



MESTRADO EM DIREITO E PRÁTICA JURÍDICA
DIREITO DOS MENORES
EXAME – Tópicos de Correção
17 de junho de 2022
Duração: 90 minutos

I.

Comente três das seguintes afirmações (6 val./cada):

- 1- “A Convenção Internacional dos Direitos das Crianças de 1989 e a Constituição da República constituem dois pressupostos indispensáveis no que diz respeito à definição dos princípios e estratégias adequados à concretização dos direitos das crianças”.

A Convenção dos Direitos das Crianças, aprovada em 1989, reconheceu às crianças, pela primeira vez, alguns direitos relacionados com a sua liberdade, ao invés do que sucedeu até então, onde apenas lhe eram reconhecidos direitos relacionados com a sua proteção.

Foram assim instituídos princípios como o da não discriminação (art. 1.º), superior interesse da criança (art. 2.º), direito à vida e ao desenvolvimento (art. 6.º), direito ao nome e nacionalidade (art. 7.º), direito à proteção da identidade (art. 8.º), direito a viver com os pais, a menos que tal seja considerado incompatível com o seu interesse superior, direito de manter contacto com ambos os pais se estiver separada de um ou de ambos (art. 9.º), direito à saúde e serviços médicos (art. 24.º) e direito à educação (art. 28.º). São, finalmente, reconhecidos direitos que atribuem à criança uma progressiva autonomia, reconhecendo-se a sua liberdade de expressão e opinião (art. 13.º), liberdade de pensamento, consciência e religião (art. 14.º), liberdade de associação e reunião (art. 15.º), e liberdade de informação (art. 17.º). Nos termos do art. 12.º, determina-se de forma clara, que à criança será assegurada “a oportunidade de ser ouvida nos processos judiciais e administrativos que lhe respeitem (...)”, sendo tal determinado de acordo com a sua maturidade e a sua idade, pressupondo-se desta forma, que a criança tem o direito a ser escutada e a gozar de credibilidade, devendo as suas opiniões e decisões serem tomadas em consideração. O art. 37.º determina que a criança não poderá ser privada de liberdade de forma arbitrária ou ilegal, sendo de considerar que tal proibição se aplicará, igualmente, na vida familiar.

A Convenção personificou um importante marco a favor do reconhecimento da autonomia da criança, uma vez que, passou a atribuir-lhe a possibilidade de assumir, por si mesma, o exercício dos seus direitos subjetivos, contrariamente ao que sucedida até aí, onde lhe eram reconhecidos apenas direitos de proteção que só ao Estado e aos adultos cabia definir e ativar.

A Convenção dos Direitos das Crianças apresenta-se, assim, como a maior orientação de todos os Estados Membros, nas suas legislações internas, ainda que, alguns dos princípios aí contidos tenham sido adotados como medidas legislativas nacionais, anteriores à própria Convenção.

Na nossa Constituição, o reconhecimento dos direitos da criança encontra-se em dois planos distintos: ao nível dos direitos, liberdades e garantias pessoais e, ao nível dos direitos e deveres económicos, sociais e culturais.

Quanto ao 1.º nível temos, designadamente, as normas dos artigos 24.º (inviolabilidade do direito à vida); artigo 25.º (inviolabilidade da integridade moral e física das pessoas); artigo 26.º (direito à identidade pessoal, ao desenvolvimento da personalidade, ao bom nome e reputação, à imagem, à palavra, à reserva da vida privada e familiar e à proteção legal contra todas as formas de discriminação), que apesar de serem vocacionadas para todas as pessoas, também se aplicam às crianças; art. 36.º, n.ºs 4, 5, 6 e 7 (família, casamento e filiação); art. 43.º (liberdade de aprender e ensinar).

Quanto ao 2.º nível temos as normas dos art.s 67.º, 68.º, 69.º e 70.º, que conferem proteção à família, à paternidade e maternidade, à infância e à juventude, respetivamente.

- 2- “O princípio do superior interesse da criança é fundamental na intervenção tutelar educativa”.

O princípio do superior interesse da criança é fundamental na intervenção tutelar educativa, tendo em conta as finalidades das medidas, nos termos do art. 2.º/1 LTE, sendo fulcral como critério de escolha da medida a aplicar (art. 6.º/3) e ao longo de toda a condução do processo (artigos 36.º, 40.º/1b), 77.º/101.º/3, 107.º/2, 113.º/1. Trata-se de uma intervenção que visa a educação do menor para o direito e a sua inserção na vida em comunidade. Os objetivos principais são, pois, a educação e a inserção do menor na vida em comunidade. Assim, consoante a gravidade dos factos, o processo pode até ser arquivado ou suspenso, não chegando a haver lugar à aplicação de uma medida tutelar educativa (artigos 78.º, 84.º, 87.º/1 c), 93.º/1 b) *in fine* da LTE).

- 3- “A atuação do MP no âmbito da LPCJP afigura-se fundamental no equilíbrio entre a defesa dos interesses da sociedade e a defesa dos interesses do menor”.

A LPCJP começa por definir, no seu art. 1.º, que tem por objeto a promoção dos direitos e a proteção das crianças e dos jovens em perigo, por forma a garantir o seu bem-estar e desenvolvimento integral, e no seu art. 4.º, como princípios orientadores da intervenção, o interesse superior da criança e do jovem e seus corolários.

Também nos termos do art. 3.º se retira que o P. superior interesse da criança deverá prevalecer sobre quaisquer outros direitos, nomeadamente os dos pais, ainda que as decisões sejam tomadas a favor do menor e não contra os pais.

Por outro lado, também os interesses da sociedade são acautelados já que um dos exemplos de situação de perigo avançado pelo artigo 3.º (g)) traduz-se em comportamentos por parte da criança ou jovem, ou a entrega a atividades ou consumos que afetem gravemente a sua saúde, segurança, formação, educação ou desenvolvimento sem que os pais, o representante legal ou quem tenha a guarda de facto se lhes oponham de modo adequado a remover essa situação.

Nos termos do art. 72.º compete ao MP intervir na promoção e defesa dos direitos das crianças e jovens em perigo (n.º1), representá-las, propondo ações, requerendo providências tutelares cíveis e usando de quaisquer meios judiciais necessários à promoção e defesa dos seus direitos e à sua proteção (n.º3), podendo ainda requerer a abertura do processo judicial de promoção dos direitos e de proteção nas situações elencadas no art. 73.º.

O MP acompanha igualmente a atividade das CPCJ (art. 68.º), pode arquivar liminarmente as comunicações que receba quando seja manifesta a sua falta de fundamento ou de necessidade de intervenção (art. 74.º) e pode requerer a apreciação judicial da decisão da CPCJ quando entenda que as medidas aplicadas são ilegais ou inadequadas para promoção dos direitos e proteção da criança ou jovem em perigo (art. 76.º).

Desta forma, conclui-se que a intervenção do MP se afigura fundamental no equilíbrio entre a defesa dos interesses da sociedade e a defesa dos interesses do menor.

- 4- “No Processo Yilmaz c. Alemanha o direito à vida familiar e o superior interesse da criança constituíram fatores determinantes da decisão”.

A principal argumentação do TEDH baseou-se no direito à família por um lado e o superior interesse da criança por outro.

Com efeito, a família é a origem e o pressuposto do desenvolvimento de uma pessoa. Neste sentido, o TEDH entendeu que a relação biológica entre Yilmaz e o filho seria muito importante, ainda que a mesma não se tivesse efetivado à data da decisão, encontrando apenas o seu potencial.

Por outro lado, o TEDH entendeu que o superior interesse do filho requeria uma decisão que permitisse a potencialidade da relação entre pai e filho, a bem do crescimento e desenvolvimento da criança.

Atendendo a estes dois principais argumentos, foi considerada importante a permanência de Yilmaz na Alemanha, local onde o filho vivia.

- 5- “O artigo 1906.º CC assume como regra o exercício da residência alternada”

A afirmação não deverá ser considerada verdadeira.

Isto porque já antes da mais recente alteração legislativa operada pela Lei n.º65/2020, de 4/11, apesar de não existir à data uma consagração expressa, o legislador não impedia a possibilidade de ser aplicado o modelo da residência alternada, desde que, ou tal fosse acordado entre os progenitores e posteriormente determinado pelo Tribunal, ou que se tratasse de uma decisão tomada pelo Tribunal, favorecendo, assim, “amplas oportunidades

de contacto com ambos e de partilha de responsabilidades entre eles”, tendo sempre em conta o interesse do menor, os eventuais acordos entre os pais e a manutenção da relação de grande proximidade da criança com ambos.

Com efeito, a alteração legislativa operada pelo legislador de 2020 ao artigo 1906.º do Código Civil apenas tem uma função esclarecedora da lei anterior, ao invés de uma função criativa ou inovadora, tendo como preocupação a consagração expressa da hipótese de residência alternada que já era admitida anteriormente.

No que concerne à aplicação do modelo de residência alternada, existe a necessidade de verificar caso a caso se essa solução será a mais ajustada ao caso em concreto, podendo ou não ser aplicado esse modelo, em função da situação, pelo que não pode ser encarado como regra, sendo a sua aplicação feita de forma casuística.

Cada criança é única; cada relacionamento entre progenitores é único. O superior interesse da criança deverá constituir o critério basilar da decisão a aplicar, nomeadamente em matéria da sua residência, pelo que terá que se atender ao grau de estabilidade emocional de cada progenitor após a separação e à sua capacidade para cooperar em matérias fundamentais da vida dos filhos, de forma a que os interesses dos progenitores não se sobreponham aos interesses, nomeadamente de estabilidade e de desenvolvimento emocional, das crianças, cujos contornos se vão alterando em função da sua idade.

Por um lado, a residência alternada exige que ambos os progenitores tenham condições de vida equivalentes, não apenas em termos materiais e financeiras, mas sobretudo em termos emocionais e de disponibilidade.

Por outro lado, a residência alternada exige uma situação de compromisso entre os pais, que não têm necessariamente que concordar em todos os aspetos, mas devem fazê-lo nos pontos essenciais do desenvolvimento, bem estar e educação dos filhos.

A decisão pelo modelo de residência alternada pressupõe uma atitude altruísta, já que impõe aos pais abdiquem de divergências pessoais em nome de um bem maior – em nome do superior interesse da criança.

Apreciação Global – 2 val.