conviver com os pais do afilhado.

<sup>13</sup> Que é, acrescente-se, desde 2015, a única forma de adopção em Portugal. Na realidade, embora até 2015 o Código Civil português previsse quer a adopção plena, quer a adopção restrita, a Lei n.º 143/2015, de 8 de Setembro, veio revogar a adopção restrita, mitigando, porém, a figura rígida da adopção plena. É certo que esta se mantém irrevogável e como forma de o adoptado adquirir a situação de filho do adoptante, integrando-se com os seus descendentes na família deste, extinguindo-se as relações familiares entre o adoptado e os seus ascendentes e colaterais naturais, sem prejuízo do disposto quanto a impedimentos matrimoniais. No entanto, desde 2015, permite-se o acesso do adoptado ao conhecimento das suas origens genéticas e ressalva-se, no n.º 3 do artigo 1986.º, a possibilidade de, excepcionalmente, ponderada a idade do adoptado, a sua situação familiar ou qualquer outra circunstância atendível, poder ser estabelecida a manutenção de alguma forma de contacto pessoal entre aquele e algum elemento da família biológica ou, sendo caso disso, entre aquele e a respectiva família adoptiva e algum elemento da família biológica, favorecendo-se especialmente o relacionamento entre irmãos, desde que, em qualquer caso, os pais adoptivos consentam na referida manutenção e tal corresponda ao superior interesse do adoptado.

Os casos podem dividir-se, em suma, em dois grandes grupos: um primeiro, em que os pais do afilhado estão já afastados do seu projecto de vida porque, por exemplo, deram o consentimento prévio para a adopção ou, não o tendo dado, o encaminhamento para a adopção foi decidido à sua revelia; e um segundo, em que os pais, reconhecendo-se incapazes de cuidar, sozinhos, do filho, não se opõem ao apadrinhamento civil e, algumas vezes, até o promovem, na medida em que sabem que podem indicar alguém em quem confiam e que, substituindo-os no cuidado, não os afastará da vida do filho.

Se, por hipótese, ocorrer uma situação de conflito entre a vontade daquele que é o candidato a padrinho e a vontade dos pais da criança ou jovem, tornando-se estes últimos verdadeiros obstáculos ao sucesso de um projecto de vida securizante para o filho, sempre a lei encontra forma de, pelo artigo 8.º do Regime Jurídico do Apadrinhamento Civil, lhes limitar de tal modo os direitos que o êxito do vínculo persiste salvaguardado. É disso exemplo a possibilidade de limitação dos direitos de visita e contacto com o filho (artigo 8.º/1, d) e g) do Regime Jurídico do Apadrinhamento Civil).

Quanto ao exercício das responsabilidades parentais propriamente dito, o que acontece, em regra, mantendo-se o interesse de permanência dos pais no projecto de vida da criança, é a atribuição desse exercício aos padrinhos, ressaltando-se, para os pais, os direitos de conhecer a identidade dos padrinhos, dispor de uma forma de contactar os padrinhos, saber o local de residência do filho, dispor de uma forma de contactar o filho, ser informados sobre o desenvolvimento integral do filho, a sua progressão escolar ou profissional, a ocorrência de factos particularmente relevantes ou de problemas graves, nomeadamente de saúde, receber com regularidade fotografias ou outro registo de imagem

do filho e visitar o filho, nas condições fixadas no compromisso ou na decisão judicial, designadamente por ocasião de datas especialmente significativas. Na verdade, como já vimos, os pais mantêm a titularidade das responsabilidades parentais e o apadrinhamento civil não prevê a sua substituição na vida do filho, muito embora os padrinhos assumam os poderes e os deveres originalmente atribuídos aos progenitores das crianças ou jovens.

Tal não obsta, no entanto, a que, em algumas situações, de profunda confiança entre pais e padrinhos, as responsabilidades parentais sejam exercidas pelos padrinhos, mas, relativamente às questões de particular importância, esse exercício seja comum, como se, no fundo, de uma regulação do exercício destas responsabilidades entre pais separados se tratasse.

A realidade tem, pois, acrescentado cambiantes ao que o legislador perspectivou inicialmente para o apadrinhamento civil, fazendo, também por aí, sucumbir a crítica de que nunca existiriam candidatos para uma figura em que a criança ou jovem manteria os contactos com os pais e, consequentemente, com a sua família de origem.

No fundo, o que resulta da nossa análise é que factor verdadeiramente determinante para a candidatura é a existência de alguma vinculação (antiga ou recente) com a criança ou jovem, muito mais que a inexistência de uma realidade em que os pais deste estão presentes na sua vida e, consequentemente, também o estarão na vida dos padrinhos.

## 5. Diagnóstico dos principais problemas em matéria de acolhimento do instituto

A fraca expressão dos números, no entanto, não pode ser escondida, nem, por outro lado, seria avisado desvalorizá-la. Por isso, é importante perceber quais os principais problemas que, na nossa opinião, têm condicionado o verdadeiro acolhimento do apadrinhamento civil. Não retirando lugar a qualquer outra solução definitiva para o projecto de vida da criança ou jovem, a figura constitui-se como verdadeira alternativa securizante e nada parece justificar que não tenha sido implementada de forma mais efectiva, possibilitando, desde logo, a tão desejada desinstitucionalização.

### *a. Falta de publicidade do instituto e consequente desconhecimento da lei*

O principal obstáculo ao reconhecimento do verdadeiro valor desta figura jurídica, na nossa opinião, prende-se com a falta de publicidade do instituto. Promovido mais por carolice de quem acredita nele do que pelo verdadeiro poder político, o apadrinhamento civil não chegou ainda ao conhecimento do cidadão comum que, ao fim e ao cabo, se espera venha a ser o candidato espontâneo a padrinho de que fala a lei.

As matérias jornalísticas, por seu turno, têm-se revelado mais empenhadas em dar a conhecer os números baixos de casos do que a essência da figura em causa, confundindo-a frequentemente com a adopção e não contribuindo para o esclarecimento da opinião pública.<sup>14</sup>

<sup>14</sup> Exemplos de títulos da comunicação social sobre o tema são: “Lei do apadrinhamento civil apenas habilitou cinco padrinhos em dois anos” (publicado no Público, a 23 de Dezembro de 2012 <<https://apadrinhamento.publico.pt/sociedade/noticia/lei-do-apadrinhamento-civil-apanas-habilitou-cinco-padrinhos-em-dois-anos-1578456>>),

Somado ao desconhecimento por parte do cidadão comum, encontrámos, durante os últimos anos, sempre que nos ocupávamos de apadrinhamento civil, algum desconhecimento mesmo por parte de técnicos das Comissões de Protecção de Crianças e Jovens em Perigo, da Segurança Social e, até, de magistrados. Parente pobre da adopção, o apadrinhamento civil não foi entendido em todas as suas virtualidades e acabou por não merecer a atenção necessária para que, compreendendo-o, o promovessem.

### *b. Desconfiança de quem está no sistema, que entende que outras figuras são suficientes/melhores/mais fáceis/mais claras*

A dificuldade de acesso a números actualizados relativamente ao apadrinhamento civil denuncia, por si só, um notório desinvestimento relativamente ao instituto. Se os números dos primeiros anos não impressionam positivamente, parece poder dizer-se que a partir daí os casos são cada vez menos notados. Tudo junto, estamos certos, corrobora a ideia que temos de que a figura do apadrinhamento civil não encontra, como seria de esperar, lugar de destaque ao lado de outras figuras mais antigas e sedimentadas na consciência jurídica geral, como é o caso da tutela. Embora se perceba que a nova figura beneficia, desde logo, das vantagens de ser mais do

“Nem dez crianças adoptadas por apadrinhamento civil” (publicado no Diário de Notícias, a 1 de Fevereiro de 2014 <<http://apadrinhamento.dn.pt/portugal/interior/nem-10-criancas-adotadas-por-apadrinhamento-civil-3663437.html>>), “Apadrinhamento Civil de crianças sem candidatos a padrinhos, diz Santa Casa de Lisboa” (publicado no Observador, a 27 de Fevereiro de 2015 <<http://observador.pt/2015/02/27/apadrinhamento-civil-de-criancas-sem-candidatos-a-padrinhos-diz-santa-casa-de-lisboa/>>). Com uma mensagem mais positiva, encontramos o título “Apadrinhamento civil foi projecto para 26 jovens institucionalizados em 2013” (publicado no Jornal de Notícias, a 2 de Abril de 2014 <<http://apadrinhamento.jn.pt/sociedade/interior/apadrinhamento-civil-foi-projeto-para-26-jovens-institucionalizados-em-2013-3792608.html>>).

que um mero meio de suprimento da incapacidade dos menores, não cessando com a maioridade, dar direito a alguns benefícios sociais (artigo 23.º do Regime Jurídico do Apadrinhamento Civil) e gozar de apoio durante dezoito meses (artigo 20.º do mesmo Regime), são frequentes as confusões entre figuras<sup>15</sup> e, em consequência disso, a opção pelo que se conhece melhor.

Quanto à falta de clareza do que se pretende com o vínculo de apadrinhamento civil, as críticas só terão como sucumbir se não subsistirem confusões entre o vínculo de filiação que a adopção constitui e a relação de cuidado que é apanágio do novo instituto. Na realidade, mesmo antes,<sup>16</sup> mas sobretudo a partir do momento em que o legislador de 2015 prevê apenas a modalidade de adopção plena, não há como negar que, por esta, a criança ou jovem ganha uns pais, enquanto pelo apadrinhamento civil soma cuidadores à sua vida, justificando-se, também por isso, a subsidiariedade deste apadrinhamento relativamente à adopção.<sup>17</sup>

<sup>15</sup> O apadrinhamento civil é “mais” que a tutela pois é uma relação quase-familiar, que pressupõe a integração do afilhado no agregado familiar do padrinho e assenta num vínculo afectivo que existe ou que se prevê vir a existir. Além disso, é tendencialmente permanente, prevê um dever de alimentos pelos pais em condições de os prestarem e as obrigações de relacionar os bens do afilhado e de prestar contas – que cabem sempre ao tutor – não são impostas se os pais do afilhado forem vivos e conhecidos e se não tiverem sido inibidos do exercício das responsabilidades parentais.

<sup>16</sup> O apadrinhamento civil era “menos” do que a adopção restrita, desde logo porque os requisitos de apadrinhamento civil sempre foram menos exigentes que os requisitos desta (praticamente iguais aos requisitos para a adopção plena), mas também porque a dispensa do consentimento para a constituição do apadrinhamento civil é mais fácil do que para a constituição da adopção restrita, o apadrinhamento civil não prevê a atribuição ao afilhado de apelidos do padrinho, nem direitos sucessórios recíprocos entre padrinho e afilhado e também porque a revogação do vínculo de apadrinhamento civil era mais fácil do que a revogação prevista para a adopção restrita.

<sup>17</sup> O artigo 5.º/1 do Regime Jurídico do Apadrinhamento Civil estabelece, de forma muito clara, que o apadrinhamento civil é possível sempre que apresente reais vantagens para a criança ou o jovem, mas apenas desde que não se verifiquem os pressupostos da confiança com vista à adopção.

#### c. Falta de técnicos dedicados ao apadrinhamento civil

Um outro factor determinante, na nossa opinião, para o insucesso do instituto até este momento prende-se com a falta de investimento no plano técnico. Vale isto por dizer que, mesmo depois de, no Instituto da Segurança Social, se dar formação específica em apadrinhamento civil aos técnicos, estes mantiveram-se em funções em muitas outras áreas, nomeadamente a adopção. Pelo circunstancialismo, positivo, de o próprio Regime Jurídico da Adopção ter sofrido alterações recentes e de o procedimento de selecção de candidatos ter sido fortemente intervencionado no sentido de uma maior harmonização do trabalho desenvolvido pelas várias equipas, os técnicos não têm conseguido ver reunidas as condições ideais para, repristinando os casos passados, repensarem o projecto de vida de algumas crianças ou jovens para quem o apadrinhamento civil seria uma boa solução. O mesmo se passa, aliás, nas Comissões, ocupadas com os casos novos e que, esmagadas pelas tarefas administrativas cada vez mais exigentes, se queixam de não conseguirem olhar detidamente para as situações de acolhimento institucional (ora, residencial) com vários anos e que poderiam caber no apadrinhamento civil. E ainda, bem é de ver, com os Tribunais, cujos processos de institucionalização duradoura nem sempre merecem, pelo volume de tantas outras questões pertinentes em simultâneo, a atenção que permitiria encontrar melhores soluções.

#### d. Falta de candidatos espontâneos

Depois de verificados os constrangimentos precedentes, encontramos, na realidade, a evidência da falta de candidatos espontâneos, assim entendidos, repete-se, como candidatos em abstracto,

candidatos que não têm com a criança a apadrinhar qualquer relação. Olhando novamente para os números adiantados *supra*, o Instituto da Segurança Social contabilizou, até ao final de 2015, em Portugal continental, excluindo a cidade de Lisboa, menos de 170 entrevistas informativas, pouco mais de 100 candidaturas formalizadas e menos de 80 candidatos habilitados, sendo que, as mais das vezes, como vimos, a candidatura é para uma criança ou jovem com quem existe já uma prévia relação de afectividade, ainda que muito recente. Atendendo a um período de seis anos, os números não impressionam. Ou, impressionando, não o fazem pelas melhores razões. Quanto a este aspecto em particular, no entanto, sempre se nos oferece dizer que, do trabalho de campo com os técnicos, não resulta que a falta de um incentivo financeiro (o chamado Cheque-Apadrinhamento) seja a razão para a fraca adesão do cidadão comum ao instituto. Mais uma vez, isto fica a dever-se acima de tudo à falta de informação e a um certo cepticismo relativamente a projectos de vida de acolhimento prolongado de crianças e jovens depois do mediatismo de casos que não correram bem no passado. Referimo-nos, aqui, a uma desaceleração até nos números da adopção,<sup>18</sup> justificada, é certo, pelo empobrecimento geral das condições de vida dos potenciais candidatos, mas também pela informação frequente de apelidados maus exemplos de adopção.<sup>19</sup>

<sup>18</sup> 591 processos findos de constituição do vínculo de adopção plena, em Portugal, em 2008, 573, em 2009, 493, em 2010, 435, em 2011, 453, em 2012, 407, em 2013, 360, em 2014, 325, em 2015, 312, em 2016, e 279, em 2017 (Dados PORDATA).

<sup>19</sup> Impossível esquecer, por exemplo, os preconceituosos títulos de algumas notícias envolvendo jovens adoptados em litígio com os progenitores, como “Universitário matou mãe adoptiva e tentou encenar assalto” (publicado no *Diário de Notícias*, a 9 de Setembro de 2010, <<http://apadrinhamento.dn.pt/portugal/centro/interior/universitario-matou-mae-adoptiva-e-tentou-encenar-assalto-1658280.html>>).

## 6. Brevíssima reflexão conclusiva

Em conclusão, muito embora o apadrinhamento civil não se revele ainda como verdadeira alternativa relativamente a outras formas de integração familiar duradoura das crianças e jovens em Portugal, parece que muito pode ainda ser feito para que a situação mude, nomeadamente investindo numa análise casuística das situações de crianças e jovens sem projecto de vida definido ou definido no sentido da institucionalização / residencialização.

Por outro lado, ainda que os números não se alterem significativamente nos próximos anos, nada, na nossa opinião, justifica, para já, o abandono de uma figura que, não retirando protagonismo a nenhuma das que a precederam, surge como mais valia no sistema de protecção das crianças e jovens.

Com seriedade, rigor e empenhado esclarecimento dos técnicos em especial e do cidadão comum em geral, estamos convictos, há ainda muito espaço para a afirmação de casos de apadrinhamento civil.

### Alguma bibliografia importante

ALFAIATE, Ana Rita / RIBEIRO, Geraldo Rocha, “Reflexões a propósito do apadrinhamento civil”, *Revista do CEJ* 1 (2013).

CADETE, Ana Lúcia, “O apadrinhamento civil: as potencialidades do instituto – o caso do Bruno”, *Lex Familiae*, 10/20 (2013).

COELHO, Francisco Pereira / OLIVEIRA, Guilherme de, *Curso de direito da família, Introdução, Direito Matrimonial*, Volume 1, 5.ª ed., Imprensa da Universidade de Coimbra, 2016.

— *Direito da Família, Adopção e Apadrinhamento civil*, Imprensa da Universidade on-line, 2017.

- DIAS, Cristina Araújo, “Algumas notas em torno do regime jurídico do apadrinhamento civil”, in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Heinrich Ewald Hörster*, Almedina, 2012.
- OBSERVATÓRIO PERMANENTE DA ADOÇÃO, *Regime Jurídico do Apadrinhamento Civil – Anotado*, Coimbra Editora / Wolters Kluwer, 2011, (Série Monográfica do Centro de Direito da Família da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Edição Especial).
- OLIVEIRA, Guilherme de, “Apadrinhamento civil: uma iniciativa portuguesa, com certeza”, *Revista do Advogado* 28/101 (Dezembro de 2008).
- PASSINHAS, Sandra, “O apadrinhamento civil: uma nova figura no Direito Português”, *Revista Fórum de Direito Civil – RFDC*, Belo Horizonte, 1/1 (Setembro – Dezembro de 2012).
- PINTO, António Clemente, *Guia de Procedimentos do Processo de Promoção e Protecção (Regime Jurídico do Apadrinhamento Civil)*, 3.ª ed., Almedina, 2011.
- RAMIÃO, Tomé d’Almeida, *Apadrinhamento Civil – Anotado e Comentado*, Quid Juris, 2011.

## INTERESSE PRIVADO (DISPONIBILIDADE) E INTERESSE PÚBLICO NO ACORDO E NA HOMOLOGAÇÃO DO ACORDO DE REGULAÇÃO DO EXERCÍCIO DAS RESPONSABILIDADES PARENTAIS <sup>1</sup>

Laura Fernandes Madeira

Doutoranda na Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa

**Palavras chave:** responsabilidades parentais, processo de regulação das responsabilidades parentais, acordos de regulação das responsabilidades parentais, autonomia da família, interesse da criança, intervenção do Estado na família

**Keywords:** parental responsibilities, regulation of the parental responsibilities, parental responsibilities agreements, family autonomy, best interest of the child, public intervention in the family

**Resumo:** O presente trabalho visa encontrar uma resposta à seguinte pergunta: estará o interesse da criança na disponibilidade dos pais aquando da realização do acordo de regulação do exercício das responsabilidades parentais? Na busca a uma resposta a esta questão, revisitaremos, desde logo, a natureza e forma do processo de regulação das responsabilidades parentais; partindo, posteriormente, para uma análise dos acordos de regulação do exercício das responsabilidades parentais, acordos de vontade que constituem exemplos do exercício da autonomia privada em matéria de Direito da Família, na medida em que se consubstanciam numa autorregulação do exercício das responsabilidades parentais. Autorregulação que, contudo, se encontra sujeita a um controlo judicial, na medida em que a salvaguarda do interesse da criança obriga a um especial dever de intervenção, por se entender existir um interesse público na realização do interesse do filho menor de idade, um interesse público reflexo, mediato à realização do interesse individual. Por fim debateremos a dicotomia dos interesses públicos e privados em causa no acordo e na homologação dos acordos de regulação do exercício das responsabilidades parentais.

**Abstract:** The present work aims to find an answer to the following question: in the parental responsibilities agreement, do parents have the right to dispose of their child's interest? In the search for an answer to this question, we will first revisit the nature and form of the process of regulation of parental responsibilities; and later, we shall analyse the parental responsibilities agreements, which are examples of the exercise of private autonomy in the Family Law, insofar as they are embodied in a self-regulation of the exercise of parental responsibilities. Self-regulation which, however, is subject to judicial review, insofar as safeguarding the interests of the child, requires a special duty of intervention, because it is understood that there is a public interest in the realization of the interest of the minor child, a reflex public interest, in the midst of the realization of the individual interest. Finally, we will discuss the dichotomy of the public and private interests concerned in the agreement and in the homologation of the agreements regulating the exercise of parental responsibilities.

77

### 1. Aspetos introdutórios

A autonomia privada surge intimamente associada aos princípios basilares da teoria geral do Direito Civil<sup>2</sup>. São múltiplas as discussões jurídicas que se iniciam com base nessa tensão entre autonomia privada (ou liberdade de escolha) e a criação de regimes e tutelas jurídicas mais ou menos imperativos, culminando numa maior ou menor penetração do Estado naquilo que, à partida, deveria manter-se entre privados. Este será também o nosso ponto

<sup>1</sup> Este artigo científico surge no seguimento da exposição, com o mesmo tema, no Colóquio “Guarda compartilhada e Cobrança forçada de alimentos a filhos menores”, promovido pelo Centro de Direito da Família — Grupo Direito e Vulnerabilidade do Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra e pelo Departamento de Direito Civil da Universidade de São Paulo, em novembro de 2015, na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

<sup>2</sup> Carlos Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 4.ª ed. por António Pinto Monteiro / Paulo Mota Pinto, Coimbra Editora, 2005, 102 s.

de partida.

Nas sábias palavras de Mota Pinto, a “autonomia privada consiste no poder reconhecido aos particulares de autorregulamentação dos seus interesses, de auto-governo da sua esfera jurídica”<sup>3</sup>, o que equivale a afirmar que, na vida privada dos particulares, em regra, estes terão liberdade de a regular na medida do seu acordo.

O principal momento de revelação da autonomia privada ocorre por meio da prática e realização de negócios jurídicos. Estes são, por excelência, a mais relevante demonstração deste princípio da teoria geral, mas não só — não nos esqueçamos do exercício de direitos subjetivos!

A realidade, contudo, demonstra que, nas relações pessoais e familiares, o princípio da autonomia privada é, muitas vezes, limitado pelo Direito. A este propósito, é comum referir-se a questão da *juridificação* das relações<sup>4</sup>. Pois bem, no que respeita aos acordos e homologação dos acordos de regulação do exercício das responsabilidades parentais, esta matéria assume particular relevância.

Contudo, antes de debatermos a dicotomia público-privado, será necessário revisitarmos, em síntese, a natureza e forma do processo de regulação das responsabilidades parentais, fazendo uma brevíssima referência ao novo Regime Geral do Processo Tutelar Cível (RGPTC), aprovado pela Lei n.º 141/2015, de 8 de setembro.

## 2. O processo de regulação das responsabilidades parentais: breves notas

O processo de regulação do exercício das responsabilidades parentais caracteriza-se por ser um processo de jurisdição voluntária (artigo 12.º RGP-

TC, anterior artigo 150.º OTM<sup>5</sup> e artigo 986.º CPC<sup>6</sup>), o que significa que não há um conflito de interesses — existe antes um só interesse a regular — o interesse do filho menor de idade.

O processo de regulação do exercício das responsabilidades parentais está previsto nos artigos 34.º a 44.º do RGPTC e artigos 1905.º a 1912.º do Código Civil (CC).

A regulação das responsabilidades parentais implica sempre dois pressupostos: a existência de um filho menor de idade e a rutura ou inexistência de convivência marital ou análoga dos progenitores<sup>7</sup>.

A regulação do exercício das responsabilidades parentais pode surgir no âmbito de um processo de divórcio ou como ação autónoma num processo que vise, tão só, a homologação de acordo extrajudicial sobre o exercício daquelas responsabilidades (artigo 34.º RGPTC, anterior artigo 174.º OTM)<sup>8</sup>.

Assim, importa ter em atenção *duas situações distintas*, a este propósito<sup>9</sup>:

— *processo para homologação da regulação do exer-*

<sup>5</sup> Lei da Organização Tutelar de Menores (revogada).

<sup>6</sup> Código do Processo Civil, aprovado pela Lei n.º 41/2013, de 26 de junho.

<sup>7</sup> Podemos elencar quatro situações em que se torna imperativa a regulação do exercício das responsabilidades parentais: (1) Os progenitores estejam divorciados, separados judicialmente de pessoas ou bens ou tenha sido declarado nulo ou anulado o casamento (vide artigos 1905.º, 1906.º CC); (2) Os progenitores estejam separados de facto ou outra situação em que inexistia qualquer comunhão de vida (vide artigos 1905.º e 1906.º, *ex vi* artigo 1909.º do CC); (3) Os progenitores unidos de facto estejam separados (vide artigos 1905.º e 1906.º, *ex vi* artigo 1911.º, n.º 2 do CC); (4) Os progenitores não tenham qualquer convivência marital (vide artigos 1905.º e 1906.º, *ex vi* artigo 1912.º, n.º 1 do CC). *Vide*, António José FIALHO, *Guia Prático do Divórcio e das Responsabilidades Parentais*, 2.ª ed., Centro de Estudos Judiciários, dezembro de 2013, 82.

<sup>8</sup> Tem legitimidade ativa para intentar o processo qualquer um dos pais, após o trânsito em julgado da sentença de divórcio ou de separação judicial de pessoas e bens (artigo 34.º, n.º 1 RGPTC), ou o Ministério Público quando nenhum dos pais peça a homologação do acordo ou este não seja homologado (artigo 34.º, n.º 3 RGPTC).

<sup>9</sup> Helena BOLHEIRO / Paulo GUERRA, *A Criança e a Família — uma questão de direito(s)*, 2.ª ed., Coimbra Editora, julho 2014, 258-259.

<sup>3</sup> Carlos Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 102.

<sup>4</sup> Carlos Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 158.

*cício das responsabilidades parentais*, o processo que visa a homologação do acordo extrajudicial sobre o exercício das responsabilidades parentais, nos casos referidos no artigo 1905.º do CC e regulados processualmente pelo artigo 34.º, n.º 1 do RGPTC (anterior artigo 174.º, n.º 1 da OTM). A homologação do acordo dos pais, sendo um incidente final, a correr nos próprios autos (que determinaram a necessidade de regulação), dos processos de divórcio, separação, declaração de nulidade ou anulação do casamento, deve ser pedida/requerida por qualquer dos pais, nos dez dias subsequentes ao trânsito em julgado da sentença principal (de divórcio) proferida na respetiva causa.

- *processo para a regulação do exercício das responsabilidades parentais (RERP)* surge quando a homologação do acordo não foi pedida por qualquer dos pais ou o acordo, submetido à apreciação do tribunal, não foi homologado (artigo 34.º, n.º 3 RGPTC, anterior artigo 174.º, n.º 1 e 2 OTM).

Em qualquer das situações de rutura (ou não convivência) do casal já descritas *supra* torna-se imperativa — pois a lei assim obriga — a regulação do exercício das responsabilidades parentais.

### 3. Acordos de regulação do exercício das responsabilidades parentais

Os acordos de regulação do exercício das responsabilidades parentais são, na sua natureza, acordos de vontade. Na essência, são exemplos do exercício da autonomia privada em matéria de Direito da Família. Nestes acordos, os pais da criança

são chamados a debater, encontrar pontos de consenso e soluções sobre como regular o exercício das responsabilidades parentais — assente que o interesse do filho menor de idade deve pautar o acordo alcançado.

Muito embora se conceda (alguma) margem de liberdade para a autorregulação do exercício das responsabilidades parentais, existem alguns pontos cuja inclusão é considerada essencial. Desde logo, o destino e guarda dos filhos menores de idade, a sua residência habitual, a determinação da competência para as decisões de particular importância do filho menor de idade e os atos da sua vida corrente, a fixação do regime de visitas do progenitor a quem o filho não é confiado e a fixação da obrigação de alimentos a prestar pelo progenitor não residente (artigo 1905.º CC e artigo 40.º RGPTC, anterior artigo 180.º OTM).

Os acordos de regulação do exercício das responsabilidades parentais partem do pressuposto de que é possível a existência de um *casal parental* que subsista apesar do divórcio, da rutura ou mesmo da ausência de convivência<sup>10</sup> — de que, apesar das (eventuais) divergências entre si, os pais podem alcançar um acordo mínimo para bem e no interesse do filho menor de idade que têm em comum. Partem igualmente do princípio de que se houver participação ativa dos pais no encontro de soluções para o filho menor de idade, haverá maior sucesso no cumprimento das obrigações a que estes se vinculam.

Contudo, embora os acordos surjam como preponderantes, sendo incentivada e promovida a sua elaboração, a verdade é que — independentemente de falarmos de divórcio sem consentimento

<sup>10</sup> Ideia expressa por Maria Clara SOTTOMAYOR, *Regulação do Exercício das Responsabilidades Parentais nos Casos de Divórcio*, 5.ª ed., Almedina, 2011, 253.

de um dos cônjuges, divórcio por mútuo consentimento (judicial e administrativo)<sup>11</sup>, anulação ou declaração de nulidade do casamento, separação de facto ou rutura da união de facto — o acordo de regulação das responsabilidades parentais implica, também, a existência de um controlo judicial<sup>12</sup>.

#### 4. O controlo judicial nos acordos de regulação do exercício das responsabilidades parentais

Dissemos anteriormente que os acordos em análise se devem pautar pelo interesse do filho menor de idade. A este propósito questionamos — estará o interesse da criança na disponibilidade dos pais aquando da realização do acordo de regulação do exercício das responsabilidades parentais?

Ora, no plano teórico, os pais, enquanto titulares das responsabilidades parentais, atuam, exercem-nas e decidem tendo sempre em linha de conta e como principal objetivo o interesse do seu filho menor de idade. Naturalmente, para exercerem as responsabilidades parentais, para guiarem e orientarem o filho menor de idade e para o educarem para uma progressiva autonomia, têm de dispor do interesse da criança. Mas atenção, o interesse da

criança e o interesse dos pais não têm de ser necessariamente coincidentes — contudo, aquele deve prevalecer sobre este. Se, na constância da convivência comum com o outro progenitor, as responsabilidades parentais se encontram neste nível — da primazia do superior interesse do filho menor de idade — então será de admitir que, aquando da rutura e necessidade de regulação das mesmas, também os pais se orientem pelos mesmos moldes. Sucede, porém, como alertámos anteriormente, que a situação de rutura da convivência comum do casal, com a sua envolvente emocional, não será, porventura, a circunstância mais propícia para que estes alcancem decisões e soluções determinadas — exclusivamente — pelo interesse da criança.

Assim, pode acontecer que interesses pessoais e outro tipo de interesses ou circunstâncias prevaleçam sobre aquele que devia ser o objetivo único — o de salvaguardar o interesse da criança, tendo presente que a rutura conjugal ou de relação análoga não é sinónimo de rutura das relações paterno-filiais. Tal significa que, mesmo existindo um (aparente) acordo de ambos os progenitores em relação à regulação do exercício das responsabilidades parentais, isso não implica que este salvasse, integralmente, o interesse da criança — daí a necessidade de controlo judicial (através da intervenção do Ministério Público e/ou do Tribunal).

Podemos dar como exemplo acordos em que um dos progenitores aceita soluções de valores de pensão de alimentos, de guarda alternada ou restrições de deslocação desfavoráveis à criança, mas que, em contrapartida, lhe garantem a guarda do filho menor de idade. São casos em que os pais dispõem do interesse do filho menor de idade, subalternizando-o e trazendo à superfície interesses pessoais e interesses económicos que, ainda que relevantes, não se deveriam sobrepor ao sujeito em

<sup>11</sup> De salientar que o requerimento do divórcio por mútuo consentimento, de competência exclusiva das Conservatórias do Registo Civil, só será aceite na medida em que seja acompanhado por três acordos, também conhecidos como acordos complementares (artigo 1775.º CC) — acordo sobre prestação de alimentos ao cônjuge que deles careça, acordo sobre o destino da casa morada de família e, de crucial importância para este trabalho, o acordo sobre o exercício das responsabilidades parentais (quando existam filhos menores de idade). Enquanto que os dois primeiros acordos são apreciados pelo Conservador, o acordo sobre o exercício das responsabilidades parentais tem de ser submetido à apreciação do Ministério Público (artigo 1776.º e 1776.º-A CC) sendo que, no caso de parecer negativo, os pais devem adaptar o seu acordo seguindo os termos indicados pelo Ministério Público, sob pena de o processo de divórcio ser remetido para o tribunal (artigo 1778.º e 1778.º-A CC).

<sup>12</sup> Sobre este assunto, *vide*, Maria Clara SOTTOMAYOR, *Regulação do Exercício das Responsabilidades Parentais*, 30.

questão num acordo desta natureza. Assim, e porque não está no poder das partes disporem, livremente, do interesse do filho menor de idade, surge a figura deste terceiro imparcial e alheio às relações familiares que agora se regulam e cujo objetivo único é o de proteção do superior interesse da criança.

De que forma se efetiva este controlo judicial nos acordos de regulação do exercício das responsabilidades parentais? O âmbito do controlo judicial difere consoante a situação em causa, podendo assumir a forma de homologação do acordo ou mesmo remessa do mesmo para tribunal. Por exemplo, numa situação de divórcio, o tipo de divórcio influencia a maior ou menor amplitude do controlo judicial<sup>13</sup>.

No divórcio por mútuo consentimento administrativo (artigo 1776.º, n.º 1 e 4 e artigo 1778.º e 1778.º-A CC, artigo 14.º, n.º 4 e 7 DL 272/2001) os pais devem apresentar um acordo sobre o exercício das responsabilidades parentais — acordo sujeito a controlo do Ministério Público (1776.º-A CC). Se o Ministério Público entender que o acordo não protege o interesse da criança e se os pais não alterarem o Acordo, a homologação será recusada e o divórcio não poderá ser decretado, sendo o processo remetido para o Tribunal (transformando-se num divórcio por mútuo consentimento judicial). Ou seja, a homologação do acordo em questão é requisito essencial e prévio para que o divórcio seja decretado.

No divórcio por mútuo consentimento judicial (artigo 1778.º-A, n.º 2 e 3 CC), o juiz aprecia os acordos apresentados e convida os pais a alterá-los, caso entenda que tais acordos não protegem o interesse da criança. Quando tais acordos não sejam

apresentados pelos pais, cabe ao juiz regular e fixar a regulação das responsabilidades parentais (nos mesmos termos do divórcio sem consentimento do outro cônjuge).

No divórcio sem consentimento de um dos cônjuges (artigo 1781.º CC, artigo 1407.º, n.º 2 CPC, artigo 32.º RGPTC), o juiz tenta obter acordo dos pais para a regulação das responsabilidades parentais, ainda que possa fixar provisoriamente o regime caso não se chegue a um acordo. Quando tal acordo se obtenha, será sujeito a homologação judicial. Se não houver acordo ou não for homologado, notifica-se o Ministério Público para que requeira a regulação do exercício das responsabilidades parentais.

Conclui-se assim que, quer o Ministério Público, quer o Tribunal (juiz) atuam, nesta sede, imbuídos de um dever de proteção da criança. Nas palavras de Sottomayor, “de um ponto de vista dos princípios jurídicos, não há nenhuma presunção segundo a qual o acordo dos pais seja conforme o interesse da criança”<sup>14</sup>, sendo, portanto, tarefa das magistraturas do Ministério Público e judicial, avaliar a vontade real dos pais e o acordo que estes estabeleceram, não se devendo, *a priori*, encarar o acordo “como um bem em si”<sup>15</sup>. Não se trata aqui de duvidar e questionar a conduta moral dos pais — simplesmente, é necessário ter em conta que, estando a regulação do exercício das responsabilidades parentais associada, em regra, a uma conjuntura de rutura familiar (conjugal ou análoga), não devemos ignorar que os aspetos pessoais, o caráter emocional e as circunstâncias económicas podem desviar os pais do foco principal, que é o do inte-

<sup>13</sup> XAVIER, Rita Lobo, *Recentes Alterações ao Regime Jurídico do Divórcio e das Responsabilidades Parentais*, reimpressão, 2010, Almedina, p.14-30.

<sup>14</sup> Maria Clara SOTTOMAYOR, *Regulação do Exercício das Responsabilidades Parentais*, 31.

<sup>15</sup> Maria Clara SOTTOMAYOR, *Regulação do Exercício das Responsabilidades Parentais*, 31.

resse do seu filho menor de idade<sup>16</sup>.

### 5. A (in)disponibilidade do interesse público e privado no acordo e na homologação do acordo de regulação do exercício das responsabilidades parentais

Dispõe o artigo 1905.º CC que o acordo dos pais, no que concerne aos alimentos devidos ao filho menor de idade, estará sujeito a homologação. Já o artigo 1906.º, n.º 2 CC, impõe a intervenção do tribunal quando, em caso de divórcio, separação judicial de pessoas e bens, declaração de nulidade ou anulação do casamento, o exercício comum das responsabilidades parentais relativas às questões de particular importância do filho menor de idade vai de encontro ao superior interesse deste. Por outro lado, no artigo 1906.º, n.º 5 CC, estabelece-se que cabe ao tribunal fixar a residência habitual do filho menor de idade e o regime de visitas do progenitor não residente (considerando o acordo dos pais). Por último, enfatiza o artigo 1906.º, n.º 7 CC, que o tribunal “decidirá sempre em harmonia com o interesse do menor, (...) promovendo e aceitando acordos (...)”.

A redação do artigo 1906.º, n.º 5 CC parece retirar *força jurídica* ao acordo dos pais, no que diz respeito à determinação da residência e do regime de visitas — na medida em que refere o acordo como um fator que o juiz deve considerar na sua decisão e não como um modo extrajudicial de regulação das responsabilidades parentais sujeito a homologação judicial (como é referido sobre o acordo do artigo 1905.º). Parece existir uma contradição entre o disposto no artigo 1906.º, n.º 5 e o RGPTC, na me-

didada em que aqui se considera o acordo como um modo alternativo e extrajudicial da regulação do exercício das responsabilidades parentais, distinto da decisão judicial. Contudo, o artigo 1906.º, n.º 5 CC parece sugerir que ao juiz cabe apenas — e sempre — uma decisão por sentença reguladora das responsabilidades parentais, podendo divergir do acordo estabelecido pelos pais (ignorando a possibilidade de ao juiz caber a homologação ou recusa de homologação de um acordo). Esta situação demonstra a indisponibilidade do interesse privado.

Quanto ao acordo a que respeita o artigo 1905.º CC, parece manter-se o entendimento de que há lugar à homologação ou recusa de homologação do juiz e já não a uma sentença reguladora do tribunal, mesmo existindo acordo dos pais. Assim, sugere também o RGPTC.

Assim, importa agora questionar — em que termos poderá o Ministério Público ou o Tribunal recusar um acordo de exercício das responsabilidades parentais?

Dissemos já que a finalidade única destes *terceiros imparciais* é a de proteger o interesse da criança. Mas sabemos também que o interesse da criança é um conceito de difícil concretude tendo por característica o facto de ser um conceito indeterminado. Não iremos aprofundar esta questão, importa apenas referir que o interesse da criança deve e tem de ser analisado subjetivamente, caso a caso — o que se apresenta, desde logo, como uma causa para a intervenção do Ministério Público e/ou do Tribunal. Agora, não basta que o Ministério Público e/ou o Tribunal discordem do acordo alcançado pelos pais apenas por considerarem mais favorável para a criança “uma proibição de deslocação do progenitor de guarda, a atribuição de guarda ao progenitor mais religioso, ou a rejeição da solução por não concordar com o estilo de vida de um dos pais

<sup>16</sup> Maria Clara SOTTOMAYOR, *Regulação do Exercício das Responsabilidades Parentais*, 31-33.

ou com os seus valores educativos”<sup>17</sup>. Não cabe ao magistrado debruçar-se sobre os estilos educativos dos pais (porquanto tais opções não vão contra o interesse e dignidade da criança).

O controlo judicial dos acordos alcançados pelos pais em matéria de regulação das responsabilidades parentais visa, sobretudo, os acordos de residência alternada, os acordos em que o filho menor de idade foi utilizado como moeda de troca por um dos pais para obter vantagens financeiras (por exemplo, em que o montante da obrigação de alimentos representa um valor inferior ao custo da educação e necessidades desta e inferior à capacidade financeira do progenitor obrigado), acordos em que um dos progenitores renuncia ao direito de visita ou ao pagamento de prestação de alimentos, acordos em que a atribuição da guarda a um dos progenitores está associada à atribuição da casa de morada de família ao outro ou acordos em que a aceitação de um regime de visitas mais limitado está associada a uma prestação de alimentos inferior<sup>18</sup>. No controlo judicial que lhe está adstrito, deve o Ministério Público e/ou o Tribunal avaliar da real vontade dos pais, avaliar os rendimentos e o património dos progenitores por forma a poder fixar o valor da pensão de alimentos. No que respeite a acordos que prevejam não o exercício comum das responsabilidades parentais, mas outra opção, como a residência alternada, então, o Ministério Público e/ou o Tribunal devem ter em linha de conta o carácter excecional de tal solução.

<sup>17</sup> Maria Clara SOTTOMAYOR, *Regulação do Exercício das Responsabilidades Parentais*, 32.

<sup>18</sup> Maria Clara SOTTOMAYOR, *Regulação do Exercício das Responsabilidades Parentais*, 32.

## 6. Notas conclusivas

Estado e terceiros não podem, sem fundamento, intrometer-se na intimidade da vida familiar, imiscuindo-se no exercício das responsabilidades parentais. Este é um princípio plasmado em múltiplos diplomas legais, nacionais e internacionais, desde a Declaração Universal dos Direitos do Homem<sup>19</sup>, a Convenção Europeia dos Direitos do Homem<sup>20</sup>, a Constituição da República Portuguesa<sup>21</sup>. Se, por um lado, parece não haver dúvidas de que a *família* deve continuar a ser um espaço reservado à esfera privada, também é verdade que existe um interesse público na realização do interesse do filho (interesse público reflexo, mediato à realização do interesse individual). As responsabilidades parentais são um poder funcional de ordem pública por constituir uma das bases da família e respeitam ao estado das pessoas<sup>22</sup>. E por isso se afirma que as responsabilidades parentais caracterizam-se, cada vez mais, por serem uma “relação triangular”, porque

<sup>19</sup> No seu artigo 12.º dispõe que “ninguém sofrerá intromissões arbitrárias na sua vida privada, na sua família”, Gabinete de Documentação e Direito Comparado, disponível online em <<http://www.gddc.pt>>.

<sup>20</sup> Que estabelece no seu artigo 8.º que “qualquer pessoa tem direito ao respeito da sua vida privada e familiar”. No seu n.º 2, destaca o facto de que “Não pode haver ingerência da autoridade pública no exercício deste direito [ao respeito da vida privada e familiar] senão quando esta ingerência estiver prevista na lei e constituir uma providência que, numa sociedade democrática, seja necessária para a segurança nacional, para a segurança pública, para o bem-estar económico do país, a defesa da ordem e a prevenção das infrações penais, a proteção da saúde ou da moral, ou a proteção dos direitos e das liberdades de terceiros”, Gabinete de Documentação e Direito Comparado, disponível online em <<http://www.gddc.pt>>.

<sup>21</sup> Que no artigo 26.º estatui a “reserva da intimidade da vida privada e familiar”, disponível online em <<http://www.parlamento.pt>>.

<sup>22</sup> *Vide*, Laura Fernandes MADEIRA, *Responsabilidades Parentais: O Poder de Correção dos Pais na Educação dos Filhos Menores de Idade*, Dissertação de mestrado no âmbito do 2º Ciclo de Estudos em Direito (Ciências Jurídico-Civilísticas / menção em Direito Civil, ramo de Direito da Família, Crianças e Jovens), apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, sob orientação de Rosa Cândido Martins, 32, 109 (nota 367), disponível em <<https://estudogeral.sib.uc.pt/jspui/bitstream/10316/30067/1/Responsabilidades%20parentais.pdf>>.

nela se insere o Tribunal exercendo controlo sobre o exercício das responsabilidades parentais<sup>23</sup>.

Obviamente, temos em mente uma intervenção proporcional e na medida do necessário — em situações previamente previstas na lei (e por isso, legitimadas). Baptista-Lopes<sup>24</sup> chama à atenção para o facto de não bastar uma prévia e expressa previsão legal, essas interferências (ou ingerências) do Estado na família devem também “constituir uma providência que, numa sociedade democrática, seja necessária para a (...) proteção da saúde ou da moral, ou a proteção dos direitos e das liberdades de terceiros”.

Creio, contudo, que se pode — até certa medida — falar de uma *liberdade vigiada*<sup>25</sup>, no sentido em que a sociedade está hoje mais desperta e atenta para situações de eventual abuso do exercício das responsabilidades parentais e existe um (progressivo) entendimento — no quotidiano das famílias e da sociedade — de que as crianças são verdadeiros sujeitos de direitos, o que significa que a *família* moderna é muito mais escarpelizada pela sociedade e pelo Estado — o que não implica, necessaria-

mente, uma perspectiva negativa. Porém, deve existir uma clara delimitação da intervenção do Estado na família — “não se pode partir do princípio de que os pais são maus. Nem se pode também ficcionar que todos são bons, ou obrigá-los a ser bons”<sup>26</sup>. Contudo, cabe ao Estado apoiar as famílias, criar ferramentas de suporte, auxílio e proteção das famílias — não com uma posição sobranceira (ou prepotente) e impositiva, mas antes com um carácter pedagógico e orientador.

Concluo interrogando-me sobre se a interferência do Estado no acordo e na homologação do acordo é positiva ou negativa. Não creio que exista uma resposta clara. Contudo, não me inquieta que exista um *terceiro imparcial* (Tribunal, magistrados) que vise — apenas e só — o interesse da criança e que *paire* sobre o acordo ou homologação do acordo das responsabilidades parentais, desde que o faça de forma sindicável, respeitando a autonomia da família e o princípio de intervenção mínima<sup>27</sup>.

<sup>23</sup> Hugo RODRIGUES, *Questões de Particular Importância no Exercício das Responsabilidades Parentais*, 2011, Coimbra Editora, 28-29.

<sup>24</sup> Manuela BATISTA-LOPES / António Carlos DUARTE-FONSECA, “Aspetos da relação jurídica entre pais e filhos”, *Infância e Juventude* Número especial (1991) 240-241.

<sup>25</sup> Manuela BATISTA-LOPES / António Carlos DUARTE-FONSECA, “Aspetos da relação jurídica entre pais e filhos”, 240-241.

<sup>26</sup> Manuela BATISTA-LOPES / António Carlos DUARTE-FONSECA, “Aspetos da relação jurídica entre pais e filhos”, 244.

<sup>27</sup> Maria Clara SOTTOMAYOR, *Regulação do Exercício das Responsabilidades Parentais*, 255-256.