

FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE COIMBRA

CENTRO DE DIREITO DA FAMÍLIA

19

4.ª BIENAL DE JURISPRUDÊNCIA

DIREITO DA FAMÍLIA



Coimbra Editora

**RELATÓRIOS DAS MESAS TEMÁTICAS
PROMOÇÃO DOS DIREITOS, PROTECÇÃO
DAS CRIANÇAS E JOVENS EM PERIGO
E PROCESSO TUTELAR EDUCATIVO**

Sessão da manhã:

Presidente da Mesa: Dr. Baía da Costa (Procurador-Geral Adjunto)

Relatores: Ana Rita Alfaiate (Investigadora do Centro de Direito da Família e Monitora da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra) e Geraldo Rocha Ribeiro (Investigador do Centro de Direito da Família e Monitor da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra)

Caso 1 (Apresentado pela Dr.^a Ana Célia Paredes, Técnica Superior de Serviço Social)

- A. Identificação da Decisão:** Processo judicial de promoção e protecção, com medida aplicada de apoio junto da mãe
- B. Palavras-chave:** Processo de promoção e protecção; violência doméstica; cooperação multidisciplinar
- C. Os Factos, o Direito e a Decisão**

1. Os Factos

Uma situação de perigo é sinalizada à Linha SOS-Criança, apontando para uma suspeita de maus-tratos perpetrados por um

pai aos filhos e à mulher. A verificação da denúncia permite apurar que as agressões são uma constante e que este pai é, não só uma pessoa violenta, ex-praticante de artes marciais, inclusivamente, mas, em *plus*, doente do foro psiquiátrico. É ainda possível saber que, com quarenta e sete anos, natural de Angola, é servente de pedreiro, mas sem trabalho regular. O seu círculo de amigos é muito restrito e o homem não admite um problema de alcoolismo que vem a verificar-se. Considera-se uma pessoa exemplar: bom pai, bom marido, que não agride a família, negando todos os factos e não percebendo por que razão se encontra perante o Tribunal, mostrando-se indignado por ser "meio em confusões". Distintamente, a mãe, de trinta e nove anos, é auxiliar de Lar, descreta como cumpridora e de relações positivas no local de trabalho.

No agregado familiar encontram-se duas crianças: uma menina de oito anos, a frequentar o 3.º ano (mas com dificuldades de aprendizagem), descrita como bem comportada e esforçada, mas um pouco triste e isolada, muito madura para a idade; e um menino de cinco anos, a frequentar o jardim-de-infância, com comportamentos hiperactivos, mas muito reservado no contacto com os adultos.

É feita uma avaliação diagnóstica a partir da rede de intervenção e verifica-se que se trata de uma família com algum isolamento social, desconhecendo, por exemplo, a localização da sede da Segurança Social na cidade em que moram.

São apurados, em suma, alguns factores de risco: o alcoolismo do pai; uma história clínica psiquiátrica do pai; maus-tratos e agressões confirmadas por perícia médico-legal e nos atendimentos; ausência de reconhecimento da situação-problema por parte do pai; situação financeira frágil, sendo o salário mínimo da mulher a garantir as despesas do agregado familiar, uma vez que o homem, trabalhando esporadicamente, recebe dinheiro da mulher para se sustentar; isolamento social; dificuldades acrescidas por desconhecimento de onde ficam os serviços e de como pedir a ajuda certa; hiperactividade do menino; e dificuldades escolares da menina.

Apesar de tudo, não deixam de relevar alguns factores de promoção: a estabilidade da mãe; uma rede informal de suporte

decorrente do lado materno (do grupo religioso em que participava); a preocupação desta mãe com o desenvolvimento dos filhos, demonstrando também capacidade e competência parental; a sua capacidade para reconhecer a situação-problema e para assumir com coerência e responsabilidade; e a sua receptividade à ajuda e intervenção técnicas.

2. A Decisão

Foi ponderada a possibilidade de as crianças integrarem um Centro de Acolhimento Temporário. Todavia, esta solução foi recusada pela mãe, que preferiu tentar organizar a sua vida e a vida dos seus filhos por si mesma, com a ajuda dos amigos, dos Serviços e do Tribunal. Decorrido algum tempo, saiu finalmente de casa com as crianças, com apoio da rede informal e da rede social. Foi-lhes atribuída uma casa e aplicada às crianças a medida de apoio junto da mãe, com o consentimento de ambos os pais. Ao fim de dezoito meses, em virtude da não subsistência do perigo, o processo foi arquivado.

Durante o período de execução da medida, activaram-se ainda as medidas de protecção à mãe e à família e o pai foi sinalizado no Departamento de Investigação e Acção Penal. Abriu-se um inquérito, mas suspendeu-se provisoriamente o processo, com cumprimento de injunções e regras de conduta por parte deste pai.

Foram assumidas, em simultâneo, as seguintes tarefas: reforçaram-se os apoios à família; ajudaram-se o pai a reaprender a lidar com as crianças; regularam-se as responsabilidades parentais a favor da mãe, que ficou com as crianças, mas promoveram-se as visitas do pai, que sempre aconteceram sem incidentes.

D. Problemas jurídicos discutidos na sessão, soluções e sugestões apresentadas

1. A existência de recursos humanos e a gestão cuidada dos processos são factores determinantes na defesa do tempo da

criança, adequado ao acompanhamento efectivo de avaliação e execução das medidas com vista a um projecto de vida definitivo. O processo judicial de promoção e protecção tem de pautar-se pelo princípio da cooperação entre entidades competentes e é imprescindível a articulação entre todos os serviços da rede. No caso apresentado, foram realçados pela apresentante os benefícios da proximidade e diálogo entre a assessoria técnica e o Tribunal, bem assim como de toda a rede informal de apoio à família.

2. Por decorrência da descrição da situação de facto — violência familiar — discutiram-se entre os presentes as dificuldades legais na compatibilização entre medidas de protecção das vítimas de violência, em particular as mulheres, e a acção penal.

Foi opinião de parte dos presentes que o sistema legal carece de mecanismos legais expeditos de afastamento do agressor sem desmearzar a família do seu centro de vida. Concluiu-se que, muitas vezes, sucede uma dupla vitimização, afastando-se a mulher vítima de violência, ou a criança vítima de abuso, por exemplo. Assim, impunha-se uma clara definição e previsão de instrumentos legais que permitissem, no caso concreto, se assim se justificasse, que fosse possível afastar o agressor e assegurar a não violação da medida de afastamento, sendo determinante a articulação e coordenação entre o processo-crime e a protecção da família.

Em sentido contrário, expressou-se a opinião de que deveriam reinterpretar-se os preceitos legais existentes e defendeu-se que o afastamento do agressor é possível pelo incidente previsto no art. 1413.º do Cód. de Processo Civil, através da acção principal de atribuição da casa de morada de família, pedindo-se, a título de acção cautelar, a atribuição imediata à vítima. Assim, alguns dos presentes concluíram que a alegada ausência de mecanismos legais se prende com a dificuldade na obtenção de apoio judiciário e com algum desconhecimento da lei.

3. Ainda no âmbito da violência doméstica, alertou-se para a necessidade de assegurar igualmente mecanismos de protecção social, capazes de evitar os fenómenos do empobrecimento e permitir a autonomização e independência económica das mulheres

com a guarda das crianças. A este respeito, apontou-se para a evolução da realidade social, com a aprovação do Decreto-Lei n.º 11/2008, de 17 de Janeiro, relativo à regulamentação das Famílias de Acolhimento. Não obstante, a verdade é que a regulamentação do acolhimento familiar veio criar algumas dificuldades à maximização de uma resposta social quando se esteja perante uma medida de apoio junto da mãe. A prática da Segurança Social e a margem de conformação atribuída pelo art. 45.º daquele Decreto-Lei n.º 11/2008, por remissão aos arts. 12.º, n.º 3, e 26.º do Decreto-Lei n.º 190/92, de 3 de Setembro, não têm facilitado o enquadramento económico mais favorável daquela medida de apoio junto dos pais. De facto, os constrangimentos orgânicos significam, em algumas situações, apoios desadequados e insuficientes, o que dificulta o sucesso da medida. E esta realidade sequer se pode considerar residual por se atender a que o divórcio ou a separação permitem o pedido de fixação de alimentos. É que se esta fixação ajuda na resolução de alguns problemas, não é, de todo, um meio suficiente na grande maioria dos casos, como sejam, desde logo, aqueles em que ambos os progenitores se encontram em situação de enorme carência.

Um dos elementos presentes na assistência mencionou, a este propósito, o facto de alguns organismos da Segurança Social assumirem a prática de prestar ajuda económica mesmo fora dos limites orgânicos, em particular nas situações em que a mulher vítima não tem, de todo, recursos para a sua subsistência e a dos filhos, apresentando-se, apesar disso, como um recurso adequado para o projecto de vida das crianças. E esta parece, de resto, a *ratio* da lei, ou seja, não permitir que a carência económica, por si, determine a impossibilidade das crianças se manterem junto da família biológica.

Caso 2 (Apresentado pela Dr.ª Ana Massena, Procuradora da República)

A. Identificação da Decisão: Decisão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 16 de Janeiro de 2007, relativa à falta de legitimidade das instituições de acolhimento

para recorrerem das decisões proferidas em sede de processo judicial de promoção e protecção referente às crianças que acolham

B. Palavras-chave: Guarda de facto; guarda de direito; institucionalização; recursos; legitimidade processual

C. Os Factos, o Direito e a Decisão

1. Os Factos

Determinada instituição acolheu três crianças a título provisório. No decurso do processo, foram delineadas soluções distintas, com vista a adequar a medida de protecção a cada uma delas. Os dois irmãos mais velhos foram confiados aos avós e à criança mais nova foi aplicada medida de apoio junto do pai.

A instituição não concordou com a decisão relativamente à criança mais pequena, entendendo que o projecto de vida desta deveria passar pela adopção, e decidiu, por isso, recorrer da decisão proferida.

2. O Direito

O art. 123.º, n.º 2, da LPCJP, atribui legitimidade para recorrer das “decisões que, definitiva ou provisoriamente, se pronunciem sobre a aplicação, alteração ou cessação de medidas de promoção e protecção”, ao Ministério Público, ao menor, aos pais, ao representante legal e a quem tenha a guarda de facto da criança ou jovem.

Face ao teor da lei, fica por aferir se é reconhecida à instituição que acolhe os menores ao abrigo de uma medida de promoção e protecção legitimidade activa para recorrer em termos análogos aos titulares da guarda de facto.

In casu, a instituição tinha a guarda das crianças em virtude de uma decisão judicial de colocação provisória em instituição. Por isso, entendeu ter legitimidade para recorrer da deci-

são com a qual não concorde, pugnando por ter uma palavra a dizer quanto à definição do projecto de vida das crianças que acolhe. O Tribunal da Relação de Lisboa decidiu, todavia, não conhecer do recurso interposto, por entender que a instituição não tem legitimidade para recorrer.

O Tribunal Constitucional já se pronunciou sobre esta questão, no Acórdão 141/2004, de 10 de Março de 2004, não considerando inconstitucional a interpretação do art. 123.º da LPCJP que afasta a legitimidade das instituições de acolhimento. A questão jurídica assenta na determinação ou não de uma situação de desigualdade e respectiva discriminação arbitrária entre titular da guarda de facto e instituição.

O Acórdão do Tribunal Constitucional defendeu que, apesar da posição privilegiada da instituição para conhecer a situação da criança ou jovem e de esta poder acompanhá-lo durante largos períodos, a questão da legitimidade para recorrer tem de ser escrutinada sob um outro prisma, que se suscitará ao nível da distinção entre guarda de facto e guarda de direito. Foi, pois, com base também nesta distinção que o Tribunal da Relação de Lisboa decidiu não conhecer do recurso no caso em concreto analisado nesta sessão.

O que se garante pelo art. 123.º, n.º 2, da LPCJP, é a legitimidade processual dos titulares da guarda de facto, encontrando-se a definição desta no art. 5.º, al. *b*), da mesma lei. Assim, entende-se por guarda de facto “a relação que se estabelece entre a criança ou o jovem e a pessoa que com ela vem assumindo, continuamente, as funções essenciais próprias de quem tem responsabilidades parentais”. Ora, as instituições estão submetidas à decisão do Tribunal, cabendo-lhes tão-somente a execução destas decisões, distintamente do que acontece nos casos de tradicional guarda de facto.

Mantiveram-se, todavia, mesmo após a referida decisão do Tribunal Constitucional, dúvidas sobre a interpretação do artigo em causa, não quedando claro o afastamento da legitimidade activa das instituições, pelo menos a título peremptório, uma vez que a realidade das situações pode impor o reconhecimento de legitimidade à instituição devido ao conhecimento desta relativamente à

criança e da sua equipa técnica quanto à definição do melhor projecto de vida.

A questão jurídica suscitada no Tribunal Constitucional decorreu de uma situação de facto em que a instituição apenas se insurteu quanto à transferência de determinada criança de uma instituição para outra. Todavia, no caso apresentado, a divergência assumia outros contornos, pois o desacordo da instituição prendia-se em concreto com a definição e concretização do projecto de vida, discordando aquela da entrega feita ao pai, e entendendo como mais adequada a aplicação de uma medida de confiança com vista a futura adopção.

A verdade, enfim, é que a disposição legal não afasta completamente a legitimidade das instituições nestes casos, não sendo líquido que deva cingir-se às pessoas singulares quando o exercício da guarda pelas instituições se equipare ao que aquelas cumprem. Algumas institucionalizações assumem a prática de actos identificados e definidos enquanto guarda de facto, razão pela qual a resposta ao problema não tenha de ser fechada, antes parecendo merecer, pelo menos por enquanto, um debate mais alargado.

3. A Decisão

O recurso foi admitido no processo. Mas, notificado o Ministério Público, foi levantada a questão da legitimidade processual. Notificada a instituição para se pronunciar, esta não respondeu e o Tribunal da Relação de Lisboa acabou por considerar que a instituição não tinha legitimidade para recorrer. O Tribunal considerou que a sua intervenção no processo é meramente incidental, não se tratando de uma verdadeira parte.

D. Problemas jurídicos discutidos na sessão, soluções e sugestões apresentadas

1. Qual o papel dos titulares da guarda de direito em matéria de recurso de uma medida adoptada? Onde se estabelece o limbo entre a mera execução da guarda por atribuição da medida

e uma situação de guarda de facto, ainda que ao abrigo de uma medida?

Para alguns dos presentes, é claro que a resposta não pode ser única e que, em certas situações, se justificará alargar a legitimidade activa também às instituições de acolhimento. A definição do interesse da criança deve decorrer da decisão conjunta entre o Tribunal e as instituições, sendo, pois, defensável que haja situações em que as sucessivas revisões que prolongam as medidas e potenciam a permanência das crianças por largos períodos na instituição devem permitir que esta suscite, *motu proprio*, a justiça e adequação da medida. E, como argumento adicional a favor da legitimidade das instituições, foi convocada a possibilidade dada pela OTM de as instituições interverem, requerendo a confiança judicial com vista a adopção.

Além disso, referiu-se ainda, o facto de se estar perante um processo de jurisdição voluntária permitirá afastar a discriminação decorrente da leitura estrita da letra da lei, devendo tender-se para uma interpretação que acolha entre os titulares de legitimidade activa as instituições que estatutariamente tem competências para proteger o menor e para tal estão mais vocacionadas do que qualquer guarda de facto.

Os restantes elementos presentes consideraram, todavia, que a instituição não deverá ter legitimidade, uma vez que reconhecer às instituições legitimidade para recorrer, sendo estas executantes das medidas e agentes de promoção e protecção, pode pôr em causa a validade da prova produzida. Para os defensores desta linha de raciocínio, a instituição não pode, a um tempo, ser parte no processo e coadjuvante do Tribunal, não sendo sequer saudável esta mistura de funções.

A verdade é que, embora a entidade responsável pela produção dos relatórios seja a Segurança Social e não a equipa da instituição, não é viável desconsiderar o trabalho de articulação entre os técnicos e que enforma aquelas conclusões enviadas para Tribunal. A técnica da Equipa Multidisciplinar de Apoio aos Tribunais (EMAT) produz o relatório de acordo com a parceria que mantêm com a instituição. Não é esta técnica que acompanha o dia-a-dia da criança ou jovem e, portanto, não seria de esperar

que não tivesse de ouvir quem trabalha directamente na execução da medida aplicada. Além disso, não é inédito que o Tribunal require relatórios directamente às instituições, enquanto meio de prova privilegiado. Ora, ao aceitar-se a legitimidade activa das instituições em geral, este *modus operandi* tem de ver-se irremediavelmente comprometido por uma clara questão de conflito de interesses.

Não reconhecer esta legitimidade ao executor de direito não parece, aos defensores da solução, qualquer violação aos interesses do menor, uma vez que este tem já, no processo, outras figuras aptas à defesa do seu superior interesse: o defensor officioso e, à cabeça, o Ministério Público. Não podemos aceitar a existência de *múltiplos interesses do menor*, o que se torna exequível se forem várias as partes a poderem suscitá-lo. Num determinado circunstancialismo, o interesse do menor pode variar consoante as instituições e isto não pode ser aceite. Deste modo, teve vencimento a posição de que à instituição não deve ser reconhecida legitimidade, seja por não se estar perante uma situação de guarda de facto, devidamente acautelada pelo legislador, seja por não se lhe poder reconhecer interesse em agir, nos termos do art. 680.º do Cód. de Processo Civil.

Além disso, reconhecer legitimidade activa para recorrer às instituições permitirá falar numa obrigação de lhes reconhecer igualmente competência para alegar em sede de debate judicial. Perante esta questão, a maioria dos presentes considerou que, assim vistas as coisas, não pode haver legitimidade para recorrer e nem para alegar das instituições que acolhem crianças e/ou jovens ao abrigo de uma decisão judicial. Tal não deve acontecer, mesmo em termos de política legislativa.

2. Existem, porém, casos em que determinado menor está institucionalizado, mas a instituição não fez a devida comunicação do art. 65.º, n.º 3, da LPCJP, o que impedirá que se fale em guarda de direito. Nestes casos, não será exigível a igualação da legitimidade face aos guardas de facto?

Apesar do intuito do art. 5.º, al. b), da LPCJP, ser a consagração da legitimidade a uma pessoa física singular, não pode dizer-se que fique liminarmente afastada do artigo a pessoa colectiva. Este

aspecto suscitou alguma discussão, tendo-se afirmado que, no limite, poder-se-á configurar que a auxiliar ou a educadora da instituição se compreenderão como titulares da guarda de facto da criança ou jovem, pelo que, assim vistas as coisas, caindo o argumento da execução da decisão do Tribunal, parece mais difícil não aceitar a legitimidade da instituição. O legislador nunca equacionou as situações de facto de crianças à margem da lei confiadas a uma instituição, pelo que, face à realidade, parece poder reconhecer-se legitimidade às instituições que têm esta guarda informal da criança.

Caso 3 (Apresentado pela Dr.ª Lucília Maria Franco Morgadinho Gago, Procuradora-Geral Adjunta)

A. Identificação da Decisão: Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 8 de Março de 2006, Processo n.º 4213/05

B. Palavras-chave: Processo de promoção e protecção; princípio do contraditório; revisão de medida; medida de confiança a pessoa seleccionada para a adopção ou a instituição com vista a futura adopção

C. Os Factos, o Direito e a Decisão

1. Os Factos

Ao abrigo dos arts. 4.º, al. i), 85.º, 104.º/3 e 114.º, da LPCJP, foram convocados os pais, as crianças e uma técnica para serem ouvidos no âmbito da aplicação da medida de confiança a pessoa seleccionada para a adopção ou confiança a instituição com vista a futura adopção.

Tendo sido aplicada a medida *supra*, foi dela interposto recurso, por se entender que o contraditório não havia sido garantido na íntegra. A questão prende-se, pois, com o modo como deve ser garantido o contraditório nestes casos. É essencial que as partes tenham conhecimento dos factos que instruem o processo e que fundamentam a substituição da medida aplicada pela nova

medida, mas não é líquido que esse objectivo seja alcançável apenas mediante a duplicação de fases anteriores do processo, como um novo debate judicial, por exemplo.

2. O Direito

O exercício do contraditório no momento de revisão e substituição de determinada medida não deve confundir-se com a duplicação de procedimentos e diligências já encetados. Embora a lei seja clara quanto à necessidade de garantir esta fase, não é compatível com o espírito de celeridade que deve enformar todo o processo recuar-se a fases anteriores já suficientemente acauteladas. Não se está em fase de instrução, debate judicial ou decisão primeira de medida, mas sim no decorrer da execução de uma determinada medida que se entende dever ser alterada.

A jurisprudência tem tido, todavia, alguma dificuldade em unificar-se relativamente a esta questão do contraditório, sendo de destacar os acórdãos do Tribunal da Relação de Coimbra de 19 de Abril de 2005 (Processo n.º 1021/05), do Tribunal da Relação de Lisboa de 18 de Julho de 2006 (Processo n.º 6371/2006-7) e do Tribunal da Relação do Porto de 25 de Setembro de 2007 (Processo n.º 0721541).

3. A Decisão

O aresto apontou para a não violação do exercício do contraditório, afirmando o respeito pelo princípio da audiência obrigatória. Confirmou a decisão, mais adiantando que a audiência deve, nestes casos, decorrer de uma forma célere e simples e adequar-se à fase do processo. Implicitamente, extrai-se que, encontrando-se este em sede de execução de medida, não há necessidade de o fazer recuar a momentos anteriores.

D. Problemas jurídicos discutidos na sessão, soluções e sugestões apresentadas

1. Não faz sentido fazer recuar o processo a momentos anteriores estando em causa uma revisão de medida decretada, em execução.

2. E se a alteração de uma medida decorre da apreciação de nova prova?

Em regra, a alteração da medida ocorre em virtude de uma nova realidade, ou, muito ao menos, de uma reapreciação da realidade já existente. O caso típico de alteração para aplicação da medida da al. g) do art. 35.º da LPCJP é o de uma criança entregue a uma instituição, sendo dado conhecimento, por esta, de que a execução da medida de acolhimento em instituição está a decorrer sem que as visitas dos progenitores se pautem pela regularidade e qualidade próprias da relação filial. O investimento na família biológica começa então a ser posto em causa e o projecto de vida da criança a ser ponderado sobre outros fundamentos. No fundo, não pode dizer-se que a revisão da medida não deva atender a estes novos factos, razão pela qual terá de aceitar-se a oportunidade de produção de prova.

3. A questão que se levanta, então, é a de saber se, após a produção da prova, e em sede de revisão, pode o juiz decidir sozinho, sem os juízes sociais com quem decidiu a aplicação da medida. Ou se, ao invés, havendo nova prova, deve assegurar-se novo debate. Sobre este aspecto foi possível vislumbrar a existência de três correntes de pensamento.

Alguns dos elementos presentes na sala consideraram não haver qualquer inconveniente em o juiz decidir sozinho, à semelhança, aliás, do que já acontece na OTM, em que se prevê que a confiança judicial possa ser decidida por um juiz singular. Estamos numa fase adiantada do processo, em que, como já ficou dito, deve evitar-se a duplicação de esforços. Perante novos factos, o Ministério Público apresentará em PI a sua pretensão e os progenitores da criança ou jovem serão chamados a pronunciarem-se, mas isto não deverá exigir novo debate judicial, desde logo em respeito pela imperatividade do art. 106.º da LPCJP, que prevê as fases do processo. Estamos, neste momento, na fase de execução da medida, não devendo ser possível recuar às anteriores, embora, notoriamente, tenha de ser garantido o contraditório dos interessados.

Uma outra corrente de pensamento foi ainda avançada durante a discussão. Afirmaram, pois, alguns dos presentes, que terá de

haver sempre lugar a novo debate judicial, que, atenta a especificidade da al. g) do art. 35.º da LPCJP, funcionará como um *plus* de garantias processuais de que não é possível abrir mão. Para alguns dos defensores desta posição, é possível ir até mais longe, chegando a afirmar que, em sede de revisão da medida, não pode a medida aplicada ser substituída por outra mais gravosa. Nos casos em que seja fundadamente de supor, atentos os novos factos, que a medida a aplicar deve ser mais grave do que a decidida em primeira linha, deve o processo ser extinto e aberto um novo. Esta posição teve, todavia, acolhimento claramente minoritário entre os presentes.

Finalmente, alguns outros elementos presentes entenderam que, havendo factos que sustentem a adequação de uma confiança, reunidos no decurso da execução de uma outra medida de protecção, não deve esta ser revista, antes devendo ser promovida a aplicação de uma confiança no âmbito da OTM.

4. Teve vencimento a posição de que o poder jurisdicional do Tribunal não se esgota no momento de aplicação da medida, razão pela qual a lei prevê que este deve revê-la periodicamente. Estamos, além do mais, no âmbito de processos de jurisdição voluntária. Por isso, garantido que esteja o exercício do contra-ditório, poderá haver lugar à revisão da medida, com substituição desta pela de confiança a pessoa seleccionada para a adopção ou confiança a instituição com vista a futura adopção. Não pode fazer-se recuar o processo em termos legais e o tempo da criança não se compadece com soluções desarticuladas de recurso à OTM. Isso seria, até, um retrocesso no objectivo de celeridade que também ditou a inclusão da possibilidade de aplicação de uma medida de confiança no âmbito de um processo de promoção e protecção. O decretamento desta medida de confiança exige que se assegure o princípio do contraditório (art. 104.º, n.º 3, da LPCJP), mas não há qualquer artigo que exija a realização de um novo, segundo, debate. O que o art. 114.º, n.º 2, da LPCJP, exige são alegações, por parte do Ministério Público, para a aplicação da medida do art. 35.º, al. g), da LPCJP, e a produção da prova necessária para tal. Apesar de tudo, no entanto, garantindo-se que se está no âmbito do mesmo processo, a natureza de jurisdição voluntária

não exclui a possibilidade de a decisão de revisão para uma medida mais gravosa se tomar em colectivo.

Caso 4 (Apresentado pela Dr.ª Maria da Graça de Vasconcelos Moraes Moreira Araújo, Juíza de Direito)

A. Identificação da Decisão: Processo judicial de promoção e protecção

B. Palavras-chave: Processo de promoção e protecção; cessação da medida; ineficácia das medidas; princípio da adequação; protecção de adolescentes

C. Os Factos, o Direito e a Decisão

1. Os Factos

Determinado jovem começa a ser institucionalizado aos catorze anos e chega perto dos dezoito anos sem que qualquer medida aplicada tenha tido a menor utilidade e eficácia.

Não se vislumbrando nenhuma solução, é preciso saber se a lei permite a cessação das medidas por inutilidade e ineficácia.

2. O Direito

A lei não dá margem para que possa ser cessada uma medida por inutilidade e ineficácia, o que significaria o reconhecimento da falência do Sistema. A questão não é abarcada pela lei, uma vez que não se trata de situações em que a necessidade da medida desaparece, mas antes casos em que, embora se mantenha a necessidade da medida, a sua utilidade e eficácia dependeriam de uma adesão do jovem, que não existe nem se prevê que venha a existir.

3. A Decisão

Por despacho se fez cessar a institucionalização do jovem com fundamento no art. 63.º, n.º 1, al. b), da LPCJP, ou seja, ao

abrigo da causa de cessação das medidas que decorre da decisão de revisão destas, em geral, sem se fundamentar a adequação de *l'he pôr* termo.

D. Problemas jurídicos discutidos na sessão, soluções e sugestões apresentadas

1. São conhecidas as dificuldades do trabalho de protecção dos jovens. Por um lado, o país não conhece, para esta faixa etária, muitas instituições de acolhimento, e por outro, as próprias medidas de protecção são, em regra, pouco atraentes para estes jovens. Dependendo da sua adesão um bom encaminhamento do projecto de vida delinçado, a aplicação da medida não significa o começo de uma solução. É preciso motivá-los para a medida e oferecer-lhes aliciantes na sua execução. Isto comporta, todavia, custos demasiado elevados, o que acaba por condenar projectos de vida bons a uma execução mais ou menos adiada de um projecto de vida exequível.

No caso dos jovens, a questão da protecção acaba por não se cingir apenas à protecção relativamente a terceiros, mas por estar também ligada à educação do menor para a sua própria protecção diante de si mesmo e das suas escolhas. Ora, cessar uma medida por ineficácia é reconhecer o falhanço do Sistema. Bem se sabe que, a partir de um determinado momento, o pesado historial de algumas crianças prejudica a sua colocação, comprometendo irremediavelmente todas as respostas. Mas se isto é ponto conhecido da prática, há dificuldade em acolher esta realidade legalmente.

O que muitas vezes acontece é uma execução informal de uma espécie de qualquer medida, sendo frequentes os encontros entre o menor e o juiz, de parte a parte se fazendo cedências que remedeiem a falta de verdadeiras soluções. O Sistema foi concebido pela lógica de o menor querer ser protegido. Mas, por vezes, ele não quer e, sendo jovem, impede a possibilidade de sucesso da medida que, para além do mais, se apresenta dispendiosa, tornando-se sucessivos os mandatos de condução à instituição, que passa a ser também ela, cada vez menos, um parceiro.

2. A eliminação da medida não afasta a situação de perigo, mas a sua manutenção também não a resolve. A solução da cessação por ineficácia parece defensável se olharmos à relevância da vontade do menor no processo de promoção e protecção. Atendendo-se àquela vontade para efeitos de promoção e protecção, sendo o menor um parceiro, não parece de excluir que se *l'he atenda* também em situações de dissentimento.

Apesar de tudo, para os presentes ficou claro que é necessário ir procurando caminhos e tentando não desistir da protecção, pelo menos até aos dezoito anos.

3. A falta de instituições é um problema grave, que ganha contornos de dramatismo quando nos deparamos com a questão das instituições especializadas. Se em geral são escassas as que dão cobertura aos adolescentes e jovens com mais de catorze anos, são praticamente inexistentes as que podem servir de resposta a problemas tão específicos como a deficiência física ou a doença mental, pelo que urge a sua criação.

Caso 5 (Apresentado pela Dr.ª Maria Perquilhas, Juíza de Direito)

A. Identificação da Decisão: Processo tutelar educativo

B. Palavras-chave: Processo tutelar educativo; processo de promoção e protecção; Relatório Social

C. Os Factos, o Direito e a Decisão

1. Os Factos e o Direito

Determinada jovem foi alvo de um processo de protecção durante catorze anos, tendo começado a ser acompanhada ainda ao abrigo do art. 19.º da OTM, relativo a medidas não especificadas para menores em perigo. A jovem sempre se revelou bastante problemática, sendo quase diárias as suas fugas da instituição de acolhimento. Além disso, era conhecida por se dedicar à prática de furtos e à prostituição. A verdade, porém, é que

não eram apresentadas queixas contra ela por estes factos, razão pela qual não era possível dar início a um processo tutelar educativo.

A LPCJP não está pensada como resposta para os menores responsáveis pela prática de factos considerados como crime, sendo vocacionada para isso a resposta da LTE. O problema, no entanto, assenta no facto de, algumas vezes, ser necessária a apresentação de queixa para se poder dar início ao processo tutelar. Ora, nestas situações, inexistindo queixa, a protecção do menor não deixa de ser uma preocupação, razão pela qual se tenta trabalhar com ele através da LPCJP. Esta lei não é, todavia, e tal como adiantámos, eficaz nesta resposta, sendo certo que, além do mais, o processo dependerá também da adesão do menor, que frequentemente se opõe.

Quando finalmente é apresentada queixa e é possível dar início ao processo tutelar educativo, o Ministério Público pronuncia-se no sentido de ser aplicada a medida de internamento em regime fechado, única que, tendo-se em vista a sua aplicação, permite a detenção da menor a fim de ser sujeita a perícia sobre a personalidade em regime de não ambulatório (arts. 51.º, n.ºs 1, al. c), e 2, e 68.º, n.º 2, da LTE). Analisados os factos praticados pela menor, conclui-se, todavia, não ser possível, à luz dos pressupostos do art. 17.º, n.º 4, da LTE, aplicar-lhe a medida de internamento em regime fechado, razão pela qual fica excluída a possibilidade daquela detenção.

À menor, entende-se, poderá ser aplicada, então, medida de internamento em regime aberto ou semi-aberto. Acontece, no entanto, que, à data desta conclusão, inexistia o relatório social com avaliação psicológica, obrigatório segundo o disposto no art. 71.º/5 da LTE, sendo, deste jeito, nulo o requerimento de abertura da fase jurisdicional elaborado pelo Ministério Público.

2. A Decisão

A nulidade decorrente da falta do relatório social com avaliação psicológica obsta a que se conheça do mérito da causa (arts. 90.º, 93.º, n.º 1, e 128.º, n.º 1, da LTE e art. 283.º, n.º 3, do CPP).

D. Problemas jurídicos discutidos na sessão, soluções e sugestões apresentadas

1. Esta nulidade sem mais denuncia a falta de articulação entre as leis e causa a perplexidade de excluir qualquer eventual possibilidade de proteger a menor ou de a educar para o direito. Aquele relatório social com avaliação psicológica tem de ser pedido em sede de inquérito, pelo Ministério Público, não sendo possível dar início à fase jurisdicional do processo se falhar aquele pressuposto.

Casos existem, porém, em que, no mesmo processo, apenas relativamente a algum ou alguns dos menores se verifica a nulidade, desde logo por, quanto aos demais, se defender a aplicação de medidas não institucionais. Nessas hipóteses, a nulidade do requerimento do Ministério Público será parcial, afectando apenas a parte relativa ao(s) menor(es) a serem alvo de internamento. E, aí, prosseguirá o processo na parte não afectada pela nulidade.

Caso 6 (Apresentado pela Dr.ª Maria Perquilhas, Juíza de Direito)

A. Identificação da Decisão: Processo de promoção e protecção n.º 2768/07.ATM.LSB, 1.º juízo, 3.ª secção, Tribunal de Menores de Lisboa

B. Palavras-chave: Processo judicial de promoção e protecção; medida de confiança a pessoa seleccionada para a adopção ou a instituição com vista a futura adopção; guarda provisória; medidas provisórias; decisão em tempo útil para a criança

C. Os Factos, o Direito e a Decisão

1. Os Factos

Determinada menor é acolhida em instituição, fruto de uma situação de abandono por parte da progenitora, logo ao tempo do

nascimento. Acolhida nessa instituição a título provisório, surge a necessidade de repensar e estabilizar o seu projecto de vida, recebendo o Tribunal requerimento do Ministério Público a defender a aplicação da medida de confiança a instituição com vista a futura adopção, a título provisório.

2. O Direito

As medidas provisórias são, segundo a LPCJP, aquelas que se destinam a afastar o perigo em que a criança se encontra e que operam em situações de emergência ou enquanto se procede à definição do seu projecto de vida definitivo, não podendo prolongar-se por mais de seis meses (art. 37.º da LPCJP).

3. A Decisão

No caso concreto não pode falar-se, ao tempo do requerimento do Ministério Público, de qualquer situação de emergência que sustente a aplicação da medida provisória, removido que foi o perigo pela aplicação, essa sim a título provisório, da medida de acolhimento em instituição.

Ao decidir aplicar uma medida de confiança com vista a futura adopção, no âmbito de um processo de promoção e protecção, não está o Juiz ainda em sede de apreciação dúbida do projecto de vida do menor, mas antes em face de um juízo de probabilidade séria de procedência da adopção (devido considerar-se aplicável neste particular o juízo previsto no art. 166.º da OTM). Além disso, a aplicação desta medida carece da verificação de alguma das situações previstas no art. 1978.º do Cód. Civil e desencadeia efeitos altamente gravosos, pelo que a sua ponderação tem de ser feita com base num juízo de permanência que justifique que por ela se opte.

Não parecendo possível a aplicação da medida de confiança a instituição com vista a futura adopção, a título provisório, a favor da instituição que acolhe a criança ao abrigo da execução de uma medida de acolhimento institucional, nada se acrescentando com esta alteração de posição, entendeu o Tribunal negar a aplicação da medida nestes termos provisórios.

D. Problemas jurídicos discutidos na sessão, soluções e sugestões apresentadas

1. Este caso suscitou viva discussão, tendo-se encontrado vários argumentos, quer favoráveis, quer desfavoráveis, à aplicação a título provisório da medida de confiança com vista a futura adopção.

Perfilhando a posição aludida no processo pelo Ministério Público, alguns dos elementos presentes nesta sessão entendem ser defensável a analogia com o art. 166.º da OTM, referente à guarda provisória, e, deste modo, possível a aplicação daquela confiança a título provisório.

Em sentido divergente, a maioria dos presentes entendeu que a medida não pode ser aplicada a título provisório, desde logo pelos efeitos que lhe são atribuídos pelo Cód. Civil — 1978.º-A, que prevê a inibição das responsabilidades parentais. Defendem estes ilustres presentes na sala que, na visão perfilhada pelo Ministério Público, subsiste alguma confusão entre a guarda provisória e a medida de confiança, que é inaceitável, uma vez que a guarda apenas pode ser requerida pelos candidatos seleccionados pelo OSS. Se é um facto que aquele art. 166.º da OTM deve ser avocado para a decisão de aplicação da medida de confiança em sede de processo de promoção e protecção, a verdade é que deverá sê-lo, tão-somente, na parte em que veicula a necessidade de um juízo de probabilidade séria de procedência da acção, o que alega a favor da aplicação em termos definitivos da medida.

A medida de confiança não é, à partida, susceptível de revisão, entendendo-se como tendencialmente definitiva, até ao decréscimo da adopção (ou seu suprimento, pela aplicação de uma medida tutelar cível, no caso de não se verificar a efectiva adopção da criança). Ora, o que acontece é a exclusão de um projecto de vida que passe pela família biológica e o seu radical afastamento, não se vislumbrando qualquer vantagem no carácter provisório da aplicação de uma medida assim.

2. Foi possível, durante a discussão, encontrar, apesar da posição de vencimento *supra*, um caso de vantagem na aplica-

ção da medida de confiança com vista a futura adopção a título provisório: o caso extremo de um bebé abandonado (no caixote de lixo, por exemplo), em que não seja adequado fazer perigar o tempo da criança em face do cumprimento dos requisitos legais de procura da família. Nesta hipótese, pareceu aceitável a aplicação daquela medida a título provisório, numa espécie de regime condicionado à confirmação de que a adopção é o projecto de vida adequado. Neste caso, porém, não pode considerar-se a medida como efectivamente aplicada, pelo que a segurança jurídica e os direitos da família biológica estão assegurados, não se verificando, desde logo, a inibição quanto às responsabilidades parentais e sendo possível, em concreto, se surgirem dados nesse sentido, repensar o projecto de vida provisoriamente encaminhado para a adopção.