



OUREANA BEATRIZ GUEDES MARTINS

**A EVOLUÇÃO DO DIREITO DAS CRIANÇAS NA FAMÍLIA:
DOS PRIMÓRDIOS À INTERNACIONALIZAÇÃO**

**Relatório de Estágio Curricular realizado no Juízo de Família
e Menores do Tribunal Judicial da Comarca de Mafra**

Relatório de Estágio Curricular com
vista à obtenção do grau de Mestre
em Direito Forense e Arbitragem

Orientadora:

Doutora Ana Rita Gil, Professora Auxiliar Convidada da Faculdade de Direito da
Universidade Nova de Lisboa

Orientador de Estágio:

Dr. Joaquim Manuel da Silva, Juiz de Direito

setembro de 2020



OUREANA BEATRIZ GUEDES MARTINS

**A EVOLUÇÃO DO DIREITO DAS CRIANÇAS NA FAMÍLIA:
DOS PRIMÓRDIOS À INTERNACIONALIZAÇÃO**

**Relatório de Estágio Curricular realizado no Juízo de Família
e Menores do Tribunal Judicial da Comarca de Mafra**

Relatório de Estágio Curricular com
vista à obtenção do grau de Mestre em
Direito Forense e Arbitragem

Orientadora:

Doutora Ana Rita Gil, Professora Auxiliar Convidada da Faculdade de Direito da
Universidade Nova de Lisboa

Orientador de Estágio:

Dr. Joaquim Manuel da Silva, Juiz de Direito

DECLARAÇÃO ANTI PLÁGIO

Declaro que o texto apresentado é da minha exclusiva autoria e que toda a utilização de contribuições ou textos alheios está devidamente referenciada, nos termos do art. 20.º-A do Regulamento do 2.º Ciclo e art. 8.º do Regulamento do 3.º Ciclo.

Lisboa, junho de 2020

Oureana Beatriz Guedes Martins

AGRADECIMENTOS

Para a minha mãe, Filomena Zita Martins Guedes

Primeiramente há que agradecer à minha família, em especial, ao meu pai, António Martins e às minhas tias paternas Maria Elisa Raminhos e Maria Isabel de Castro, pilares da minha educação e desenvolvimento, responsáveis pela pessoa que me tornei e a quem devo tudo aquilo que conquisto diariamente.

Ao meu namorado, António Sousa, pelo amor e pelo acompanhamento ao longo de todos estes anos académicos.

Aos meus amigos, em especial, à Ana Rita Duarte, à Ana Sofia Barros e à Joana Neto, pessoas que levo para a vida e a quem devo muito daquilo que foi e será o meu percurso académico e profissional.

Em seguida gostaria de agradecer a todos os meus professores e colegas académicos, em especial à Dr.^a Stela Barbas por em mim ter incutido o interesse pela área da Direito da Família e das Crianças.

À minha orientadora a Dr.^a Ana Rita Gil agradeço pela orientação de excelência e rigor, pela paciência e por que em mim depositar a sua confiança, auxiliando-me na elaboração e aperfeiçoamento de todo o processo de investigação e concretização do presente relatório.

Posteriormente, agradecer também a todos os profissionais do Tribunal de Mafra, que me acolheram de braços abertos e com quem tive o prazer de aprender muito, um agradecimento especial ao Dr. Joaquim Manuel da Silva por ser um exemplo e por todos os conhecimentos que me transmitiu.

Por fim, um agradecimento pelo incentivo e compreensão à minha equipa de trabalho, Andreia Novais, Ana Chambel, Bruno Patinha, Bárbara Conceição, Rita Graça e Telma Coelho.

MENÇÕES ESPECIAIS

1. **Modo de Citação e referências bibliográficas:**

Segue-se as normas portuguesas n.º 405-1, 405-2, 405-3 e 405-4 disponíveis e explicadas em **Referências bibliográficas: Manual das normas portuguesas NP 405**. Lisboa: Centro de Estudos Judiciários – Divisão do Centro de Documentação – Biblioteca. Disponível na Internet: <URL: http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/outros/eb_ReferenciasBiblio.pdf>

2. **Acordo Ortográfico:**

O presente Trabalho foi escrito de acordo com o Acordo Ortográfico de 1990, publicado em Diário da República nº 193, Série I-A de 1991-08-23.

No caso de citações, mantem-se a grafia original.

LISTA DE ABREVIATURAS

Ac. - Acórdão

Al. - Alínea

Art./s - Artigo/s

ATE - Audição Técnica Especializada

CC - Código Civil

CDC - Convenção sobre os Direitos da Criança

CEDH - Convenção Europeia dos Direitos do Homem

Cfr. - Conforme

CP - Código Penal

CPC - Código Processo Civil

CPCJ - Comissão de Proteção de Crianças e Jovens

CPRP - Constituição Política da República Portuguesa

CPP - Código Processo Penal

CRP - Constituição da República Portuguesa

DGRSP - Direção-Geral de Reinserção e Serviços Prisionais

EFJ - Estatuto Dos Funcionários De Justiça

EMAT - Equipa Multidisciplinar de Apoio ao Tribunal

ILO - *International Labour Organization*

ISS - Instituto da Segurança Social

LOSJ - Lei da Organização do Sistema Judiciário

LPI - Lei de Proteção à Infância

LPCJP - Lei de Proteção de Crianças e Jovens em Perigo

LTE - Lei Tutelar Educativa

MP - Ministério Público

N.º/s - Número/s

ONGs - Organizações Não Governamentais

ONU - Organização das Nações Unidas

Pág./s - Página/s

PALOP - Países de Língua Oficial Portuguesa

Proc. - Processo

PPP - Processo Promoção e Proteção

PTC - Processo Tutelar Cível

PTE - Processo Tutelar Educativo

RAOFTJ- Regime Aplicável À Organização E Funcionamento Dos
Tribunais Judiciais

RGPTC - Regime Geral do Processo Tutelar Cível

RRFJS - Regime De Recrutamento E Funções Dos Juizes Sociais

Ss. - Seguintes

STJ - Supremo Tribunal de Justiça

TEDH - Tribunal Europeu dos Direitos do Homem

UE - União Europeia~

UNICEF - Fundo de Emergência das Nações Unidas para as Crianças

Vd. – Vide

DECLARAÇÃO DE CARACTERES

Declaro de que o corpo do relatório de estágio curricular, incluindo espaços e notas, ocupa um total de **164 590** caracteres.

RESUMO

A experiência que tive durante os 6 meses de estágio curricular no Juízo de Família e Menores do Tribunal Judicial da Comarca de Mafra, mudou e alargou a minha perspetiva quanto às crianças, os seus direitos e as formas que existem para garantir a efetivação destes. Contudo, um longo caminho ainda se avizinha.

A evolução dos Direitos da criança na família não tem sido homogénea nem pacífica, e é fortemente marcada por tentativas, muitas delas erróneas de consagração daqueles que, para nós, devem ser os princípios orientadores desta disciplina. É notória a constante mutação no âmbito do Direito da Família, que afeta diretamente o Direito das crianças, apesar de este consistir, no nosso entender, um ramo do direito autónomo face àquele.

As mudanças a nível social, familiar e individual, aliadas à crescente europeização e internacionalização, trouxeram novos desafios jurídicos que colocam a criança perante situações de incerteza ao seu desenvolvimento. Dentro destas, destacam-se as situações do rapto internacional de crianças, às quais o direito internacional ainda não conseguiu assegurar resposta adequada.

PALAVRAS CHAVE: Direito da Família; Direito Internacional Privado da Família; Direitos das Crianças; Evolução histórica dos Direitos das Crianças; Rapto Internacional; Responsabilidades Parentais; Direito de guarda; Direito de visita; Relevância constitucional da família; Proteção das crianças

ABSTRACT

The experience I had during the 6 months of my curricular internship in the Family and Minors Judicial Court of Mafra, changed and broadened my perspective regarding the children, their rights and the ways that exist to guarantee their effectiveness. However, a long road lies ahead.

The evolution of the Rights of the Child in the family has been neither homogenous nor peaceful, and it is strongly marked by attempts, many of them erroneous, to consecrate those who, for us, should be the guiding principles of this discipline. The constant mutation in the field of Family Law, which directly affects the Rights of the child, is notorious, although this is, in our opinion, a branch of law that is autonomous from it.

The changes at social, family and individual level, combined with the growing Europeanization and internationalization, have brought new legal challenges that place the child in situations of uncertainty to its development. Within these, the situations of international child abduction, to which international law has not yet been able to provide an adequate response, stand out.

KEY WORDS: Family Law; International Private Family Law; Children's Rights; Historical Evolution of Children's Rights; International Abduction; Parental Responsibilities; Guardianship Rights; Visiting Rights; Constitutional Relevance of the Family; Protection of Children.

INTRODUÇÃO

Este relatório de estágio curricular é fruto, por um lado, da minha experiência no Juízo de Família e Menores do Tribunal Judicial da Comarca de Mafra, e por outro, pela minha vontade de aprofundar os temas relacionados com as crianças, nomeadamente dos seus direitos e das suas realidades.

Consequentemente o primeiro capítulo será dedicado à exposição da realidade vivida no decurso do estágio curricular. Dentro deste capítulo a primeira parte será uma introdução aos tribunais de família e menores, onde explicarei a competência destes e a importância de serem tribunais de jurisdição voluntária. Na segunda parte, tentarei transmitir, por um lado, o modo *operandis* deste tribunal, começando por explicar a sua estrutura e organização, e por outro, todo o trabalho interdisciplinar, educativo e de proximidade fruto de um projeto piloto elaborado pelo próprio Juiz da jurisdição. Por fim, de forma esquemática, proponho-me a elencar todas as tarefas que realizei, seja em contexto de estudo, seja em contexto do que observei e experienciei durante os seis meses do referido estágio.

Durante todo o meu percurso académico sempre tive um interesse acrescido pela área do Direito da Família e Menores, talvez pelo facto de ter uma ligação pessoal com tantos dos conflitos que são tratados nesta área, ou porque existe, inevitavelmente uma conexão emocional e de empatia face às crianças, que merecem uma proteção especial por parte do Direito.

O que me fui apercebendo ao longo dos anos é que as questões jurídicas associadas às crianças não eram mencionadas pela maioria dos autores, apesar de versarem sobre o direito da família, talvez por ser uma área sensível da sociedade ou talvez por ser uma área relativamente recente do Direito. Daí nasce a minha curiosidade em perceber melhor toda a história e evolução dos Direitos das crianças na família. Para tal, proponho-me a elaborar um estudo sobre a evolução dos Direitos das crianças, desde os seus primórdios à internacionalização da vida

familiar, a que hoje assistimos, e quem tem tido um enorme impacto na vida das crianças, à qual o Direito não poderia ficar alheio.

Deste modo, o meu segundo capítulo será destinado a esta problemática. Numa primeira fase irei apresentar uma reflexão histórica sobre a evolução do estatuto da criança até à consagração formal dos seus direitos, para o fazer, terei de versar sobre estas questões em cada período histórico. Tentarei, sempre que possível, explicar essa evolução do ponto de vista da criança embora seja inevitável realizar um enquadramento social e familiar.

Numa fase posterior irei abordar o tema das responsabilidades parentais, enfatizando quais os critérios atuais preponderantes na regulação das responsabilidades parentais. Para tal, terei de, posteriormente, explicar quais os fatores e alterações legislativas que mais influenciaram esta mudança de paradigma familiar.

No último capítulo, e como não poderia deixar de ser, irei alargar esta área de estudo para tentar compreender quais os problemas existentes que afetam a vida das crianças atualmente, resultantes da globalização da vida social, que acarretou a plurilocalização das relações familiares, com inevitáveis efeitos para a vida das crianças, e às quais o Direito da Família e das Crianças não pôde ficar alheio – assistindo-se a uma crescente “europeização” e “internacionalização” do mesmo. Ainda neste âmbito, procurarei quais os instrumentos mais eficazes e utilizados para solucionar alguns problemas que decorrem destas novas realidades familiares, que afetam de sobremaneira as crianças.

CAPÍTULO I

Estágio Curricular realizado no Juízo de Família e Menores do Tribunal Judicial da Comarca de Mafra

O que mais me cativou a escolher o Mestrado em Direito Forense e Arbitragem da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa foi não somente o saber que este oferecia uma a formação específica na vertente de magistratura ou advocacia, mas sobretudo a possibilidade de no 3.º semestre frequentar durante 6 meses um estágio em instituição nacional ou internacional de resolução de conflitos, opção que considero ser essencial, uma vez que para a consolidação de conhecimentos a prática é fundamental. Assim não tive a menor dúvida, no momento da escolha e optei pela realização do relatório de estágio curricular.

O estágio curricular decorreu nas instalações do Tribunal Judicial da Comarca de Lisboa Oeste, no Juízo de Família e Menores de Mafra, por um período com início em 23 de setembro de 2019 e fim em 15 de março de 2020, de segunda-feira a sexta-feira das 09h00 às 16h00, sob a orientação conjunta do Dr. Joaquim Manuel da Silva, Juiz de Direito no Juízo de Família e Menores do Tribunal Judicial de Mafra, e da Dr.^a Ana Rita Gil, Professora da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, ao abrigo do Protocolo entre a FDUNL e a Comarca de Lisboa Oeste, representada pela Exma. Senhora Dra. Juíza Presidente da Comarca de Lisboa Oeste Rosa Vasconcelos.

A opção por realizar este estágio demonstrou-se uma decisão acertada, não só porque só através da prática se consegue aprofundar conhecimentos, mas também porque esta realidade dos tribunais nos transporta para a verdadeira dimensão do Direito da Família e Menores, dimensão essa que por mais estudos doutrinários que se analisem, dificilmente poderá ser absorvida, no seu todo, pela aprendizagem teórica. O estágio possibilitou-me mudar certos paradigmas preexistentes e acima de tudo cultivar o pensamento “fora da caixa”. No essencial, por um lado aprofundei conhecimentos, e por outro adquiri novos saberes, não só

por meio da observação dos casos concretos, mas também através da proximidade com todos os profissionais de Direito dotados de ampla experiência, que vão desde os funcionários do Tribunal, em geral, a toda a equipa da secretaria, até ao Juiz e Ministério Público (doravante MP).

1. Os Tribunais de Família e Menores

1.1. Competência

Os Tribunais de Família e Menores têm, em termos gerais, competência material relativa ao estado civil das pessoas e família, competência relativa a filhos menores e maiores, competência em matéria tutelar educativa e de promoção e proteção de crianças e jovens em risco, nos termos dos artigos 122.º, 123.º e 124.º da Lei da Organização do Sistema Judiciário (Lei n.º 62/2013, de 26 de agosto, doravante LOSJ).

Será competente, no que diz respeito à competência territorial, o Tribunal de Família e Menores da residência da criança ou jovem no momento da instauração do processo, quando esteja em causa matéria relativa a filhos menores e maiores, tutelar educativa e de promoção e proteção de crianças e jovens em risco, nos termos do arts. 9.º n.º 1 do RGPTC, 79.º n.º 1 da Lei n.º 147/99, de 01 de setembro (doravante LPCJP) e 31.º n.º 1 da Lei n.º 166/99, de 14 de setembro (doravante LTE). Quando esteja em causa matéria relativa ao estado civil das pessoas e família, será competente, no que diz respeito à competência territorial, o Tribunal de Família e Menores da residência do autor, conforme o tipificado no art. 72.º do Código de Processo Civil (doravante CPC).

1.2. A jurisdição voluntária

Os processos judiciais, em geral, estão talhados para o conflito, porque a sua finalidade única é dar resposta a uma problemática jurídica através da apuração de factos e da aplicação da lei material. Como as partes possuem interesses

conflitantes, esta finalidade é alcançada tendo em conta uma ótica de separatividade e de dicotomia entre partes discordantes. Assim nos ilustra o art. 483.º do Código Civil (doravante CC). No entanto este modelo de justiça litigante e esta perspetiva de solução estática deve ser afastado quando nos debruçamos no Juízo de Família e Menores.

Do art. 12.º do Regime Geral do Processo Tutelar Cível (doravante RGPTC) decorre que o próprio legislador foi ao encontro desta perspetiva, ao estipular que os processos tutelares cíveis têm natureza de jurisdição voluntária. Conforme o art. 986.º e ss do Código de Processo Civil (doravante CPC), os processos de jurisdição voluntária, encontram-se no Livro V dos processos especiais e caracterizam-se essencialmente nos seguintes pontos:

- A liberdade de investigação que é facultada ao Tribunal sendo admitidas como provas apenas as que o julgador considere necessárias (art. 986.º, n.º 2 do CPC);
- A não obrigatoriedade de constituição de advogado (art. 986.º, n.º 4 do CPC);
- A não sujeição do Tribunal a critérios de legalidade estrita, permitindo adotar a melhor solução ao caso concreto (art. 987.º do CPC);
- A livre imodificabilidade das decisões pelo Tribunal, sem prejuízo dos efeitos já produzidos, com fundamento em circunstâncias supervenientes que justifiquem a sua alteração (art. 988.º, n.º 1 do CPC);
- A inadmissibilidade de recurso para o Supremo Tribunal de Justiça (doravante STJ) das resoluções proferidas segundo critérios de conveniência ou oportunidade (art. 988.º, n.º 2 do CPC).

Nos processos de jurisdição voluntária, a função jurisdicional tradicional de interpretação e aplicação da lei substantiva, dá lugar a uma maior liberdade do julgador para que decida da forma mais conveniente, eficaz, oportuna e eficiente - obedecendo sempre a um conjunto de princípios gerais do Direito, que nesta área se resumem essencialmente a conceitos indeterminados, como o superior interesse

da criança -conceito sem conteúdo fixo e que deve ser preenchido dado o caso concreto.

Assim, conclui-se que jurisdição voluntária pressupõe uma inexistência de conflito de interesses a dirimir - os interesses das partes são compatíveis em torno de um interesse fundamental (neste caso, o superior interesse da criança). No entanto, a ausência de um conflito de interesses não significa uma ausência de conflito de opiniões dado que, não raras vezes as próprias partes desconhecerem os seus reais interesses.

Estas considerações levam-nos a referir uma corrente de justiça relativamente recente, a Justiça Restaurativa, vulgarmente conhecida como Justiça de Paz. Este é um movimento que surge na década de 70 nos Estados Unidos e no Canadá e está assente numa perspetiva de conciliação ao invés da tradicional Justiça Contenciosa, ou Justiça do Conflito. O principal objetivo é alcançar o equilíbrio entre as pretensões das partes, possibilitando o encontro e a conversa destinados a compreender as suas necessidades, explorando os sentimentos sem constrangimentos ou julgamentos. O objetivo é o de “restaurar a família” - entendendo-se que isso só será plenamente conseguido através do conhecimento das partes, da intervenção interdisciplinar e do acompanhamento direto.

2. O Juízo de Família e Menores do Tribunal Judicial da Comarca de Lisboa Oeste

2.1. Organização do Tribunal Judicial da Comarca de Lisboa Oeste

Os tribunais de 1ª instância são, em regra, os tribunais de comarca, aos quais se equiparam os tribunais de competência específica e especializada, nos termos dos arts. 210.º, n.º 3 e 211º, n.º 2 da Constituição da República Portuguesa (doravante CRP) e o art. 79.º da LOSJ.

Organizam-se segundo a matéria, o território e a estrutura. Consoante a matéria das causas que lhes estão atribuídas, de acordo com o Art. 80.º, n.º 2 da

LOSJ, os tribunais de comarca são de competência genérica e de competência especializada, e, consoante o art. 81.º da LOSJ desdobram-se em juízos que podem ser de competência especializada, genérica e de proximidade. Em função do território, organizam-se consoante a área territorial em que exercem a sua jurisdição, em regra por comarca, mas podem existir tribunais com competência sobre uma ou mais comarcas ou sobre áreas especialmente definidas na lei, trata-se aí dos tribunais de competência territorial alargada, nos termos do art. 83.º da LOSJ. Quanto à sua estrutura, os tribunais organizam-se como tribunal singular, tribunal coletivo ou tribunal de júri, de acordo com o art. 85.º da LOSJ.

Conforme o disposto nos Anexos, Mapa III do DL n.º 49/2014, de 27 de março (doravante RAOFTJ), a comarca de Lisboa Oeste é composta por cinco municípios: Amadora, Cascais, Mafra, Oeiras e Sintra. O Tribunal Judicial da Comarca de Lisboa Oeste é um dos tribunais de comarca mencionados no art. 64.º do RAOFTJ. Este tribunal de 1ª instância, com sede em Sintra, exerce a sua jurisdição em toda a área da comarca.

O Tribunal Judicial da Comarca de Lisboa Oeste desdobra-se, nos termos dos arts. 88.º e 89.º do RAOFTJ, em juízos de competência especializada, os quais se dividem entre secções de instâncias central e instância local, nomeadamente: juízo central cível, juízo central criminal, juízo local cível, criminal e de pequena criminalidade, juízo de comércio, juízo de família e menores, juízo de trabalho, juízo de instrução criminal e juízo de execução. Para melhor entendimento segue o presente organograma explicativo.

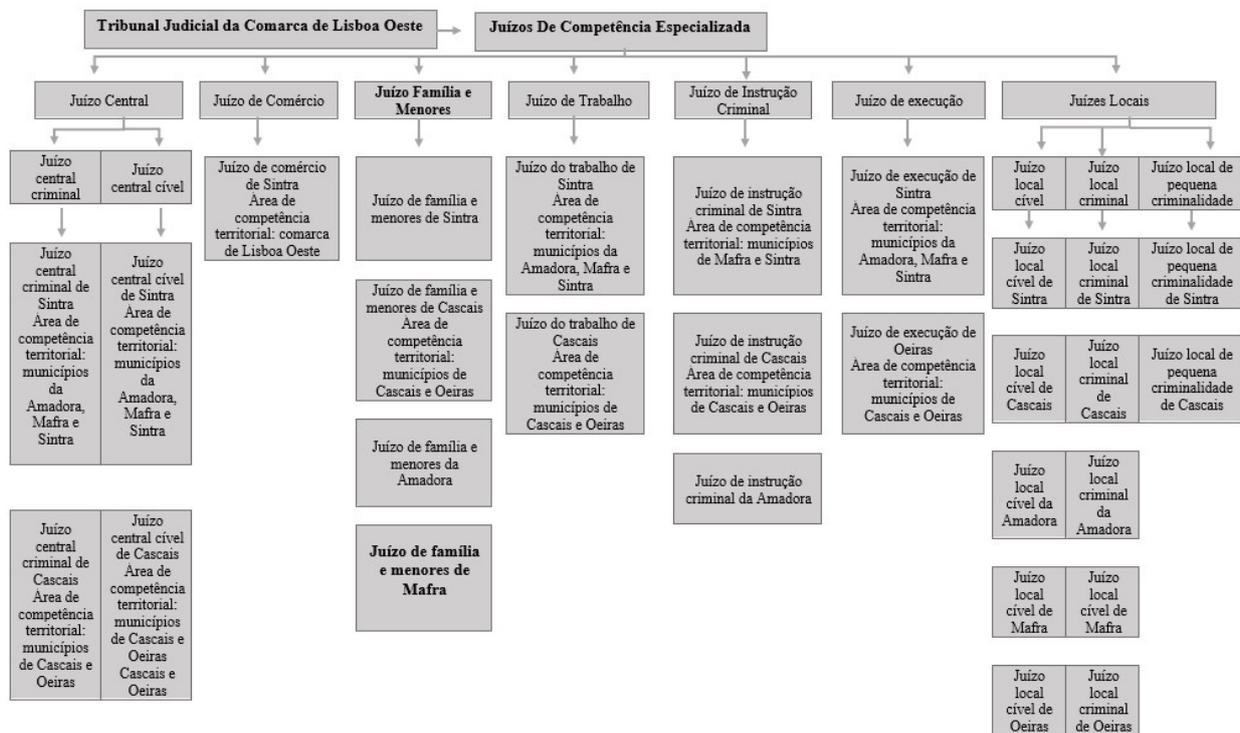


Gráfico 1: Organização do Tribunal Judicial da Comarca de Lisboa Oeste

2.2. O Juízo de Família e Menores de Mafra

O Tribunal de Mafra, em termos de localização, é de fácil acessibilidade e como é extremamente central fica muito próximo do edifício da segurança social. Esta curiosidade salienta-se porque a Equipa Multidisciplinar de Apoio ao Tribunal (doravante EMAT) trabalha em permanente articulação com o Juízo de Família e Menores.

Considero relevante fazer uma pequena introdução sobre Mafra, esta vila pertence à área metropolitana de Lisboa e é um dos nove concelhos do Distrito de Lisboa, possui 11 (onze) freguesias, a nomear, Freguesia da Carvoeira, Freguesia da Encarnação, Freguesia do Milharado, Freguesia de Santo Isidoro, Freguesia da Ericeira, Freguesia de Mafra, União das Freguesias de Azueira e Sobral da Abelheira, União das Freguesias de Enxara do Bispo, Gradil e Vila Franca do Rosário, União das Freguesias de Igreja Nova e Cheleiros, União das Freguesias de Malveira e São Miguel de Alcainça e União das Freguesias da Venda do Pinheiro e Santo Estêvão das Galés.

No seu conjunto, o número de habitantes no conselho de Mafra tem vindo progressivamente a crescer ao longo de cerca de três décadas e em 2011 contava com população residente de 76 685 (setenta e seis mil seiscentos e oitenta e cinco),

ou seja, face ao distrito de Lisboa, Mafra representa 3, 41 % da população residente do distrito que conta com um total de 2 250 533 (dois milhões duzentos e cinquenta mil quinhentos e trinta e três). A nível de famílias, em 2011, Mafra já contava com 28 918 (vinte e oito mil novecentos e dezoito) famílias no município e consequentemente, o número de crianças e jovens também tem vindo a crescer e em 2011 registava-se 14 365 (catorze mil trezentos e sessenta e cinco) crianças, entre os 0 (zero) e os 14 (catorze) anos e 7 526 (sete mil quinhentos e vinte e seis) jovens, entre os 15 (quinze) e os 24 (vinte e quatro) anos.

Ora, comparando com Sintra que possuía 377 835 (trezentos e setenta e sete mil oitocentos e trinta e cinco) residentes, 144 279 (cento e quarenta e quatro mil duzentos e setenta e nove) famílias, 66 633 (sessenta e seis mil seiscentos e trinta e três) crianças até 14 (catorze) anos e 43 891 (quarenta e três mil oitocentos e noventa e um) jovens, entre os 15 (quinze) e os 24 (vinte e quatro) anos. Podemos assim retirar algumas conclusões interessantes, ao pensar no Juízo de Família e Menores de Sintra, cuja competência territorial abrange apenas o município de Sintra, que conta com 6 (seis) Juizes. Ou seja, sensivelmente 24 047 (vinte e quatro mil e quarenta e sete) famílias por juiz e 18 421 (dezoito mil quatrocentos e vinte e um) crianças e jovens por Juiz.

Concluimos como tal que o Juízo de Família e Menores de Mafra que tem competência territorial sobre todo o município de Mafra e que conta com apenas 1(um) Juiz, o mesmo tem mais 20% de famílias e mais 18% de crianças e jovens do que um Juiz em Sintra.

Com o Juiz de Direito, Dr. Joaquim Manuel da Silva, no Juízo de Família e Menores de Mafra trabalha diretamente um Magistrado do Ministério Público, o Procurador da República Dr. Carlos Casaleiro Coutinho Moysan.

Em permanente contacto com os magistrados funciona uma secção inteira composta por: uma Escrivã de Direito, duas Escrivãs Adjuntas e dois Escrivães Auxiliares, tal como se apresenta no seguinte organograma dos serviços no que diz respeito ao Juízo de Família e Menores.

A Escrivã de Direito é responsável por orientar, coordenar, supervisionar e executar as atividades desenvolvidas na secção, conforme o Mapa I al. d) do DL n.º 343/99, de 26 de agosto (doravante EFJ). É a Escrivã de Direito a primeira pessoa a ter contacto com o processo, assim que este dá entrada no Tribunal, cabe-lhe a verificação genérica do processo, quanto ao correto preenchimento de dados e das peças processuais. Em seguida o processo é transmitido para uma das Escrivãs Adjuntas.

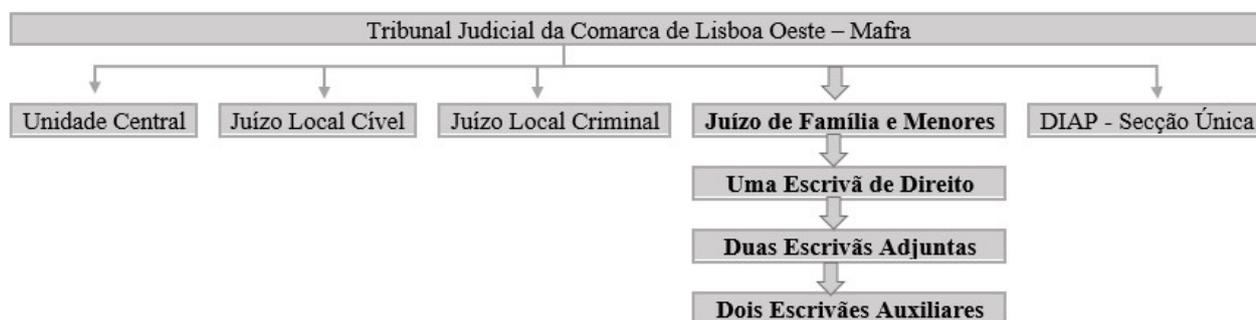


Gráfico 2: Organização dos serviços do Juízo de Família e Menores de Mafra

Às Escrivãs Adjuntas compete assegurar, sob a orientação da escritvã de direito, o desempenho de funções atribuídas à respetiva secção e também substituir os escrivães auxiliares ou a escritvã de direito nas funções que lhes são atribuídas, na falta destes ou quando o estado dos serviços o exigir, nos termos do Mapa I al. f) do EFJ. Basicamente, são as Escrivãs Adjuntas que cumprem tudo aquilo que é decidido ao longo do processo, até ao seu arquivamento.

Os Escrivães Auxiliares são responsáveis por, no geral, prestar a necessária assistência aos magistrados, consoante o tipificado no Mapa I al. g) do EFJ. São os Escrivães Auxiliares que realizam as chamadas das partes para as diligências e que acompanham as mesmas até ao local da diligência, assistem a todas as diligências, são responsáveis pela elaboração das atas e também por toda a preparação técnica e tecnológica, tanto no gabinete do Juiz como na sala de audiências.

Tendo em conta que a grande parte de diligências que assisti disseram respeito a processos tutelares cíveis e respetivos incidentes, acho pertinente explicar o modelo padronizado e sequenciado de diligências que ocorrem aquando da entrada de um novo processo.

Assim, após as verificações feitas por parte da secretaria, o processo é aberto para o Juiz, que após nova verificação, emite despacho que tem dois objetivos, sendo o primeiro cumprir o tipificado no art. 35.º n.º1 do RGPTC, ou seja, designar data para a realização de conferência de pais e o segundo tem por base a simplificação e agilização processual bem como o exercício do princípio da adequação formal, nos termos dos arts. 6.º n.º 1 e 547.º do CPC e consubstancia-se na convocação das partes para uma diligência conjunta (doravante designada por sessões conjuntas), que antecederá à conferência de pais. Antes de nos debruçarmos, individualmente, sobre cada uma das diligências, segue um organograma ilustrativo da tramitação normal do processo:

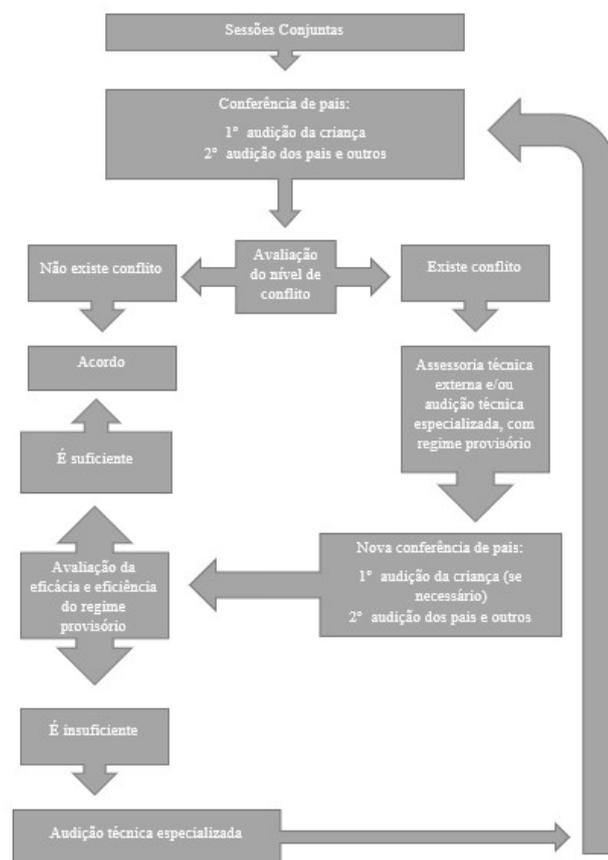


Gráfico 3: Tramitação normal de um processo tutelar cível

2.3. Sessões Conjuntas

As Sessões Conjuntas são fundamentalmente uma formação, levada a cabo pelo Juiz, para os pais e outros familiares. A formação visa transmitir conhecimentos interdisciplinares disponíveis nas várias Ciências, como a neurologia, a biologia, a sociologia, a antropologia, a filosofia e a psicologia, referentes sobretudo ao desenvolvimento infantil, ao processo de vinculação e à mecânica do desenvolvimento.

Inicialmente o Juiz explica sumariamente qual o propósito da formação, baseada numa justiça restaurativa e de proximidade, reassegura que durante a mesma não será tratado nenhum caso em específico, de forma a salvaguardar a vida privada das partes, do mesmo modo que esclarece que a necessidade de fazer esta transmissão de conhecimentos nasce do facto de ele próprio ter consciência que cometeria os mesmos erros dos pais que se encontram sentados à sua frente não porque não gostasse dos seus próprios filhos, mas sim por falta de conhecimento. Posteriormente é feita uma breve reflexão sobre como no século XXI tudo se tornou “líquido” e como a revolução tecnológica veio colocar o conhecimento, que está em permanente renovação, como um poder mais forte que o capital.

Neste seguimento aborda-se a importância “do sistema”, nomeadamente o sistema nuclear, o da família, desmontando a ótica da dualidade e do individualismo. Com isto é expectável que aqueles que assistem percebam que o ser humano é um ser social, que todos estamos interligados e que o nosso comportamento afeta o comportamento dos restantes, porque funcionamos sempre em sistema. No sistema “suporte” da criança, esta precisa tanto da mãe como do pai, assim como de toda a família alargada, para se desenvolver independentemente de existir separação conjugal. Para uma melhor compreensão desta problemática o Juiz utiliza e divulga, com a devida proteção da identidade, alguns casos de sucesso e outros de insucesso que lhe passaram pelas mãos, para fazer a distinção entre competência e capacidade parental, e demonstra aos pais que a principal vítima de um conflito é a criança.

Antes de entrar na parte da mecânica do desenvolvimento da criança o Juiz destrói alguns paradigmas, socialmente ainda presentes pelo conformismo da sociedade. Assim, é demonstrado como o ser humano é um mamífero, tremendamente imperfeito face aos restantes, e um ser epigenético, que pela sua condição depende inevitavelmente do ambiente para se desenvolver corretamente, o que só acontecerá normalmente aos 25 (vinte e cinco) anos. Dentro desta abordagem por meios audiovisuais é demonstrado o pilar do desenvolvimento de

uma criança -a vinculação- bem como o que acontece quando os principais vinculadores estão em conflito.

Para os mais céticos, o Juiz faz questão de apresentar vários estudos, ao longo da formação, uns com recurso a tomografias e outros com base em inquéritos e também alguns biólogos que explicam estas questões a nível celular e que demonstram claramente as graves consequências do conflito parental que resulta num ambiente tóxico para a criança.

Ainda nesta temática centraliza-se a discussão na faixa etária mais problemática, em termos de consequências para a criança, sendo esta entre os 0 (zero) e os 6 (seis) anos. Durante este intervalo de tempo, a criança tem consciência, mas não tem consciência que tem consciência, como explica a neurologia devido à insuficiência de ondas cerebrais em funcionamento, o que faz com que a criança esteja completamente desamparada, impossibilitada de construir algum tipo de resiliência, pelo que o que acontece neste período é absorvido pela criança e irá acompanhá-la ao longo da vida.

Dentro do tema do desenvolvimento da criança ainda são referidos outros pontos prejudiciais para a mesma, que indiretamente estão ligados ao conflito parental, como ausência constante e reiterada de um dos pais e a sua interferência na questão da identificação de género e do modelo da criança.

Posteriormente são abordadas as dificuldades de uma separação, reconhecendo-se que, apesar de se tratar de uma situação com uma grande carga emocional negativa e, como tal, impossível de se esquecer, é necessário, em prol do superior interesse da criança, que seja trabalhada de forma a transformar um casal conjugal num casal parental. No entanto alerta-se os presentes de que este não é um caminho fácil, uma vez que o ser humano é um ser emocional e não racional, dado que a parte do consciente representa apenas 5% e a parte do inconsciente representa os restantes 95%, por isso é preciso querer transformar esses sentimentos em algo positivo de modo a preservar o desenvolvimento da criança. Para finalizar o Juiz questiona se algum dos presentes têm dúvidas sobre

aquilo que foi apresentado, e disponibiliza-se para facultar os materiais que foram utilizados caso alguém os queira.

Toda a formação é desenvolvida num ambiente descontraído, informal e não raras vezes se assiste a um espoletar de emoções. A linguagem utilizada é extremamente simples, todos os conceitos são acompanhados por exemplos ilustrativos ou audiovisuais, para uma compreensão quase imediata.

Teoricamente pode-se pensar que esta abordagem não é relevante, mas em termos práticos realmente são visíveis os contributos da mesma, que frequentemente acarreta logo mudanças de atitude por parte dos pais ou familiares. Uma vez que não existe propriamente uma formação para se ser pais (muito menos em contexto de separação, situação que arrasta muitas emoções negativas para o sistema familiar), o grande objetivo desta sessão é enriquecer e preparar melhor os pais para o novo desafio. As Sessões Conjuntas acontecem, em regra uma vez por semana. São efetuadas numa sala de audiências, pelo facto de se tratar de um espaço grande e amplo e por estar equipada com todos os meios tecnológicos necessários para transmitir os vídeos e fazer a passagem dos slides.



Ilustração 1: Ponto de vista daqueles que assistem às Sessões Conjuntas

As dimensões da sala é um fator importante porque, por um lado permite reunir todas as partes dos novos processos, e por outro lado permite que as partes estejam mais atentas e menos focalizadas na outra parte, uma vez que o ambiente completamente informal, permite que as partes se possam sentar livremente ao longo da sala, contrariamente ao que sucederia se a formação fosse dada individualmente, em contexto de gabinete. Esta última possibilidade chegou a ser feita e demonstrou não ter a mesma eficácia, uma vez que as partes estavam menos

disponíveis para receber essa informação dado o constrangimento do espaço e a proximidade com o outro progenitor.

2.4. Os Processos Tutelares Cíveis

A Conferência de pais, tipificada nos termos no art. 35.º do RGPTC, toma lugar no gabinete do Juiz, onde estão presentes o Juiz, MP, um dos Escrivães Auxiliares e uma técnica da EMAT.

Primeiramente, nos termos do disposto no art. 5.º do RGPTC, é realizada a audição da criança. Embora o RGPTC no seu art. 35.º n.º3, apenas imponha a audição da criança quando esta tenha idade superior a 12 (doze) anos, o Juiz por regra ouve todas as crianças com idade igual ou superior a 3 (três) anos, por se considerar que embora com idade inferior à imposta, a criança é um espelho do sistema familiar e é extremamente importante perceber o nível de desenvolvimento da mesma. A tomada de declarações é realizada no gabinete do Juiz em contexto informal, o gabinete possui alguns pela ilustração 2, é dada liberdade de mobilidade durante toda a diligência, o que muitas vezes significa que as crianças se desloquem de um lado para o outro ou até se decidam sentar ao nosso colo.

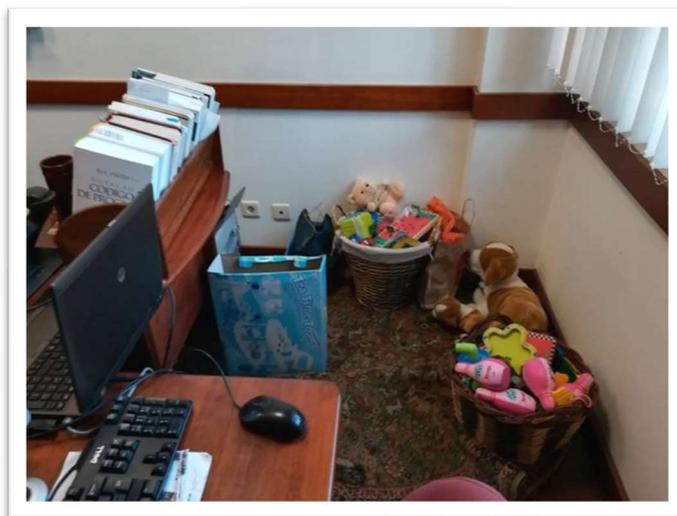


Ilustração 2: Brinquedos disponíveis do gabinete do Juiz

Para que não se torne demasiado formal, o próprio Juiz desloca-se da sua secretária e senta-se junto da criança. Quando se trata de crianças mais velhas, estes têm por hábito formular pedidos como serem ouvidas separadamente face aos irmãos. Estes pedidos são sempre atendidos, por se entender que, se assim não for, a criança se sentiria constrangida para falar.

As perguntas feitas às crianças podem variar consoante a idade da mesma, mas são sempre baseadas na própria criança, exemplificando “o que queres ser quando fores grande?”, “quem vive contigo lá em casa?”, “em que ano de escolaridade estás?”, “gostas da escola?”, “tens animais de estimação?”, “os pais estão chateados um com o outro?”. Normalmente estas perguntas genéricas levam a que a criança, por si só, divulgue episódios para ela marcantes, quer positivamente, quer negativamente, dentro do sistema familiar. Assim compreende-se e consegue-se avaliar mais eficazmente se existe ou não conflito. Quando estamos perante crianças mais velhas, as perguntas podem ser mais diretas, ou então pergunta-se simplesmente se a criança sabe porque é que ali está, e ela própria desenvolve o resto da conversação. Outro aspeto a realçar quanto às crianças mais velhas, é o facto de se questionar à criança, quando o processo assim o exigir, onde a mesma quer residir ou se quer ter uma residência alternada.

As declarações das crianças são gravadas mediante registo áudio e durante a diligência não é permitida a presença dos advogados das partes, apenas será permitida a presença do advogado da criança, quando haja. Posteriormente é feita a audição dos pais e outros familiares ou pessoas relevantes, a qual é igualmente gravada mediante registo áudio, durante o período em que os pais estão no gabinete (à semelhança do que acontece durante as Sessões Conjuntas, as crianças ficam alegremente a brincar, numa sala quase anexa ao gabinete que está devidamente equipada com todas as delícias dos mais pequenos, mas também é adaptável aos mais crescidos, como podemos comprovar pelo conjunto de imagens que constituem a ilustração3).



Ilustração 3: Sala das crianças

Visto que a conferência de pais toma lugar após as sessões conjuntas o objetivo do Juiz é relacionar o conteúdo apresentado ao caso concreto em apreço, de modo a que todos os presentes “falem a mesma linguagem”. É logo *a priori* informado às partes que não existem culpados, e que a existência de conflito é sinónimo de que ambos contribuíram para o mesmo, uma responsabilização em relação ao bem-estar do filho. Neste sentido ressalva-se a necessidade e a importância dos advogados restaurativos, que contrariamente aos advogados contenciosos, não promovem a litigância e apresentam-se sempre a favor do interesse superior da criança, apesar de poderem representar apenas um dos pais.

Durante a primeira conferência de pais, normalmente distingue-se dois tipos de sistema familiares. O primeiro é aquele que se apresenta extremamente magoado e ressentido com a separação, e que por isso fomenta o conflito. Este sistema familiar não está disponível imediatamente para chegar a acordo, é necessário apoiar este sistema e dar-lhe espaço para que haja comunicação. Assim, não existindo acordo, seguem-se os procedimentos constantes no art. 38.º da RGPTC: suspende-se a conferência e estabelece-se um regime provisório para a criança e faz-se um trabalho individual e/ou em conjunto com os pais, através da audição técnica especializada e/ou da assessoria técnica externa, nos termos do arts. 22.º e 23.º do RGPTC.

O outro sistema familiar caracteriza-se por os pais estarem extremamente consciente dos riscos do conflito parental e, apesar de poderem apresentar, em casos alguns, dúvidas e receios, normalmente conseguem chegar a acordo nos termos do art. 37.º n.º 2 do RGPTC.

Tendo sempre por base uma justiça restaurativa o Juízo de Família e Menores de Mafra conta com um conjunto de assessoria externa interdisciplinar, extremamente importante e que consegue realmente desbloquear muitas das problemáticas familiares. Este conjunto de assessores técnicos externos que o Juiz pode nomear ou requisitar nos termos do art. 22.º n.º 1 é composto por três profissionais da terapia familiar, uma Mentoring¹ e uma associação, “PetBehavior”, para o uso de terapias ocupacionais com recurso a cães treinados. Estes técnicos externos quando nomeados ou requisitados para determinado processo ficam em constante comunicação direta quer com o Juiz quer com os restantes técnicos, nomeadamente a técnica da EMAT, que acompanham o processo de modo a dar a resposta mais célere eficaz e eficiente ao caso em concreto.

A EMAT também é uma das respostas no que toca ao trabalho de gestão do conflito, nomeadamente através da audição técnica especializada, mas também para o acompanhamento da família. São muitas vezes estas técnicas que se deslocam a casa das partes e que procuram informações escolares e ocupacionais das crianças. Em articulação com o juízo de Família e Menores de Mafra trabalham duas técnicas da EMAT, às quais é sempre distribuído um processo quando haja menores, as suas funções podem focalizar-se apenas no acompanhamento da família em articulação com os técnicos externos ou podem ser elas as únicas técnicas a trabalhar o processo. À semelhança com o que sucede com os técnicos

¹ Uma profissional que acompanha os pais, estabelecendo com estes uma relação de proximidade e confiança com o objetivo de aconselhar e transmitir conhecimentos e experiências na área parental de modo a demonstrar como é que na prática os pais podem aplicar os conhecimentos transmitidos, em teoria, pelo Tribunal.

externos, também as técnicas da EMAT estão em constante e direta comunicação com o Juiz.

De modo a respeitar os princípios orientadores da simplificação e da oralidade do processo conforme o disposto no art. 4.º n. 1 al. a) do RGPTC, os relatórios dos técnicos, quer dos assessores externos quer da parte da EMAT são, regra geral, prestados oralmente na seguinte conferência de pais, para a qual são devidamente notificados para estarem presentes. Esta desburocratização do processo face ao sistema tradicional (que pela sua composição, exige uma maior celeridade, visto o tempo da criança não ser compatível com o tempo judicial normal), é uma grande mais valia e economiza muito tempo quer aos próprios técnicos, quer ao tribunal.

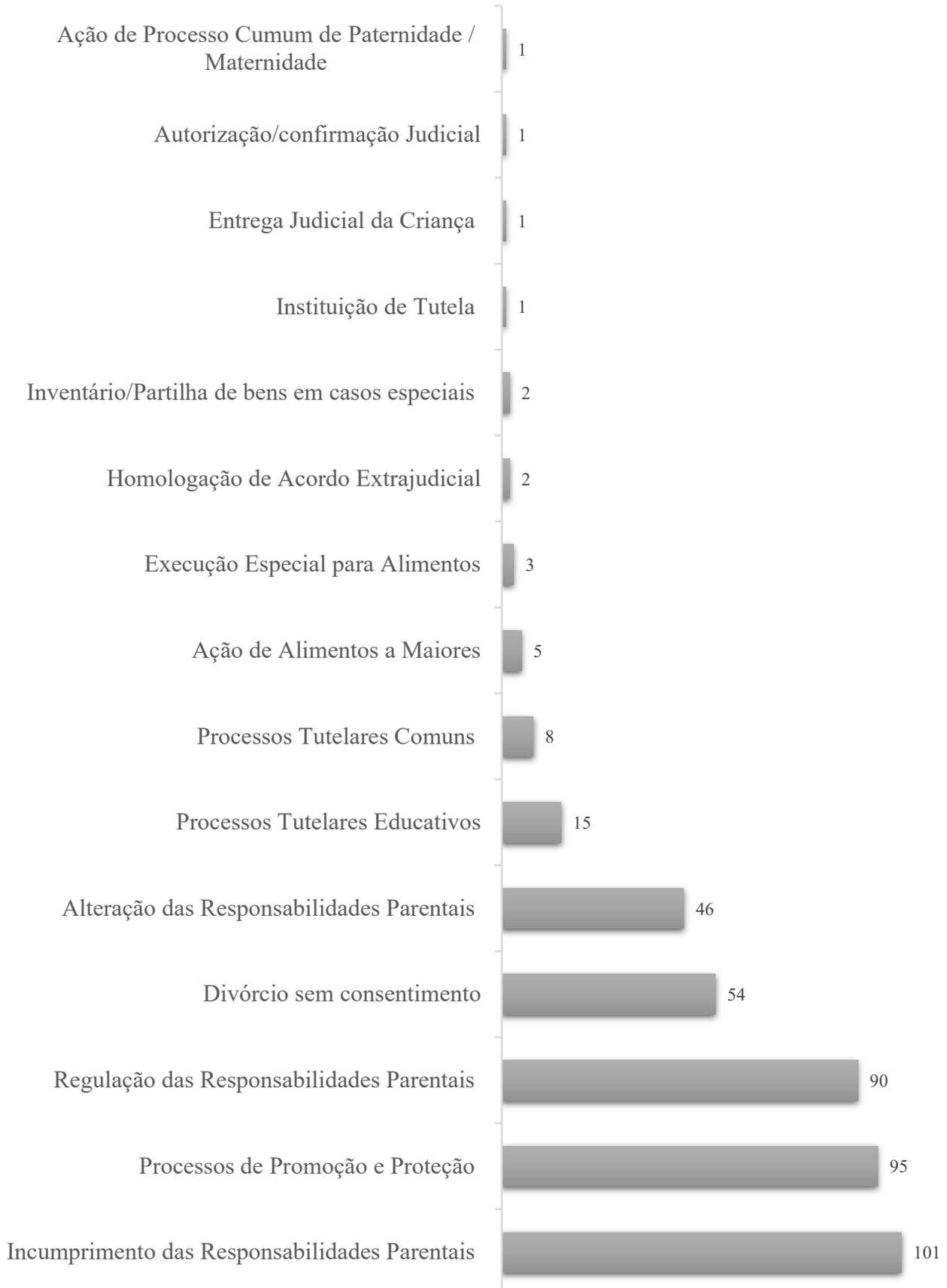
3. **Tarefas realizadas**

Durante o período do estágio foi-nos dada total liberdade para consulta dos processos e permissão para assistir a todas as diligências, quer no gabinete quer na sala de audiências, de modo a pude acompanhar o trabalho realizado pelo Dr. º Joaquim Silva², que sempre se disponibilizou para apoiar o meu desenvolvimento académico.

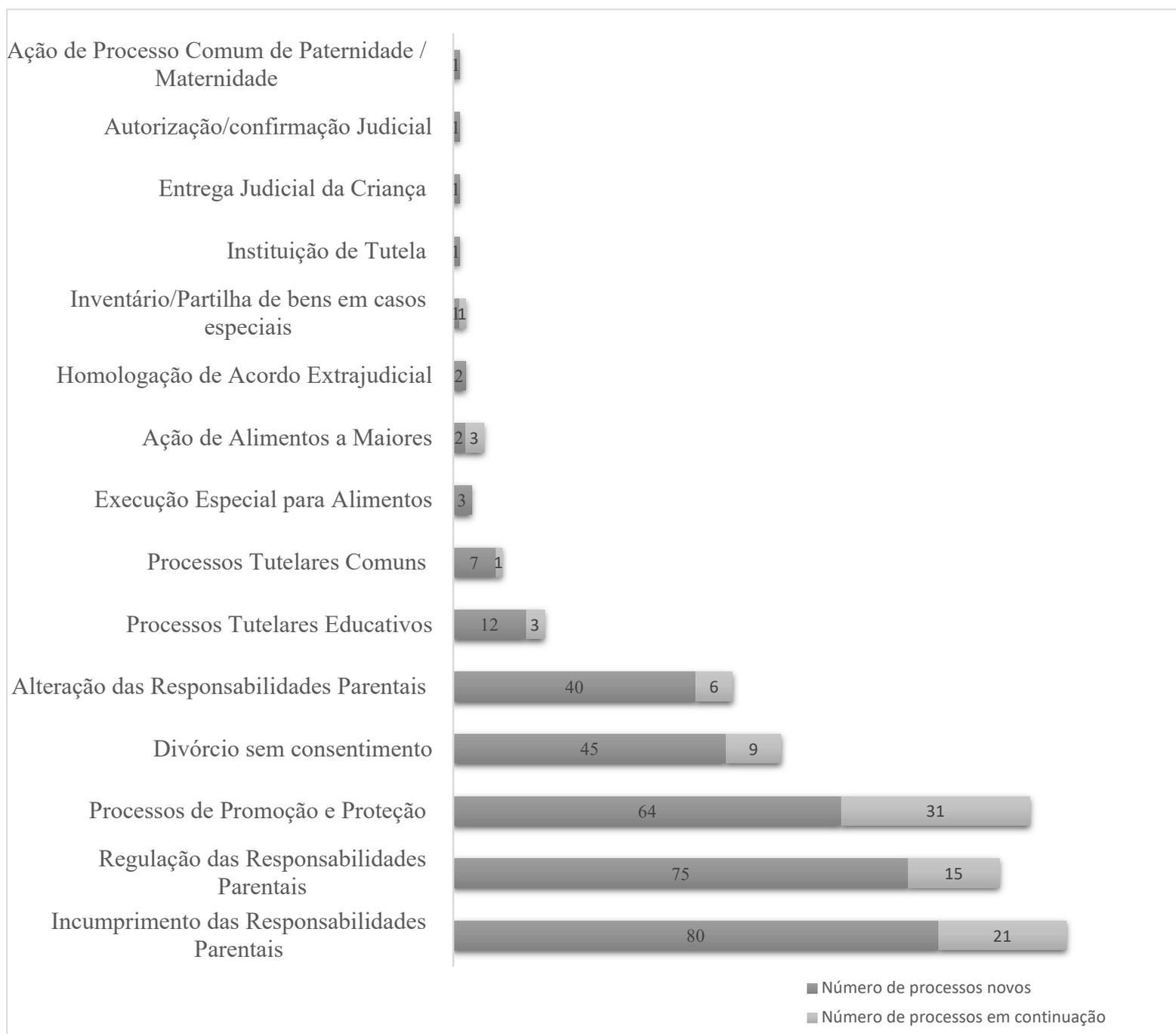
Ao longo de todo o estágio, 6 (seis) meses, assisti a 424 (quatrocentos e vinte e quatro) diligências. Para melhor entendimento, segue o seguinte gráfico que ilustra as diligências discriminadas por tipos de processos:

² Licenciou-se primeiramente em Filosofia e só posteriormente em Direito, autor do livro “A família das crianças na separação dos pais”. Desde 2005 até aos dias de hoje está no Juízo de Família e Menores de Mafra, onde vê reconhecido o seu trabalho como exemplar, por devolver às crianças o seu sistema familiar, daí o pseudónimo de “Juiz amigo das crianças” e agora mais recentemente de “Juiz amigo dos animais”.

Diligências Assistidas

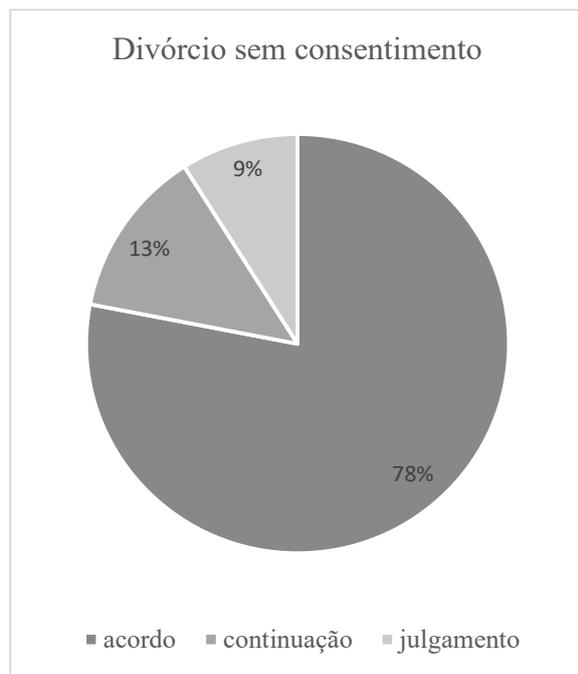
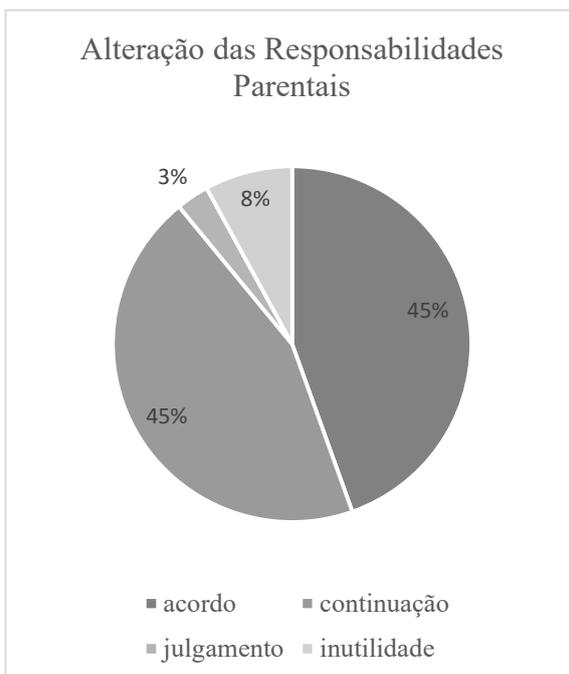
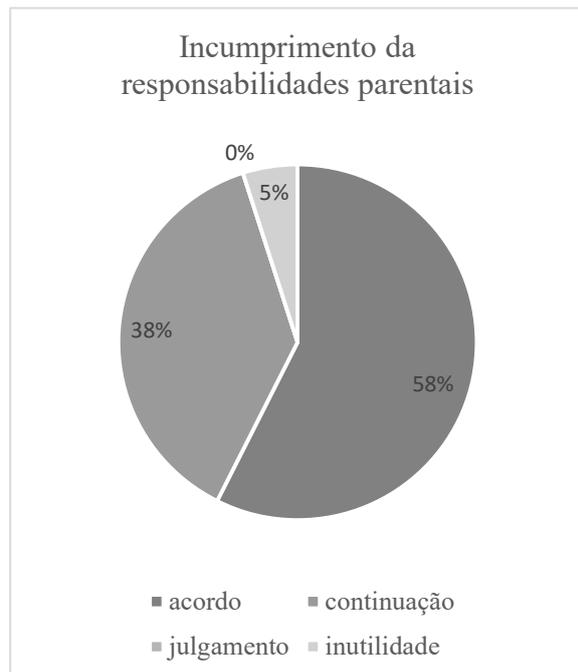
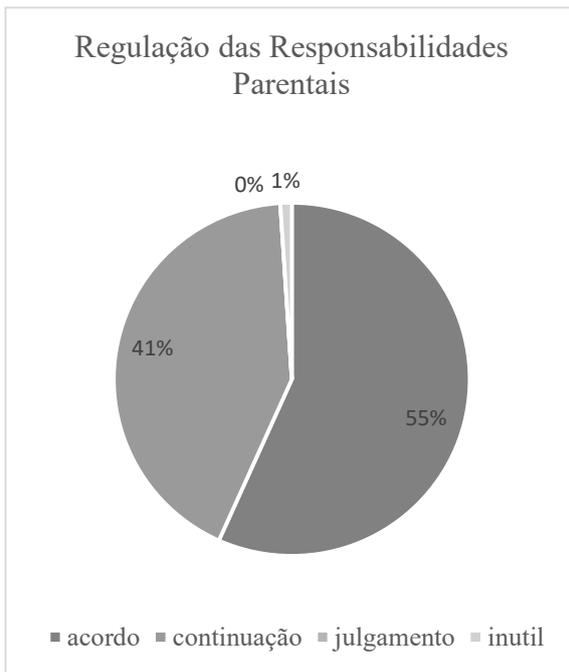


É visível, analisando o gráfico, que existem dois tipos de processos nas diligências assistidas que se destacam quantitativamente: os processos tutelares cíveis e incidentes – nomeadamente a regulação e os incumprimentos das responsabilidades parentais- e os processos de promoção e proteção. Contudo, é de salientar que cada processo é muito trabalhado de modo a chegar-se, em cada caso, à resposta mais adequada e eficaz possível. Assim sendo, o próximo gráfico ilustra quantas diligências correspondem a processos novos, comparativamente com aqueles que são continuação de processos ainda a ser trabalhados:



Antes de mais, é importante referir que por uma questão de tempo não me foi possível assistir ao término de todos os processos. Por isso assume-se essencial elencar, face aos processos terminados, quais as soluções conseguidas.

Para transmitir com melhor clareza da realidade do Juízo de Família e Menores de Mafra, à análise no que diz respeito aos processos tutelares cíveis e incidentes considero pertinente acrescentar análise paralelas aos processos de divórcio sem consentimento.



Fazendo uma conclusão quanto aos dois primeiros gráficos há que referir que existe uma grande quantidade de processos, nomeadamente no âmbito tutelar cível instaurados no Juízo de Família e Menores de Mafra, o que já era espectável dado à abrangência territorial da sua competência e ao elevado número de residentes- e consequentemente de famílias³. Outra conclusão possível, é a de que maior parte dos processos instaurados neste juízo não têm continuação, o que quer dizer que são resolvidos, na sua maioria, na primeira diligência judicial.

Como base nos três primeiros gráficos que dizem respeito aos processos tutelares cíveis e os seus incidentes é visível que mais de metade dos processos acabam com acordo, o que muito se deve às sessões conjuntas, mas também ao trabalho coletivo e constante em cada um dos processos. Outro aspeto a referir, nesse sentido, é a percentagem de processos, que devido à falta de acordo inicial exige um acompanhamento, que como já vimos, pode ser operado por assessores técnicos externos e/ou técnicos da EMAT. Outro fator a destacar é a percentagem residual e em muitos casos inexistente, de processos tutelares cíveis que terminam em julgamento. Efetivamente ao longo de todo o estágio, ou seja, durante todo o período de 6 meses, apenas assisti a um julgamento, no qual se discutia a alteração das responsabilidades parentais. No processo em apreço a mãe veio pedir ao tribunal uma alteração das responsabilidades parentais no sentido de ter a guarda exclusiva do filho uma vez que esta teria aceitado um trabalho no estrangeiro e pretendia levar consigo o seu filho. Apesar de já só ter assistido ao final do processo, sei que o mesmo foi extremamente trabalhado e foram equacionadas inúmeras respostas no sentido de manter uma residência alternada, algo que não foi acolhido pela parte do pai, que ao longo do processo e mesmo em fase de julgamento, demonstrou estar mais focado na sua antiga relação conjugal do que no filho. Este exemplo, foi a primeira evidência que tive de que a globalização tem efeito direto nas famílias e consequentemente nas crianças

³ Idem. Capítulo I, subtítulo 2, título 2.2 sobre o Juízo de Família e Menores de Mafra.

No meu entender, o último gráfico que diz respeito aos processos de divórcio sem consentimento merece uma análise individual, por duas razões: desde logo, devido à imensa percentagem de processos que por existir acordo são convertidos em divórcio por mútuo consentimento, assim cumprido o art. 1779.º n.º 2 do Código Civil (doravante CC), e, em segundo lugar, devido à percentagem, embora baixa, mas notória de processos de divórcio sem consentimento que são temporariamente suspensos, a pedido das partes ou dos advogados, por existirem pendências patrimoniais em discussão, em sede da conservatória do registo civil que bloqueiam as partes a chegar a acordo. A primeira razão, tem especial notoriedade porque, em maior parte dos processos os cônjuges tinham filhos menores e como tal era necessário o acordo dos pais quanto à regulação das responsabilidades parentais destes. Quanto à percentagem de julgamentos neste âmbito, há que referir que embora tenha assistido a quatro, mas apenas assisti a um processo desde o seu início, e, quanto ao mesmo, posso dizer que infelizmente não foi conseguido acordo muito pelo facto de uma das partes ter um advogado litigante.

No âmbito dos Processo de Promoção e Proteção assisti às várias conferências com vista à obtenção de acordo, e à anterior audição da criança e dos técnicos que acompanhavam o processo, quando este tivesse previamente sido acompanhado pela Comissões de Proteção de Crianças e Jovens (doravante CPCJ). Felizmente em grande parte dos processos, existiu. As medidas de promoção e proteção aplicadas variaram, nos termos do art. 35.º n.º1 da LPCJP, entre apoio junto dos pais, apoio junto de outro familiar nomeadamente os avós, a quem as crianças estavam entregues, a confiança a pessoa idónea (nomeadamente aos avós, tendo também sido confiada uma criança a um vizinho e amigo da família) e o apoio para a autonomia de vida. Apenas um dos processos de promoção e proteção a que assisti tramitou até à fase de julgamento, por isso também tive a oportunidade de assistir à composição do tribunal neste tipo de processos, conforme o art. 115.º da LPCJP, envolvendo um juiz e também por dois juízes sociais. Neste contexto tive também a oportunidade de perceber o recrutamento e as funções dos juízes

sociais, nos termos dos arts. 11.º e ss do DL n.º 156/78, de 30 de junho (doravante RRFJS).

No âmbito dos Processos Tutelares Educativos assisti a várias diligências, desde o primeiro interrogatório da criança até à aplicação da medida tutelar, nos termos do art. 4.º da LTE. Nos processos que acompanhei, a medida tutelar aplicada variou entre a admoestação, a imposição de obrigações e de regras de conduta, nomeadamente, a obrigação de frequentar assídua e pontualmente a escola e a reparação ao ofendido, caso em que sempre que possível, o juiz fazia questão de promover um pedido de desculpas.

No final das diligências, discutíamos sobre os processos e possíveis respostas adequadas para os mesmos, e, praticamente, todas as semanas, o Juiz propunha-nos temáticas para estudarmos ou exercícios para realizar. Neste ponto, gostaria de salientar o exercício proposto sobre o estatuto jurídico dos animais de companhia, discutia a guarda do animal de companhia, primeiro caso em Portugal, ao qual tive o privilégio de assistir.

Para além das diligências no âmbito do Juízo de Família e Menores, porque o Juiz teve de substituir durante uma tarde a Juíza do Juízo Local Cível de Mafra, tive ainda a oportunidade de assistir a algumas diligências de audição pessoal, realizadas no âmbito dos processos do acompanhado de maiores, nos termos do art. 898.º do CPC, que tem como objetivo averiguar qual a situação em apreço e quais as medidas de acompanhamento mais adequadas.

CAPÍTULO II

Os Direitos da Criança

O Direito da Família é o ramo do Direito privado que regula as relações familiares que se estabelecem entre os indivíduos através do casamento, parentesco, afinidade ou adoção, conforme o art. 1576.º do CC. Os direitos familiares são direitos pessoais de estrutura *sui generis*, compostos por uma reciprocidade de direitos e deveres entre todos os membros da família, em particular entre pais/filho⁴ (COELHO&OLIVEIRA, 2001).

Por sua vez, ANA RITA GIL defendeu, no decurso das aulas de mestrado, que o Direito das crianças é um ramo do Direito multinível e multifacetado, onde o Direito Privado e o Direito Público se interligam, realçando normas de Direito civil, nomeadamente no campo do Direito da Família, mas também normas legais derivadas diretamente do dever do Estado de proteger as crianças, bem como do Direito internacional.

1. Reflexão histórica

Os direitos das crianças são ainda muito recentes, se considerarmos que a sua primeira referência formal surge há menos de 100 anos atrás. Inicialmente, pela Declaração dos Direitos da Criança, ou vulgarmente, Declaração de Genebra⁵. Pelo facto de ter sido no século XX que se começou a edificar o quadro jurídico-legal da área das crianças, este foi considerado como o século das crianças.

⁴ Cfr. arts. 1877.º e 1879.º do CC.

⁵ Formulada pela “*Save the Children Fund Internacional Union*” a 23 de fevereiro de 1923 e adotada na quinta assembleia da Liga das Nações a 28 de fevereiro de 1924.

1.1. Antes do século XX

Embora seja verdade, que as primeiras referências formais aos direitos das crianças surgem, quer a nível nacional quer a nível internacional, no século XX, não é possível cingir a análise a esse período de tempo. Caso nos cingíssemos ao considerado século dos direitos das crianças, estaríamos a limitar e a reduzir o conteúdo dos direitos das crianças aos seus aspetos puramente formais, mas a realidade é muito mais heterogénea e profunda.

1.1.1. A criança na Antiguidade Clássica

Na Antiguidade Clássica vigorava como fonte de Direito a Lei das XII Tábuas. Segundo esta, a família era uma instituição política que encarnava na figura masculina, o *pater familias*, assim, a total direção da família era da responsabilidade do pai, a quem lhe era atribuído o poder, *patria potestas*, o qual o permitia dispor e até decidir sobre a vida e a morte dos seus descendentes. (CAMPOS, 2018). Isto porque se considerava a figura masculina como sendo o único possível de gerar vida, sendo a figura feminina interpretada como mero hospedeiro (SILVA, 2019). Como tal, a criança na Antiguidade Clássica, à semelhança da mulher, era considerada mera propriedade. No entanto, é igualmente na antiguidade clássica que se regista as primeiras existências do brinquedo da criança, especialmente na sociedade hispano-muçulmana, associado à educação, era comum e permitido aos pais dar oferendas de brinquedos às crianças, ainda que muito rudimentares. Não obstante, o brinquedo só é introduzido mais tarde nas comunidades cristãs (MARTINS, 2016).

1.1.2. A criança na Idade Média

Surpreendentemente, a estrutura e as bases da escola, tal como existe hoje em dia, é consequência da Idade Média, apesar da massificação da instrução só ter acontecido mais tarde (SILVA, 2019). Contudo, não existia uma obrigação formal, sendo mais adotado o formato de recomendação ou conselho. Nas regiões do Ocidente cristão, a Igreja detinha o monopólio da área da instrução, mas eram

frequentes os tratados, as cartas e as recomendações escritas sobre a educação. Inicialmente, fazia-se apenas referências à educação religiosa e mais tarde instrução letrada dos rapazes, aconselhava-se que esta fosse iniciada o mais precocemente possível, como forma adequada para corrigir a natural tendência das crianças para mau comportamento. Para as raparigas, a educação era condicionada àquelas que seguiriam a vida religiosa, por se considerar perigoso e estimulador para a prática pecaminosa (OLIVEIRA, 2007).

É nos finais da Idade Média que se assiste a uma difusão mais generalizada do ensino infantil letrado. As mães eram recomendadas a ensinar as crianças desde cedo a ler, tendo em conta que tal seria indispensável para que fosse à criança permitido comunicar com Deus, nomeadamente através das orações (OLIVEIRA, 2007). E, aos sete anos, momento a partir do qual se acentuavam as diferenças de género e terminava o considerado período da infância, as crianças seriam inseridas no mundo dos adultos, nomeadamente no mundo do trabalho (SILVA, 2019). Não obstante à precoce inserção da criança na vida dura dos adultos, deve ser devidamente desmontada a ideia generalizada de obrigação de trabalhar por desprezo ou desconsideração da criança. Efetivamente, à medida que a criança começava a ser minimamente autónoma, era espectável que esta trouxesse rendimento, nomeadamente trabalhando, mas por uma questão de simples sobrevivência. Esta desconstrução confirma-se sobretudo pelo método a partir do qual as crianças aprendiam os ofícios que exerciam. A simples observação e imitação de gestos dos pais, permitiam à criança realizar facilmente os ofícios destes (OLIVEIRA, 2007). Comumente, as crianças laboravam nas áreas da agricultura, comércio e serviço doméstico, e, assim, o que era o ofício dos pais viria a ser o dos filhos, repetindo-se o ciclo e fomentando-se, sem se perceber, anos intermináveis de pobreza e miséria.

Os exemplos de primazia pela educação dado pela realeza e pela alta sociedade, conjugado com as recomendações, que se proliferavam para que as crianças, após os sete anos, fossem frequentar a escola ou fossem ensinadas por intermédio de um tutor privado, foram fulcrais para alargar o período da infância

(MARTINS, 2014). Os rapazes foram os primeiros a beneficiar desta extensão, dado considerar-se uma educação completa, aquela que privilegiava também a mobilidade, coisa que o rapaz alegremente fazia através da exploração do mundo exterior, que tratariam como recreio privativo. As raparigas, que começavam a ter acesso à educação, tinham mais condicionantes, tendo em conta a sua condição de género, que a encarava como um ser moralmente débil, de fraca racionalidade e naturalmente indisciplinada (OLIVEIRA, 2007).

Paradoxalmente ao que tomamos como certo, a documentação histórica demonstra que havia, nas palavras de Phillippe Aries, “o sentimento da infância” e conseqüentemente um cuidado e preocupação dos pais para com as suas crianças (MARTINS, 2016). De modo a comprovar esta afirmação exponho três exemplos, em áreas diferentes, demonstrando, igualmente, que é na Idade Média que começa a surgir e a crescer a preocupação com a criança, com as suas necessidades específicas e diferenciadas face aos adultos.

Na área da saúde, eram muitos os tratados hispano-árabes, que versavam sobre os cuidados a ter com o recém-nascido, cuidados esses, tidos muito em atenção, ainda que nos meios mais rurais. O enfaixamento, era um desses métodos aconselhados, e embora retratado como forma de desprezo pela criança, na verdade o objetivo era efetivamente protegê-la. Também, neste período se assiste a uma permissão atípica da Igreja que demonstra o desespero e preocupação dos pais. Em Portugal, assim como noutras sociedades cristãs, foi permitido a celebração de rituais religiosos por leigos e até mulheres (parteiras), quando existia perigo de vida para o recém-nascido (MARTINS, 2016).

É igualmente nesta época que os pedagogos aconselhavam o uso da violência física em *ultima ratio*. Não obstante serem frequentes os casos de crianças maltratadas, era sobretudo nas áreas mais rurais que se continuava a permitir o uso, por vezes excessivo dos castigos corporais (OLIVEIRA, 2007).

O mais evidente exemplo deriva diretamente do facto das famílias recompostas serem uma maioria, dado a elevada taxa de mortalidade e a reduzida idade média de vida. As crianças órfãs, não raras vezes, eram acolhidas por

familiares. Ora, tal dado permite afirmar que existiria, já na altura, uma tendência para promover um novo enquadramento familiar da criança entre o agregado familiar e evidenciava uma crescente sensibilidade face às necessidades afetivas e educacionais das crianças (OLIVEIRA, 2007).

1.1.3. A criança na Idade Moderna

A Idade Moderna, em particular, a partir do Renascimento e até à Revolução Francesa é, em especial, marcada para a criança em dois aspetos, pelo abandono generalizado e pela taxa de mortalidade infantil alta.

Por medo da difamação e do julgamento público, o número de infanticídios e de abandono de crianças, era nesta altura muito alto. E, apesar destas práticas serem criminalizadas, sobretudo nas cidades, o abandono de crianças era incontrolável. Em Portugal, é na Idade Moderna, mais precisamente a 15 de agosto de 1498, que surge a primeira misericórdia⁶ e conseqüentemente o mecanismo mais simbólico da época, a roda dos expostos. Consistia num género de caixa com uma placa ao centro e de base giratória, embutida numa parede com duas pequenas aberturas, uma para o exterior e outra para o interior da instituição. Este modo completamente anónimo, foi o encontrado para diminuir o número de abandonos infantis e ao mesmo tempo aumentar as hipóteses de sobrevivência da criança, que ficaria ao cuidado da misericórdia até ser capaz de se autonomizar. Os resultados positivos foram difundidos por toda a Europa e rapidamente a maior parte dos países católicos adotaram o sistema (MARTINS, 2014).

Para além do infanticídio, as causas tidas como naturais, conexas ao facto de não existir um reconhecimento dos direitos de saúde (não só das crianças, mas também das mulheres grávidas), também era preocupante, especialmente porque representava mais de metade da taxa de mortalidade infantil. Segundo um estudo

⁶ Informação retirada da plataforma online da Santa Casa da Misericórdia de Lisboa, disponível in <https://www.scml.pt/sobre-nos/historia/>

realizado por Philip Rieder⁷ uma em cada três crianças morriam antes ter completado um ano de idade. E uma em cada quatro crianças nunca chegava a atingir os 20 anos de idade.

Ora, estes números criaram a ideia generalizada de que existia uma conformação na sociedade, em particular nos pais, da morte e conseqüentemente não existia qualquer cuidado específico a prestar às crianças. Contudo, a história conta outra verdade, dado que é a partir do século XVI que se assiste a uma imensidão de documentos médicos publicados, que se debruçavam, em especial, sobre a saúde e os cuidados específicos a ter com as crianças. Também pesquisas recentes demonstram como no meio familiar existia um particular cuidado com as crianças, por isso quando estas adoeciam, os pais levavam-nas a santuários ou igrejas, na esperança desesperada por uma cura milagrosa⁸.

1.1.4. A criança na Idade Contemporânea

Contrariamente ao defendido pelo historiador francês Phillippe Aries, no seu livro: “História Social da Criança e da Família” para muitos foi no século XVIII que se começou a ver as crianças como especiais, com necessidades específicas e por isso merecedoras de especial atenção. Efetivamente, foi com o Iluminismo que começam a surgir textos publicados de afamadas personalidades que versariam sobre as crianças e as suas necessidades próprias. Jean Jacques Rousseau foi uma das primeiras dessas personalidades. No seu livro “Emile” o filósofo apela ao reconhecimento dos Direitos das crianças, nomeadamente na educação (QUENTAL, VAZ & LOPES, 2013).

Com a transição da produção artesanal para a industrial, fruto da Revolução Francesa, já em plena Idade Contemporânea, assiste-se a um espectacular êxodo rural e conseqüentemente à inserção da criança no trabalho fabril. As crianças eram

⁷ Docente no departamento de História Geral na Universidade de Genebra.

⁸ Informação retirada de estudo sobre a saúde das crianças entre o renascimento e a revolução Francesa, feito pela Universidade de Genebra, disponível in <https://www.coursera.org/lecture/childrens-rights/2-3-children-and-health-from-the-renaissance-to-the-revolution-FmSrb>

consideradas uma fonte rentável de rendimento para a indústria, pois eram mão de obra abundante⁹ e barata. Trabalhavam em condições humanas deploráveis e durante tantas horas como aquelas que eram obrigadas a trabalhar os adultos. Os rapazes eram mais requisitados para a indústria transformadora da madeira e da metalúrgica, enquanto as raparigas eram depositadas na indústria têxtil. Esta situação obrigava a criança a abandonar a escola e frequentemente a quebrar as suas ligações familiares, o que se mostrou muito prejudicial para os empregadores, tendo em conta que as crianças separadas da família se tornariam trabalhadores menos eficientes e mais lentos. Por isso, e tendo em conta as consequências nefastas que começavam a ser evidentes, a procura de mão de obra infantil diminuiu, procurava-se agora mais os adolescentes ou jovens autónomos. Contudo só seria visível o gradual desaparecimento do trabalho infantil, em especial na indústria, no século XIX, quando os Estados decidem legislar sobre a limitação horária e etária e aumentam a fiscalização e controlo na indústria¹⁰.

1.2. “O século das crianças”

É no início da primeira república, fruto da revolução de 5 de outubro de 1910, que Portugal se torna pioneiro na proteção da criança. Tornou-se um dos primeiros países a criar um conjunto de normas e a implementar organismos que visavam proteger a criança. Primeiramente com a publicação do Decreto de 1 de janeiro de 1911¹¹ e posteriormente pela publicação da Lei de Proteção à Infância (doravante LPI) a 27 de maio de 1911.

O Decreto, publicado a 3 de janeiro de 1911, veio criar a Comissão de Proteção dos Menores em perigo moral, pervertidos ou delinquentes. Tratava-se

⁹ A natalidade era alta, consequentemente as famílias eram cada vez mais jovens e, geralmente, tinham muitas crianças que sustentar e poucas fontes de rendimento se considerarmos apenas os dois pais como população ativa.

¹⁰ Informação retirada de estudo sobre a criança durante o período da revolução Francesa, feito pela Universidade de Genebra, disponível in <https://www.coursera.org/lecture/childrens-rights/2-4-children-during-the-industrial-revolution-fBKTJ>

¹¹ Publicada no Diário do Governo n.º 1/1911, Série I de 1911-01-03 pelo Ministério da Justiça

de um organismo que apenas abrangia a cidade de Lisboa, semelhante às atuais CPCJ, que abrangem todo o território nacional.

Esta Comissão tinha como função examinar cada caso em concreto e deliberar medida adequada, bem como escolher, preparar e organizar as instituições que recolhiam os menores. O objeto deste Decreto era a criança, consideradas como tal, tendo menos de dezasseis anos de idade, independentemente do sexo. Tentavam proteger as crianças em situações específicas. Designadamente a que fosse encontrada na via pública dentro da área da cidade de Lisboa e que não tivesse asilo ou meios de subsistência. Devido ao desaparecimento, falecimento ou desconhecimento dos seus responsáveis, ou pelo facto dos seus responsáveis serem indigentes, sofrerem de incapacidade física ou mental, estarem detidos ou condenados. Era ainda protegida a criança deixada ao acaso de si mesma por impossibilidade dos seus responsáveis em promover à sua vigilância e educação ou por “deformarem” a criança a seu proveito próprio. Por fim, era salvaguardada a criança fugida por ser vítima de maus tratos ou exposta à mendicidade, delinquência ou prostituição para si ou para outrem (Ministério da Justiça, 1911).

Gostaria de destacar quatro pontos do referido Decreto por serem, na minha opinião, algo surpreendentemente avançado e inovador para o tempo e época.

O primeiro ponto está intrinsecamente ligado aos ideais republicanos, intimamente inspirados no vintismo caracterizado pelo liberalismo radical. Nesta altura a criança era vista como a base da sociedade e esperança para um melhor futuro. Entendia-se que só através da educação e do trabalho esta se tornaria um adulto digno, e para tal, seria imprescindível a intervenção do Estado¹². Conforme

¹² De acordo com os 3.º e 11.º parágrafos do Decreto publicado no Diário do Governo n.º 1/1911, Série I de 1911-01-03 pelo Ministério da Justiça: “Considerando que o Governo deve aproveitar todas as forças vivas da nação e dar-lhes os necessários meios de serem uteis a si e ao bem geral da população portuguesa”; “Considerando que, por isso, ao Governo cumpre proporcionar educação e instrução, preparatoria e profissional, respectivamente às crianças e aos adolescentes, que se encontrarem em condições de as suas respectivas famílias lhes não poderem subministrar taes beneficios, quer por falta de recursos ou incapacidade moral d’estas, quer por casos especiaes pathologicos de que os menores enfermem”

os arts. 28.º, 29.º e 30.º da Convenção sobre os Direitos da Criança¹³ (doravante CDC), mas também os arts. 13.º, 36.º n.º 5, 69.º n.º 1, 70.º, 73.º, 74.º, 75.º e 76.º da CRP, hoje, a educação e a formação são consideradas essenciais para o desenvolvimento da personalidade da criança e para a sua futura inserção na vida profissional. Assim, para além de ser essencial para o desenvolvimento integral da criança, a educação e a formação também são vistas como resposta aos problemas de exclusão social e pobreza. Para tal, deve o Estado assegurar os diversos graus de ensino, em função das capacidades da própria criança, de modo tendencialmente gratuito e garantindo o direito de igualdade de oportunidades. Embora na altura não houvesse conhecimentos suficientes para concretizar a amplitude de benefícios destas simples ferramentas, é curioso perceber que a educação e a formação já eram utilizadas como forma de mitigar e ultrapassar a condição cíclica de pobreza¹⁴ e também como forma de garantir a inserção no mercado de trabalho¹⁵.

O segundo ponto a destacar é o cuidado do legislador face à duração das diligências. Nos dias de hoje, é consensual que “o tempo da criança” não é conciliável com o simples prazo razoável, consagrado no art. 20.º n.º 4 da CRP e no art. 6.º n.º 1 da Convenção Europeia dos Direitos do Homem (doravante CEDH). Com efeito, toda a legislação¹⁶ respeitante às crianças em Portugal, pauta-se por privilegiar a simplificação e agilização processual com vista a uma maior celeridade, para que haja uma decisão em tempo útil da criança. Não obstante, é importante perceber que o legislador nem sempre foi constante quanto a este

¹³ Resolução da Assembleia da República n.º 20/90, de 12 de setembro.

¹⁴ De acordo com o 8.º parágrafo do Decreto publicado no Diário do Governo n.º 1/1911, Série I de 1911-01-03 pelo Ministério da Justiça: “Considerando que a já alludida falta de meios de subsistência, que fôrça as famílias a arrancarem as crianças ao aprendizado escolar, para as lançarem logo nos primeiros anos á conquista do pão, e ainda a deseducação quasi geral do nosso povo, que o leva a encarar com pouco interesse e muitas vezes até com desprezo o ensino das profissões manuaes, teem obstado a que as escolas industriaes e agrícolas prestem ao trabalho nacional a colaboração de que elle carece, e que, por isso, pelo menos no momento actual, só em internatos poderá aquelle ensino ter a precisa proficuidade”

¹⁵ De acordo com os 9.º e 10.º parágrafos do Decreto publicado no Diário do Governo n.º 1/1911, Série I de 1911-01-03 pelo Ministério da Justiça: “Considerando que é na criança, prestes a ser envolvida ou já envolvida na engrenagem da luta pela vida, que convem atcuar de modo a evitar ou emendar por uma educação idonea tão perniciosos effeitos”; “Considerando que o trabalho é essencialmente educativo, desperta a consciência e dignifica os individuos”

¹⁶ Vd. art. 4.º n.º1 al. a) do RGTC, e art. 97.º da LPCJP.

assunto -diria até contraditório, já que, por um lado permite a burocratização e formalização do processo, e por outro definir prazos relativamente curtos, de modo a respeitar a celeridade exigida¹⁷. Ora, embora, provavelmente as motivações¹⁸ do legislador não fossem as mesmas motivações que levaram o legislador atual a privilegiar a celeridade, no Decreto em análise é evidente que houve uma preocupação especial, por determinar que todas as diligências fossem realizadas num prazo relativamente curto¹⁹, cerca de metade do tempo que foi determinado na OTM.

O terceiro ponto a realçar neste Decreto é a responsabilização dos pais face à criança. Sendo possível verificar que foi constantemente alargada a responsabilidade típica dos pais, a tutores, mas também a parentes legalmente obrigados e até parentes ou amigos que por vontade própria se responsabilizassem pela criança. À semelhança do consagrado nos arts. 106.º n.º 2 al. a) e 107.º n.º 1 da LPCJP, os pais ou tutores da criança detida, por se encontrar numa das condições elencadas no art. 2.º do Decreto publicado no Diário do Governo n.º 1/1911, Série I de 1911-01-03 pelo Ministério da Justiça, eram intimados a comparecer a uma diligência. Sendo esta idêntica, na prática, à diligência de conferência de pais, na qual deveriam prestar esclarecimentos sobre a condição em que a criança fora encontrada²⁰.

O quarto e último ponto sobre o qual gostaria de tecer algumas considerações diz respeito ao facto de o legislador considerar como digna de proteção a criança vítima de maus tratos²¹. Obviamente, conforme o disposto nos arts. 19.º da CDC, 69.º n.ºs 1 e 2 da CRP e 3.º n.º 2 al. b) da LPCJP, atualmente é indiscutível que o facto da criança sofrer maus tratos legitima a intervenção do

¹⁷ Tomemos por exemplo o Título I, Capítulo V, secção II de epígrafe “Formalismo processual” da Organização Tutelar de Menores (DL n.º 314/78, de 27 de outubro, doravante OTM, revogado pela Lei n.º 166/99, de 14 de setembro).

¹⁸ Oportuno será relembrar que este Decreto

¹⁹ Vd. arts. 7.º e 8.º do Decreto publicado no Diário do Governo n.º 1/1911, Série I de 1911-01-03 pelo Ministério da Justiça.

²⁰ Vd. art. 4.º do Decreto publicado no Diário do Governo n.º 1/1911, Série I de 1911-01-03 pelo Ministério da Justiça.

²¹ Vd. art. 2.º n.º4 do Decreto publicado no Diário do Governo n.º 1/1911, Série I de 1911-01-03 pelo Ministério da Justiça.

Estado para a promoção e proteção dos seus direitos. Contudo, há que enquadrar o contexto, no tempo e espaço, desta solução. Analisando o início do século XIX, em que os castigos corporais, ainda que severos eram socialmente aceites, no seio da família a violência física sobre os filhos era interpretada como estando abrangida no conteúdo do dever de educar. Consequentemente esta norma ganha um outro nível de importância, sendo um marco simbólico para o início de uma mudança de paradigma. Embora, nos dias de hoje, ainda se continue a discutir a ilicitude de castigos corporais moderados quando aplicados com fim exclusivamente educacional e de forma adequada à situação²².

A base iniciada a 1 de janeiro de 1911 é cerca de quatro meses mais tarde fortalecida com a publicação a 27 de maio de 1911 da LPI, que veio criar a Tutoria da Infância e também a Federação Nacional dos Amigos e Defensores das Crianças. Esta lei é especialmente importante porque se afasta da ideia errónea de que a criança é um adulto em “ponto pequeno”.

A Tutoria da infância, à semelhança da já instituída Comissão de Proteção dos Menores em perigo moral, pervertidos ou delinquentes, foi instituída, numa primeira fase, apenas na capital. Foi introduzida como sendo um tribunal coletivo, especial, que julgaria sobre causas cíveis e crimes e se destinava a guardar, defender e proteger os menores em perigo moral, desamparados ou delinquentes julgando sempre no interesse dos menores (Ministério da Justiça, 1911).

A primeira Tutoria de Infância é instituída em Lisboa, e, um ano depois, em 1912 é alargada igualmente ao Porto. Contudo, só anos mais tarde são as Tutorias alargadas ao restante território nacional, compromisso apenas concluído no Estado Novo pela regulamentação e expansão do sistema²³ (CANDEIAS & HENRIQUES, 2012). Por se considerarem ser os primeiros Tribunais

²² Vd. SALABERT, Luis, (2017) Os castigos corporais a crianças e o direito actual. Revista da Faculdade de Direito e Ciência Política, n.º9, disponível in http://recil.grupolusofona.pt/bitstream/handle/10437/8239/Os_castigos_corporais_as%20criancas_e_o_direito_atual.pdf?sequence=1

²³ As Tutorias só serão alargadas ao resto país em 1925, determinando assim a aplicação direta dos Códigos Penal e do Processo Penal às crianças, segundo o Decreto publicado no Diário do Governo n.º 106/1925, Série I de 1925-05-15 pelo Ministério da Justiça e dos Cultos.

especializados na área das crianças, as Tutorias da Infância são designadas como a origem dos atuais Tribunais de Família e Menores.

Segundo o Juiz António José Fialho "as tutorias de infância foram os primeiros tribunais a aplicar medidas diferentes das dos adultos" (Diário de Notícias, 2011). Efetivamente a Tutoria da Infância gozava de um conjunto de medidas próprias, com base num modelo de Justiça preventivo²⁴, oposto ao tradicional penalizador. Tal sucedia por se entender que a criança com menos de dezasseis anos, pela sua condição de fragilidade merecia proteção e era suscetível de se tornar um adulto digno, com correção adequada -contrariamente aos maiores de dezasseis anos tidos como impossíveis de reabilitação e como tal merecedores de uma Justiça severa e castigadora.

Esta lei classifica as crianças em duas grandes categorias. A primeira, os "Menores em perigo moral" considerando para tal , à semelhança do Decreto anteriormente analisado, os seguintes: as crianças sem domicílio, ainda que momentaneamente, e sem meios de subsistência; as crianças cujos pais ou tutor sejam reconhecidos como incapazes ou impotentes para cumprirem as suas funções, sejam indigentes ou estejam detidos ou condenados; as crianças vítimas de maus tratos físicos habituais e excessivos, privados de bens essenciais para a sua sobrevivência; bem como as crianças que, para si ou para outrem, estejam empregadas a desempenhar funções proibidas, perigosas ou desumanas, expostas à mendicidade, delinquência ou prostituição. A segunda, os "Menores desamparados: ociosos, vadios, mendigos ou libertinos" considerando para tal as crianças, que acompanhadas ou isoladamente, vivam habitual ociosidade por não terem idealizações de instrução ou trabalho sério e útil; as crianças entregues à vadiagem por serem fugidos de casa; as crianças entregues à mendicidade para si ou outrem; as crianças libertinas por se dedicarem à prostituição ou viverem da prostituição de outrem; e ainda as crianças desamparadas por frequentarem casas de jogo ou de espetáculo proibido. Por sua vez, cada uma destas categorias

²⁴ Vd. art. 1.º da Lei de Proteção à Infância publicada a 27 de maio de 1911.

dividem-se em subcategorias mais concretas: “Menores em perigo moral – abandonados”; “Menores em perigo moral – pobres”; “Menores em perigo moral – maltratados” e “Menores delinquentes – contraventores ou criminosos”; “Menores indisciplinados”; “Menores anormais patológicos”, respetivamente (Ministério da Justiça, 1911).

Um dos destaques nesta lei é a desresponsabilização do menor perante a prática de ilícitos criminais. Tal evitava que a criança passasse a vida marcada pelo estigma de ter cumprido pena, encarando tal prática como decorrente da exclusão social, carência afetiva e da necessidade de proteção do menor (CANDEIAS & HENRIQUES, 2012). De acordo com a LPI, à criança com mais de nove anos de idade e menos de treze anos, que fosse julgada autor, encobridor ou cúmplice de um qualquer crime, bem como à criança com mais de treze anos e menos de dezasseis anos, que fosse julgada autor, encobridor ou cúmplice de um crime ao qual corresponda pena correccional, a Tutoria deveria julgar ponderadamente e aplicar medida, de entre as tipificadas no art. 63.º da LPI (Ministério da Justiça, 1911). *A contrario*, a criança com menos de nove anos de idade ainda que autor, encobridor ou cúmplice de um crime, não seria julgada nem lhe era aplicável qualquer medida preventiva ou reformuladora. De entre as medidas tipificadas, considero que as mais gravosas eram a detenção da criança em refúgio da Tutoria²⁵, a entrega a instituição ou família adotiva, e por fim, o internado em escola de reforma do Estado.

Quanto à Federação Nacional dos Amigos e Defensores das Crianças, contrariamente às Comissões e à Tutoria, abrangia todo o território português. Apresentada como uma união jurídica, moral e facultativa de várias instituições, quer oficiais quer particulares, que se dividem em instituições de propaganda. A sua função era alertar, divulgar e transmitir conhecimentos a nível de saúde, educação e bem-estar da criança, instituições de educação preventiva e

²⁵ Os Refúgios da Tutoria funcionavam juntamente com Tutorias de Infância e tinham com o objetivo acolher temporariamente os jovens, enquanto se realizava a devida avaliação das situações em causa, reduzindo assim, os problemas existentes derivados dos menores e adultos cumprirem penas na mesma prisão (MAGALHÃES, 2015).

reformadora ou correcional que incluem instituições extra e pós-escolar (atividades extracurriculares), internatos e casas de correção e instituições de patronato, ou seja, associações de cariz beneficente. Os objetivos primordiais da Federação eram prevenir a degenerescência psíquica e moral das crianças, sensibilizar a população portuguesa para a conservação e desenvolvimento da saúde e moralidade dos seus filhos e, por último, auxiliar a Tutoria na execução dos seus acórdãos relativos aos menores maltratados, desamparados e delinquentes (Ministério da Justiça, 1911).

Para além dos pontos já destacados que evidenciam a importância do documento em apreço, nomeadamente no que diz respeito à proteção da infância e à organização do sistema judicial, mas também à distinção que é consagrada entre a criança e os adultos, gostaria apenas de destacar outro ponto importante. O § único do art. 2.º da LPI tipifica quanto à Tutoria da Infância que “*Este tribunal julga pela sua consciência como um bom pai de família, no amor pela verdade e justiça, e sempre no interesse dos menores.*”, embora de forma mais aprimorada esta consciência preexiste como elemento de juízo nos Tribunais de Família e Menores, nisto se demonstra a inovação face à época. A consagração do interesse dos menores como elemento em juízo é idêntico à consagração do conceito do superior interesse da criança, o que me leva a afirmar que Portugal terá sido um dos primeiros, se não o primeiro, a consagrar a criança como sujeito independente dos seus representantes, na medida em que possui interesses próprios que podem ser até contraditórios face aos dos seus representantes e responsáveis.

Apesar destes avanços no plano jurídico-legal, Portugal caracteriza-se igualmente por pausas e recuos no que toca à afirmação dos direitos das crianças, nomeadamente em termos de saúde e bem-estar. Os primeiros impasses começam com a própria Constituição de 21 de agosto de 1911, que embora tenha concedido consagração privilegiada aos direitos, liberdades e garantias, assim como reforçado o princípio da igualdade e consagrado o princípio do estado laico, deixou por outro lado, muito a desejar -nomeadamente na consagração dos direitos

sociais, os quais foram completamente esquecidos, mas também na consagração do próprio princípio da igualdade (Público, 2016).

Foi posteriormente com a primeira guerra mundial, na qual Portugal entrou em 1916, que à crise política já instalada junta-se a crise económica e social. Assim, o vanguardismo de Portugal no que respeita à proteção da criança, neste início de século, infelizmente, pouco tempo durou, à semelhança da própria primeira república que com a revolução de 28 de maio de 1926 viria a dar lugar à Ditadura.

De facto, o surto bélico de 1914, que teve como centro a Europa, levou a que muitos dos esforços e esboços nacionais e europeus pela assistência, pelo bem-estar e pela proteção das crianças fossem interrompidos. Denota-se retrocesso nesta área pois, embora a idade, esperava-se que as crianças, como qualquer outra pessoa, se envolvessem na guerra. Contudo o fim da guerra, para além do luto, da fome e dos deslocamentos e migrações forçadas, trouxe também uma grande mudança de paradigma no que diz respeito ao bem-estar da criança. Embebidos pelo espírito de pacificação internacional e forçados pela preparação e reconstrução das novas gerações, os ativistas, socorrendo-se das visíveis consequências da guerra, alertam para os seus efeitos nas crianças, e assim ganham uma enorme força, de tal modo que, as crianças rapidamente se tornaram uma questão central em todo o processo de recuperação²⁶.

O número de organizações de carácter não-governamental e humanitárias criadas neste seguimento é exemplo disso. É neste contexto que surgem duas organizações que merecem destaque, a primeira organização “*Save the Children Fund International Union*”, é fundada em 1919 por uma mulher britânica caracterizada como “*corajosa, revolucionária e muito à frente do seu tempo*”,

²⁶ Informação retirada de estudo sobre a criança depois da primeira guerra mundial, feito pela Universidade de Genebra e apresentado por Joëlle Droux (docente da Faculdade de Psicologia e Ciências Educacionais), disponível in <https://www.coursera.org/lecture/childrens-rights/2-4-children-during-the-industrial-revolution-fBKTJ>

Eglantyne Jebb veio desencadear um movimento global reivindicando pelos direitos da criança, em pleno rescaldo da Primeira Guerra Mundial.²⁷

A segunda, a “*International Labour Organization*” (doravante ILO) foi criada em 1919 consequência do Tratado de Versalhes, no seguimento da criação da Sociedade das Nações. Inicialmente com sede nos Estados Unidos, tinha uma composição tripartida por reunir representantes, empregadores e trabalhadores em seus órgãos executivos. Representava nove países: Bélgica, Cuba, Checoslováquia, França, Itália, Japão, Polónia, Reino Unido e Estados Unidos. Contudo, o que é de destaque apenas acontece em 1920, quando esta organização muda a sua sede para Genebra sob a direção do francês Albert Thomas -altura em que adota uma dúzia de convenções laborais internacionais e uma dezena de Recomendações, que versavam sobre questões fulcrais como as horas de trabalho, o desemprego, a proteção da maternidade, o trabalho noturno para as mulheres, a idade mínima e o trabalho noturno para os jovens.²⁸

Na área da promoção dos direitos das crianças, duas convenções merecem especial atenção por terem como objetivo a proibição do trabalho prematuro da criança, a C005 - Convenção de Idade Mínima (Indústria), 1919 (nº 5). Proibia, embora não de modo restritivo, o trabalho a crianças menores de catorze anos, assim como obrigava o registo dos trabalhadores onde devia constar a data de nascimento de modo a identificar todos os que tinham menos de dezasseis anos²⁹. E a C006 - Convenção de Trabalho Noturno de Jovens (Indústria), 1919 (Nº 6), que desaconselhava o trabalho noturno a menores de dezoito anos e proibia, salvo exceções consagradas, o trabalho noturno a menores de dezasseis anos.³⁰

²⁷ Informação retirada da plataforma da “*Save the Children Fund International Union*”, disponível in <https://www.savethechildren.org/us/about-us/why-save-the-children>

²⁸ Informação retirada da plataforma da ILO, disponível in <https://www.ilo.org/global/about-the-ilo/history/lang--en/index.htm>

²⁹ Conforme o tipificado nos arts. 2.º, 4.º, 5.º e 6.º da Convenção de Idade Mínima, disponível in http://www.ilo.ch/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_INSTRUMENT_ID:312150

³⁰ Conforme o art. 2.º da Convenção de Trabalho Noturno de Jovens, disponível in http://www.ilo.ch/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100_INSTRUMENT_ID:312151:NO

É neste cenário arrojado e dinâmico que em 1923 é dado o passo mais significativo do século XX. A organização “*Save the Children Fund International Union*”, com apenas dois anos de “vida” elabora o primeiríssimo esboço do que viria a ser a Declaração dos Direitos das Crianças. Contudo, só um ano mais tarde, a 28 de fevereiro de 1924, é esta declaração oficialmente adotada pela Liga das Nações, com a seguinte introdução “*homens e mulheres de todas as nações, reconhecendo que a humanidade deve à criança o melhor que tem para dar, declarar e aceitar como seu dever que, para além de todas as considerações de raça, nacionalidade e crença*”. Vulgarmente conhecida como Declaração de Genebra, esta torna-se assim o primeiro instrumento jurídico internacional a consagrar especificamente os direitos da criança e a reconhecer a criança como sujeito de direito merecedor de especial atenção e proteção.

De simples redação, o documento assenta em cinco direitos fundamentais: o direito ao desenvolvimento³¹, o direito à alimentação, saúde e cuidado³², o direito à assistência e alívio³³, o direito à proteção³⁴ e o direito à educação³⁵. Embora versasse sobre os mais rudimentares direitos fundamentais, o seu conteúdo vago, aliado ao seu carácter não vinculativo levou a que este não fosse efetivamente concretizado na prática, apesar de em 1934, ter sido novamente aprovada. Na verdade, esta imprecisão poderá ter sido intencional por parte da organização “*Save the Children Fund International Union*” dado a falta de quaisquer propostas políticas sociais específicas e os objetivos, pela qual sempre se pautou a organização, de promoção, sensibilização e responsabilização das sociedades para melhor cuidar das suas crianças³⁶.

³¹ “I. A CRIANÇA deve ser capacitada para se desenvolver de forma normal, tanto material quanto espiritualmente”

³² “II. A CRIANÇA faminta deve ser alimentada, a criança doente deve ser cuidada, a criança que está atrasada deve ser encorajada, a criança delinquente deve ser recuperada, o órfão e a criança abandonada devem ser acolhidas e socorridas.”

³³ “III. A CRIANÇA deve ser a primeira a receber alívio em tempos de angústia”

³⁴ “IV. A CRIANÇA deve ser capaz de ganhar a vida e deve ser protegida contra todas as formas de exploração.”

³⁵ “V. A CRIANÇA deve ser educada na consciência de que suas melhores qualidades serão colocadas ao serviço de seus semelhantes.”

³⁶ Informação retirada de estudo sobre a criança depois da primeira guerra mundial, feito pela Universidade de Genebra e apresentado por Joëlle Droux (docente da Faculdade de Psicologia e Ciências

Tal como aconteceu com a Primeira Guerra Mundial, também a Segunda Guerra Mundial, que teve início em 1939, veio atrasar e paralisar os trabalhos já desenvolvidos para a concretização dos Direitos das crianças. Com o término da guerra em 1945, movidos pela reconstrução do pós-guerra e pelo sentimento de pacificação, os Direitos das crianças tomam novamente destaque como forma de canalizar atenção para uma área neutra de interesse mundial. Assim, logo em 1946 as crianças voltam a ter um lugar central na agenda internacional, através da criação do Fundo de Emergência das Nações Unidas para as Crianças³⁷ (doravante UNICEF) e a recomendação da adoção da Declaração de Genebra promovida pelo recém-fundado Conselho Económico e Social das Nações Unidas (ALBUQUERQUE, 2016).

Em 1948, após a adoção da Declaração Universal dos Direitos do Homem³⁸ pela Assembleia Geral das Nações Unidas, a organização “*Save the Children Fund International Union*” volta a intervir, agora junto das Nações Unidas, no sentido de reafirmar a Declaração de Genebra. Contudo, apesar de oportuno, as Nações Unidas consideraram o documento datado, e decidem reformulá-la, de modo torná-la mais completa e atual. Em 1950, a comissão dos Direitos Humanos recebe a primeira versão do que seria a renovada Declaração de Genebra. Contudo, só sete anos mais tarde, de modo a aliviar tensões relacionadas com a guerra fria, as Nações Unidas decidem reabrir o assunto³⁹.

Educacionais), disponível in <https://www.coursera.org/lecture/childrens-rights/2-4-children-during-the-industrial-revolution-fBKTJ>

³⁷ Criado com o objetivo de socorrer as crianças vítimas, diretas ou indiretas, da Segunda Guerra Mundial, a UNICEF, distribuindo bens de primeira necessidade e respondendo às necessidades básicas das crianças, em mais de doze países. Em 1950 objetivo estava cumprido, contudo, devido ao elevado sucesso a Assembleia Geral das Nações Unidas decidiu que esta entidade devia permanecer por um tempo indefinido, tendo para o efeito alterado o nome para Fundo das Nações Unidas para a Infância. Informação disponível in <https://www.unicef.pt/unicef/a-historia/>

³⁸ O primeiro instrumento internacional a consagrar os direitos do individuo em toda a sua amplitude, direitos esses que deviam beneficiar todos os seres humanos, sem olvidar, e, incluindo a criança.

³⁹ Informação retirada de estudo sobre as organizações internacionais e Direitos Humanos, feito pela Universidade de Genebra e apresentado por Zoe Moody (docente e membro do Centro de estudos sobre os Direitos da Criança), disponível in <https://www.coursera.org/lecture/childrens-rights/2-4-children-during-the-industrial-revolution-fBKTJ>

Ao fim de várias discordâncias sobre a necessidade de um documento internacional específico para as crianças e sobre o carácter a dar a tal documento. A 20 de novembro 1959, foi promulgada pela Assembleia Geral das Nações Unidas n.º 1386 (XIV) a tão desejada a Declaração dos Direitos da Criança. Posteriormente, precisamente trinta anos depois, a 20 de novembro de 1989, é adotada a Convenção sobre os Direitos da Criança pela Assembleia Geral das Nações Unidas⁴⁰.

2. As responsabilidades parentais

É sob divisa “Deus, Pátria, Família” proclamada pelo Estado Novo que em Portugal, pela primeira vez, com a Constituição Política da República Portuguesa⁴¹ de 1933 (doravante CPRP), a Família ganha relevância constitucional. Contudo, ainda era possível observar uma certa ligação com os seus princípios originários da lei canónica, isto porque a Família era tida como fonte de conservação e desenvolvimento da raça (art. 11º da CPRP).

Os primórdios das responsabilidades parentais remetem-nos para o art. 12.º n.º 2 da CPRP, ainda que o seu conteúdo fosse reduzido a dois temas essenciais: a sustentação, imprescindível para a conservação e desenvolvimento da raça; e a educação, dado que o Estado considerava a família como base primária da disciplina e harmonia social. É ainda importante referir que, neste âmbito, era consagrada a igualdade de direitos e deveres dos dois cônjuges, contudo, devido às diferenças quanto à mulher, dispostas no art. 5º, § único da CPRP, resultantes da sua natureza e do bem da família, esta igualdade entre os cônjuges era diminuída (MIRANDA, 2013). Tal desigualdade era depois refletida em diversos preceitos

⁴⁰ A em 21 de setembro de 1990 é regularmente, nos termos do art. 8.º da CRP, ratificada por Portugal a Convenção sobre os Direitos da Criança.

⁴¹ Vd. Diário do Governo n.º 83/1933, Série I de 1933-04-11

da Lei Civil, e foi apenas ultrapassada pela Constituição de 1976 – que, aliás, veio tornar muitos daqueles preceitos civis inconstitucionais.

A constituição da família assentava no casamento e na filiação legítima, resultado da obrigatoriedade do registo do casamento e do nascimento dos filhos (art. 12.º n.º 1 e 3 da CPRP).

Filiação legítima era a que resultava do nascimento da criança na constância do casamento dos pais. *A contrario*, a filiação ilegítima era a que resultava do nascimento da criança fora da constância do casamento dos pais, incluindo os casos de adultério, e os casos em que os pais eram solteiros, nestes casos os filhos, ainda que ilegítimos, eram perfilháveis, ao contrário dos casos de adultério.

Só existiria a plenitude dos direitos e deveres dos dois cônjuges perante os filhos nos casos de filiação legítima. Nos casos de filiação ilegítima perfilhável, existia uma redução das responsabilidades parentais, tendo o progenitor apenas como obrigação a prestação de alimentos (art. 12º, § 2 da CPRP).

Devido à Concordata entre a Santa Sé e Portugal, assinada em 1940, a decretação do divórcio era impossibilitada quando houvesse casamento católico, o que se traduziu num aumento de casos de filiação ilegítima não perfilhável, e, conseqüentemente em inúmeros registos de nascimento em que as crianças eram consideradas de pai e/ou mãe incógnitos, não pelo facto de não se saber quem era, mas porque não era possível a perfilhação. Nestes casos não existiam quaisquer direitos ou deveres jurídicos dos progenitores perante estas crianças.

Com a Revisão Constitucional aprovada pela Lei n.º 185, de 23 de março de 1935 foi alterado o art. 11º da CPCR, a família passou a ser considerada não apenas como fundamento de ordem política, mas também como fundamento para a ordem administrativa, em conformidade com o já estipulado no art. 5º, considerando assim a família como elemento estrutural da Nação (MIRANDA, 2013).

Com a Revisão Constitucional aprovada pela Lei n.º 3/71, de 16 de agosto foi alterado o art. 5º, § único terminando com a discriminação de género perante a

mulher, o que se traduziu num princípio de igualdade pleno no que diz respeito aos direitos e deveres dos dois cônjuges nas responsabilidades parentais.

Em 1975, devido à renegociação entre Portugal e o Vaticano, o divórcio em casos de casamento católico passa a ser admissível. Um ano mais tarde, em 1976, foi aberto um novo ciclo constitucional com a Constituição da República Portuguesa que ainda hoje nos rege, que veio consagrar um vasto catálogo de direitos fundamentais, incluindo os direitos sociais com a mesma dignidade constitucional dos direitos políticos.

Sobre a relevância constitucional da família, a CRP de 1976 retomaria a matéria com orientações bem diversas. Tornam-se princípios constitucionais os princípios básicos do Direito da Família, nomeadamente na matéria de constituição de família e de contração de casamento, conforme o disposto no art. 36.º da CRP de 1976. Contrariamente à CPRP, na CRP de 1976 a tutela constitucional da família surge tanto a nível de Direitos, Liberdades e Garantias como a nível de Direitos Económicos, Sociais e Culturais, demonstrando um dualismo de tratamento (MIRANDA, 2013).

Com o disposto do art. 36º da CRP de 1976 existe uma separação final com os pressupostos da lei canónica, ao admitir todas as formas de celebração de casamento e ao dispor que a lei regularia todos os seus requisitos, efeitos e dissolução. É importante referir que, em conformidade com o art. 16º, n.º 2 da CRP de 1976, este preceito deve ser interpretado considerando o art. 16º da Declaração Universal dos Direitos do Homem (doravante DUDH), que realça que durante o casamento e na altura da sua dissolução, ambos têm direitos iguais. Consequentemente, com o disposto no art. 36º, n.º 4 da CRP de 1976, deixa de existir a discriminação entre os filhos legítimos e os filhos ilegítimos. Reforçando o já consagrado princípio de igualdade, o art. 36º, n.º 3 da CRP de 1976, dispõe que existe uma igualdade entre os cônjuges quanto aos direitos e deveres referentes à capacidade civil e política e quanto à manutenção e educação dos filhos, dando assim margem a um conteúdo mais amplo de responsabilidades parentais.

Paralelamente ao art. 36º da CRP de 1976, que consagra uma perspetiva individualizada dos membros da família e regula a sua ligação, o art. 67º da CRP de 1976 tutela essencialmente a própria família como instituição. Esta instituição é alvo de uma proteção especial por parte do Estado, porque se tem em consideração as suas necessidades enquanto instituição, e não quanto aos seus membros. Este artigo é importante do ponto de vista da criança, porque, independentemente da dissolução do casamento, a unidade da família permanece como alvo de proteção do Estado, pretendendo assegurar a estabilidade da própria criança.

A Revisão Constitucional aprovada pela Lei nº 1/82, de 30 de setembro, altera o art. 67.º alargando a proteção do Estado à efetivação de todas as condições que permitam a realização pessoal dos membros da família. Na minha opinião, a intenção do legislador constitucional não foi no sentido de desconstruir a família enquanto unidade, ou seja, não foi sobrepor a realização pessoal dos membros da família às necessidades coletivas inerentes à família. Essa realização pessoal deve ser entendida como complementar e equiparável à realização coletiva, caso assim não fosse esvaziar-se-ia o conteúdo material da unidade familiar. Por outro lado, a realização pessoal dos membros da família, inclui, quer por força do consagrado no art. 36.º n.º 3 da CRP, quer por recurso à Declaração dos Direitos da Criança, a própria realização pessoal da criança, a qual se materializa no conceito do seu superior interesse.

2.1. Desjudicialização

A partir de 2001 assiste-se a uma hiperatividade legislativa em matéria de Direito da Família, inicialmente com a entrada em vigor da Lei n.º 7/ 2001, de 11 de maio (Proteção das uniões de facto) e do Decreto-Lei 272/2001, de 13 de outubro (Processos da competência do Ministério Público e das Conservatórias do Registo Civil), posteriormente com as alterações à Lei de Proteção de Crianças e

Jovens em Perigo⁴² seguindo-se a alteração do regime do Divórcio realizada pela entrada em vigor da Lei n.º 61/2008, de 31 de outubro, culminando na revogação da antiga Organização Tutelar de Menores que foi substituída, em 2015, pelo atual Regime Geral do Processo Tutelar Cível⁴³.

Com a aprovação da Lei n.º 7/2001 de 11 de maio (doravante LUF) alterou-se o paradigma da conjugalidade, aceitando-se a constituição de uma comunhão de vida não matrimonial (como é o caso da união de facto, cf. art. 1.º 2, LUF).

O processo de desjudicialização do divórcio por mútuo consentimento inicia-se em 1995⁴⁴ com a possibilidade de tramitação deste também nas Conservatórias do Registo Civil. No entanto, só em 2001, com a entrada em vigor do Decreto-Lei 272/2001, de 13 de outubro (Processos da competência do Ministério Público e das Conservatórias do Registo Civil), a desjudicialização é efetivada passando a ser de competência exclusiva das Conservatórias do Registo Civil a tramitação deste processo (art. 12º, n.º 1, al. b) e 14º, n.º 2 do Decreto 272/2001, de 13 de outubro).

Sem prejuízo da intervenção necessária e obrigatória do Ministério Público (artigo 14.º do Decreto-Lei 272/2001, de 13 de outubro), por intermédio deste Decreto, a quando do pedido de divórcio por mútuo consentimento, é permitido aos pais regularem, em simultâneo, as responsabilidades parentais dos seus filhos menores, sem ser necessária a intervenção do Tribunal de Família e Menores.

Com as alterações à Lei de Proteção de Crianças e Jovens em Perigo⁴⁵ são criados princípios orientadores da intervenção, nomeadamente, o princípio de intervenção precoce, mínima, proporcional e atual, e de responsabilidade parental.

O princípio de intervenção mínima, proporcional e atual, em conjunto com o art. 4º, al. d) e e) da LPCJP que legitima a intervenção do Estado no caso das

⁴² Lei n.º 147/99, de 01 de setembro alterada pela 5ª vez pela Lei n.º 26/2018, de 05 de julho

⁴³ Lei n.º 141/2015, de 08 de setembro alterada pela Lei n.º 24/2017, de 24 de maio

⁴⁴ Exceção era feita aos casos em que o casal tivesse filhos melhores, neste caso, o divórcio por mútuo consentimento tramitava no Tribunal (art. 1º do Decreto-Lei 173/95, de 13 de julho)

⁴⁵ Lei n.º 147/99, de 01 de setembro alterada pela 5ª vez pela Lei n.º 26/2018, de 05 de julho

crianças e jovens em perigo (art. 3º da LPCJP), promove a ideia que deverá existir um dever geral de abstenção do Estado quanto às matérias relativas às responsabilidades parentais, determinando a prevalência da família (também ele um princípio orientador da intervenção) e, assim, relembrando que estas obrigações recaem, em primeiro lugar, nos seus titulares primários, os pais. É isso que nos diz o Ac. TRL, proc. n.º 783/11.2TBBRR.L1-1, de 20/03/2012, relator Afonso Henrique: *“O conceito jurídico de crianças e jovens em perigo é exigente e está consubstanciado, designadamente, num dos fatores previstos nas als. a) a f) do n.º 2 do artº 3º da LPCJP, não se bastando com a verificação de um risco, e remete-nos para um nível elevado de gravidade que legitima a intervenção do Estado na vida das crianças e jovens e na sua família”*.

Segundo o princípio da responsabilidade parental, a intervenção deve ser efetuada de modo a que os pais assumam os seus deveres para com a criança (art. 4º, al. f) da LPCJP). Assim, e em conformidade com o princípio da intervenção precoce, é criada uma hierarquização de intervenção na promoção dos direitos e proteção das crianças e jovens em perigo, segundo a qual se privilegia a intervenção de entidades de 1ª e de 2ª instância em detrimento da intervenção judicial (art. 6º e ss da LPCJP). Estas entidades dependem do consentimento expresso e por escrito dos pais (art. 9º da LPCJP) para a legitimação da sua atuação.

A criação de meios de resolução de litígios em matéria familiar (como é exemplo a mediação familiar⁴⁶) é outro fenómeno de desjudicialização, dando aos pais uma oportunidade de resolverem o conflito, de forma menos litigante, sem recorrer à via judicial (artigo 4.º n.º 1 al. b) do RGPTC). Estes processos caracterizam-se por serem consensuais, harmoniosos e apaziguadores do conflito, que, quando devidamente aproveitadas, certamente resultam em acordos de regulação das responsabilidades parentais muito mais exequíveis e satisfatórios do que aqueles que são alcançáveis pela decisão unilateral do Juiz.

⁴⁶ Despacho Normativo n.º 13/2018, de 22 de agosto, que revoga o Despacho n.º 18778/2007

É ainda de referir que mesmo quando exista uma intervenção judicial, no âmbito da regulação das responsabilidades parentais, na falta de acordo, em sede de conferência de pais, o Juiz deve encaminhar as partes para mediação ou audição técnica especializada, nos termos do artigo 38º do RGPTC.

Assim, conclui-se que a partir de 2001 e até hoje se tem verificado uma crescente autorresponsabilização dos pais e, cumulativamente, uma desjudicialização no que diz respeito à família em Portugal, transferindo os poderes que anteriormente pertenciam aos juízes nos Tribunais de Família e Menores, para o Ministério Público, Conservatórias do Registo Civil, Técnicos Especializados e Mediadores Familiares.

2.1. As alterações introduzidas pela Lei 61/2008 de 31 de outubro

De entre as inovações⁴⁷ introduzidas no CC pela Lei n.º 61/2008 de 31 de outubro destaca-se as alterações relativas às responsabilidades parentais. Desde logo, na substituição da expressão "poder paternal"⁴⁸ por "responsabilidades parentais". Neste ponto, Portugal seguiu a Recomendação R (84) 4, sobre as responsabilidades parentais, adotada pelo Comité de Ministros do Conselho da Europa, em 28 de fevereiro de 1984, que entende a expressão "responsabilidades parentais" como mais rigorosa, estando em consonância com Convenção sobre os Direitos da Criança (SILVA, 2019).

De facto, a expressão “responsabilidades parentais” ilustra, de forma mais exata, a realidade por duas razões: primeiro porque efetivamente não existe apenas, ou propriamente, um simples “poder” dos pais em relação à pessoa dos filhos, mas sim deveres e direitos recíprocos nas relações entre ambos (art. 1879º do CC). De

⁴⁷ Não se poderá efetivamente chamar inovações às alterações decorrentes desta lei, pois não está em causa uma conceção criativa por parte do legislador. Efetivamente, a substituição da expressão “poder paternal” já vinha a ser defendida à algum tempo e como salienta JORGE DUARTE PINHEIRO, no artigo *"Ideologia e Ilusões no Regime Jurídico do Divórcio e das Responsabilidades Parentais"*, denota-se uma falta de originalidade do legislador nacional que se inspirou nitidamente nos Princípios do Direito da Família Europeu, designadamente relativos às Responsabilidades Parentais, publicados em 2007.

⁴⁸ Esta expressão era adotada por razões históricas e culturais (Idem pag.33) e entendida como intensamente paternalista, pela associação entre “paternal” e a figura exclusiva do pai.

facto, a expressão “poder” remetia para a ideia de objetificação da criança, desprovido-a de direitos. Em segundo lugar, a nova expressão visa concretizar a ideia de igualdade entre os progenitores, adotando uma expressão neutra em termos de género. De facto, a expressão “parentais” remete-nos para uma igualdade perante os pais, de direitos e deveres, em consonância com o já consagrado constitucionalmente (art. 36.º da CRP) e no CC (art. 1671.º do CC). Por fim, a expressão “responsabilidades” advém da noção de obrigação de responder às necessidades da criança e pela criança.

2.1.1. Evolução dos critérios decisórios em relação ao exercício das responsabilidades parentais em caso de divórcio ou separação

A partir do final do século XX assiste-se em Portugal a uma aplicação, na jurisprudência, generalizada da preferência maternal, cuja origem nos remete para o consagrado no princípio n.º 6 da Declaração Universal dos Direitos da Criança⁴⁹(SOTTOMAYOR, 2008). Apesar de se poder afirmar ser esta a prática jurisprudencial, a verdade é que, antes da aprovação da Lei n.º 61/2008 de 31 de outubro, a lei apenas determinava que, em caso de divórcio, separação judicial de pessoas e bens, declaração de nulidade ou anulação do casamento, quando não houvesse acordo entre os pais, o Tribunal deveria determinar o exercício exclusivo do poder paternal àquele que fosse detentor da guarda do filho (art. 1906.º n.º 2 do CC). Não obstante, da existência de um critério para a determinação do exercício exclusivo do poder paternal, não parecia existir um critério para a determinação da guarda do filho, contrariamente ao consagrado no artigo 1911.º do CC.

O que anteriormente se encontrava disposto no art. 1911.º do CC, era que o exercício do poder paternal cabia ao pai que detivesse a guarda da criança, sendo

⁴⁹ “A criança precisa de amor e compreensão para o pleno e harmonioso desenvolvimento da sua personalidade. Na medida do possível, deverá crescer com os cuidados e sob a responsabilidade dos seus pais e, em qualquer caso, num ambiente de afeto e segurança moral e material; salvo em circunstâncias excepcionais, a criança de tenra idade não deve ser separada da sua mãe. A sociedade e as autoridades públicas têm o dever de cuidar especialmente das crianças sem família e das que careçam de meios de subsistência. Para a manutenção dos filhos de famílias numerosas é conveniente a atribuição de subsídios estatais ou outra assistência.”

que esta era preferencialmente atribuída à mãe. Ou seja, nos casos em que após o nascimento dos filhos os pais não contraíssem matrimónio, como existia uma presunção de guarda à mãe, esta era quem exerceria exclusivamente o poder paternal. Esta consagração da preferência maternal como critério-regra de atribuição da guarda do filho e conseqüentemente da atribuição exclusiva do exercício do poder paternal à mãe, criou um precedente que podia ser extensível a outros casos, quando imprecisos ou duvidosos quanto ao detentor da guarda da criança. Assim, facilmente se justificava a atribuição da guarda da criança à mãe, nos casos previstos no art. 1906.º do CC.

Contudo, o disposto anteriormente pelo art. 1911.º do CC ia mais longe, consagrando uma discriminação perante os casos de comunhão da vida não matrimonial (exemplo uniões de facto), dado que, mesmo quando os pais vivam em condições análogas às dos cônjuges, o exercício do poder paternal só seria reconhecido a ambos se estes declarassem ser essa a sua vontade, perante o funcionário do registo civil (art. 1911 n.º3 do CC), embora já tivesse sido, nesta altura, aprovada a LUF.

No início do século XXI, o critério da preferência maternal perde relevância, sendo substituído, ainda que não formalmente, pelo critério da pessoa de referência da criança. Esse novo critério foi criado pela jurisprudência, e desenvolvido pela doutrina, por começar a assistir a mudanças no âmbito familiar (no que toca à assunção da qualidade de cuidadores da criança por ambos os pais), e por influência do Tribunal dos Direitos do Homem, que, para além dos laços efetivos, começa a dar especial relevância aos laços afetivos da criança com os progenitores⁵⁰. Contudo, este critério era predominantemente adotado nos casos em que as crianças já não eram de tenra idade.

As alterações introduzidas no CC pela Lei n.º 61/2008 de 31 de outubro, nomeadamente nos arts. 1906.º e 1911.º, trazem duas importantes inovações: por

⁵⁰ Sobre este ponto, citar o meu artigo sobre jurisprudência do TEDH em matéria de responsabilidades parentais, publicado na Revista do MP, e que está no moodle

um lado, equiparam-se os casos de comunhão da vida não matrimonial aos casos dos progenitores unidos pelo matrimónio, para os efeitos de regulação do exercício das responsabilidades parentais. Por outro lado, como se verá adiante, o CC passa a consagrar a regra do exercício conjunto das responsabilidades parentais para as questões de especial importância e, no que toca à decisão sobre a residência, o critério que podemos apelidar da preferência pelo “progenitor cooperante”⁵¹.

2.2. Responsabilidades parentais: definição, conteúdo e características

Nos termos do art. 1877.º do CC, as responsabilidades parentais surgem com o nascimento⁵² da criança e permanecem até à sua maioridade (alcançada aos 18 anos de idade cfr. art. 122.º e ss do CC), emancipação (a criança com 16 anos ou mais que celebre casamento, nos termos dos arts. 132.º e 1601.º al. a) do CC) ou morte⁵³.

⁵¹ Idem. Capítulo II, subtítulo 2, título 2.3 sobre o exercício e a regulação das responsabilidades parentais.

⁵² Em termos de duração, poder-se-á discutir se é efetivamente o nascimento completo e com vida que determina o início das responsabilidades parentais. Este entendimento está intimamente ligado com a conceção tradicional da personalidade jurídica, a qual faz depender a aquisição da personalidade ao nascimento. Contudo, como explica DIOGO LEITE DE CAMPOS esta conceção tem vindo a ser considerada como retrógrada por não ter base científica, uma vez que devido à evolução tecnológica na medicina, especialmente na área pré-natal, a Ciência reconhece, hoje, a existência de um ser humano antes do nascimento (BARBAS, 2016).

Apesar da existência de debate doutrinal quanto à personalidade jurídica dos nascituros, é inequívoco que o art. 66.º n.º 1 do CC adota uma conceção tradicional de personalidade jurídica. O problema surge, na nossa área de estudo, no art. 1878.º n.º 1, quando o legislador considera o conteúdo das responsabilidades parentais extensível aos nascituros. Ora, se considerarmos que as responsabilidades parentais se iniciam antes do nascimento, como parece apelar o legislador, estaríamos então a afirmar que os filhos ainda que nascituros podem ser titulares de direitos e deveres, o que consequentemente implica o reconhecimento de personalidade jurídica a estes, embora, o entendimento colida com o tipificado no art. 66.º n.º 1 do CC (GONZÁLEZ, 2019).

Outros atores, consideram que o início das responsabilidades parentais acontece com o estabelecimento da filiação. CHAVES, João Queiroga - **Casamento, Divórcio E União De Facto**. Bibliografia (no final do trabalho) CAMPOS, Diogo Leite de; CAMPOS, Mónica Martinez de - **Lições de Direito da Família**. Bibliografia (no final do trabalho).

⁵³ Em termos de duração, com base na leitura estrita do art. 1877.º do CC a maioria da doutrina defende que a maioridade e emancipação determinam o fim das responsabilidades parentais. Contudo, se adotarmos uma definição ampla de responsabilidades parentais, na qual se inserem direitos pessoais familiares de carácter duradouro (art. 1874.º do CC) (CHAVES, 2009), podemos afirmar que as responsabilidades parentais, ainda que em parte, são perpétuas.

Nos termos do art. 123.º do CC, salvo exceções⁵⁴ consagradas na lei, a criança carece de capacidade de exercício de direitos e obrigações, dado só se adquirir capacidade de exercício na sua plenitude aos 18 anos ou por intermédio da emancipação, ou seja, embora titular de direitos e deveres (art. 66.º n.º 1 do CC), a criança carece de representação no que toca ao exercício dos mesmos. Assim, nos termos no art. 124.º do CC, de um ponto de vista exclusivamente formal e civilística, as responsabilidades parentais definem-se como um meio de suprimento da incapacidade de exercício das crianças (SILVA, 2019). Contudo esta definição tem sido considerada pela doutrina como algo singela e insuficiente por não refletir a real amplitude das responsabilidades parentais, pois como explica ROSA MARTINS⁵⁵, as responsabilidades parentais não se circunscrevem ao poder de representação e ao poder-dever de administração dos bens da criança⁵⁶ (PINHEIRO, 2015).

Conforme o art. 1878.º do CC “Compete aos pais, no interesse dos filhos, velar pela segurança e saúde destes, prover ao seu sustento, dirigir a sua educação, representá-los, ainda que nascituros, e administrar os seus bens”. Assim, aos pais, é atribuído um conjunto de poderes e deveres que se dividem em cinco grandes tópicos: a representação, a educação, a saúde, o sustento e a segurança. Por sua vez são normalmente enquadrados, segundo a sua natureza, em poderes-deveres de natureza pessoal - a guarda, a vigilância, o auxílio, a assistência e a educação -, e poderes-deveres de natureza patrimonial - a administração e a representação.

JORGE DUARTE PINHEIRO defende que devido ao carácter indisponível das responsabilidades parentais, consagrado no art. 1699.º, n.º 1, al. b) do CC, o art. 1878.º do CC deve ser interpretado como finito, não existindo mais poderes e deveres do que aqueles que estão tipificados.

⁵⁴ Por exemplo, as disposições relativas ao trabalho de menores, cfr. art. 66.º do Código do Trabalho.

⁵⁵ Apud PINHEIRO, Jorge Duarte - O Direito Da Família Contemporâneo.

⁵⁶ Caso assim fosse o legislador cingiria o conteúdo das responsabilidades parentais ao necessário para suprir a incapacidade de exercício da criança.

Por sua vez, DIOGO LEITE DE CAMPOS defende que o art. 1878.º do CC não esgota o conteúdo das responsabilidades parentais, este apenas se refere aos poderes deveres dos pais para com os filhos. Ou seja, ao elenco do conteúdo das responsabilidades parentais tipificado, devem inclui-se os deveres bilaterais entre pais e filhos previstos no art. 1874.º do CC, por estes não poderem ser entendidos como um dever unilateral dos filhos (art. 1878.º, n.º 2 do CC).

São características constitutivas das responsabilidades parentais a irrenunciabilidade (artigo 1882.º do Código Civil), na medida em que os pais não podem demitir-se das obrigações que a lei lhes impõe quanto aos seus filhos, e a intransmissibilidade (artigo 1877.º do Código Civil), na medida em que os pais não podem transmitir tais obrigações que a lei lhes impõe como sendo suas. Estas características são apresentadas com vista ao carácter funcional das responsabilidades parentais cuja sua índole supralegal, as vincula pelo princípio do primado do superior interesse da criança, ao interesse dos filhos.

Posto isto, as responsabilidades parentais são um conjunto de poderes e deveres, face a um poder funcional ativo exercido pelos pais⁵⁷, destinados a assegurar o interesse dos filhos, quer a nível emocional quer a nível material.

2.3. O exercício e a regulação das responsabilidades parentais

Como vimos as responsabilidades parentais não estão dependentes do casamento ou união de facto dos progenitores da criança.

A regra geral, na constância do matrimónio, mas também nos casos em que os pais vivam em condições análogas às dos cônjuges (art. 1911.º, n.º 1 do CC), é a de que o exercício das responsabilidades parentais pertence a ambos os pais, e quanto às questões de particular importância a lei impõe o comum acordo (art.

⁵⁷ As responsabilidades parentais podem ser exercidas por outrem que não os pais, nas situações regularmente tipificadas no CC.

1901.º, n.º 1 do CC). Quando este não exista, deve o Tribunal, após audição da criança, decidir sobre tais questões (art. 1901.º, n.º 2 e 3 do CC).

Nas situações de separação dos pais⁵⁸ esta regra geral mantém-se⁵⁹, pois apesar da rutura do vínculo entre os progenitores o vínculo entre estes e os filhos mantém-se. Como a separação em si comporta uma grande carga emocional, presume-se a existência de conflito entre os pais, e conseqüentemente uma situação de perigo para a criança, numa lógica de proteção desta o Estado (art. 69.º n.º 1 da CRP) impõe a regulação das responsabilidades parentais como meio de garantia do superior interesse da criança.⁶⁰

Considerando o facto de o divórcio ser objeto de registo obrigatório, nos termos do art. 1.º, n.º 1, al. d) e q) do CRC, torna-se facilitado o cumprimento do tipificado no art. 1.º, n.º 1, al. f) do CRC, ou seja, a regulação das responsabilidades parentais, sendo este mesmo instrumento necessário para a efetivação do registo do divórcio por mútuo consentimento, nas Conservatórias do Registo Civil (art. 272.º do CRC). *A contrário*, torna-se muito complicada a tarefa de fiscalização do cumprimento desta imposição, nos restantes casos de separação dos pais. Tal se pode traduzir uma situação de alguma perigosidade para a criança. Isto deve-se à falta de obrigatoriedade de registo das uniões de factos e do aumento de situações em que a filiação se encontre estabelecida em relação a ambos os cônjuges e estes não se encontram em comunhão de vida.

De modo a acautelar estas situações, verifica-se um esforço notório por parte do legislador, o que se denota através da criação de um regime padrão para os casos de separação dos pais (art. 1909.º, n.º 2, 1911.º, n.º 2 e 1912.º, n.º 2 do

⁵⁸ Considera-se como separação dos pais o divórcio, a separação judicial de pessoas e bens, declaração de nulidade ou anulação do casamento, união de facto rompida. Apesar de não ser considerada como “separação”, tudo o que for dito a este respeito vale igualmente para as situações em que a filiação se encontre estabelecida quanto a ambos os pais, mas estes não se encontrem em comunhão de vida.

⁵⁹ Cfr. arts. 1901.º, 1906.º, n.º 1, 1911.º e 1912.º do CC.

⁶⁰ A este respeito veja-se o SILVA, Joaquim Manuel da - **A Família das Crianças na Separação dos Pais: A Guarda Compartilhada e a Justiça Restaurativa**. Bibliografia (no final do trabalho).

CC), e pelo crescente incentivo à regulação das responsabilidades parentais por mútuo acordo por intermédio de meios mais ágeis, céleres e próximos.

Não obstante a existência desse regime padrão, o Estado possui legitimidade de intervenção aquando a separação dos pais, impondo a regulação das responsabilidades parentais através de intervenção judicial ou por mútuo acordo dos pais (SILVA, 2019). No entanto, com base no art. 26.º n.º 1 da CRP em consonância com o art. 8.º da CEDH, esta intervenção deve sempre pautada pelo princípio da proporcionalidade e da intervenção mínima.

Como tal, tradicionalmente a regulação das responsabilidades parentais deveria versar sobre única e exclusivamente sobre os aspetos essenciais do direito de guarda e do direito de visita, em conformidade o disposto no art. 1906.º, n.º 5 do CC.

Quanto ao direito de guarda e a sua regulação, há que primeiramente definir o seu conteúdo. Numa perspetiva restrita a expressão “guarda” é sinónimo de residência e em nada se confunde com o exercício das responsabilidades parentais (GOMES, 2009).

Contudo como explica JOAQUIM SILVA, para regulação do direito de guarda se deve adotar um entendimento mais amplo de guarda, no qual se inclui, para além da determinação da residência da criança, a determinação do modo como o exercício das responsabilidades parentais deve ser fixado. Com base neste entendimento, o autor faz a distinção entre as várias classificações de guarda possíveis: a guarda exclusiva, a guarda conjunta, a guarda alternada e guarda compartilhada. A guarda exclusiva consiste no exercício exclusivo das responsabilidades parentais com a residência exclusiva. A guarda conjunta consiste no exercício conjunto das responsabilidades parentais com residência exclusiva a um dos pais. A guarda alternada consiste na residência alternada com exercício exclusivo das responsabilidades parentais nos respetivos períodos de residência. Por fim, a guarda compartilhada corresponde ao exercício conjunto das responsabilidades parentais com residência alternada.

Existe ainda outro modo de guarda, não consagrada neste elenco devido à sua residual importância e aplicação, mas que nada obsta à sua existência, nomeadamente a residência exclusiva de um dos pais com o exercício exclusivo das responsabilidades parentais ao outro pai.

Quanto ao exercício das responsabilidades parentais, deve ser sempre privilegiada a fixação do exercício conjunto. Esta presunção legal ainda que ilidível é, efetivamente, a mais benéfica para a criança por se garantir uma maior proximidade com ambos os progenitores, cumprindo assim o direito da criança ao convívio com estes e o direito a não ser separada destes (art. 9.º da CDC). Contudo, pode ser fixado o exercício exclusivo das responsabilidades parentais, se esta for a opção que mais respeita o superior interesse da criança, não bastando o acordo dos pais, sendo para tal imprescindível a fundamentação profunda do Tribunal (SILVA, 2019).

Não obstante a este exercício conjunto, nos termos do art. 1906.º n.º 3 do CC, quanto estejam em causa atos de vida corrente da criança, o pai com quem a criança se encontra pode, sem o acordo prévio do outro, exercer as responsabilidades parentais. Apesar da exigida intervenção mínima do Estado, como existe esta distinção quanto aos atos da vida corrente da criança e questões de particular importância, ANA GOMES defende que, de modo a evitar processos incidentes de incumprimento, é aconselhável identificar na regulação das responsabilidades parentais quais as questões que os pais entendem como integrantes no conceito de particular importância.

Ainda, neste sentido, e não obstante ao facto das saídas para o estrangeiro serem tidas como questões de particular importância, devido à crescente plurilocalização das relações jurídicas e consequente existência de pais com nacionalidades distintas, urge a necessidade de, ao abrigo do art. 10.º da CDC, regular questões relacionadas com a deslocação da criança para outro país, nomeadamente para que às crianças seja possibilitada a convivência com a sua família alargada.

Quanto à determinação da residência da criança a jurisprudência, em caso de inexistência ou reduzido conflito entre os pais, começa a optar-se, com maior generalização, pela fixação da residência alternada como a solução que melhor defende o superior interesse da criança, pelas mesmas razões que se privilegia o exercício conjunto das responsabilidades parentais.

Para fixar uma residência exclusiva da criança, o Tribunal deve aferir, como acima referimos, qual o progenitor cooperante, previsto no art. 1906.º n.º 5 do CC como aquele que promove e incentiva a criança a conviver com o outro pai, e fixar a este a residência da criança. Esta opção do legislador em consagrar o critério do progenitor “amistoso” serve de garantia para a efetivação do disposto no art. 9.º da Convenção sobre os Direitos da Criança, assegurando que irá existir um convívio da criança com ambos os pais.

É da atribuição de residência exclusiva que deriva e nasce o conceito de visita, nomeadamente nos casos de guarda conjunta e em certos casos de guarda exclusiva, designadamente quando esta não deriva de inibição de contato entre a criança e o pai não guardião. As visitas são, assim, um direito da criança por ser um meio de concretização de manutenção de laços com ambos os progenitores. Como tal, estas devem ser fixadas por períodos os mais extensos possíveis, de modo a reduzir a ausência de convívio com o pai não guardião.

Esta convivência é de tal modo importante para o desenvolvimento da criança que o legislador nacional decidiu prever consequências penais para quem impossibilitar ou dificultar essa convivência⁶¹.

⁶¹ Cfr. art. 249.º do CP.

CAPÍTULO III

Os desafios da internacionalização da criança

1. Os problemas suscitados pela vida internacional e a europeização

1.1. Vida familiar internacional: Os problemas suscitados

O processo de globalização, em particular, nas mais recentes décadas teve impacto direto na vida familiar, nomeadamente na vida das crianças. Assim, se por um lado, trouxe visíveis benefícios na propagação, difusão e modernização dos Direitos das Crianças, por outro veio suscitar problemas em matéria de lei aplicável e competência jurisdicional. Esta problemática de matriz social, relaciona-se com o facto das famílias se terem tornado transnacionais, pelo facto dos pais, ou as crianças, terem diferentes nacionalidades ou residirem habitualmente em países distintos. Por isso, como consequência de uma nova e ampla conceção de família e das relações que se estabelecem entre os seus membros reflexo das modificações sociais, culturais e políticas o Direito da Família tem sofrido inúmeras alterações.

No final do século XX o Direito Internacional Privado interliga-se com o Direito da Família como forma de resolver estas situações de conflito entre as diferentes normas nacionais. Esta intromissão do Direito Internacional Privado surge das dificuldades colocadas na determinação da lei competente face a uma crescente vida internacional, cujo começo nos remete para as imigrações da Europa intensivas até ao início do século e que se traduziram num aumento de situações de plurinacionalidade. A particularidade em conceber um Direito Internacional da Família está intimamente ligada ao facto de estarmos perante um Direito em constante mutação. Resultado da sua dependência pela própria evolução social, familiar e individual⁶², e do próprio fenómeno mundial de incessante interligação

⁶² Por visar a protecção e satisfação coletiva a família destaca-se de entre os outros agrupamentos sociais típicos, contudo, segundo o Prof. Doutor Miguel Teixeira de Sousa esta característica do Direito da

entre os indivíduos que se traduz num crescente número de casos internacionais e numa maior área problemática deste Direito. Assim, o facto da Lei não conseguir acompanhar esta internacionalização do Direito Internacional Privado da Família pode suscitar efeitos prejudiciais, nomeadamente, gerando novas situações de conflito em vez de gerar soluções (RAMOS, 2016).

A internacionalização e individualização da família, aliada ao aumento de divórcios e uniões de facto, fez com que a criança e a família se confrontassem com diversos desafios, que provocaram a necessidade de repensar a regulação das relações familiares, através da intervenção do Direito Internacional e Europeu.

1.2. A europeização e a internacionalização do Direito Internacional Privado da Família

1.2.1. Da europeização do Direito da Família

Embora a evolução do Direito da Família não tenha sido feita da mesma forma e ao mesmo tempo em todos os países europeus, dado as suas diferenças culturais, a crescente homogeneidade legislativa internacional na área da família, aliada à tendência de importação de soluções ditas como mais avançadas provenientes de ordenamentos estrangeiros culmina na existência de um Direito da Família Europeu (PINHEIRO, 2015).

Tal como explica o Prof. Doutor Rui Ramos a visível convergência legislativa na área da Família, entre os vários Estados europeus, resulta sobretudo na designada, por este autor, “constitucionalização do direito internacional privado”, ou seja, da afirmação da sensibilização do direito internacional privado aos princípios constitucionais. Resultado de à semelhança do que ocorreu com a Constituição de 1976, a grande parte das Constituições democráticas europeias do

Família tem vindo a perder força, dando local à “individualização” familiar, resultado do enaltecimento do indivíduo, colocando-se a família ou serviço deste e não o oposto. Resultado da “desinstitucionalização” do Direito da Família e do alargamento do espaço de autorregulamentação que é concedido aos membros da família.

pós-guerra consagram os direitos sociais com a mesma dignidade constitucional dos direitos de segunda geração. Assim, através do art. 16.º, n.º 2 da CRP pretende-se clarificar e alargar o catálogo de direitos

No início do século XXI, de modo a conjugar os Tratados na altura existentes e com vista a uma uniformização do Direito da União Europeia, tentou-se elaborar uma Constituição Europeia. Contudo, devido às inúmeras reservas dos Estados Membros conexas à preservação da sua idiossincrasia jurídica própria, nomeadamente em matéria do Direito da Família, o projeto não foi realizado (PINHEIRO, 2015). Em sua vez, surge em 2000, embora só venha a ter efeitos vinculativos em 2009, com a aprovação do Tratado de Lisboa, a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia. Dividida em seis temas decorrentes das próprias tradições constitucionais comuns aos Estados Membro, estas representam, no seu todo, os direitos fundamentais do cidadão da União Europeia. Entre as temáticas consagradas importa salientar os seguintes artigos, por diretamente implicarem a matéria em apreço: quanto às liberdades, os arts. 7.º (Respeito pela vida privada e familiar) e 9.º (Direito de contrair casamento e de constituir família), quanto à igualdade, o art. 24.º (Direitos das crianças) e quanto à solidariedade, os arts. 32.º (Proibição do trabalho infantil e proteção dos jovens no trabalho) e 33.º (Vida familiar e vida profissional).

Uma nova tentativa é feita em 2001, no sentido de aproximar os Direitos da Família dos vários Estados Europeus, com a criação da Comissão de Direito da Família Europeu, é feita no sentido de aproximar os Direitos da Família dos vários Estados Europeus, desta vez, não colocando em causa as suas diferenças culturais. O objetivo primordial desta Comissão era a formulação de princípios de concordância entre os Estados Membros, sem qualquer efeito vinculativo, na área do Direito da Família e das Crianças. O resultado primário pretendido de todo o processo era que os legisladores nacionais acolhessem os mencionados princípios (PINHEIRO, 2015).

A europeização do Direito Internacional Privado da Família é também consequência da própria evolução do Direito Europeu no âmbito da integração

européia no qual se destaca o princípio da cidadania da União, consagrado no art. 21.º n.º 1 do Tratado de Funcionamento da União Europeia (doravante TFUE).

De acordo com este princípio, todos os cidadãos de Estados Membros da União Europeia são *ipso iure* cidadão da União Europeia. Ou seja, o cidadão europeu passa a ser um “duplo” cidadão, na medida em que à cidadania do Estado Membro acresce a cidadania da União. A este “estatuto” está inerente um vasto catálogo de direitos, nos quais se destaca o direito de livre circulação, que tem sido amplamente desenvolvido jurisprudencialmente. As várias decisões do Tribunal da Justiça Europeu (doravante TJE) oferecem um entendimento claro no que toca a entraves ao direito de livre circulação no sentido de enfatizar a necessidade de proteção e estabilização dos interesses dos cidadãos da União. Embora, aparentemente, fora do domínio da competência da União Europeia, que numa primeira fase circunscrevem-se aspetos específicos da competência da União, como a liberdade de se estabelecer, fixar e trabalhar. Contudo previsivelmente, acaba por ter repercussões na vida familiar e nas relações entre os seus membros (RAMOS, 2016). Por força do desenvolvimento do direito à liberdade de circulação, muito tem o TJE contribuído para a evolução do Direito da Família Europeu.

O caso Kunqian Catherine Zhu e Man Lavette Chen contra Secretary of State for the Home Department,⁶³ e o caso *Carlos Garcia Avello contra Estado Belga*⁶⁴ são exemplos, embora diferentes, disso. O primeiro veio favorecer a proteção familiar e o desenvolvimento da criança ao permitir que os pais, cidadãos de um Estado terceiro, da criança, cidadã europeia, possam com esta residir num Estado Membro. Este direito foi afirmado no pressuposto de que a proibição do Direito de residência aos pais seria um entrave ao direito de livre circulação da criança, dado ser previsível a criança, por condição óbvia, necessitar do cuidado destes. No segundo caso, considerou-se ser contrário ao direito de livre circulação

⁶³ Caso C-200/02 disponível in <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?qid=1597714474056&uri=CELEX:62002CJ0200>

⁶⁴ Caso C-148/02, disponível in <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:62002CJ0148>

de um cidadão da União a recusa por um Estado-Membro em deferir um pedido de alteração de apelido com base no argumento de ser essa decisão a mais adequada e favorável a uma integração da pessoa nesse Estado. O pedido foi apresentado pelos pais em representação dos seus filhos residentes num Estado Membro e com dupla nacionalidade desse Estado e de um Estado terceiro, onde nasceram, e tem como objetivo dar às crianças o direito a ter o apelido conforme o permitido pelo Estado Membro onde nasceram. Assim se conclui que a integração de um cidadão num Estado-Membro deve ser entendida na sua plenitude, privilegiando-se sempre a integração europeia. Isto veio favorecer a uniformização e harmonização do Direito Europeu, por se entender que mesmo que a situação em causa verse sobre matéria da competência exclusiva de um Estado-Membro, este deve, no seu exercício, respeitar o cumprimento do Direito da União Europeia, nomeadamente o direito de livre circulação e residência do cidadão europeu.

1.2.1.1. Os Regulamentos da União Europeia como instrumento de Direito Europeu da Família.

A partir do início do século XXI, é notório que o Direito Europeu também se preocupou pelas questões da família transfronteiriça, uma vez que foram aprovados vários atos legislativos europeus – em particular, Regulamentos da União Europeia, (ato que por natureza goza de aplicabilidade direta nos Estados Membros), com incidência familiar, ainda que não versem materialmente sobre o Direito da Família.

Podemos dividir estes Regulamentos da União Europeia três tipos: Os Regulamentos em matéria de lei aplicável, os Regulamentos em matéria de competência jurisdicional e reconhecimento de sentenças aplicável, e os Regulamentos “Transversais”.

Os primeiros regulam qual a lei aplicável a determinada situação familiar transfronteiriça, substituindo a lei nacional quando existem regras de conflito. Em

matéria familiar, importa referir, como exemplo, o Regulamento em matéria de divórcio e separação judicial⁶⁵.

Os segundos visam fixar qual o Estado-Membro competente para decidir uma questão controvertida em matéria de Direito da Família, e facilitar o reconhecimento e execução das respetivas decisões noutro Estado Membro. Neste âmbito destacam-se, como exemplos, o Regulamento em matéria de responsabilidade parental e rapto internacional de crianças⁶⁶ e os Regulamentos em matéria matrimonial e em matéria de responsabilidade parental^{67/68}.

Os últimos têm funções equivalentes às dos primeiros dois, em matéria específica, como é exemplo o Regulamento em matéria de regimes matrimoniais⁶⁹.

1.2.2. Da Internacionalização do Direito da Família

A cooperação entre Estados-Membros e terceiros, por existir entre estes uma ligação histórica ou cultural⁷⁰ e conseqüentemente uma maior tendência de circulação de pessoas entre estes Estados, levou a que se proliferassem os acordos bilaterais ou multilaterais de cooperação jurídica e judiciária, que visavam a criação de mecanismos de facilitação e agilização em matéria de reconhecimento e execução de decisões⁷¹ (RAMOS, 2016). Esta cooperação internacional também

⁶⁵ Regulamento (UE) n.º 1259/2010 do Conselho, de 20 de dezembro de 2010, que cria uma cooperação reforçada no domínio da lei aplicável em matéria de divórcio e separação judicial.

⁶⁶ Regulamento (UE) n.º 2019/1111 do Conselho de 25 de junho de 2019 relativo à competência, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria matrimonial e em matéria de responsabilidade parental e ao rapto internacional de crianças.

⁶⁷ Regulamento (CE) n.º 2116/2004 do Conselho de 2 de dezembro de 2004 que altera o Regulamento (CE) n.º 2201/2003 relativo à competência, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria matrimonial e em matéria de responsabilidade parental, e que revoga o Regulamento (CE) n.º 1347/2000, em relação aos tratados com a Santa Sé.

⁶⁸ Regulamento (CE) n.º 2201/2003 do Conselho de 27 de novembro de 2003 relativo à competência, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria matrimonial e em matéria de responsabilidade parental e que revoga o Regulamento (CE) n.º 1347/2000.

⁶⁹ Regulamento (UE) 2016/1103 do Conselho de 24 de junho de 2016 que implementa a cooperação reforçada no domínio da competência, da lei aplicável, do reconhecimento e da execução de decisões em matéria de regimes matrimoniais.

⁷⁰ Tal como sucede, devido à colonização Portuguesa, entre Portugal e os Países Angolanos de Língua Oficial Portuguesa (doravante PALOP) ou entre Portugal e o Brasil.

⁷¹ Cfr. Acordo de cooperação jurídica e judiciária entre a República Portuguesa e a República de Angola, de 30 de agosto de 1995; Acordo de cooperação jurídica e judiciária entre a República Portuguesa e a República de Moçambique, de 12 de abril de 1990; ; Acordo de cooperação jurídica e judiciária entre a

se acentua devido ao desenvolvimento do Direito Convencional provocado pela infinidade de organizações e outras instituições que visam regular questões de cooperação internacional, nas mais diversas matérias. As mais relevantes são a Organização das Nações Unidas (doravante ONU), o Conselho da Europa, a Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Económico, a Organização Marítima Internacional, a Comissão Internacional do Estado Civil, a Organização Mundial do Comércio, entre outras.

Foi através do Direito Convencional - nomeadamente através das Convenções de Haia- que começa o processo de internacionalização do Direito Internacional Privado da Família, resultado desta ânsia de cooperação internacional entre Estados, apesar de existirem também acordos bilaterais e multilaterais intimamente ligados com esta matéria⁷².

1.2.3. As Convenções de Haia como instrumento de Direito Internacional Privado

Quanto ao Direito Convencional, a respeito do Direito da Família, importa salientar a organização da Conferência da Haia de Direito Internacional Privado. Esta organização inter-governacional foi criada oficialmente em 1955⁷³ e tem sede em Haia, sendo uma das mais antigas organizações em funcionamento.

Esta Convenção tem o objetivo de unificação do Direito Internacional Privado, versa sobre a problemática dos conflitos de leis e de jurisdições através da promoção de soluções pacíficas, eficazes e eficientes. Desde 1893 até agora a organização adotou mais de quarenta Convenções Internacionais⁷⁴. principalmente

República Portuguesa e a Republica de Cabo Verde, de 2 de dezembro de 2003; e Acordo de cooperação jurídica e judiciária entre a República Portuguesa e a Republica da Guiné-Bissau, de 5 de julho de 1988.

⁷² Dos quais são exemplo os acordo sobre cobrança de alimentos, nomeadamente o acordo entre o Governo da República Portuguesa e o Governo dos Estados Unidos da América, de 30 de maio de 200 e o acordo entre a República Portuguesa e a República de Cabo Verde, de 3 de março de 1982.

⁷³ Embora o seu início de atuação nos remeta a 1893

⁷⁴ Informação retirada da plataforma da organização, disponível in <https://www.hcch.net/pt/home>.

pelo facto de as Convenções influenciarem os sistemas jurídicos dos Estados⁷⁵, ainda que não sejam membros da organização. Mas também tem incidência fora da Europa e atualmente, conta com 85 membros, sendo 84 países e uma organização e participam nos trabalhos da organização 150 países.

Em matéria de Direito Internacional Privado da Família a Conferência da Haia de Direito Internacional Privado adotou uma dezena de Convenções, dentro das quais se destacam a Convenção de Haia de 1996⁷⁶ (doravante CH em matéria de responsabilidades parentais) e a Convenção de Haia de 1980⁷⁷ (doravante CH em matéria de rapto internacional de crianças).

2. Da regulação transfronteiriça das responsabilidades parentais ao rapto internacional

Como identificado, a regulação das responsabilidades parentais pode resultar do acordo entre os pais, de uma decisão judicial ou diretamente do estatuído pela lei. Atualmente, não só a nível nacional, o entendimento é de que as responsabilidades parentais devem ser exercidas por ambos os pais em comum independentemente do vínculo entre os pais, em especial quanto às questões de particular importância (art. 18.º n.º 1 da Convenção sobre os Direitos da Criança).

Em contexto transfronteiriço, é sem dúvida nesta matéria da regulação das responsabilidades parentais, que se encontra o grande desafio das relações de família, uma vez que é aí que existe uma maior vulnerabilidade da criança a potenciais conflitos parentais.

⁷⁵ Através dos arts. 17.º e 18.º do Regulamento (CE) n.º 2201/2003 do Conselho de 27 de novembro de 2003 (“Bruxelas II bis”) a Convenção de Haia de 25 de outubro de 1980 produz efeitos sobre os Estados Membros.

⁷⁶ Convenção na jurisdição, na lei aplicável, no reconhecimento, na aplicação e na cooperação respetivamente à responsabilidade parental e nas medidas para a proteção das crianças, disponível in <https://www.hcch.net/pt/instruments/conventions/full-text/?cid=70>.

⁷⁷ Convenção sobre os aspetos civis do rapto internacional de crianças, disponível in <https://www.hcch.net/pt/instruments/conventions/specialised-sections/child-abduction>.

Por isso, os instrumentos de Direito internacional que versam sobre a matéria de regulação das responsabilidades parentais e o rapto internacional de crianças adotam noções idênticas entre si, nomeadamente critérios para determinação de competência e critérios de decisão. Esta harmonização jurídica demonstra que tem existido um espírito transversal de unificação e uma ponderosa preocupação pelo efetivo cumprimento dos Direitos da criança, consagrados na Convenção sobre os Direitos da Criança.

Entre os instrumentos europeus e internacionais com incidência sobre esta matéria, destacam-se pela sua maior relevância a CH em matéria de responsabilidades parentais, a CH em matéria de rapto internacional de crianças e o Regulamento (CE) n.º 2201/2003 do Conselho de 27 de novembro de 2003 relativo à competência, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria matrimonial e em matéria de responsabilidade parentais (doravante Bruxelas II bis), assim neste ponto irei forçar-me nestes instrumentos.

2.1. Instrumentos em matéria de responsabilidades parentais

A Convenção de Haia em matéria de responsabilidades parentais entrou em vigor em 1 de janeiro de 2002, sendo que a sua última atualização foi em 9 de dezembro de 2019, aplica-se nos seguintes países: Albânia, Arménia, Austrália, Áustria, Barbados, Bélgica, Bulgária, Croácia, Cuba, Chipre, República Checa, Dinamarca, República Dominicana, Equador, Estónia, Fiji, Finlândia, França, Geórgia, Alemanha, Grécia, Guiana, Honduras, Hungria, Irlanda, Itália, Letónia, Lesoto, Lituânia, Luxemburgo, Malta, Mónaco, Montenegro, Marrocos, Países Baixos, Nicarágua, Noruega, Paraguai, Polónia, Portugal⁷⁸, Roménia, Federação Russa, Sérvia, Eslováquia, Eslovénia, Espanha, Suécia, Suíça, Perú, Ucrânia, Reino Unido da Grã-Bretanha e Irlanda do Norte, Uruguai⁷⁹.

⁷⁸ Entrou em vigor no nosso país desde 2011 cfr. o Decreto n.º 52/2008, de 13 de novembro.

⁷⁹ Foi assinada ainda pelos Estado- Unidos da América, a República Macedónia do Norte e o Canadá.

Por sua vez o Bruxelas II bis entrou em vigor a 1 de agosto de 2004 e pela sua natureza, tem aplicabilidade direta em todos os países da União Europeia⁸⁰, à exceção da Dinamarca⁸¹.

Estes instrumentos visam regular a competência jurisdicional, o reconhecimento e a execução o de decisões em matéria matrimonial e em matéria de responsabilidade parental.

Não obstante ao facto de o regime do Bruxelas II bis prevalecer sobre as disposições convencionais, nomeadamente as Convenções de Haia, nos termos art. 60.º do Bruxelas II bis, a relação entre o Regulamento e as Convenções de Haia deve ser entendida como complementar (art. 61.º e 62.º n.º 1 do Bruxelas II bis). Como tal, devem ser feitas algumas considerações quanto ao modo e em que termos é feita a articulação entre este Regulamento e os instrumentos internacionais de maior relevância – as Convenções de Haia - no âmbito da matéria em estudo.

Assim, aplicar-se-á o Direito convencional sempre que a matéria em causa não seja regulada pelo Bruxelas II bis. Contudo, existe um regime especial de complementaridade reduzida em relação à Convenção de Haia em matéria de responsabilidades parentais. O art. 61.º do Bruxelas II bis consagra que o Regulamento se aplica sempre que a residência habitual da criança se localize num Estado-membro, ou, independentemente da residência da criança, esteja em causa uma decisão de um Estado-Membro. Isto significa que a Convenção de Haia em matéria de responsabilidades parentais só se aplica quando a criança resida num Estado Contratante não membro da União Europeia.

A Convenção e o Bruxelas II bis, logo nos seus arts. 5.º e 8.º, n.º 1, respetivamente, vêm definir como critério atributivo de competência a residência

⁸⁰ Nomeadamente em Portugal.

⁸¹ Cfr §31 do Bruxelas II bis.

habitual da criança. O critério, embora já não muito recente⁸², assenta na residência habitual como forma de determinar a lei aplicável. O mesmo merece especial destaque neste âmbito, porque é amplamente utilizado para determinação da competência em matérias relacionadas com a regulação das responsabilidades parentais. O mesmo demonstra uma crescente preferência pela residência habitual, em detrimento da clássica preferência pela lei nacional, ou seja, pela lei da nacionalidade dos intervenientes, o que vem demonstrar os impactos da internacionalização e evolução⁸³ do Direito da Família. Ele procura, assim, dar uma resposta mais eficaz à crescente realidade das relações familiares plurilocalizadas - em contexto europeu, incentivadas pelo direito de livre circulação - e demonstra que a opção pela nacionalidade se tornou insuficiente, não sendo mais verdade que seja a lei nacional aquela com a qual o nacional tem maior conexão (RAMOS, 2016).

A CH em matéria de responsabilidades parentais, nos seus arts. 1.º al. c) e 3.º al. b) *in initio*, bem como o Bruxelas II bis, no seu art. 2.º n.º 7, referem que devem ser incluídos no conceito de responsabilidades parentais o direito de guarda e o direito de visita.

Consequentemente, já os referidos artigos da CH em matéria de responsabilidades parentais e o art. 2.º n.º 9 do Bruxelas II bis parecem adotar um entendimento amplo de “guarda” no que diz respeito ao exercício das responsabilidades parentais, em que se compreende os direitos em relação ao cuidado da pessoa da criança, o que a nível nacional nos remete para a ideia de exercício das responsabilidades parentais relativas aos atos da vida corrente da criança, e o direito de determinação de residência.

⁸² A Convenção de Haia de 1996, que veio substituir a Convenção de Haia de 1902, é o primeiro instrumento internacional que, em detrimento do critério da nacionalidade, elege a residência habitual da criança como critério atributivo, cfr. in <https://www.hcch.net/pt/instruments/conventions/full-text/?cid=39>.

⁸³ Relembrar que ao longo do tempo as fontes do Direito da Família têm mudado, numa primeira fase privilegiava-se as fontes canónicas. Numa segunda fase, devido à laicização dos Estados e consequente independência do carácter sacramental da família, privilegiava-se as fontes nacionais. E, agora as fontes privilegiadas são efetivamente as de cariz internacional, muito devido à desinstitucionalização, consequência da crescente globalização (SOUSA, 2016).

Considerando que o art. 18.º n.º 1 da Convenção sobre os Direitos da Criança dispõe que cabe aos pais o exercício comum das responsabilidades parentais, nos casos transfronteiriços de separação dos pais, sendo impossível o exercício conjunto quanto aos atos da vida corrente da criança, existe a presunção de que os atos de particular importância devem ser exercidos em comum.

Ora, como vimos, o direito de determinação da residência é uma questão de particular importância – o que implica que esta questão deve ser decidida em comum acordo, ou seja, que o pai guardião que exerce os atos de vida corrente da criança não tem competência para determinar unilateralmente a sua residência.

Devido ao distanciamento físico entre as residências dos pais torna-se difícil a determinação de um regime de “guarda” com residência alternada⁸⁴ como tal, urge a necessidade de assegurar o direito de visita além-fronteiras, de modo a garantir o consagrado no art. 9.º da Convenção sobre os Direitos da Criança. Este parece ser o entendimento seguido pelos instrumentos em análise visto que incluem como objeto de regulação o direito de visita⁸⁵.

O direito de visita é entendido como abrangendo também o direito do pai não guardião de levar a criança, por um período limitado de tempo, para outro local que não aquele da sua residência habitual (cf. art. 3.º al. b) *in fine* da CH em matéria de responsabilidades parentais e art. 2.º n.º 10 do Bruxelas II bis). Ora, embora, esta definição assente em dois pressupostos: o período de tempo limitado e a deslocação da criança da sua residência habitual, a formulação não foi a melhor, pois dá a entender que o direito de visita é um direito dos pais, nomeadamente do pai não guardião. É importante voltar a salientar que este direito é um direito da criança, mas para que seja garantido à criança o direito de convivência com o pai

⁸⁴ Apesar da residualidade e excecionalidade de casos internacionais de residência alternada, considero que nada obsta a que, ainda que por acordo, e mediante profunda fundamentação atendendo ao superior interesse da criança, seja possível a fixar um regime de guarda compartilhada, ou seja, o exercício conjunto das responsabilidades parentais com residência alternada, que pode ser, por exemplo, alternada anualmente ou alternada mediante os tempos letivos da criança.

⁸⁵ Cfr. arts. 1.º al. c) e 3.º al. b) *in initio* da CH em matéria de responsabilidades parentais e o art. 2.º n.º 7 do Bruxelas II bis.

não guardião, é necessário que a este lhe seja reconhecido o direito de deslocar a criança do Estado da sua residência habitual para outro.

No que diz ainda respeito ao direito de visita, como referido em cima, o critério geral de atribuição de competência é o critério da residência habitual da criança, segundo este quando haja uma alteração legal da residência da criança, o Estado competente para decidir sobre a regulação das responsabilidades parentais e, conseqüentemente, sobre o direito de visita, é o Estado da “nova” residência da criança. Perante estas situações o Bruxelas II bis, no art. 9.º n.º 1, faz uma exceção a este critério, prolongando⁸⁶ a competência dos Tribunais do Estado-Membro da “anterior” residência da criança de modo a que o Estado que proferiu decisão sobre as responsabilidades parentais possa ser também competente para decidir sobre as alterações ao direito de visita. Este prolongamento da competência originária limitada às questões de alteração do direito de visita demonstra uma “superproteção” dada pelo Bruxelas II bis ao direito de visita, porque permite ao progenitor não guardião uma maior garantia de segurança face às suas expectativas jurídicas já estabelecidas e uma facilitação de acesso aos meios competentes de forma a garantir o cumprimento das visitas.

Apesar de existir instrumentos como a CH em matéria de responsabilidades parentais e o Bruxelas II bis que se destinam a prevenir situações de incerteza jurídica e de elevada perigosidade para a criança, o incentivo à existência de um mundo sem fronteiras aliada ao sentimento crescente de individualização dos membros da família em relação a esta, ao que se junta o aumento de divórcios, uniões de facto rompidas e situações em que os pais não vivem em condições análogas aos dos cônjuges, resultam na existência de situações em que um dos pais decide pelo rapto internacional do próprio filho.

⁸⁶ Durante um período de três meses após a deslocação

2.2. Instrumentos em matéria de rapto internacional de crianças

De entre os instrumentos que visam regular, prevenir e atuar perante situações de rapto internacional de crianças, merece especial destaque a CH em matéria de rapto internacional de crianças e o Bruxelas II bis.

A CH em matéria de rapto internacional entra em vigor 1 de dezembro de 1983, aplica-se nos seguintes países: África do Sul, Albânia, Alemanha, Andorra, Argentina, Arménia, Austrália, Áustria, Bahamas, Barbados, Bélgica, Belize, Bolívia, Bósnia e Herzegovina, Brasil, Bulgária, Burkina Faso, Canada, Cazaquistão, Chile, Chipre, Colômbia, República da Coreia, Costa Rica, Croácia, Cuba, Dinamarca, El Salvador, Equador, Eslováquia, Eslovênia, Espanha, Estados Unidos da América, Federação Russa, Fiji, Filipinas, Finlândia, França, Gabão, Geórgia, Grécia, Guatemala, Guiana, Guiné, Honduras, Hungria, Iraque, Irlanda, Islândia, Israel, Itália, Jamaica, Japão, Lesoto, Letônia, Lituânia, Luxemburgo, Malta, Maurícias, México, Mónaco, Montenegro, Marrocos, Nicarágua, Noruega, Nova Zelândia, Países Baixos, Panamá, Paquistão, Perú, Paraguai, Polónia, Portugal⁸⁷, Reino Unido da Grã-Bretanha e Irlanda do Norte, República Checa, República da Macedônia do Norte, República da Moldávia, República Dominicana, Roménia, Sanmarino, São Cristóvão e Nevis, Sérvia, Seychelles, Singapura, Sri Lanka, Suécia, Suíça, Tailândia, Trinidad e Tobago, Tunísia, Turquemenistão, Turquia, Ucrânia, Uruguai, Uzbequistão, Venezuela, Zâmbia e Zimbabué.

Esta Convenção tem como objetivos assegurar o regresso imediato das crianças ilicitamente deslocadas ou retidas, e cumulativamente, fazer reconhecer as decisões dos Estados contratantes, bem como assegurar a proteção do direito de visita (art. 1.º da Convenção). É aplicável quando esteja em causa a criança, com idade inferior a 16 anos, residente habitualmente num Estado Contratante (art. 4.º da Convenção).

⁸⁷ Entrou em vigor no nosso país desde 1983 cfr. o Decreto do Governo n.º 33/83, de 11 de maio.

Quanto à Convenção de Haia em matéria de rapto internacional de crianças o Bruxelas II bis demonstra existir, não só uma complementaridade, como uma interligação e interdependência, o que se denota pelo facto de o Regulamento fazer referência⁸⁸ à Convenção em maior parte das normas que dispõe sobre o rapto da criança.

Considera-se rapto internacional a remoção ou retenção indevida da criança resultante de uma violação do direito de guarda sobre a criança, desde que este, no momento da remoção ou retenção, estivesse a ser exercido ou teria sido efetivamente exercido se não fosse a criança removida ou retida (cf. da 7.º n.º 2 CH em matéria de responsabilidades parentais, art. 3.º da CH em matéria de rapto internacional de crianças e art. 10.º do Bruxelas II bis)

De salientar que esta situação não inclui apenas os casos de violação do direito de guarda⁸⁹, mas também os casos em que existe uma violação do direito de visita. São exemplos da violação do direito de visita os casos em que o pai guardião não permite que a criança seja visitada, retendo-a ilicitamente num outro Estado, mas também os casos em que o pai guardião viola o primeiro pressuposto do direito de visita (período de tempo limitado), retendo assim, por um período de tempo ilimitado⁹⁰, a criança num Estado diferente daquele onde tem a sua residência habitual.

O segundo pressuposto para que se verifique uma situação de rapto internacional é o de que o direito de guarda estivesse a ser exercido ou teria sido efetivamente exercido se não fosse a criança removida ou retida. Ora, seguindo o nosso entendimento sobre como deve ser interpretado o direito de guarda, para que se verifique o segundo pressuposto basta que se prove que a criança mantinha contacto e convivia com o progenitor que não deslocou ou reteve a criança ilicitamente (SOUSA, 2013).

⁸⁸ Cfr. art. 11.º n.ºs 1, 2, 4, 6 e 8 do Bruxelas II bis.

⁸⁹ Casos em que o exercício das responsabilidades parentais é conjunto e um dos pais (seja o guardião seja o não guardião) decide unilateralmente deslocar a criança da sua residência habitual.

⁹⁰ Com vista a que pelo decurso de tempo, a criança ganhe residência habitual neste novo Estado.

Tendo em conta que estas situações impõem uma cooperação entre Estados, urge a necessidade de criação de mecanismos de agilização processual e facilitação de ação. Assim, e de modo a atingir com maior celeridade os objetivos propostos, esta Convenção determina que cada Estado Contratante designe uma autoridade central⁹¹, a qual deve, em articulação com as dos demais Estados-Parte, receber, coordenar e responsabilizar a condução do processo (art. 6.º e 7.º da Convenção).

Para que sejam acionados os mecanismos da Convenção, primeiramente tem de existir uma participação do rapto internacional. A Convenção pode ser acionada por qualquer pessoa, instituição ou organismo que julgue que uma criança tenha sido deslocada ou retirada em violação de um direito de guarda ou de visita (art. 8.º da Convenção). Essa participação deve ser remetida, quer diretamente, quer indiretamente⁹² à autoridade central da residência habitual da criança (art. 8.º e 9.º da Convenção).

O facto de a Convenção permitir a qualquer pessoa a participação de situações de rapto internacional de crianças, possibilita a sua aplicação ainda que os pais não o queiram, o que no meu entendimento é muito positivo, pois a centralidade deve estar na criança e não nos pais e nas suas vontades. À criança deve ser garantido o direito de convívio com ambos os progenitores, ainda que para estes a questão seja indiferente ou o recusem, porque as responsabilidades parentais são irrenunciáveis e intransmissíveis.

De modo a evitar novos danos à criança, ou prejuízos às partes interessadas, a convenção determina que, primeiramente, se deverá proceder a uma fase pré-contenciosa com natureza consensual. Nesta fase, as autoridades centrais dos Estados Contratantes em causa devem, ao abrigo do art. 10.º tomar as medidas adequadas no sentido de possibilitar às partes a reposição voluntária da situação ilícita, sem que seja necessária a intervenção judicial.

⁹¹ Em Portugal a autoridade central é a Direção-Geral de Reinserção e Serviços Prisionais.

⁹² Casos em que a participação é prestada à autoridade central de outro Estado Contratante que não o da residência habitual da criança.

Só no caso de não se mostrar alcançável esta conciliação é que é chamada à colação a intervenção judicial⁹³ a qual deve ordenar o regresso imediato da criança ao Estado Contratante onde tem residência habitual, como forma de reposição da legalidade - objetivo primordial da Convenção. Contudo, o Estado Contratante para o qual a criança tenha sido deslocada ou no qual tenha sido retida tem o poder de se opor a este regresso, desde que essa decisão seja devidamente justificada e fundamentada por se verificar alguma das situações tipificadas no art. 13.º da Convenção - sendo estas: a prova de que a pessoa que faz o pedido de regresso da criança não exercia efetivamente o direito de guarda no momento da transferência ou retenção ou que havia consentido ou concordado com esta; haja um risco grave de a criança no seu regresso ficar sujeita a riscos de ordem física ou psíquica, ou de qualquer outro modo a ficar numa situação intolerável; por fim, se verificar-se que a criança se opõe ao regresso, quando esta tenha idade e maturidade suficientes para que se leve a tomar em consideração tais opiniões sobre o assunto.

Quanto à questão da audição da criança, julgo relevante acrescentar que no âmbito neste tipo de processos deve, na minha opinião, e segundo o art. 12.º da Convenção sobre os Direitos da Criança, ser sempre ouvida a criança de modo a aferir com melhor exatidão qual a melhor decisão e a que mais protege o seu superior interesse. Neste sentido parece ir também o Bruxelas II bis pelo facto de, nos termos do seu artigo 11.º n.º 2, referir que o Estado da residência atual da criança deve, antes de proferir decisão sobre o seu regresso, providenciar a oportunidade de esta ser ouvida.

Apesar do Bruxelas II bis reconhecer ao Estado da “nova” residência da criança o poder de este se opor ao regresso da criança, ao abrigo das situações acima elencadas, nos termos do art. 11.º n.º 4, esta oposição não pode ser decretada

⁹³ Embora, as autoridades judiciais do Estado Contratante para onde a criança tenha sido levada ou onde esteja retida não possam tomar decisões sobre o fundo do direito de guarda (art. 16.º da Convenção), como estamos perante uma jurisdição voluntária e porque a Convenção privilegia a voluntariedade em detrimento da obrigatoriedade decisória, nada parece obstar a que o Tribunal, quando haja condições para tal, facilite a obtenção de um acordo entre os pais quanto ao direito de guarda da criança.

quando, ainda que o regresso da criança implique um grave risco desta ficar sujeito a perigos de ordem física ou psíquica, se se provar que foram tomadas medidas adequadas para garantir a sua proteção após o regresso. E, mesmo que o Estado tenha obstado ao regresso da criança, nos termos do art. 13.º, o Bruxelas II bis, no seu art. 11.º n.º 8, dispõe que uma decisão posterior que ainda assim exija o regresso da criança prevalece sobre a primeira decisão.

Este “ping-pong” de decisões a que o Regulamento “abre a porta”, a meu ver, colide com consagrado no art. 3.º da Convenção sobre os Direitos da Criança, na medida em que se o Regulamento reconhece duas decisões opostas é porque uma delas não foi tomada tendo em conta o interesse superior da criança. O que mais grave será, se a decisão que não tomou em conta a prevalência do interesse superior da criança é a do último Estado-Membro a pronunciar-se, dado que essa decisão teria por base um aspeto apenas formal de reposição da legalidade.

A celeridade exigida pela Convenção e pelo Regulamento a este tipo de processos suscita alguns problemas que colidem com a efetivação dos Direitos das crianças, por isso cabe da minha parte algumas considerações sobre o tema. A primeira consideração é feita tendo em conta o art. 11.º da Convenção e o art. 11.º n.º 3 do Bruxelas II bis, que parece considerar como prazo razoável de decisão, aquela que ocorra antes de se concluírem 6 semanas, tendo em conta a data em que o processo foi entregue às autoridades judiciais. Decorrendo este prazo, considera-se legítimo o pedido de declaração sobre as razões da demora, o qual se considera justificado desde que se prove que o Estado Contratante competente adotou e continua a adotar procedimentos de urgência.

No caso *Maire contra Portugal*⁹⁴, o Estado Português foi condenado porque não ter desenvolvido os esforços adequados e suficientes com vista ao regresso da

⁹⁴ Caso *Maire c. Portugal*, Acórdão de 26 de junho de 2003. Neste caso a regulação das responsabilidades parentais foi decidida pelo tribunal de *Bensançon* que atribuiu ao pai a guarda exclusiva do filho e à mãe o direito de visita. A criança (com dois anos de idade) foi trazida pela mãe para Portugal, em 3 de junho de 1997. O pedido de regresso foi apresentado em 5 de junho de 1997. A criança foi localizada em dezembro de 2001. Contudo as autoridades portuguesas nunca conseguiram entrar em contato com a mãe apesar das várias notificações realizadas pelas mesmas. Consequentemente, o regresso nunca foi ordenado, tendo sido a criança confiada à mãe pelo Tribunal de Cascais. Como tal e independentemente

criança. Contudo, as autoridades judiciárias competentes adotaram todos os procedimentos de urgência exigidos pelo art. 11.º da Convenção. Isto demonstra que o comportamento – não cooperante - do progenitor que retém ou desloca a criança ilicitamente, afeta gravemente o processo e que, ainda não existem mecanismos suficientes para garantir que o superior interesse da criança prevaleça sobre os interesses individuais dos pais⁹⁵.

A segunda consideração a fazer remete-nos para o consagrado no art. 12.º da Convenção, que faz uma distinção, quanto ao modo de proceder, entre os processos que tenham início antes de perfazer um ano face ao rapto (caso em que deverá ser ordenado o regresso imediato da criança), e os que tenham início um ano ou mais depois do rapto (situações em que deverá ordenada o regresso da criança, salvo se prove que esta já se encontra integrada no “novo” Estado de residência). Esta distinção é feita por existir a presunção ilidível de que a criança, após um certo decurso de tempo, já se encontra integrada no “novo” Estado, existindo assim uma consolidação da situação de ilegalidade. Não considero que seja justificável proceder deste modo perante tais situações, porque, por um lado a integração da criança num local, a meu ver, não deriva diretamente do decurso de tempo, mas sim da presença dos vinculadores com a criança, que lhe transmitem segurança e conforto face àquele local⁹⁶. Por outro lado, a data de início do processo de regresso da criança ao abrigo desta Convenção não me parece um critério ponderado, pois não tem em conta a dinâmica familiar do pós-rapto.

A minha primeira afirmação resulta do facto de constatar que, normalmente, como se pode verificar pela matéria de facto provada no Ac. STJ, proc. n.º

da margem de apreciação reconhecida ao Estado, conclui-se que as autoridades portuguesas não desenvolveram esforços adequados e suficientes para fazer cumprir o direito do requerente ao regresso do seu filho.

⁹⁵ Esta última consideração vale igualmente para os casos de rapto internacional da criança constantes e sistemáticos, ou seja, quando um dos pais desloca a criança, primeiramente para o Estado X, depois para o Estado Y e assim sucessivamente, impossibilitando a tramitação normal do processo.

⁹⁶ Veja-se o seguinte exemplo, uma criança é desloca ilicitamente do Estado X para o Estado Y e passado um ano e meio dessa deslocação o processo de regresso da criança tem início, concluindo-se pela oposição ao regresso da criança ao Estado X, com base no segundo paragrafo do art. 12.º da Convenção. Três anos mais tarde a criança é retida ilicitamente no Estado Y, e passados 2 anos dessa retenção o processo de regresso da criança é iniciado, volta-se a considerar lícita a oposição ao regresso da criança com base no segundo paragrafo do art. 12.º da Convenção?

622/07.9TMBRG.G1.S1, de 24/06/2010, relator Maria dos Prazeres Pizarro Beleza e pela história de Frederik Salomons, a deslocação ou retenção da criança resultante de uma violação do direito de guarda, numa primeira fase, é desconhecida ou até conhecida mas minimizada por se tratar de uma situação chocante e de difícil gestão, quer numa perspetiva individual, quer numa perspetiva de dinâmica familiar. O facto de já se tratar de uma situação consumada, aliada ao tempo que demora encontrar o mecanismo mais adequado para resolver a questão em causa leva a um início tardio do processo de regresso da criança ao abrigo desta Convenção.

Quanto à consolidação da criança na “nova” residência o Bruxelas II bis parece ter adotado um critério de contagem do tempo, ainda não perfeito, mas mais adequado dado acautelar as situações primárias de desconhecimento face ao ato de rapto da criança e do seu atual paradeiro. Assim, segundo o art. 10.º al. b) do Bruxelas II bis o decurso do prazo de pelo menos um ano deve ser contado tendo em conta o momento em que o titular do direito de guarda tenha tomado ou devesse ter tomado conhecimento do paradeiro da criança. Para além deste critério, o Regulamento parece ser mais exigente do que a Convenção no que diz respeito à consolidação da situação de ilegalidade pois obriga a estar ainda preenchido pelo menos um dos seguintes pressupostos: o titular do direito de guarda não tenha apresentado qualquer pedido de regresso da criança; tenha desistido do pedido de regresso que tenha realizado e não tenha procedido a um novo pedido; que o processo do regresso da criança tenha sido arquivado pelo Tribunal competente; ou que o Tribunal competente tenha proferido decisão sobre a guarda da criança que não coaduna com o regresso da mesma.

CONCLUSÃO

A evolução dos Direitos da criança desde dos seus primórdios até à adoção da Convenção sobre os Direitos da Criança é feita de avanços e recuos, quer no plano social, quer no plano jurídico. Inicialmente, à criança não eram reconhecidos qualquer tipo de direitos, sendo esta vista como um adulto em ponto pequeno. À medida que a sociedade evolui, lentamente, a criança começa a ser vista como um ser débil, que devido à sua vulnerabilidade necessita de proteção especial. Contudo, esta proteção só era notória em algumas áreas, nomeadamente na saúde e na educação da criança.

A criança entra no século XX assim considerada e, por isso, alguns Estados, nomeadamente Portugal, implementam medidas de proteção das crianças. Posteriormente existe uma relevância constitucional da família, e conseqüentemente, vários desenvolvimentos normativos quanto à constituição familiar e à relação dos seus membros, que ainda evidenciavam fortes influências católicas cristãs e de desigualdade de género entre os progenitores.

É devido às grandes guerras mundiais que a criança começa a ganhar um espaço próprio, pois a matéria relativa à proteção da criança era transversal às fronteiras físicas entre Estados, o que fazia dela campo neutro e meio de unificação e pacificação internacional. Tal demonstra que a evolução dos Direitos da criança foi feita com vista a preencher interesses individuais ou coletivos alheios aos objetivos de real consagração destes Direitos. Ora, apesar de existirem direitos formalmente consagrados na Declaração de Genebra, na prática estes não eram implementados de forma efetiva.

A mudança da não implementação, na prática, dos direitos das crianças já consagrados, inicia-se quando as democracias do pós-guerra se desvinculam da igreja, quando passa a existir uma afirmação da igualdade de género entre homens e mulheres, e com a consagração e uma maior notoriedade dos direitos das crianças, passando estes a serem protegidos constitucionalmente. Este processo de

mudança culmina, já no final do século XX, com a aprovação da Convenção sobre os Direitos da Criança.

O século XXI proporciona novos desafios, devidos ao aumento de divórcios e de formas de comunhão de vida diferentes do matrimónio, o que levou o legislador a tentar adaptar estas novas realidades sociais aos direitos das crianças. Com o desenvolvimento da própria ciência, e devido a uma maior investigação na área das crianças, o legislador é obrigado, novamente, a repensar formas de consagração dos direitos das crianças aquando da separação dos pais.

Numa fase inicial deste processo não eram consideradas as consequências infligidas à criança, sendo que, com o desenvolvimento jurídico, científico e de investigação, a criança finalmente começa a adotar um posicionamento central no contexto da separação dos pais.

Paralelamente constata-se que a família se tornou transfronteiriça e plurilocalizada, sobretudo devido à livre circulação de cidadãos dentro da União Europeia, e à formação de relações familiares constituídas por pessoas de diferentes nacionalidades. Face a esta nova realidade, os critérios tradicionais de regulação das relações familiares, em particular das responsabilidades parentais, deixam de ser suficientes para responder aos novos desafios.

Apesar de existirem instrumentos europeus e internacionais que visam acautelar, atuar e regular estas matérias, estes não são capazes de prevenir e responder a todos os desafios introduzidos pelo incessante desenvolvimento de um mundo globalizado.

Estes novos desafios podem consubstanciar-se em verdadeiras provas para a família e conseqüentemente para a posição da criança na família – algumas das quais colocam seriamente em causa o seu superior interesse. Isto acontece, nomeadamente, nos casos de rapto internacional, que acarretam a violação de um dos seus direitos mais fundamentais – o direito a não serem separadas dos seus progenitores.

BIBLIOGRAFIA

ALBUQUERQUE, Catarina – **Os direitos da criança: as nações unidas, a convenção e o comitê**. Lisboa: Gabinete de documentação e direito comparado. Disponível na internet: <http://gddc.ministeriopublico.pt/sites/default/files/os_direitos_crianca_catarina_albuquerque.pdf>.

BARBAS, Stela – **Direito do Genoma Humano**. Coimbra: Edições Almedina, 2016. ISBN 9789724032504.

CÂNCIO, Fernando- *Breve história legal do casamento e do seu fim em Portugal* In **Diário de Notícias** (2008). Disponível na internet: <<https://www.dn.pt/arquivo/2008/breve-historia-legal-do-casamento-e-do-seu-fim-em-portugal-997861.html>>.

CANDEIAS, Marisa; HENRIQUES, Helder - **1911/2011: Um século de Proteção de Crianças e Jovens**. Portalegre: Trabalho apresentado no III Seminário de I&DT, organizado pelo C3i – Centro Interdisciplinar de Investigação e Inovação do Instituto Politécnico de Portalegre, 2012. Disponível na internet: <https://comum.rcaap.pt/bitstream/10400.26/4156/1/Marisa%20Candeias_Helder%20Henriques.pdf>.

CAMPOS, Diogo Leite de; CAMPOS, Mónica Martinez de - **Lições de Direito da Família**. 4.^a Edição revista e atualizada. Coimbra: Edições Almedina, 2018. ISBN 978-972-40-7643-0.

CHAVES, João Queiroga - **Casamento, Divórcio E União De Facto**. Lisboa: Quid Juris, 2009. ISBN 9789727244324.

DROUX, Joëlle - **History of childhood: a state of art**. Disponível na internet: <<https://www.coursera.org/lecture/childrens-rights/2-2-history-of-childhood-a-state-of-the-art-WKPD4>>.

DROUX, Joëlle; MOODY, Zoe - **Children's Rights: Na Interdisciplinary Introduction** Disponível na internet: <<https://www.coursera.org/lecture/childrens-rights/2-1-introduction-2Ulet>>.

DROUX, Joëlle - **Saving the children after WWI and the Geneva Declaration.** Disponível na internet: <<https://www.coursera.org/lecture/childrens-rights/2-5-saving-the-children-after-wwi-and-the-geneva-declaration-QfenB>>.

FEITOR, Inês - **Rapto Parental Internacional: Crime de Subtração de Menor e Convenção de Haia.** Lisboa: Universidade Nova de Lisboa, 2013. Disponível na internet: <<https://www.fd.unl.pt/Anexos/7470.pdf>>.

GIL, Ana Rita - *A Convivência Familiar nos casos de regulação da guarda e responsabilidades parentais à luz da jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos* In **Revista do Ministério Público.** Lisboa. N.º 153 (2018), p. 61-91.

GOMES, Ana Sofia - **Responsabilidades Parentais.** Lisboa: Quid Juris, 2009. ISBN 9789727244805.

GONZÁLEZ, José Alberto, anot. – **Código civil anotado.** Volume I, 2ª edição. Lisboa: Quid Juris, 2019. ISBN 978-972-724-820-9.

LOPES, Alexandra Viana – *O Direito de audição da criança no âmbito de processos de rapto parental internacional* In: **Revista do CEJ.** Lisboa. ISSN 1645-829X. N.º 2 (2013), p. 135-179.

LOPES, Ana Rita – **O princípio do superior interesse da criança na regulamentação das responsabilidades parentais pela União Europeia.** Minho: Escola de Direito da Universidade do Minho. 2017. Dissertação de Mestrado em Direito das Crianças, Família e Sucessões. Disponível na internet: <<http://repositorium.sdum.uminho.pt/bitstream/1822/51908/1/Ana%20Rita%20Oliveira%20Sousa%20Nogueira%20Lopes.pdf>>.

LUSA - *Há 100 anos Portugal foi pioneiro na criação de tribunais de menores* In **Diário de Notícias** (2011).Disponível na internet: <<https://www.dn.pt/portugal/ha-100-anos-portugal-foi-pioneiro-na-criacao-de-tribunais-de-menores-1861916.html>>.

LUSA - *Os direitos das crianças continuam a não ser respeitados em Portugal, diz Amnistia* In **Público** (2011).Disponível na internet: <<https://www.publico.pt/2011/11/18/sociedade/noticia/os-direitos-dos-mais-pequenos-continuam-a-nao-ser-respeitados-em-portugal-diz-amnistia-internacional-1521571>>.

MARTINS, Maria João - **História da criança em Portugal**. 1ª edição. Lisboa: Edições Parsifal, 2014. ISBN 9789898760043.

MEDEIROS, Rui; MIRANDA, Jorge anot. – **Constituição Portuguesa Anotada**. Volume I, 2ª edição reimp. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2017. ISBN 9789725405413.

MEZMUR, Benyam Dawit; MEHENDALE, Archana - **Regional evolution of children's rights: voices from a recent past – Introduction**. Disponível na internet: <<https://www.coursera.org/lecture/childrens-rights/2-7-regional-evolution-of-childrens-rights-voices-from-a-recent-past-YDyJC>>.

MIRANDA, Jorge – **As Constituições Portuguesas de 1822 ao texto atual da Constituição**. 4ª edição. Lisboa: Livraria Petrony, Lda, 1997. ISBN 972-685-077-0.

MIRANDA, Jorge – *Sobre a relevância constitucional da família* In: **Gaudium Sciendi**. Lisboa. ISSN 2182-7605. N.º 4 (2013), p. 49-68. Disponível na internet: <https://www2.ucp.pt/resources/Documentos/SCUCP/GaudiumSciendi/Revista%20Gaudium%20Sciendi_N4/7.%20jm799%20Sobre%20a%20relevancia%20const%20da%20familia.pdf>.

MOODY, Zoe - **International Organizations and Human rights: From Protection Rights to Children's Human Rights** Disponível na internet:

<<https://www.coursera.org/lecture/childrens-rights/2-6-international-organizations-and-human-rights-from-protection-rights-to-yprpW>>.

OLIVEIRA, Ana Rodrigues - **A criança na sociedade Medieval Portuguesa**. Lisboa: Editorial Teorema, 2007. ISBN 9789726957270.

PENA, Paulo; LIND, Sibila - *40 anos da Constituição: O que mudou em 194 anos de Constituições* In **Público**. Disponível na internet: <<https://acervo.publico.pt/40-anos-da-constituicao/o-que-mudou>>.

PIEIDADE, Patrícia- **Intervenção Social na Evolução do Sistema de Protecção Social das Crianças e Jovens em Perigo em Portugal**. Coimbra: Disponível na internet: <<http://cpihts.com/Patricia%20Piedade.pdf>>.

PINHEIRO, Jorge – **Ideologias e ilusões no regime jurídico do divórcio e das responsabilidades parentais**. Texto elaborado com base na intervenção sob o mesmo título, realizada no âmbito da 3ª Acção de Formação do Conselho Superior da Magistratura, “Divórcio e regulação do exercício das responsabilidades parentais/Nova visão do Direito de Família e das Crianças”, Palmela, 2009. Disponível na internet: <https://www.csm.org.pt/ficheiros/eventos/formacao/2009_jduartepinheiro_ideologiasilusoes.pdf>.

PINHEIRO, Jorge Duarte - **O Direito Da Família Contemporâneo**. 4.º edição. Lisboa: AAFDL Editora, 2014. ISBN 5606939007612.

PRATA, Ana, anot. [et al.] - **Código Civil Anotado**. Volume II, 2ª edição. Coimbra: Edições Almedina, 2019. ISBN 978-972-40-8143-4.

PRAZ, Anne-Françoise - **Children during the industrial revolution**. Disponível na internet: <<https://www.coursera.org/lecture/childrens-rights/2-4-children-during-the-industrial-revolution-fBKTJ>>.

QUENTAL, Ana Margarida; LOPES, Luís; VAZ, Marcela – *O Direito de audição da criança no âmbito de processos de rapto parental internacional* In: **Revista do CEJ**. Lisboa. ISSN 1645-829X. N.º 2 (2013), p. 181-200.

RAMOS, Rui Manuel Moura – O Direito Internacional Privado da família nos inícios do século XXI: Uma perspetiva europeia. In OLIVEIRA, Guilherme de - **Textos De Direito Das Família: Para Francisco Pereira Coelho**. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2016. ISBN 978-989-26-1113-6.

RAMOS, Rui - **O Direito N(um)a Hora: O rapto de crianças no plano internacional, alguns aspectos**. Coimbra: Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2017. Disponível na internet: <https://www.uc.pt/fduc/ij/publicacoes/pdfs/direitonumahora1_ebook.pdf>. ISBN 978-989-8787-75-0.

RIEDER, Philip - **Children and Health from the Renaissance to the Revolution**. Disponível na internet: <<https://www.coursera.org/lecture/childrens-rights/2-3-children-and-health-from-the-renaissance-to-the-revolution-FmSrb>>.

SALOMONS, Frederik – **Os filhos de Salomons: O calvário de um pai em busca dos seus filhos**. Lisboa: Alêtheia editores, 2010. ISBN 978-989-622-259-8.

SAMPAIO, Álvaro anot. – **Código do Registo Civil: Anotado e Comentado**. 5ª edição. Coimbra: Edições Almedina, 2019. ISBN 978-972-40-7902-8.

SILVA, Joaquim Manuel da - **A Família das Crianças na Separação dos Pais: A Guarda Compartilhada e a Justiça Restaurativa**. 2ª edição. Lisboa: Petrony Editora, 2019. ISBN 978-972-685-283-4.

SILVA, Joaquim Manuel da. “O juiz amigo das crianças”. Entrevista concedida a Henrique Dias Freire, Ana Sousa Pinto, Cristina Mendonça e Maria Simiris. *Expresso: postal do algarve*. Edição 1203, páginas 6 a 10, 18 de maio de 2018.

SILVA, Joaquim Manuel da. “Protejam os vossos filhos de vós próprios”. Entrevista concedida a Henrique Dias Freire. *Expresso: postal do algarve*. Edição 1231, páginas 4 e 5, 11 de outubro de 2019.

SOTTOMAYOR, Maria Clara – **Regulação do Exercício do Poder Paternal nos Casos de Divórcio**. 4ª edição revista, aumentada e atualizada, 3a reimp. Coimbra: Edições Almedina, 2008. ISBN 978-972-40-1711-2.

SOUSA, Mafalda - **Convenção de Haia Relativa ao Rapto Internacional de Crianças – A Noção de Perigo do Artigo 13º al. b) e o Interesse da Criança**. Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa. 2013. Dissertação de Mestrado Forense. Disponível na internet: <
<https://repositorio.ucp.pt/bitstream/10400.14/14560/1/Conven%C3%A7%C3%A3o%20de%20Haia%20relativa%20ao%20Rapto%20Internacional%20de%20Crian%C3%A7as,%20Mafalda%20Sousa,%20Universidade%20Cat%C3%B3lica%20-%20Faculdade%20de%20Direito,%202013,%20disserta%C3%A7%C3%A3o,%20Direito%20das%20Crian%C3%A7as.pdf>>.

SOUSA, Miguel Teixeira de – Do direito da família aos direitos familiares. In OLIVEIRA, Guilherme de - **Textos De Direito Das Família: Para Francisco Pereira Coelho**. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2016. ISBN 978-989-26-1113-6.

ÍNDICE

DECLARAÇÃO ANTI PLÁGIO	III
AGRADECIMENTOS	IV
MENÇÕES ESPECIAIS.....	V
1. Modo de Citação e referências bibliográficas:	V
2. Acordo Ortográfico:	V
LISTA DE ABREVIATURAS	VI
DECLARAÇÃO DE CARACTERES.....	VIII
RESUMO	IX
ABSTRACT	X
INTRODUÇÃO.....	1
CAPÍTULO I	
ESTÁGIO CURRICULAR REALIZADO NO JUÍZO DE FAMÍLIA E MENORES DO TRIBUNAL JUDICIAL DA COMARCA DE MAFRA.....	3
1. Os Tribunais de Família e Menores	4
1.1. Competência	4
1.2. A jurisdição voluntária.....	4
2. O Juízo de Família e Menores do Tribunal Judicial da Comarca de Lisboa Oeste	6
2.1. Organização do Tribunal Judicial da Comarca de Lisboa Oeste.....	6
2.2. O Juízo de Família e Menores de Mafra	8
2.3. Sessões Conjuntas	11
2.4. Os Processos Tutelares Cíveis.....	15
3. Tarefas realizadas	19

CAPÍTULO II	
OS DIREITOS DA CRIANÇA.....	26
1. Reflexão histórica.....	26
1.1. Antes do século XX	27
1.1.1. A criança na Antiguidade Clássica	27
1.1.2. A criança na Idade Média	27
1.1.3. A criança na Idade Moderna.....	30
1.1.4. A criança na Idade Contemporânea	31
1.2. “O século das crianças”	32
2. As responsabilidades parentais.....	44
2.1. Desjudicialização	47
2.1. As alterações introduzidas pela Lei 61/2008 de 31 de outubro	50
2.1.1. Evolução dos critérios decisórios em relação ao exercício das responsabilidades parentais em caso de divórcio ou separação.....	51
2.2. Responsabilidades parentais: definição, conteúdo e características.....	53
2.3. O exercício e a regulação das responsabilidades parentais	55
CAPÍTULO III	
OS DESAFIOS DA INTERNACIONALIZAÇÃO DA CRIANÇA	60
1. Os problemas suscitados pela vida internacional e a europeização.....	60
1.1. Vida familiar internacional: Os problemas suscitados.....	60
1.2. A europeização e a internacionalização do Direito Internacional Privado da Família	61
1.2.1. Da europeização do Direito da Família.....	61
1.2.1.1. Os Regulamentos da União Europeia como instrumento de Direito Europeu da Família.	64
1.2.2. Da Internacionalização do Direito da Família	65
1.2.3. As Convenções de Haia como instrumento de Direito Internacional Privado.....	66
2. Da regulação transfronteiriça das responsabilidades parentais ao rpto internacional	67
2.1. Instrumentos em matéria de responsabilidades parentais.....	68
2.2. Instrumentos em matéria de rpto internacional de crianças.....	73
CONCLUSÃO	80

BIBLIOGRAFIA 82