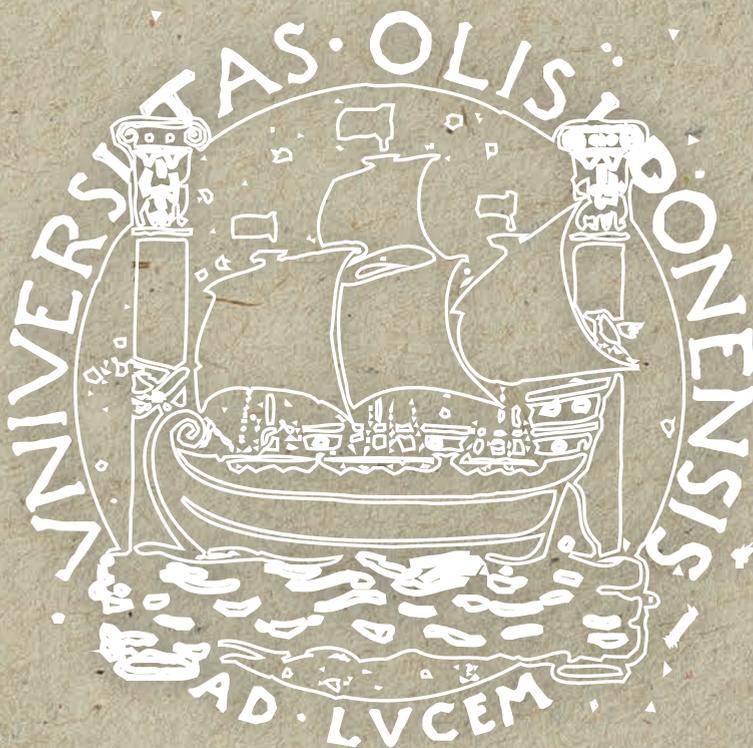


REVISTA DA
FACULDADE DE DIREITO DA
UNIVERSIDADE DE LISBOA

LISBON LAW REVIEW



ANO LXII

2021

NÚMERO 2

REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO
DA UNIVERSIDADE DE LISBOA
Periodicidade Semestral
Vol. LXII (2021) 2

LISBON LAW REVIEW

COMISSÃO CIENTÍFICA

Alfredo Calderale (Professor da Universidade de Foggia)
Christian Baldus (Professor da Universidade de Heidelberg)
Dinah Shelton (Professora da Universidade de Georgetown)
Ingo Wolfgang Sarlet (Professor da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul)
Jean-Louis Halpérin (Professor da Escola Normal Superior de Paris)
José Luis Díez Ripollés (Professor da Universidade de Málaga)
José Luís García-Pita y Lastres (Professor da Universidade da Corunha)
Judith Martins-Costa (Ex-Professora da Universidade Federal do Rio Grande do Sul)
Ken Pennington (Professor da Universidade Católica da América)
Marc Bungenberg (Professor da Universidade do Sarre)
Marco Antonio Marques da Silva (Professor da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo)
Miodrag Jovanovic (Professor da Universidade de Belgrado)
Pedro Ortego Gil (Professor da Universidade de Santiago de Compostela)
Pierluigi Chiassoni (Professor da Universidade de Génova)

DIRETOR

M. Januário da Costa Gomes

COMISSÃO DE REDAÇÃO

Pedro Infante Mota
Catarina Monteiro Pires
Rui Tavares Lanceiro
Francisco Rodrigues Rocha

SECRETÁRIO DE REDAÇÃO

Guilherme Grillo

PROPRIEDADE E SECRETARIADO

Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa
Alameda da Universidade – 1649-014 Lisboa – Portugal

EDIÇÃO, EXECUÇÃO GRÁFICA E DISTRIBUIÇÃO

LISBON LAW EDITIONS

Alameda da Universidade – Cidade Universitária – 1649-014 Lisboa – Portugal

ISSN 0870-3116

Depósito Legal n.º 75611/95

Data: Março, 2022

-
- M. Januário da Costa Gomes**
9-12 Editorial

ESTUDOS DE ABERTURA

-
- Eduardo Vera-Cruz Pinto**
15-64 *A interpretatio legis na norma do artigo 9.º do Código Civil e a interpretatio iuris no ius Romanum (D. 50.16 e 17)*
The interpretatio legis in the norm of Article 9 of the Civil Code and the interpretatio iuris in the ius Romanum (D. 50.16 e 17)
-
- Francesco Macario**
65-89 *Rinegoziatione e obbligo di rinegoziare come questione giuridica sistematica e come problema dell'emergenza pandemica*
Renegociação e dever de renegociar como questão jurídica sistemática e como problema da emergência sanitária

ESTUDOS DOUTRINAIS

-
- António Barroso Rodrigues**
93-128 *A tutela indemnizatória no contexto familiar*
Compensation of damages in the family context
-
- Aquilino Paulo Antunes**
129-148 *Medicamentos de uso humano e ambiente*
Medicines for human use and environment
-
- Fernando Loureiro Bastos**
149-167 *Art market(s): from unregulated deals to the pursuit of transparency?*
Mercado(s) da arte: de negócios a-jurídicos para a procura da transparência?
-
- Francisco Rodrigues Rocha**
169-211 *Seguro de responsabilidade civil de embarcações de recreio*
Assurance de responsabilité civile de bateaux de plaisance
-
- Ingo Wolfgang Sarlet | Jeferson Ferreira Barbosa**
213-247 *Direito à Saúde em tempos de pandemia e o papel do Supremo Tribunal Federal brasileiro*
Right to Health in Pandemic Times and the Role of the Brazilian Federal Supreme Court
-
- João Andrade Nunes**
249-276 *A Regeneração e a humanização da Justiça Militar Portuguesa – A abolição das penas corporais no Exército e o Regulamento Provisório Disciplinar do Exército em Tempo de Paz (1856)*
The “Regeneração” and the humanisation of Portuguese Military Justice – The abolishment of corporal punishment in the Army and the Army’s Provisional Disciplinary Regulation in the Peacetime (1856)

-
- João de Oliveira Geraldes**
277-307 Sobre os negócios de acerto e o artigo 458.º do Código Civil
On the declaratory agreements and the article 458 of the Civil Code
-
- José Luís Bonifácio Ramos**
309-325 Do Prémio ao Pagamento da Franquia e Figuras Afins
From Premium to Deductible Payments and Related Concepts
-
- Judith Martins-Costa | Fernanda Mynarski Martins-Costa**
327-355 Responsabilidade dos Agentes de Fundos de Investimentos em Direitos Creditórios (“FIDC”): riscos normais e riscos não suportados pelos investidores
Liability of Agents of Receivables Investment Funds: normal risks and risks not borne by investors
-
- Luís de Lima Pinheiro**
357-389 O “método de reconhecimento” no Direito Internacional Privado – Renascimento da teoria dos direitos adquiridos?
The “Recognition Method” in Private International Law – Revival of the Vested Rights Theory?
-
- Mario Serio**
391-405 Contract e contracts nel diritto inglese: la rilevanza della buona fede
Contract e contracts: a relevância da boa fé
-
- Miguel Sousa Ferro | Nuno Salpico**
407-445 Indemnização dos consumidores como prioridade dos reguladores
Consumer redress as a priority for regulators
-
- Peter Techet**
447-465 Carl Schmitt against World Unity and State Sovereignty – Schmitt’s Concept of International Law
Carl Schmitt contra a Unidade Mundial e a Soberania do Estado – O Conceito de Direito Internacional de Schmitt
-
- Pierluigi Chiassoni**
467-489 Legal Gaps
Lacunae jurídicas
-
- Rafael Oliveira Afonso**
491-539 O particular e a impugnação de atos administrativos no contencioso português e da União Europeia
Private applicant and the judicial review of administrative acts in the Portuguese and EU legal order
-
- Renata Oliveira Almeida Menezes**
541-560 A justiça intergeracional e a preocupação coletiva com o pós-morte
The inter-generational justice and the collective concern about the post-death
-
- Rodrigo Lobato Oliveira de Souza**
561-608 Religious freedom and constitutional elements at the social-political integration process: a theoretical-methodological approach
Liberdade religiosa e elementos constitucionais no processo de integração sociopolítica: uma abordagem teórico-metodológica

-
- Telmo Coutinho Rodrigues**
609-640 “Com as devidas adaptações”: sobre os comandos de modificação nas normas remissivas como fonte de discricionariedade
“Mutatis mutandis”: on modification commands in referential norms as a source of discretion

ESTUDOS REVISITADOS

-
- Ana Paula Dourado**
643-655 A “Introdução ao Estudo do Direito Fiscal” (1949-1950), de Armindo Monteiro, revisitada em 2021
Introduction to Tax Law (1949-1950), by Armindo Monteiro, Revisited in 2021

-
- Pedro de Albuquerque**
657-724 Venda real e (alegada) venda obrigacional no Direito civil, no Direito comercial e no âmbito do Direito dos valores mobiliários (a propósito de um Estudo de Inocêncio Galvão Telles)
Real sale and the (so-called) obligational sale in civil law, in commercial law and in securities law (about a study of Inocêncio Galvão Telles)

VULTOS DO(S) DIREITO(S)

-
- António Menezes Cordeiro**
727-744 Claus-Wilhelm Canaris (1937-2021)
-
- Paulo de Sousa Mendes**
745-761 O caso Aristides Sousa Mendes e a Fórmula de Radbruch: “A injustiça extrema não é Direito”
The Aristides de Sousa Mendes Case and Radbruch’s Formula: “Extreme Injustice Is No Law”

JURISPRUDÊNCIA CRÍTICA

-
- Ana Rita Gil**
765-790 O caso *Neves Caratão Pinto c. Portugal*: (mais) um olhar do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos sobre a aplicação de medidas de promoção e proteção a crianças em perigo
The case Neves Caratão Pinto vs. Portugal: one (more) look at the application of promotion and protection measures to children at risk by the European Court of Human Rights
-
- Jaime Valle**
791-802 A quem cabe escolher os locais da missão diplomática permanente? – Comentário ao Acórdão de 11 de dezembro de 2020 do Tribunal Internacional de Justiça
Who can choose the premises of the permanent diplomatic mission? – Commentary on the Judgment of 11 December 2020 of the International Court of Justice

-
- Jorge Duarte Pinheiro**
803-815 Quando pode o Estado separar as crianças dos seus progenitores? – o caso *Neves Caratão Pinto c. Portugal*
In which circumstances can a State separate children from their parents? – case Neves Caratão Pinto v. Portugal

VIDA CIENTÍFICA DA FACULDADE

-
- José Luís Bonifácio Ramos**
819-827 Transição Digital no Ensino do Direito
Digital Transition in Teaching Law
-
- Margarida Silva Pereira**
829-843 Arguição da tese de doutoramento de Adelino Manuel Muchanga sobre “A Responsabilidade Civil dos cônjuges entre si por Violação dos Deveres Conjugais e pelo Divórcio”
Intervention in the public discussion of the doctoral thesis presented by Adelino Manuel Muchanga on the subject “Civil Liability of the Spouses between themselves due to Violation of Marital Duties and Divorce”
-
- Miguel Teixeira de Sousa**
845-855 Arguição da tese de doutoramento do Lic. Pedro Ferreira Múrias (“A Análise Axiológica do Direito Civil”)
Discussion of the Doctoral Thesis of Pedro Ferreira Múrias (“A Análise Axiológica do Direito Civil”)
-
- Paulo Mota Pinto**
857-878 Arguição da dissertação apresentada para provas de doutoramento por Pedro Múrias, *A análise axiológica do direito civil*, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 11 de novembro de 2021
Discussion of the Doctoral Thesis of Pedro Ferreira Múrias, “A Análise Axiológica do Direito Civil”, Lisbon Law School, 11th November 2021
-
- Teresa Quintela de Brito**
879-901 Arguição da Tese de Doutoramento apresentada por Érico Fernando Barin – *A natureza jurídica da perda alargada*
Oral Argument and Discussion of the PhD Thesis presented by Érico Fernando Barin – The juridical nature of the extended loss

Quando pode o Estado separar as crianças dos seus progenitores? – o caso *Neves Caratão Pinto c. Portugal*

In which circumstances can a State separate children from their parents? – case Neves Caratão Pinto v. Portugal

Jorge Duarte Pinheiro*

Resumo: No caso *Neves Caratão Pinto c. Portugal*, o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos condenou o Estado português por violação do direito ao respeito pela vida familiar (artigo 8.º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos). O presente texto comenta o acórdão, destacando três aspectos: o princípio da inseparabilidade da criança dos seus progenitores; o direito ao convívio regular entre pais e crianças que não vivam juntos; e a finalidade das medidas de promoção e protecção de crianças e jovens em perigo.

Palavras-chave: Tribunal Europeu dos Direitos Humanos; direito ao respeito pela vida familiar; crianças e jovens em perigo; inseparabilidade dos filhos dos seus progenitores; direito de visita.

Abstract: In the case *Neves Caratão Pinto v. Portugal* the European Court of Human Rights condemned the Portuguese state for violation of the right to respect for family life (article 8 of the European Convention on Human Rights). The following text is a commentary on the European Court decision, taking especially into account three topics: the principle of inseparability of children from their parents; contact on a regular basis between parents and children not living together; and the aim of measures to promote and protect children and young people at risk.

Keywords: European Court of Human Rights; right to respect for family life; children and young people at risk; inseparability of children from their parents; visitation rights.

Sumário: 1. O Estado português voltou a ser condenado...; 2. A jurisprudência do TEDH no Direito das Crianças português (dois casos exemplares); 3. *Neves Caratão Pinto c. Portugal* – mais um caso exemplar?; 4. O artigo 9.º da Convenção sobre os Direitos da

* Doutor pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, onde é professor, e agregado pela Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa.

Endereço electrónico: jorgeduartepinheiro@fd.ulisboa.pt.

Estudo concluído em 13-11-2021, data a que remonta a última consulta de todas as referências retiradas da *internet*.

Criança; 5. O *perigo* enquanto exceção ao princípio da inseparabilidade da criança dos seus progenitores; 6. O (não) convívio da mãe com os filhos; 7. De vítima de alegada violência doméstica a vítima da *violência do sistema*.

1. O Estado português voltou a ser condenado...

Aludindo ao caso *Neves Caratão Pinto c. Portugal*, uma notícia de jornal¹ informa que “o Estado português voltou a ser condenado pelo Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (TEDH) por não assegurar o direito à vida familiar num caso de regulação de responsabilidades parentais que se arrasta há quase uma década. A mãe a quem foram retirados dois filhos gémeos passou vários anos sem conseguir visitá-los. As crianças foram separadas e vivem desde então com diferentes familiares”.

O texto termina com um paralelo entre este e outro caso apreciado pelo TEDH:

“O Estado, que ainda pode recorrer, tem de indemnizar a mãe em 15 mil euros, além de pagar quase 20 mil euros em custas processuais. O valor de indemnização é igual ao estabelecido no caso de Liliana Melo a quem a Justiça mandou retirar, em 2012, sete filhos para adopção. Liliana recuperou a guarda dos filhos. Já neste caso, não há essa indicação na sentença; o processo de regulação de responsabilidades parentais ainda decorre. As crianças continuam à guarda de familiares com quem vivem há nove anos e três meses”.

2. A jurisprudência do TEDH no Direito das Crianças português (dois casos exemplares)

O caso a que a notícia se refere como sendo o de Liliana Melo foi apreciado pelo TEDH na década anterior², encontrando-se entre uma das situações mais expressivas do impacto da Convenção Europeia dos Direitos Humanos no Direito da Família português³.

¹ *Público*, 13-07-2021, “Tribunal Europeu volta a condenar o Estado português por retirar crianças a uma mãe”, de Samuel Silva (disponível *on line* em <https://www.publico.pt/2021/07/13/sociedade/noticia/tribunal-europeu-volta-condenar-portugal-retirar-criancas-mae-1970268>).

² Caso *Soares de Melo c. Portugal* (queixa n.º 72850/14), 16 de Fevereiro de 2016.

³ Cf. PINHEIRO, Jorge Duarte, “Direito ao respeito pela vida familiar”, em AA.VV., *Comentário da Convenção Europeia dos Direitos Humanos e dos Protocolos Adicionais*, vol. II, Paulo Pinto de Albuquerque (organização), Lisboa, Universidade Católica Editora, 2019, pp. 1511-1537.

O tribunal de Sintra aplicou a sete de oito dos filhos menores de Liliana Soares de Melo a medida de confiança a instituição com vista a futura adopção. O Tribunal da Relação de Lisboa confirmou o que tinha sido determinado em primeira instância. A queixosa recorreu da Relação para o Supremo Tribunal de Justiça, sem que a sua pretensão tivesse sido julgada procedente. Por fim, dirigiu-se ao Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, que detectou, por unanimidade, a verificação não de uma, mas de *quatro* violações do artigo 8.º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos, que consagra o direito ao respeito pela vida familiar.

A primeira violação apontada ao Estado português reconduziu-se ao facto de ter sido aplicada desnecessariamente medida que provocou a ruptura de laços familiares. A segunda violação consistiu na indevida valorização do incumprimento por Liliana Soares de Melo do compromisso de se submeter a esterilização por laqueação de trompas. A terceira violação residiu na proibição de quaisquer contactos entre a queixosa e as crianças, apesar da ausência de indícios de violência ou abusos por parte da mãe relativamente aos seus filhos. A quarta violação detectou-se no cariz não equitativo dos procedimentos que determinaram o afastamento entre os filhos e a sua progenitora, revelado, designadamente, pela circunstância de a queixosa não ter sido representada por advogado na primeira instância.

O caso *Soares de Melo c. Portugal* afigura-se particularmente relevante não só pelo número de violações do direito ao respeito pela vida familiar que foram identificadas como por configurar a primeira situação em que o TEDH aplicou medida cautelar no campo do Direito da Família e ter motivado o Estado português a introduzir duas alterações à sua lei.

Todavia, já antes o nosso País se tinha *notabilizado* no campo do Direito das Crianças, com o caso *Salgueiro da Silva Mouta c. Portugal* (queixa n.º 33290/96, de 21 Dezembro de 1999).

Em 1994, um tribunal de família resolveu conflito que opunha dois progenitores divorciados, confiando a criança ao pai. No entanto, após recurso, a guarda viria a ser entregue à mãe em 1996, com o argumento de que não era salutar que a criança ficasse com o pai, por este integrar união de facto composta por pessoas do mesmo sexo. A situação levou a que o Estado português fosse condenado por violação conjugada dos artigos 8.º e 14.º⁴ da Convenção Europeia dos Direitos Humanos.

⁴ Sob a epígrafe “proibição de discriminação”, o artigo 14.º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos prevê: “O gozo dos direitos e liberdades reconhecidos na presente Convenção deve ser assegurado sem quaisquer distinções, tais como as fundadas no sexo, raça, cor, língua, religião, opiniões políticas ou outras, a origem nacional ou social, a pertença a uma minoria nacional, a riqueza, o nascimento ou qualquer outra situação”.

Além de figurar entre os mais célebres do TEDH no domínio das responsabilidades parentais⁵, o caso é tido como fundamental na história da tutela dos direitos dos homossexuais⁶.

3. *Neves Caratão Pinto c. Portugal* – mais um caso exemplar?

Sob a epígrafe “direito ao respeito pela vida privada e familiar”, o artigo 8.º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos dispõe o seguinte:

1. Qualquer pessoa tem direito ao respeito da sua vida privada e familiar, do seu domicílio e da sua correspondência.
2. Não haverá ingerência da autoridade pública no exercício deste direito, salvo na medida em que tal ingerência estiver prevista na lei e constituir uma medida que, numa sociedade democrática, seja necessária à segurança nacional, à segurança pública, ao bem-estar económico do país, à defesa da ordem e à prevenção das infracções penais, à protecção da saúde ou da moral, ou à protecção dos direitos e das liberdades de terceiros.

Foi o artigo ora reproduzido que o TEDH entendeu ter sido violado pelo Estado português no caso *Neves Caratão Pinto c. Portugal* (queixa n.º 28443/19, 13 de Julho de 2021)⁷.

⁵ Constantemente invocado em Portugal e no estrangeiro, incluindo fora da Europa: cf., entre outros, ALMEIDA, Susana, *O respeito pela vida (privada e) familiar na jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem; a tutela das novas formas de família*, Coimbra Editora, Coimbra, 2008, pp. 142-144; BARRETO, Ireneu Cabral, “Os direitos da criança – na Convenção Europeia dos Direitos do Homem”, AA.VV., *Direitos das crianças*, Coimbra Editora, Coimbra, 2004, p. 95; DIAS, Cristina M. Araújo, “A jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem e as novas formas de família”, *Revista Jurídica da Universidade Portucalense Infante D. Henrique* (recentemente sob a designação *Revista Jurídica Portucalense*), n.º 14, 2012, p. 43; GIL, Ana Rita, “A convivência familiar nos casos de regulação e exercício das responsabilidades parentais à luz da jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos”, *Revista do Ministério Público*, ano 39, n.º 153, 2018, pp. 74-75; MARQUES, Ana Garcia, “Direito ao respeito da vida familiar: da regulação do poder paternal ao rapto internacional de crianças – alguns casos portugueses”, AA.VV., *Jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem: casos nacionais*, coordenação de Maria José Matos, Centro de Estudos Judiciários, Lisboa, 2013 [recurso electrónico, disponível em http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/Jurisprudencia/Jurisprudencia_Tribunal_Europeu_Direitos_Homem.pdf], pp. 80-83; PATSIANTA, Kyriaki, “European Court of Human Rights and right to respect for family life: The role of the best interests of the child in establishing equality between divorced parents”, *The Canadian Journal of Children’s Rights*, volume 4, n.º 1, 2017, p. 60.

⁶ Cf. ALMEIDA, Susana, *O respeito pela vida (privada e) familiar* cit., p. 143.

⁷ Sobre a jurisprudência do TEDH conexa com o artigo 8.º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos, recomenda-se a leitura dos estudos incluídos em AA.VV., *Comentário da Convenção*

Em 28 de Novembro de 2011, a queixosa, Anabela Neves Caratão Pinto foi mãe de dois gémeos masculinos, D. e T., nascidos de uma relação com M. J., seu companheiro há seis anos.

Em 30 de Março de 2012, considerando que as crianças se encontravam em situação de perigo, a Comissão de Protecção de Crianças e Jovens de Perigo de Loures decidiu aplicar a medida de apoio junto de outro familiar (prevista no artigo 35.º, n.º 1, alínea b), da Lei de Protecção de Crianças e Jovens em Perigo), tendo a mãe e M. J. subscrito acordo de promoção e protecção, nos termos do qual durante seis meses D. seria confiado à tia paterna e respectivo cônjuge, por um lado, e T. à irmã (filha mais velha da queixosa) e respectivo cônjuge, por outro lado. Deste modo, as crianças deixaram de viver com os pais, tendo ficado estipulado que eles as poderiam visitar de preferência aos fins-de-semana na residência dos avós paternos.

Em 22 de Outubro de 2012, não obstante a mãe declarar que podia cuidar dos filhos, a Comissão decidiu prorrogar a medida de apoio junto de outro familiar por seis meses, para que aquela se pudesse preparar melhor, passando progressivamente mais tempo com eles. Contudo, na falta de acordo dos familiares que tinham a seu cargo as crianças, o processo transitou para a esfera judicial.

Em 4 de Julho de 2013, o tribunal de Sintra prorrogou a medida de apoio junto de outro familiar por seis meses, homologando acordo de promoção e protecção, que, no essencial, diferia do anterior em matéria de visitas: o pai podia ver os filhos mediante combinação prévia com os familiares com os quais eles viviam; os contactos da mãe com os filhos deviam ocorrer em fins-de-semana alternados, nos locais e termos definidos por associação incumbida do acompanhamento da medida. Em 14 de Outubro de 2013, o tribunal de Sintra determinou nova prorrogação por seis meses, sem que tivesse sido celebrado qualquer acordo. Em 9 de Julho de 2014, o mesmo tribunal decretou outra prorrogação da medida por seis meses, especificando que caberia à mãe direito de visita quinzenal supervisionado por associação. Na mesma ocasião, ponderando a mudança de residência das crianças, o tribunal de Sintra remeteu o processo de uma delas, D., para o tribunal de Lisboa, e o processo de outra, T., para o tribunal da Amadora.

Em 1 de Abril de 2015, o tribunal de Lisboa prorrogou por seis meses a medida de apoio junto dos familiares relativamente a D., estabelecendo para M. J. um direito de visita livre, ao passo que à mãe foi conferido direito quinzenal supervisionado

Europeia dos Direitos Humanos e dos Protocolos Adicionais, vol. II, Paulo Pinto de Albuquerque (organização), Lisboa, Universidade Católica Editora, 2019, capítulo VII.

por associação. Em 17 de Maio de 2016, o mesmo tribunal atribuiu provisoriamente o exercício das responsabilidades parentais aos tios paternos, sem fixar direito de visita em benefício da mãe.

Entretanto, em 20 de Outubro de 2014, relativamente à outra criança, T., o tribunal de Amadora suspendeu o direito de visita da mãe, com o fundamento de que os contactos eram prejudiciais para a criança. Em 2 de Março de 2015, o tribunal decidiu prorrogar a medida de apoio junto de outro familiar, sem atribuir à mãe direito de visita; e, devido a mudança de residência de T., remeteu o processo para o tribunal de Sintra.

Em 11 de Outubro de 2016, no tribunal de Sintra, os interessados concluíram acordo mediante o qual a guarda provisória de T. foi atribuída à sua irmã; ao pai era permitido visitar T. quando assim o entendesse; e à mãe cabia direito de visita mensal, a exercer nas instalações de uma associação. Em 17 de Outubro de 2017, o tribunal suspendeu o direito de visita da mãe, com o fundamento de que os encontros desestabilizavam a criança, não apresentando qualquer efeito positivo para esta. A mãe interpôs recursos, um dos quais foi julgado procedente por colectivo da Relação de Lisboa em 16 de Maio de 2019.

Perante tal conjunto de circunstâncias, em 24 de Maio de 2019, Anabela Neves Caratão Pinto apresentou queixa contra o Estado português no TEDH, por violação do seu direito ao respeito pela vida familiar, alegando que, ao confiarem os seus filhos gémeos a outros familiares, as autoridades nacionais não acautelaram a criação de condições para que as crianças voltassem à guarda materna, não tomaram providências para assegurar o exercício do direito de visita que lhe cabia e não observaram as garantias processuais da queixosa.

Na perspectiva do TEDH, a aplicação inicial da medida de apoio em junto de outro familiar, em 30 de Março de 2012, não era susceptível de censura, enquanto ingerência justificada no direito ao respeito pela vida familiar da queixosa. Em contrapartida, a renovação da medida (*u.g.*, pretendida pela comissão de protecção em 22 de Outubro de 2012 e decretada pelo tribunal em 4 de Julho de 2013) teria ocorrido à margem do disposto no artigo 8.º, n.º 2, da Convenção Europeia dos Direitos Humanos.

Analisando as vicissitudes do direito de visita de Anabela Neves Caratão Pinto, o TEDH concluiu que as autoridades portuguesas não tinham cumprido as obrigações positivas que lhe eram impostas pelo artigo 8.º da Convenção de velar pela manutenção do vínculo familiar que unia a queixosa aos gémeos.

O TEDH entendeu ainda que o processo interno não tinha respeitado as garantias processuais de que beneficiava a queixosa à luz do artigo 8.º da Convenção, enumerando três motivos: em certo momento, a situação dos gémeos foi seguida por tribunais diferentes, o que impediu exame aprofundado da situação familiar

global; não foi feito nenhum relatório psicológico sobre as crianças; e verificaram-se atrasos consideráveis em diversos procedimentos.

4. O artigo 9.º da Convenção sobre os Direitos da Criança

No caso *Neves Caratão Pinto c. Portugal*, o TEDH incluiu no “quadro jurídico pertinente” (§§ 81-96) as seguintes fontes: os artigos 36.º, n.ºs 5 e 6, e 68.º da Constituição da República Portuguesa; os artigos 1906.º, 1907.º e 1918.º do Código Civil; os artigos 4.º, 35.º, n.º 1, 40.º, 55.º, 60.º e outros da Lei de Protecção de Crianças e Jovens em Perigo; os artigos 4.º, 5.º e outros do Regime Geral do Processo Tutelar Cível; o artigo 12.º da Convenção sobre os Direitos da Criança e, por remissão para os §§ 134-136 do caso *Strand Lobben e outros c. Noruega* (também do TEDH, queixa n.º 37283/13, 10 de Setembro de 2019), outros “elementos de Direito Internacional”.

Curiosamente, a menção expressa ao artigo 5.º do Regime Geral do Processo Tutelar Cível e ao artigo 12.º da Convenção sobre os Direitos da Criança, acompanhada de transcrição, parcial do primeiro e integral do segundo, não se traduz em grande relevância da problemática da audição e participação da criança na economia do acórdão. É certo que os gémeos, filhos da queixosa, não foram ouvidos nos processos internos, mas o TEDH aceitou que, por serem demasiado jovens, era razoável supor que careciam de capacidade de discernimento para o efeito (§ 138).

Todavia, apesar de se citar o artigo 36.º, n.º 6, da Constituição da República Portuguesa, na parte em que se dispõe que “os filhos não podem ser separados dos seus pais, salvo quando estes não cumpram os seus deveres [fundamentais] para com eles”, a selecção normativa secundarizou o artigo 9.º da Convenção sobre os Direitos da Criança, detectável somente pela consulta do § 134 do caso *Strand Lobben e outros c. Noruega*.

Ora, um dos aspectos centrais em debate relacionou-se justamente com o teor do dito artigo, em particular nos segmentos que de imediato se reproduzem:

Artigo 9.º

1. Os Estados Partes garantem que a criança não é separada de seus pais contra a vontade destes, salvo se as autoridades competentes decidirem, sem prejuízo de revisão judicial e de harmonia com a legislação e o processo aplicáveis, que essa separação é necessária no interesse superior da criança. Tal decisão pode mostrar-se necessária no caso de, por exemplo, os pais maltratarem ou negligenciarem a criança ou no caso de os pais viverem separados e uma decisão sobre o lugar da residência da criança tiver de ser tomada.

(...)

3. Os Estados Partes respeitam o direito da criança separada de um ou de ambos os seus pais de manter regularmente relações pessoais e contactos directos com ambos, salvo se tal se mostrar contrário ao interesse superior da criança.

(...)

5. O *perigo* enquanto excepção ao princípio da inseparabilidade da criança dos seus progenitores

Consagrado no início do artigo 36.º, n.º 5, da Constituição da República Portuguesa e do artigo 9.º, n.º 1, da Convenção sobre os Direitos da Criança, o princípio da inseparabilidade do filho dos seus progenitores⁸ conhece excepções, avultando entre elas as situações em que a permanência com os pais ponha em perigo a segurança, saúde, formação, educação ou desenvolvimento da criança.

Em tais situações, a criança pode/deve ser afastada dos pais, nomeadamente, mediante medidas de promoção e protecção como o apoio junto de outro familiar, a confiança a pessoa idónea, o acolhimento familiar ou o acolhimento residencial (artigo 35.º, n.º 1, alíneas b), c), e) e f), da Lei de Protecção de Crianças e Jovens em Perigo)⁹.

Note-se, porém, que a circunstância de a criança estar em perigo quando vive com os pais não é suficiente para deles ser afastada. Se o perigo for susceptível de ser removido mediante solução que não impeça o convívio quotidiano entre eles, *v.g.*, aplicação da medida de apoio junto dos pais, é por tal solução que se deve optar, à luz de um princípio de proporcionalidade (artigos 4.º, alínea e), e 35.º, n.º 1, alínea a), da Lei de Protecção de Crianças e Jovens em Perigo).

No caso *Neves Caratão Pinto c. Portugal*, a intervenção que, num primeiro momento, resultou na separação dos gémeos dos progenitores foi adequada. Em 30 de Março de 2012, data em que foi aplicada a medida de apoio junto de outro familiar¹⁰, as crianças ficariam em perigo se continuassem com a queixosa (§§ 4-14, 122-123). A mãe não prestava os cuidados devidos às crianças; não tinha

⁸ Enquadrado como princípio constitucional de Direito da Filiação, fundado em norma perceptiva, por PINHEIRO, Jorge Duarte, *O Direito da Família Contemporâneo*, 7.ª edição, Coimbra, Gestlegal, 2020, pp. 82-83.

⁹ Para uma visão apurada do ordenamento jurídico de protecção de crianças e jovens em perigo, cf. BOLIEIRO, Helena / GUERRA, Paulo, *A criança e a família – uma questão de direito(s)*, 2.ª edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2014, pp. 33-107; e GUERRA, Paulo, *Lei de Protecção de Crianças e Jovens em Perigo anotada*, 5.ª edição, Coimbra, Almedina, 2021.

¹⁰ Sobre a medida de apoio junto de outro familiar, cf. RAMIÃO, Tomé d'Almeida, *Lei de Protecção de Crianças e Jovens em Perigo anotada e comentada*, 9.ª edição, Lisboa, Quid Juris, 2019, pp. 114-116.

emprego nem dispunha de recursos económicos e dizia encontrar-se perturbada pelo relacionamento que tivera com o seu companheiro, M. J., que era alcoólico, violento e indiferente relativamente aos filhos.

Contudo, a intervenção posterior para promoção e protecção dos gémeos é muito questionável. A partir de 22 de Outubro de 2012, momento em que a Comissão de Protecção de Crianças e Jovens em Perigo propôs que fosse prorrogada por seis meses a execução da medida de apoio junto de outro familiar, a queixosa tinha encontrado emprego; estava definitivamente separada do companheiro; dispunha de casa que, segundo a própria comissão, era apropriada para habitar com as crianças; e, de acordo com relatórios de especialistas independentes, ela não apresentava “qualquer índice de psicopatologia susceptível de pôr em causa a sua capacidade relacional e maternal” (*Neves Caratão Pinto c. Portugal*, §§ 20-26 e 124).

Neste quadro, não se afigura razoável que a mãe continuasse afastada das crianças, por força de uma aplicação, várias vezes renovada, da medida de apoio junto de outro familiar. Não se vislumbra excepção plausível ao princípio da inseparabilidade da criança dos seus progenitores. E, como declara o TEDH, não se detecta motivo que, nos termos do artigo 8.º, n.º 2, da Convenção Europeia sobre os Direitos Humanos, obstasse ao reagrupamento da mãe com os filhos (*Neves Caratão Pinto c. Portugal*, § 127).

Se era convicção das comissões de protecção e dos tribunais que o perigo subsistiria em caso de regresso puro e simples dos gémeos para a mãe, havia que manter a intervenção para promoção e protecção, mas substituindo a medida de apoio junto de outro familiar pela medida de apoio junto dos pais¹¹ (artigos 35.º, n.º 1, alínea a), e 62.º, n.º 3, alínea b), da Lei de Protecção de Crianças e de Jovens em Perigo), na pessoa da mãe.

Além de se conformar com princípio da inseparabilidade da criança dos seus progenitores e não restringir de modo ilegítimo o direito ao respeito pela vida familiar, a medida de apoio junto dos pais teria a *vantagem* de reunir os dois gémeos, que, recorde-se, se encontravam a viver em locais distintos – vantagem que está longe de ser despreciada num ordenamento que se preocupa com a unidade da fratria, ao declarar que a criança sujeita a medida de apoio junto de outro familiar ou de confiança a pessoa idónea tem o direito de ser acolhida com os irmãos, “sempre que a conciliação do superior interesse das crianças envolvidas o aconselhe”

¹¹ Sobre a medida de apoio junto dos pais, cf. RAMIÃO, Tomé d’Almeida, *Lei de Protecção de Crianças e Jovens em Perigo* cit., pp. 109-114.

(artigo 22.º, n.º 2, alínea b), do Decreto-Lei n.º 12/2008, de 17 de Janeiro); e ao admitir a possibilidade de dispensa de requisito de adopção atinente à diferença de idades se assim se viabilizar a permanência de dois ou mais irmãos com um mesmo adulto¹².

A medida de apoio junto dos pais é “orientada no sentido do reforço ou aquisição por parte destes das competências para o exercício da função parental adequadas à superação da situação de perigo e suas consequências e à conveniente satisfação das necessidades de protecção e promoção da criança” (artigo 16.º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 12/2008, de 17 de Janeiro). Tal como a medida de apoio junto de outro familiar, a medida de apoio junto dos pais visa proporcionar condições adequadas ao desenvolvimento integral da criança, “através de apoio psicopedagógico e social e, quando necessário, ajuda económica” (artigo 3.º do Decreto-Lei n.º 12/2008, de 17 de Janeiro); pode implicar programa de formação visando o melhor exercício das funções parentais (artigo 41.º da Lei de Protecção de Crianças e Jovens em Perigo); obedece a um plano, que é acompanhado e monitorizado (artigos 7.º e 8.º do Decreto-Lei n.º 12/2008, de 17 de Janeiro).

Assinale-se, aliás, acórdão recente de tribunal superior português¹³ que invoca o caso *Neves Caratão Pinto c. Portugal* para sustentar a aplicação da medida de apoio junto dos pais, em detrimento de outra medida que acarretaria o afastamento de uma criança da respectiva mãe.

6. O (não) convívio da mãe com os filhos

Ainda que os filhos não residam com os pais, o convívio entre eles constitui elemento fundamental da vida familiar, que deve ser assegurado, tanto quanto possível (*Neves Caratão Pinto c. Portugal*, §§ 109 e 114).

A proibição ou limitação dos contactos das crianças com os pais de que estão separadas é orientada pelo princípio do interesse superior da criança, como decorre do artigo 9.º, n.º 3, da Convenção sobre os Direitos da Criança (citado, *supra*, no

¹² Cf. artigo 1979.º do Código Civil, que, aludindo a quem pode adoptar, começa por estabelecer que “a partir dos 50 anos a diferença de idades entre o adoptante e o adoptado não pode ser superior a 50 anos” (n.º 3), para contemplar em seguida a possibilidade de “a diferença de idades ser superior a 50 anos quando, a título excepcional, motivos ponderosos e atento o superior interesse do adoptado o justifiquem, nomeadamente por se tratar de uma fratria em que relativamente apenas a algum ou alguns dos irmãos se verifique uma diferença de idades superior àquela”.

¹³ Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 24 de Agosto de 2021, processo n.º n.º 864/18.1T8CSC-2 (Pedro Martins), disponível em <https://www.direitoemdia.pt/search/show/3dbf742b58da7fd1f09b1a1b3287169015c9377b581809d76fae0d5a54404def>.

final do n.º 4 do presente texto) e do artigo 40.º do Regime Geral do Processo Tutelar Cível (que dispõe sobre a sentença de regulação do exercício das responsabilidades parentais)¹⁴.

Até na hipótese de ser aplicada à criança em perigo a medida de acolhimento residencial se estabelece que, em regra, ela tem o direito de “manter regularmente e em condições de privacidade, contactos pessoais com a família” (artigo 58.º, n.º 1, alínea a), da Lei de Protecção de Crianças e Jovens em Perigo, que também alude à situação de acolhimento familiar).

E o regime da medida de apoio junto de outro familiar reconhece de modo explícito à criança o direito de manter regularmente e em condições de privacidade contactos pessoais *com os pais* (artigo 22.º, n.º 2, alínea c), do Decreto-Lei n.º 12/2008, de 17 de Janeiro)¹⁵, prevendo-se, ademais, que, na operacionalização do plano de intervenção (atinente a esta e a outras medidas a executar em meio natural de vida), se tenha em conta “a necessidade do contacto directo e continuado da criança ou jovem com o respectivo agregado familiar, na observância dos princípios estabelecidos nas alíneas f), g), h) e i) do artigo 4.º” da Lei de Protecção das Crianças e Jovens em Perigo (artigo 7.º, n.º 3, do Decreto-Lei n.º 12/2008, de 17 de Janeiro). Diga-se, a propósito, que as alíneas f) e i) subordinam a intervenção para promoção e protecção a uma lógica que privilegia a assunção pelos pais dos seus deveres para com a criança e a integração desta na sua família biológica (quando não seja de promover a sua adopção ou “outra forma de integração familiar estável”), respectivamente.

O confronto deste enquadramento normativo com os dados vertidos no caso *Neves Caratão Pinto c. Portugal* causa enorme perplexidade.

Em 30 de Março de 2012, o acordo de promoção e protecção atribuiu a cada progenitor um direito semanal de visita dos gémeos preferencialmente na casa dos

¹⁴ Nomeadamente, o n.º 3 desse artigo 40.º: “Excepcionalmente, ponderando o superior interesse da criança e considerando o interesse na manutenção do vínculo afectivo com o visitante, pode o tribunal, pelo período de tempo que se revele estritamente necessário, ordenar a suspensão do regime de visitas”. Cf. AA.VV., *Regime Geral do Processo Tutelar Cível anotado*, Cristina Araújo Dias / João Nuno Barros / Rossana Martingo Cruz (coordenadores), Coimbra, Almedina, 2021, pp. 313-314; RAMIÃO, Tomé d’Almeida, *Regime Geral do Processo Tutelar Cível anotado e comentado*, 4.ª edição, Lisboa, Quid Juris, 2020, pp. 140-141; SOTTOMAYOR, Clara, *Regulação do exercício das responsabilidades parentais nos casos de divórcio*, 7.ª edição, Coimbra, Almedina, 2021, pp. 150-159.

¹⁵ Embora com ressalva “das limitações decorrentes do estabelecido em acordo de promoção e protecção ou em decisão judicial”. No entanto, as limitações têm de ser traçadas de harmonia com os princípios do artigo 4.º da Lei de Protecção de Crianças e Jovens em Perigo, entre os quais figura, como primeiro, o do interesse superior da criança.

avós paternos. Ao longo do tempo, em vez de concederem à mãe a possibilidade de ter as crianças consigo durante dias ou fins-de-semana inteiros, as autoridades foram limitando os seus contactos com as crianças, quer quanto à frequência quer quanto à modalidade, ao passo que ao pai, progenitor menos empenhado e interessado nos filhos, era permitido vê-los quando quisesse (§§ 44 e 60).

O direito de visita da queixosa passou de semanal a quinzenal e de quinzenal a mensal; de um momento em que se exercia em casa de familiares a outro em que se exercia num local sob supervisão de instituição (com duração máxima de duas horas); deixou de ser fixado numa sentença que regulou o exercício das responsabilidades parentais sobre um dos filhos (§ 50); chegou a estar suspenso mais de um ano quanto ao outro filho (§ 64); e foi entendido de maneira a negar à queixosa o pedido de estar com um dos gémeos no seu quarto aniversário (§§ 58 e 134). As limitações foram feitas nem sempre com fundamentação convincente: por exemplo, ao suspender o direito de visita da queixosa quanto a um dos filhos, o tribunal de primeira instância declarou que os contactos com a mãe desestabilizavam a criança, matéria que foi tida como não provada pelo tribunal da Relação (§§ 70-71, 133).

Como se não bastassem as limitações ditadas pelas autoridades, o convívio da mãe com as crianças foi sendo cerceado, na prática, por iniciativa de particulares. Deste modo, por mera vontade dos familiares cuidadores, a queixosa foi impedida de ver um dos filhos durante nove meses (§§ 45 e 131). E, mais tarde, nova obstrução, conjugando-se com sentença que não fixou direito de visita, teve como efeito a ausência de contacto da mãe com esse filho durante mais de...quatro anos (§§ 131 e 139).

7. De vítima de alegada violência doméstica a vítima da *violência do sistema*

No caso *Neves Caratão c. Portugal*, a queixosa começou por ser representada como presumível vítima de violência doméstica do seu companheiro (§§ 4-5). Por se mostrar afectada pela relação conflituosa com M. J., foi afastada dos filhos. Quando reagiu, encontrou emprego e casa (§§ 21, 23, 24 e 37), enfrentou resistências a um convívio que desejava ter com as crianças. Por várias vezes e períodos mais ou menos longos, foi impedida de as ver. Em 7 Janeiro de 2021, quase nove anos após ter sido separada dos gémeos (quando eles tinham pouco mais de quatro meses de idade), ignorava-se o desfecho do respectivo processo judicial de regulação das responsabilidades parentais.

O Direito das Crianças português não é perfeito; nenhum Direito das Crianças foi, é ou será. Por isso, há margem para melhorar.

O caso *Neves Caratão Pinto c. Portugal*, aliado a outros casos do TEDH em que Portugal foi condenado, sinaliza áreas que reclamam aperfeiçoamento interno. Algumas são de índole geral e referem-se ao tempo de decisão, ao tempo de execução do que foi decidido, à resposta ao facto consumado e ao grau de objectividade na apreciação de situação concreta. Outras são características do Direito das Crianças e têm em vista a aplicação de princípios específicos do ramo (como os da inseparabilidade da criança dos progenitores e do convívio entre crianças e pais separados) e o sentido das medidas de promoção e protecção. Na verdade, importa não perder de vista que estas medidas (com excepção da confiança com vista a adopção) têm como finalidade *o bem-estar da criança na sua família de origem*. Portanto, quando se traduzem na quebra de relação quotidiana entre pais e filhos, assumem natureza provisória, de instrumentos de preparação do regresso da criança, sem perigo, para junto de um ou ambos os progenitores.