

O ESTATUTO DO MENOR EM PORTUGAL *

ELIANA GERSÃO

I

1. O tema que me foi pedido para tratar — o estatuto do menor no direito português — é muito vasto e, dentro dos limites de tempo fixados para este Simpósio, não poderei abordá-lo senão nas suas grandes linhas. Assim, muitos aspectos ficarão por considerar e outros serão referidos de um modo superficial, por vezes quase esquemático.

Na minha exposição analisarei, numa primeira parte, o estatuto do menor perante o direito civil, em especial o direito

* Texto da intervenção no Simpósio sobre a proteção do menor no direito português e brasileiro, que decorreu na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro a 5 de Junho de 1991, no âmbito do programa comemorativo do VII Centenário da Universidade de Coimbra.

Renovamos ao Prof. Doutor Francisco Amaral os mais vivos agradecimentos pelo convite que nos dirigiu para participar no referido Simpósio, no qual tivemos o grande gosto de intervir juntamente com a Desembargadora Áurea Pimentel — a quem coube tratar do direito brasileiro —, sob a honrosa presidência do Prof. Doutor Caio Mário da Silva Pereira.

O presente artigo foi redigido a partir dos apontamentos que então utilizamos, numa exposição que deliberadamente quisemos de tom coloquial e “ligeiro”, uma vez que se dirigia sobretudo a estudantes. Mantiveram-se tais características, acrescentando-se porém algumas notas, destinadas a tornar mais explícito um texto necessariamente muito sintético, dadas as limitações de tempo e a amplitude do tema, bem como algumas referências bibliográficas, que de forma alguma pretendem ser exaustivas.

de família. De passagem — e quando tal venha a propósito dos assuntos em questão —, aludirei, de forma muito sucinta, a outros aspectos da respectiva posição jurídica ou mesmo social. Na segunda parte da exposição deter-me-ei sobre a situação do menor perante o direito penal.

Mas, antes de entrar propriamente nos temas mencionados, gostaria de dar algumas indicações, de carácter genérico, sobre os vários limites etários fixados em Portugal para a participação dos jovens nos aspectos mais marcantes da vida jurídica e social. Saberemos assim mais exatamente de quem falamos, quando empregamos o termo “menor”.

2. A *maioridade civil* atinge-se hoje em Portugal aos 18 anos (art. 122º, C. Civil). Este limite foi introduzido pela reforma do Código Civil levada a efeito pelo Decreto-Lei nº 496/77, de 25 de novembro — diploma que adiante teremos ocasião de referir mais de perto —, que baixou a idade de 21 anos prevista na legislação anterior.

Esta antecipação foi justificada com “o mais rápido processo de desenvolvimento psíquico e cultural dos jovens” e com o fato de estes reivindicarem “uma autonomia a que deve corresponder a inerente responsabilidade” (nº 6 do preâmbulo do Decreto-Lei nº 496/77).

Além disso, os jovens de mais de 18 anos tinham já adquirido, nessa data, *capacidade eleitoral* ativa e passiva. Esta foi-lhes atribuída pela Lei Eleitoral aprovada pelo Decreto-Lei nº 621-A/74, de 15 de novembro — que regula o recenseamento em vista das eleições para a Assembleia Constituinte —, tendo sido depois consagrada na Constituição de 1976 (art. 48º, nº 2).¹

Em contrapartida, o Decreto-Lei nº 496/77 elevou a *idade núbil* das moças dos 14 para os 16 anos. Este limite, já fixado

¹ A Constituição nascida da revolução democrática de 25 de abril de 1976, entrando em vigor a 25 do mesmo mês. Foi revista em 1982 e 1989. O direito de sufrágio dos maiores de 18 anos está previsto no art. 49º da versão vigente da Constituição.

na legislação anterior para os rapazes, passa assim a vigorar para os jovens de ambos os sexos (art. 1601º, al. a, C. Civil). Embora no preâmbulo do diploma (nº 12) se deixe transparecer uma certa preferência por um limite ainda mais elevado² — alude-se aos 18 anos — entende-se que tal solução não seria possível no estágio de evolução da sociedade portuguesa.

O casamento dos menores de 18 anos carece de autorização (de ambos os progenitores que exerçam o poder paternal ou do tutor) ou do respectivo suprimento judicial (art. 1612º C. Civil). Da sua celebração resulta, de pleno direito, a emancipação dos menores (art. 132 C. Civil)³ — esta é, aliás, atualmente, a única forma de emancipação admitida no direito português.

Também a *imputabilidade penal* se atinge na legislação portuguesa aos 16 anos (art. 19º, C. Penal). Isto não significa, porém, que o indivíduo de idade superior a esse limite seja totalmente equiparado ao adulto. Como veremos mais em pormenor quando aludirmos ao estatuto penal dos menores, os jovens de 16 a 21 anos podem beneficiar-se, em certas circunstâncias, de um regime penal especial.

Vejam, por último, o que se passa no *direito laboral*.

A capacidade para prestar trabalho atinge-se em Portugal bastante cedo — pensamos que demasiado cedo. Vigora ainda, neste aspecto, o Decreto-Lei nº 49.408, de 24 de novembro de 1969 (Regime jurídico do contrato individual de trabalho), que fixa, para o efeito, a idade de 14 anos (art. 123º, nº 1).

² Não só pelo desejo de assegurar “a maturidade psíquica exigida para um ato de tal gravidade”, mas também pela preocupação de salvaguardar as possibilidades de adequada formação profissional, em regra comprometidas nos casamentos precoces, em especial, nas moças.

³ Tal só não acontecerá se os menores contraírem o casamento sem que a devida autorização tenha sido obtida ou judicialmente suprida. Se tal se verificar, o casamento é válido, sofrendo aqueles a “sanção especial” de continuarem a ser considerados menores quanto à administração dos bens levados para o casal ou adquiridos posteriormente a título gratuito (art. 1649º, nºs 1 e 2, C. Civil).

Trata-se de um limite demasiado baixo,⁴ mas que é, de certo modo, atenuado pela legislação sobre *escolaridade obrigatória*. Na verdade, para que um menor seja admitido a prestar trabalho, é necessário não só que haja completado 14 anos, mas também que tenha concluído a escolaridade obrigatória. Esta, atualmente restrita a seis anos, foi prolongada para nove anos pela Lei de Bases do Sistema Educativo (Lei nº 46/86, de 14 de outubro), aplicável às crianças que tenham feito a primeira matrícula no ensino básico em 1987/88.

II

3. Indicados alguns dos marcos mais significativos que servem de fronteira à entrada dos jovens no mundo adulto, é altura de nos determos com maior detalhe sobre a situação do menor perante o direito civil — ou, mais exatamente, perante o *direito de família*.

Esta matéria sofreu profundas transformações com a democratização do país, conseqüente à revolução de 25 de abril de 1974. Aliás, nessa data, tínhamos um Código Civil bastante recente, publicado há menos de uma década.⁵ Era um diploma bem elaborado sob o ponto de vista da técnica jurídica, tanto assim que pode sobreviver até aos nossos dias, com poucas

⁴ Este limite não só é demasiado baixo — sobretudo se comparado com o fixado na generalidade os países europeus — como não é respeitado em absoluto. Especialmente nos últimos anos foram trazidos ao conhecimento público numerosos casos de trabalho infantil clandestino (ocorridos sobretudo no norte do país, no âmbito da indústria têxtil e da construção civil). A comunicação social fez uma ampla divulgação do assunto, causando uma grande reação da opinião pública. Também por parte dos sindicatos, partidos políticos, serviços de proteção de menores e outras entidades tem havido uma denúncia freqüente dessas situações, reclamando-se uma maior intervenção da Inspeção-Geral do Trabalho e do poder político em geral. Como conseqüência deste movimento de pressão pública, foram agravadas pelo Decreto-Lei nº 286/88, de 12 de agosto, as sanções aplicáveis em caso de utilização do trabalho de menores em transgressão do disposto no referido nº 1 do art. 123º do Decreto-Lei nº 49.408. O problema encontra-se atualmente um tanto atenuado, mas está longe de ser solucionado.

⁵ Em 1966, tendo entrado em vigor em 1967.

ou nenhuma alteração, nos domínios ideologicamente neutros — ou, pelo menos, pouco sensíveis. Porém, na área do direito de família, particularmente ligada a concepções ideológicas, o regime do Código Civil — muito conservador e tradicional, tanto assim que tinha sido contestado pelos setores mais progressistas dos meios jurídicos e da opinião pública na altura da publicação do diploma — tornou-se insustentável face às profundas modificações políticas, sociais e culturais sofridas pela sociedade portuguesa posteriormente a 1974.

Os grandes quadros do novo direito de família foram consagrados logo na Constituição de 1976. Mais tarde, esses princípios foram desenvolvidos e concretizados pelo já referido Decreto-Lei nº 496/77, que teve precisamente por objetivo ajustar o Código Civil à Constituição.

4. A nova legislação consagra, antes de mais, uma *concepção igualitária de família*, proclamando que o casamento se baseia na total igualdade de direitos e deveres do homem e da mulher (arts. 36º, nº 1, da Constituição⁶ e 1671º, ns. 1 e 2, C. Civil). Nessa lógica, a condução da vida familiar é atribuída a ambos os cônjuges, que devem tomar, por acordo, as decisões que a vida do dia a dia implica.⁷

Não era assim no direito anterior, onde se considerava que o marido era o “chefe da família”, competindo-lhe, nessa qualidade, representá-la e decidir em todos os atos da vida conjugal comum.

É também o princípio da igualdade que passa a orientar o exercício do poder paternal. Este poder-dever é confiado em iguais termos a ambos os pais, considerando-se que os mesmos

⁶ Art. 36º, nº 3, da versão vigente.

⁷ Em caso de desacordo não é reconhecido o direito a apreciação judicial do litígio, salvo se se tratar da fixação ou alteração da residência da família (art. 1673º, nº 3) ou do exercício do poder paternal (sobre este ponto ver *infra*, nota 9). Sobre a possibilidade de intervenção do juiz na resolução dos conflitos familiares, ver MARIA LEONOR PIZARRO BELEZA, “Os efeitos do casamento”, em *Reforma do Código Civil*, Ordem dos Advogados, Lisboa, 1981, p. 103 ss.

devem tomar, por acordo, as decisões relativas à educação dos filhos (art. 1901º, nº 1).⁸ e ⁹

Encontramos no Código Civil numerosas concretizações da idéia exposta.

Também esta solução se afasta profundamente do direito anterior, onde os vários direitos e obrigações integrantes do poder paternal eram repartidos pelo pai e pela mãe, sendo confiadas ao primeiro todas as decisões importantes e significativas em relação ao filho. À mãe não era reconhecido senão o direito de “ser ouvida” quanto a essas mesmas decisões — não resultando, aliás, qualquer consequência do fato de não ser consultada — e de “zelar pela integridade física e moral dos filhos”.

5. Uma segunda grande linha orientadora do sistema vigente diz respeito à situação dos filhos na família, traduzindo-se no reconhecimento da sua *maior autonomia*.

Assim, desde logo, abandona-se, também neste aspecto, a concepção autoritária da família característica da legislação anterior em favor de uma imagem solidária, onde “pais e filhos se devem mutuamente respeito, auxílio e assistência” (art. 1874º, nº 1).

Mas, para além disso, considera-se que as crianças e os jovens devem dispor de um certo grau de autonomia, de acor-

⁸ Todos os artigos citados nos nºs 4 a 9, sem qualquer menção que os identifique, pertencem ao Código Civil vigente.

⁹ Nos casos da vida corrente para os quais o menor carece de autorização, basta a intervenção do pai ou da mãe, pressupondo-se que a decisão que ele adapta tem o acordo do outro progenitor. Tal só não é assim quando a lei exige expressamente o consentimento de ambos os pais (como aconteceu relativamente ao casamento — art. 1604º, al. a) ou quando “se trate de ato de particular importância” (art. 1902º, nº 1). Sobre o que deve entender-se por “ato de particular importância”, ver ARMANDO LEANDRO, “Poder paternal: natureza, conteúdo, exercício e limitações. Algumas reflexões de prática judiciária”, em *Temas de direito de família*, Coimbra, Livraria Almedina, 1986, pp. 129-130.

O recurso ao tribunal, em caso de desacordo entre os pais no exercício do poder paternal, também só é possível “em questões de particular importância” (art. 1901º, nº 2).

do com a sua maturidade, daí se extraindo expressamente o seu direito a (art. 1878º, nºs 1 e 2):

Como exemplos do direito dos filhos a serem ouvidos em assuntos importantes da vida familiar, podem citar-se as seguintes disposições:

- no caso de um casal com filhos pretender adaptar uma criança, os mesmos devem ser ouvidos pelo tribunal, se tiverem idade superior a 14 anos (art. 1984º);
- na eventualidade de recurso ao tribunal na seqüência de desacordo dos pais no exercício do poder paternal, aquele, antes de decidir, deve ouvir o filho maior de 14 anos (art. 1901º, nº 2);
- quando, na seqüência de divórcio ou de separação judicial de pessoas e bens, se procede à regulação do exercício do poder paternal, poderá ser autorizada pelo tribunal a assistência do menor à “conferência” que precede a homologação judicial do acordo estabelecido para o efeito pelos progenitores (arts. 1905º, nº 1, e 175º do Decreto-Lei nº 314/78, de 27 de outubro);
- se, na falta dos pais e de tutor por eles designado, houve lugar a nomeação judicial do tutor, o tribunal, antes de proceder à nomeação, deve ouvir o menor que tenha completado 14 anos (art. 1931º, nº 2).

Conseqüência do entendimento de que os jovens devem dispor do possível grau de autonomia na organização da sua vida é — não falando já da própria antecipação da maioridade para os 18 anos — a consagração legal da sua capacidade para, ainda durante a menoridade, praticarem determinados atos ou tomarem certas decisões sem necessitarem, para o efeito, do consentimento dos detentores do poder paternal. Assim, é-lhes lícito, nomeadamente:

- praticar os negócios jurídicos próprios da vida corrente que, estando ao alcance da sua capacidade natural, só impliquem despesas ou disposições de bens de pequena importância (art. 127º, nº 1, al. b);

- administrar os bens adquiridos com o produto do seu trabalho (a partir dos 16 anos) (art. 1888º, nº 1, al. *d*);
- decidir da sua educação religiosa (a partir dos 16 anos) (art. 1886º);
- perfilhar um filho nascido de uma ligação extra-matrimonial (a partir dos 16 anos) (art. 1850º, nºs 1 e 2);
- prestar o consentimento para ser ele próprio adaptado (a partir dos 14 anos) (art. 1981º, nº 1, al. *a*) ou para que um filho seu o seja por outrem.¹⁰ e¹¹

6. A moderna evolução no sentido da autonomia crescente dos jovens tem tido conseqüências noutras domínios jurídicos.

É interessante referir, por exemplo, o que se passou no domínio do *planejamento familiar*.

A questão de saber se os menores podem ou não ser admitidos a consultas nos Centros de Planeamento Familiar sem o consentimento expresso dos pais foi um assunto muito debatido em Portugal há uma década.

Uma vez que esse direito não estava expressamente consagrado na lei, foi feita em 1980 uma consulta à Procuradoria-Geral da República pelo Ministro dos Assuntos Sociais. A Procuradoria negou a existência desse direito, ou seja, considerou que, na falta de consentimento expresso dos pais ou do representante legal, devia ser negado aos menores o acesso às consultas de planejamento familiar. Este entendimento viria a ser

¹⁰ O último direito não está expressamente consagrado na lei, mas tem sido, em regra, reconhecido pela jurisprudência. Por um lado, porque o Código Civil exige para a adoção o consentimento “dos pais do adotando, mesmo que não exerçam o poder paternal” (art. 1981º, nº 1, al. *c*); por outro, porque esse consentimento parece constituir um ato de natureza pessoal, que um menor, mesmo quando sujeito ao poder de representação dos pais, tem capacidade para praticar (art. 1881º, nº 1). No projeto de revisão do regime jurídico da adoção de que adiante falaremos (nº 12), especifica-se claramente que a adoção requer o consentimento “dos pais do adotando, ainda que menores”.

¹¹ Ver ainda o caso referido na nota 22.

aceito pelo Ministro dos Assuntos Sociais¹² e imposto aos serviços médicos dele dependentes.

Porém, a orientação referida viria a ser ultrapassada pela Lei sobre educação sexual e planeamento familiar (Lei nº 3/84, de 24 de Março) e pelo respectivo regulamento (aprovado pela Portaria nº 52/85, de 26 de Janeiro), que asseguram aos “jovens em idade fértil”, sem quaisquer restrições, o acesso às consultas de planeamento familiar (art. 5º, nº 2), criando mesmo centros específicos em sua intenção (os chamados “centros de atendimento para jovens”), os quais, além de prestarem informação no domínio da sexualidade, procederão ao “fornecimento de contraceptivos em situações de risco” (arts. 3º e 4º).

É igualmente digna de nota, no domínio dos direitos dos jovens, a disposição da Lei nº 6/84, de 11 de maio — lei esta que modifica o Código Penal no domínio dos crimes “contra a vida intra-uterina” —, que reconhece à menor grávida de mais de 16 anos capacidade para prestar o *consentimento para a prática de um aborto*, nos casos em que este é tornado lícito (nova redação do art. 141º C. Penal).^{13 e 14}

¹² Por Despacho de 5 de janeiro de 1981, publicado, bem como o mencionado Parecer da Procuradoria-Geral da República, no *Diário da República*, II Série, nº 179, de 6 de agosto de 1981, pp. 6493-6494. A orientação propugnada nesses textos foi criticada por MARIA DE NAZARETH LOBATO GUIMARÃES, “Ainda sobre menores e consultas de planeamento familiar”, na *Revista do Ministério Público*, ano 3º, vol. 10, 1982, p. 193 ss. Ver também MARIA DE FÁTIMA ABRANTES DUARTE, *O poder paternal. Contributo para o estudo do seu atual regime*, AAFDL (Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa), 1989, pp. 87-92.

¹³ O Código Penal português, sendo embora um diploma bastante recente (foi publicado em 1982, tendo entrado em vigor em 1º de janeiro de 1983), considerava sempre como crime a interrupção voluntária da gravidez. Esta situação foi modificada pela Lei nº 6/84, que afasta a licitude do aborto nos casos de perigo de morte ou de grave lesão para o corpo ou a saúde física da mulher, doença grave ou malformação do nascituro e gravidez resultante de violação, desde que efetuado dentro de certos prazos e respeitando determinados requisitos (nova redação do art. 140º, C. Penal).

¹⁴ Se a menor tiver menos de 16 anos, o consentimento é prestado pelo representante legal, ou na sua falta, por qualquer ascendente ou parente na linha colateral (art. 141º, nº 3, C. Penal).

7. Um terceiro traço característico do direito de família introduzido no país posteriormente a 1974, a que aqui gostaríamos de aludir, pode ser definido, numa fórmula sintética, como a preocupação em ter em conta a realidade efetivamente existente no domínio familiar e social e para ela encontrar as melhores soluções.

Tal não acontecia na legislação anterior, que criara uma imagem mítica de família — a família perfeita e invulnerável, que obviamente nunca existiu —, ignorando todas as realidades que não se coadunavam com essa noção idealizada — como se, ignorando-as, elas deixassem de existir... Para além disso, sacrificava-se aí, por força do puritanismo e das concepções de rígida moral ao tempo reinantes, a idéia da família como relidade afetiva em favor de uma família de fachada e de conveniência — ou seja, de uma família onde tudo está certo, desde que se guardem as aparências.¹⁵

8. A conseqüência mais notória da preocupação em se terem em conta as situações reais e as dificuldades da sociedade portuguesa é a *nova disciplina do divórcio* — mero reconhecimento da realidade flagrante de que, perante certas crises no casamento, a vida em comum é insustentável ou deixa de ter sentido.

A revisão do regime jurídico do divórcio foi feita logo em 1975, pelo Decreto-Lei n.º 261/75, de 27 de maio (modificado pelo Decreto-Lei n.º 561/76, de 17 de julho), sendo depois retomada pela legislação de 1977.

Não podemos desenvolver aqui esta matéria, pois não faz parte direta do nosso tema. Limitamo-nos, assim, a indicar que, por um lado, são alargadas as situações em que o divórcio é possível, devendo neste aspecto realçar-se, pela imensa repercussão social de que se revestiu, a extensão do instituto aos casamentos celebrados catolicamente; por outro lado, é ins-

¹⁵ Como afirmava uma das personagens da peça do dramaturgo português Luís Francisco Rebelo, "Os pássaros de asas cortadas", publicada em 1959, onde era precisamente denunciada a moral familiar de fachada.

tituído o divórcio por mútuo consentimento, que é mesmo privilegiado em relação ao litigioso.¹⁶

9. Conseqüência do mesmo cuidado com os problemas reais — particularmente de realçar num simpósio dedicado ao menor — é a profunda *modificação do estatuto das crianças nascidas fora do casamento*.

O conceito de “filho ilegítimo” — que foi para milhares de crianças, durante séculos, fonte de humilhação, sofrimento e discriminação — foi abolido em Portugal com a Constituição de 1976, que veio proclamar que “os filhos nascidos fora do casamento não podem, por esse motivo, ser objeto de qualquer discriminação”, especificando ainda que “as leis e as repartições oficiais não podem usar designações discriminatórias relativas à filiação” (art. 36º, nº 4). O Decreto-Lei n. 496/77 veio dar seguimento ao dispositivo constitucional, eliminando do Código Civil o termo “filho ilegítimo” e pondo cobro ao regime de desfavor previsto para as crianças nascidas fora do casamento.

Por outro lado, no estabelecimento da filiação, privilegia-se a verdade biológica sobre as ficções em que assentava a anterior legislação — considerando-se a realidade da vida e dos afetos mais importante do que a família de fachada e de aparência e salvaguardando-se o direito à filiação conforme à verdade biológica.¹⁷

Veja-se, por exemplo, a situação das crianças filhas de uma mulher casada e de outrem que não o seu cônjuge — nascidas

¹⁶ Em conseqüência desta orientação — e também de transformações sociológicas entretanto sofridas pela sociedade portuguesa — o número de divórcios por mútuo consentimento tem aumentado de modo mais pronunciado do que o de divórcios litigiosos. Os números relativos aos últimos anos foram os seguintes, respectivamente, de 1982 a 1990, ano a ano: *Divórcio litigioso*: 2042; 4125; 3217; 3465; 3352; 3001; 3256; 3443; 3591. *Divórcio por mútuo consentimento*: 3996; 4276; 5651; 6605; 6474; 6664; 7288; 8062; 7281.

¹⁷ Sobre as ficções no âmbito do direito de família, GUILHERME DE OLIVEIRA, “Sobre a verdade e a ficção no direito de família”, separata do volume LI do *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, 1976.

frequentemente em “casais de fato”, impossibilitados de contraírem casamento, em virtude de um dos seus membros (ou ambos...) se encontrar vinculado a um anterior casamento insuscetível de ser dissolvido por divórcio. No direito anterior, essas crianças seriam consideradas, quase necessariamente, “ilhas” do cônjuge da progenitora, já que esta nada podia fazer para ilidir a presunção legal existente nesse sentido e a paternidade só poderia ser impugnada em circunstâncias muito excepcionais.¹⁸

Na revisão do Código Civil de 1977, embora se mantenha a presunção de que a criança nascida na constância do casamento tem como pai o marido da mãe (art. 1826º), admite-se que essa presunção seja afastada com relativa facilidade. Assim, a mãe pode fazer a declaração do nascimento com a indicação de que o filho não é do marido (art. 1832º, nº 1); se tal declaração não tiver lugar, figurando portanto o cônjuge da mãe como pai registral da criança, a paternidade pode ser impugnada, por várias pessoas e dentro de prazos alargados,¹⁹ sempre que haja razão para crer que, no caso, aquela paternidade é “manifestamente improvável” (art. 1839º, nº 2).

Para além disso, é facilitada a investigação da paternidade das crianças nascidas fora do casamento. No Código Civil de

¹⁸ A impugnação, em princípio, só podia ser feita pelo marido da mãe (em casos excepcionais, podia sê-lo pelo Ministério Público, em intervenção suscitada por quem se declarasse pai natural da criança e — após 1973 — pela mãe — art. 1820º), num curto prazo (120 dias a partir do momento em que teve conhecimento do nascimento) e num condicionalismo muito apertado. Exigia-se-lhe, praticamente, que provasse a total impossibilidade física de coabitar com a mulher durante o período legal da concepção (ver art. 1817º). Sobre o tema: GUILHERME DE OLIVEIRA, “Impugnação da paternidade”, separata do vol. XX do suplemento do *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, 1979.

¹⁹ A paternidade pode ser impugnada não só pelo marido da mãe, mas também por esta, pelo filho ou pelo Ministério Público, este último a requerimento de quem se declarar pai da criança (arts. 1839º, nºs 1 e 2, e 1841º, nº 1). Os prazos para a impugnação são diversos, variando consoante a pessoa que impugne a paternidade (ver os arts. 1841º, nº 2, e 1842º), mas são globalmente largos.

1967, a investigação da maternidade “ilegítima” era sempre possível (art. 1857º); porém, a da paternidade — com o argumento de que era necessário “proteger a família legítima ou a dignidade e honra dos indivíduos não casados”²⁰ — só era permitida em circunstâncias excepcionais, taxativamente indicadas na lei (art. 1860º), nas quais a paternidade era manifesta. Com a reforma de 1977, essas circunstâncias passam a ser consideradas presunções de paternidade (art. 1871º); mas a investigação desta é sempre possível, independentemente da verificação dessas ou de outras condições.^{21 e 22}

10. Um último aspecto a que gostaríamos de aludir, dentro da idéia de que, na reforma de 1977, houve a preocupação de legislar para a realidade efetivamente existente, com os seus problemas e dificuldades, e não para uma sociedade ideal imaginária, é o maior cuidado no domínio da *proteção às crianças maltratadas na família ou abandonadas*. A existência de crianças nestas situações era uma verdade que anteriormente se procurava ignorar ou pelo menos menosprezar, precisamente para não se por em causa o mito de que todas as crianças são amadas pelos pais e de que nenhuns laços podem suplantar os provenientes da “voz do sangue”.

A principal concretização do cuidado com a situação das crianças maltratadas ou abandonadas pela família é a total reformulação do regime da adoção. Este instituto foi totalmente desconhecido em Portugal até ao Código Civil de 1967. Foi introduzido por este diploma, mas foram-lhe fixados requisitos tão exigentes — sobretudo no âmbito da adoção ple-

²⁰ Mencionado em F. BRANDÃO FERREIRA PINTO, *Filiação natural*, Coimbra, Livraria Almedina, 1983, p. 317.

²¹ Sobre o tema GUILHERME DE OLIVEIRA, *Estabelecimento da filiação*, Livraria Almedina, Coimbra, 1979.

²² É interessante notar que, afastando-se do princípio geral, segundo o qual os pais menores estão inibidos do poder de representar o filho (art. 1913º, n.º 2), o art. 1870º atribui à mãe menor legitimidade para intentar a ação de investigação de paternidade em representação do filho, sem necessidade de autorização dos seus pais. Esta será mais uma concretização, na nossa lei, da maior autonomia concedida aos menores na organização da sua vida.

na — que, na prática, era inviável.²³ Podemos assim dizer que a adoção, como possibilidade efetiva, só foi introduzida em Portugal com a legislação de 1977.²⁴

11. Apesar desta medida — de alcance muito significativo — pensamos que a proteção das crianças maltratadas ou abandonadas não constituiu uma preocupação de primeira linha nem da Constituição de 1976, nem da legislação civil de 1977.

Isso explica-se, a nosso ver, por duas ordens de razões.

Antes de mais, pelo clima de época. Após décadas de ditadura, o anseio de liberdade era a nota mais saliente da so-

²³ Efetivamente, só podiam adotar plenamente — única forma de adoção que confere uma situação em tudo igual à filiação natural — duas pessoas de mais de 35 anos, casadas há mais de dez e sem descendentes “legítimos” (art. 1981º, nº 1). Por outro lado só podiam ser adotados os filhos “ilegítimos” de um dos adotantes, sendo o outro progenitor incógnito ou falecido, e os filhos de pais incógnitos ou falecidos (art. 1982º). Nestas condições, o número de processos relativos a adoções plenas julgados na vigência da legislação de 1967 foi extremamente escasso. Assim, 1968 — 16; 1970 — 35; 1972 — 42; 1974 — 25; 1976 — 28 (Fonte: *Estatísticas da Justiça*, ao tempo publicadas pelo Instituto Nacional de Estatística de dois em dois anos). Sobre o regime jurídico da adoção, no domínio do Código Civil de 1967, R. V. CAPELO DE SOUSA, “Adoção — Constituição da relação adotiva”, separata do vol. XIX do suplemento do *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, 1973.

²⁴ Sobre o atual regime de adoção, F. M. PEREIRA COELHO, “A adoção no direito civil português”, em *Documentação e Direito Comparado*, nºs 29/30; cfr. também A. J. MENERES CUNHA BARBOSA, “A nova disciplina do instituto da adoção no Código Civil Português”, em *Reforma do Código Civil*, Ordem dos Advogados, Lisboa, 1981.

A legislação vigente alarga do modo significativo as possibilidades de adoção plena — que é francamente privilegiada em relação à restrita, a qual todavia é mantida —, tanto no tocante às pessoas que podem adotar como em relação às crianças que podem ser adotadas. Assim — e em termos muito gerais, omitindo certas precisões —, podem agora adotar plenamente duas pessoas casadas há mais de cinco anos, com mais de 25 anos e menos de 60, ou uma pessoa singular de idade superior a 35 anos (art. 1979º); por sua vez, podem ser adotados os filhos de pais incógnitos ou falecidos, as crianças declaradas judicialmente em estado de abandono e ainda todas aquelas em relação às quais os pais dão o consentimento ou este seja judicialmente dispen-

cidade portuguesa, e a preocupação fundamental era a defesa dos direitos dos cidadãos contra a opressão e a prepotência, fosse ela proveniente do Estado, da administração ou das instituições sociais.

É muito sintomático que, na única disposição constitucional dedicada expressamente à infância (o art. 69º), depois de se afirmar, em termos genéricos, que “as crianças têm direito à proteção da sociedade e do Estado, com vista ao seu desenvolvimento integral”, o único aspecto que se considerou necessário especificar (no nº 2) foi o seu direito a proteção especial contra todas as formas de discriminação e de opressão e contra o exercício abusivo de autoridade na família e nas demais instituições”.²⁵

Fruto da mesma preocupação de salvaguarda dos cidadãos contra o abuso do poder — neste caso da Administração — é também, certamente, o art. 36º, nº 6, onde se estabelece que “os filhos não podem ser separados dos pais, salvo quando estes

sado, nomeadamente por aqueles não o poderem prestar ou se terem mostrado “indignos” no seu comportamento para com o filho (arts. 1980º-1982º). Em consequência deste novo regime, o número de processos relativos a adoções plenas aumentou sensivelmente após 1977, aumento esse que se tem vindo a intensificar de ano para ano. Assim: 1978 — 81; 1980 — 205; 1981 — 213; 1982 — 233; 1983 — 320; 1984 — 262; 1985 — 301; 1986 — 337; 1987 — 351; 1988 — 379; 1989 — 404. (As *Estatísticas da Justiça* são publicadas anualmente a partir de 1981; a edição, até 1984 a cargo do Instituto Nacional de Estatística, transitou nessa data para o Gabinete de Estudos e Planeamento do Ministério da Justiça).

Consequência da aceitação crescente que a adoção tem vindo a ter no país e da sua afirmação como meio privilegiado de proteção às crianças desprovidas de meio familiar, é o fato de a Constituição, na revisão de 1982, ter incluído o instituto entre os direitos fundamentais (art. 36º, nº 7).

²⁵ Na sequência deste princípio viria a ser atribuído aos menores o direito de apresentarem judicialmente “pedidos de proteção” “contra o exercício abusivo da autoridade na família ou nas instituições a que estejam entregues” (art. 15º, al. c, do Decreto-Lei nº 314/78, de 27 de Outubro). cremos, porém, que a solução encontrada — equiparação destes menores, para efeitos processuais e de medidas aplicáveis, aos que cometam crimes ou se encontrem em situações de marginalidade — é incorreta, pelo que o alcance prático da providência é muito reduzido. Este ponto voltará a ser aflorado no nº 15.

não cumpram os seus deveres fundamentais para com eles e sempre mediante decisão judicial". Um segundo motivo para a relativa "desatenção" dos legisladores de 1976-1977 para com a situação das crianças maltratadas e abandonadas²⁶ — e este sem dúvida mais importante do que o primeiro, até porque a Constituição, a par com os direitos, liberdades e garantias, dá grande relevo aos direitos e deveres económicos, sociais e culturais — é o fato de na altura esse problema ser ainda muito pouco falado na sociedade portuguesa.

Na verdade, a questão só muito recentemente — há quatro ou cinco anos — começou a ser verdadeiramente desvendada e debatida. Para tal contribuíram de modo decisivo — e dizemo-lo com algum orgulho — certas pesquisas feitas por iniciativa da instituição onde trabalho — o Centro de Estudos Judiciários, escola de formação de magistrados judiciais e do Ministério Público. Esses estudos foram os primeiros sobre o tema feitos em Portugal e tiveram uma enorme repercussão no país.²⁷ Estiveram, pode dizer-se, na base de um forte movimento de preocupação e interesse com o problema, que desde então tem vindo a intensificar-se. O assunto tem sido amplamente divulgado e analisado pela comunicação social e tem dado ensejo a inúmeros colóquios, seminários, sessões de trabalho, realizados nos mais diversos pontos do país, onde profissionais de várias áreas (magistrados, técnicos de serviço social, médicos, professores, educadores de infância) têm procurado conhecer melhor a realidade existente e encontrar formas de intervenção adequadas e eficazes.

²⁶ Pelo menos, se compararmos com a preocupação que no Brasil é patente tanto na atual Constituição como no Estatuto da Criança e do Adolescente.

²⁷ FAUSTO AMARO, *Crianças maltratadas, negligenciadas ou praticando a mendicância*, Cadernos do CECJ, n.º 2/86; FAUSTO AMARO — ELIANA GERSÃO — ARMANDO LEANDRO, *Crianças maltratadas, negligenciadas ou praticando a mendicância* — II, Cadernos do CEJ, n.º 1/88. Sobre o tema, ver ainda ARMANDO LEANDRO, "A problemática da criança maltratada em Portugal — Aspectos jurídicos e judiciários", na *Revista do Ministério Público*, ano 9.º (1988), n.ºs 35 e 36, p. 55 ss.

12. O movimento acima referido tem tido resultados concretos, dos quais mencionaremos alguns aspectos.

— Criação de novas IPSS (“instituições privadas de solidariedade social”), com a vocação específica de intervir de modo privilegiado na problemática dos maus-tratos e do abandono, ou desenvolvimento da ação desenvolvida nessas áreas por instituições já existentes.²⁸

— Criação de comissões de proteção.

Esta medida foi tomada recentemente, pelo Decreto-Lei nº 189/91, de 17 de maio, e desenvolve-se a partir de duas idéias-chave:

— a exigência de responsabilização de cada comunidade local pelas suas crianças e pelos seus jovens, em colaboração com as famílias e com total respeito pelos direitos destas;

— a consciência de que se está perante uma problemática complexa e multifacetada, reclamando uma intervenção de natureza interdisciplinar e global, só possível mediante uma íntima articulação dos vários serviços e entidades cujas funções se desenvolvem nos domínios em causa.

As comissões poderão funcionar em todas as comarcas (art. 2º, nº 1), em instalações a fornecer pelas Câmaras Municipais

²⁸ Como exemplos de IPPS que, atualmente, atuam de modo privilegiado na problemática dos maus-tratos e do abandono é justo mencionar o Instituto de Apoio à Criança, a Emergência Infantil e a Associação Portuguesa para o Direito dos Menores e da Família.

O primeiro criou e mantém em funcionamento o serviço de atendimento telefónico “SOS—Criança” e, para além disso, desenvolve em Lisboa um trabalho de rua com menores que vivem praticamente abandonados a si próprios; o segundo, sediado em Faro, mas em vias de se implantar noutras zonas do país, mantém uma conceituada instituição para crianças maltratadas, abandonadas ou em grave risco, muitas das quais deficientes. Por sua vez, a Associação Portuguesa para o Direito dos Menores e da Família tem privilégio a criação, em colaboração com outros serviços e entidades (em especial os Centros Regionais de Segurança Social e as autarquias locais), de centros de acolhimento

(art. 4º, nº 2). Serão constituídas por representantes dos serviços oficiais e das instituições privadas que, na zona, têm intervenção na problemática da infância e da família, e ainda da polícia, do município e do Ministério Público (art. 13º).

Competir-lhes-á, fundamentalmente, por um lado, “proceder à detecção de fatos que afetem os direitos e interesses dos menores ou que ponham em perigo a sua saúde, segurança, educação ou moralidade” e participá-los, quando for caso disso, às entidades competentes para intervir; por outro, decidir da aplicação de medidas de proteção a menores (de 18 anos) que sejam vítimas de maus-tratos, abandono ou desamparo ou se encontrem em situações suscetíveis de pôr em risco a sua saúde, segurança, educação por moralidade, acompanhar a execução dessas medidas e pôr-lhes termo (art. 8º, als. *b*, *c*, *d* e *e*).

Em obediência ao dispositivo constitucional que reconhece aos pais “o direito e o dever de educação e manutenção dos filhos”, não podendo os mesmos ser-lhes retirados “salvo quando não cumpram os deveres fundamentais para com eles e sempre mediante decisão judicial” (art. 36º, nºs 5 e 6), condiciona-se a ação das comissões ao consentimento dos titulares do exercício do poder paternal; na sua falta, a intervenção caberá ao tribunal (art. 11º, nºs 1 e 2).

— Revisão do regime jurídico da adoção.

Esta revisão encontra-se atualmente em curso no âmbito do Ministério da Justiça. Uma vez que os trabalhos preparatórios não foram divulgados, não nos é possível fornecer indicações pormenorizadas sobre a reforma. Sabe-se, porém, que será alargado o âmbito da adoção, especialmente no tocante às crianças suscetíveis de serem adotadas. Para além disso, proceder-se-á à regulamentação da adoção internacional, anunciada em 1980 mas nunca concretizada.²⁹

destinados a receber, transitoriamente e em situações de urgência, crianças privadas de meio familiar ou vítimas de maus-tratos ou negligência grave no seio da família.

²⁹ Tal regulamentação — já anunciada no art. 8º do Decreto-Lei nº 274/80, de 13 de Agosto, que estabelece normas relativas à participação dos organismos de segurança social nos processos de adoção — tem sido recentemente muito

13. É agora altura de falarmos na situação do menor perante o *direito penal*.

Contrariamente ao que tem acontecido com a proteção das crianças maltratadas ou abandonadas — assunto que, como vimos, constitui preocupação generalizada da opinião pública, estando na base de vivos debates e provocando o desenvolvimento de novas e diversificadas formas de atuação nessa área — o problema da intervenção face aos menores que cometam infrações tem sido pouco discutido — talvez pelo fato de a delinqüência das crianças e dos adolescentes não se revestir em Portugal de proporções muito grandes nem mostrar tendência e intensificar-se.

14. Como já dissemos, os menores são considerados *penalmente imputáveis a partir dos 16 anos* (art. 19º C. Penal). Antes dessa idade são tidos, de modo absoluto, por irresponsáveis, seja qual for o seu grau de maturidade ou a gravidade do crime cometido.

Porém, o fato de se afirmar a imputabilidade dos jovens de mais de 16 anos não significa a sua total equiparação aos adultos. Na verdade, o Código Penal prevê a aplicação “aos maiores de 16 anos e menores de 21”, de “normas fixadas em legislação especial” (art. 9º).

Trata-se do Decreto-Lei nº 401/82, de 23 de setembro — entrado em vigor simultaneamente com o Código Penal — cujos aspectos mais importantes são os seguintes:

- aos jovens que cometam um crime ao qual seria aplicada pena de prisão inferior a dois anos podem ser impostas as medidas previstas para os menores de 16

reclamada, em consequência do recente aumento do número de crianças adotadas por estrangeiros. Ver, nesse sentido, as conclusões do atelier sobre o tema “Adoção internacional”, em *As migrações — Aspectos internacionais dos problemas sociais*, Departamento de Relações Internacionais e Convenções da Segurança Social. Lisboa, 1988. Ver ainda no mesmo volume a conferência de ARMANDO LEANDRO sobre o assunto em causa (p. 115 ss.), bem como outros textos e informações sobre o mesmo.

anos, se a sua idade for inferior a 18 anos, ou “medidas de correção” específicas (admoestação, imposição de obrigações ou de sanções pecuniárias, internamento em centros de detenção), se tiverem mais de 18 e menos de 21 anos (arts. 5º e 6º);³⁰ e³¹ — as penas de prisão aplicadas aos menores de 21 anos — devem ser atenuadas, sempre que haja “razões para crer que da atenuação resultem vantagens para a reinserção social do jovem condenado” (art. 4º).³²

Além disso, a Lei de execução das medidas privativas de liberdade (Decreto-Lei nº 265/79, de 1º de agosto, posteriormente objeto de algumas alterações), prevê a existência de estabelecimentos prisionais especiais para jovens dos 16 aos 21 anos.³³

15. Para terminar, gostaríamos de analisar, mais detalhadamente, o regime jurídico previsto para os *menores de 16 anos* agentes de fatos qualificados pela lei penal como crimes — estabelecido na chamada Organização Tutelar de Menores (OTM), cuja versão vigente foi aprovada pelo Decreto-Lei nº

³⁰ Ver DUARTE FONSECA, “A aplicação subsidiária de medidas previstas na OTM no domínio da legislação penal especial para jovens — Algumas reflexões sobre o Decreto-Lei nº 401/82, de 23 de Setembro”, na *Infância e Juventude* (Revista da Direção-Geral dos Serviços Tutelares de Menores), nº 1/84.

³¹ Esta parte do diploma tem uma aplicação escassíssima. Os “centros de detenção”, por exemplo, nunca entraram em funcionamento, apesar de terem sido regulamentados pelo Decreto-Lei nº 90/83, de 16 de Fevereiro.

³² Na prática, a atenuação verifica-se na generalidade dos casos, mesmo nos mais graves.

³³ Existe, para o efeito, o Estabelecimento Prisional de Leiria (a antiga Prisão-Escola de Leiria, aberta nos anos 40), que recebe jovens de menos de 21 anos, cujas condenações não sejam muito pesadas. Recentemente, o Ministro da Justiça anunciou o projeto de criar em Viseu, num edifício onde atualmente funciona um instituto de reeducação para moças menores de 18 anos, uma “comunidade prisional jovem” destinada a indivíduos do sexo masculino, de 16 a 20 anos, delinquentes primários e condenados a penas de prisão inferiores a dois anos.

314/78, de 27 de outubro³⁴ — e de tecer algumas considerações à volta dessa matéria.

A intervenção cabe, em tais casos, aos tribunais de menores. Portugal tem muita honra em ter sido um dos primeiros países do mundo a criar esses tribunais. Na verdade, os mesmos foram instituídos pela Lei de Proteção à Infância, de 27 de maio de 1911 — uma das leis mais significativas, no domínio social, da recém-implantada República portuguesa.

Os menores de 16 anos são, como dissemos, penalmente inimputáveis, nunca podendo ser-lhes aplicadas as penas criminais previstas para adultos, nomeadamente a prisão. Este princípio foi também introduzido pela Lei de Proteção à Infância de 1911, e é aceito no país de modo generalizado. Podem unicamente ser-lhes impostas — no dizer da OTM — “medidas tutelares de proteção, assistência ou educação” (art. 12º, nº 1).

Tais providências consistem fundamentalmente em (art. 18º):

- entrega aos pais, com ou sem a imposição de deveres especiais;
- acompanhamento educativo;
- colocação em famílias idóneas ou em instituições de assistência ou educação;
- colocação em instituições específicas do Ministério da Justiça — os chamados “estabelecimentos tutelares” —, das quais as mais generalizadas são os chamados “institutos de reeducação”.

³⁴ Existem diversas edições comentadas da Organização Tutelar de Menores, nomeadamente as de ARY ELIAS DA COSTA e CARLOS MATIAS, *Notas e comentários à Lei Tutelar de Menores*, Lisboa, Livraria Petrony, 1982 (2ª edição) e de RUI M. L. EPIFÂNIO e ANTÓNIO H. L. FARIHA, *Organização Tutelar de Menores — Contributo para uma visão interdisciplinar do direito de menores e de família*, Coimbra, Livraria Almedina, 1987. Sobre o sistema português ver ainda ARMANDO LEANDRO, “Direito e direito de menores — Síntese da situação em Portugal no domínio civil e no domínio para-penal e penal”, na *Infância e Juventude*, nº 90/1, p. 9 ss.

As decisões podem ser tomadas, em pé de igualdade, tanto em relação a menores que cometam infrações, como aqueles que se encontrem em situações próximas da marginalidade (mendicidade, vadiagem, prostituição, libertinagem, abuso de bebidas alcoólicas, uso ilícito de estupefacientes), ou que “mostrem dificuldade séria de adaptação a uma vida social normal” (art. 13º). Podem, inclusivamente, ser adotadas quando se trate de menores que sejam meras vítimas de maus-tratos ou de exercício abusivo do poder paternal ou se encontrem em situações de abandono ou desamparo (art. 15º, als. *a* e *c*).

A idéia de que a intervenção do tribunal visa apenas assegurar a educação do menor e não puni-lo ou censurá-lo pelos atos praticados tem as seguintes conseqüências:

- as providências a adotar são escolhidas com base na personalidade e nas condições de vida e situação familiar do menor, assumindo pouca importância os fatos praticados — estes não tem sequer de ser provados com rigor;
- todas as medidas são de duração indeterminada, cessando com a maioridade ou quando o tribunal lhes puser termo, em virtude de o menor “se mostrar socialmente readaptado” (art. 29º);
- as decisões tomadas pelo tribunal podem ser livremente modificadas, sem qualquer limitação, mesmo quando se trate de arquivamento do processo ou de cessação das medidas;
- o processo seguido é extremamente simplificado e desformalizado, não se reconhecendo ao menor as garantias próprias do processo criminal nem meios de defesa significativos.³⁵

³⁵ Assim, por exemplo, o juiz tanto dirige a instrução como pronuncia a decisão, o menor não pode oferecer provas ou requerer diligências (só são admitidas as provas que o juiz “tiver por necessárias” — art. 52º — e cuja produção ordene), nem mesmo ser assistido por um advogado (a não ser para efeito de recurso — art. 41º); além disso, o menor e os seus pais, embora devam ser ouvidos (art. 53º, nº 1, al. *b*, e nº 2), não têm necessariamente de ser

16. As características que apresentamos não são específicas do direito português. Elas são próprias dos sistemas ditos de modelo "welfare" — modelo "assistência" — que se desenvolveram mais ou menos por todos os países europeus e americanos a partir dos fins do século passado. Portugal foi, porém, um dos locais onde se levaram mais longe as idéias próprias desses regimes, sobretudo a informalidade do processo e a desvalorização do fato face à personalidade e às condições de vida do menor.

Como é sabido, assiste-se atualmente a uma grande contestação dos sistemas desse tipo, a qual — a meu ver infelizmente — tem tido pouca repercussão no meu país. Creio que esse movimento de idéias se tem refletido mais no Brasil, uma vez que certas disposições tanto da Constituição como do Estatuto da Criança e do Adolescente ³⁶ vem precisamente dar resposta a críticas que tem sido dirigidas àqueles modelos de internação.

A atual discussão à volta do "modelo welfare" tem sido dificultada e por vezes tornada confusa pelo fato de a sua contestação se fazer a partir de considerações ideológicas e pressupostos teóricos distintos e até antagônicos, levando portanto a exigências práticas diversas e até opostas.

Assim, setores conservadores, zelosos da "law and order", criticam a excessiva "benevolência" dos sistemas de tipo assistencial e educativo, reclamando uma maior severidade face aos menores que cometam crimes, nomeadamente a sua comparência, tão precoce quanto possível, perante a justiça penal punitiva.

Em oposição a estes setores, desenvolve-se um outro tipo de pensamento, que censura aos sistemas tradicionais, em primeira linha, os abusos a que podem dar lugar, em relação às crianças das classes pobres. Nesta ordem de idéias, procura-

informados dos fatos imputados àquele, nem lhes é reconhecido o direito de consultar o processo.

³⁶ Veja-se, nomeadamente, o art. 227º, § 3º, IV, da Constituição e todo o título III do Estatuto da Criança e do Adolescente.

se encontrar um novo “modelo” de intervenção que impeça tais abusos, mas que simultaneamente salvguarde os aspectos positivos entretanto adquiridos, em especial a preponderância da preocupação educativa sobre a punitiva e a atenção para com os interesses do jovem.

17. É nesta última linha que temos vindo a trabalhar.³⁷

Na verdade, cremos — com base, aliás, numa experiência de trabalho de vários anos nos Serviços Tutelares de Menores — que os sistemas de tipo “assistência” são muito perigosos e que, na prática, conduzem a formas de intervenção fortemente seletivas e muito gravosas para as crianças das classes pobres.

Na verdade, a “filosofia de base” do sistema — a idéia de que se pretende apenas “ajudar” e “educar” o menor, e não puni-lo —, aliada à desvalorização dos fatos praticados — que, como disse, não têm sequer de ser provados — e ainda aos poderes totalmente discricionários do tribunal quanto à escolha da medida, conduzem a que a seleção dos menores a internar nos “institutos de reeducação” do Ministério da Justiça se circunscreve, praticamente, às crianças das famílias mais pobres e desorganizadas, independentemente do comportamento criminal que revelem.

Se nós analisarmos, por exemplo, os *motivos* invocados como fundamento das decisões judiciais de internamento nesses institutos, concluímos que o fator preponderante não é a prática de um crime, mas sim outras dificuldades do menor. Entre as razões alegadas, avulta a “vadiagem” e a “inadaptação social”. Trata-se de conceitos vagos e de limites difíceis de

³⁷ Assim, nomeadamente, em “Menores agentes de infrações criminais — Que intervenção? Apreciação crítica do sistema português”, em *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Eduardo Correia*, I, número especial do Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1984; “Carência sócio-familiar e delinqüência juvenil — A sua imagem a partir da análise de alguns dados estatísticos referentes à jurisdição tutelar”, em *Do desvio à instituição total*, I, Cadernos do CEJ, nº 2/89; “Le Portugal entre les pièges de la ‘protection’ et da la ‘justice’ des mineurs”, em JOSINE JUNGER-TAS e outros (edit.), *L’avenir du système pénal des mineurs*, Acco, Leuven/Amersfoort, 1991.

traçar. Em muitos casos, não se pretende, ao invocá-los, mais do que encontrar uma base legal para uma intervenção cujos verdadeiros fundamentos são outros — são, fundamentalmente, as situações de *carência* em que os menores vivem, no aspecto da capacidade educativa das famílias ou, muito simplesmente, da capacidade econômica destas. Se analisarmos a situação das crianças que se encontram nas instituições de reeducação, vemos que uma parte significativa nada tem a ver com problemas de delinquência ou mesmo de marginalidade — trata-se, simplesmente, de “casos sociais”, de crianças que não encontram na família condições sócio-educativas ou econômicas, para os quais não foi possível encontrar solução através da Segurança Social ou das instituições privadas para crianças desprovidas de meio familiar normal.

18. Será esta forma de atuação correta? Pensamos abertamente que não.

Na verdade, a intervenção do tribunal de menores, nos moldes em que a nossa legislação a concebe, *não* é uma forma de proteção cível a menores em risco. Não se trata, pois, de uma atuação *neutra*, isto é, ditada tão-só pela necessidade de assegurar a cada criança condições educativas adequadas.

O processo dito “tutelar” desempenha, na sua essência, uma *função para-penal* — ou seja, representa uma resposta diferente do direito penal comum para os menores que cometem crimes ou se encontram noutras situações que o direito penal sanciona (ou sancionava até há pouco). Estender essa forma de intervenção a crianças cujos verdadeiros problemas são as carências sócio-econômicas em que vivem significa que, no fundo, se está a *criminalizar a miséria*. Além disso, ao qualificar abusivamente essas crianças como “inadaptadas”, “vadias”, “marginais”, “futuras criminosas”, mesmo com a intenção meritória de lhes proporcionar meios educativos que não encontram nas suas famílias, está-se a lesar o seu direito ao bom nome e reputação, que a Constituição lhes garante, como à generalidade dos cidadãos (art. 26º, nº 1). Está-se, no fundo, a fazê-las pagar muito caro aquilo que não é senão o direito, que a Constituição igualmente lhes reconhece, “à proteção

da sociedade e do Estado, em vista do seu desenvolvimento integral” (art. 69º, nº 1).

As razões invocadas acresce que o fato de se dizer que os “estabelecimentos tutelares” são instituições com mero caráter educativo e não prisões leva a que o seu funcionamento seja muito pouco regulamentado. Pouco se diz, em concreto — fazem-se meras afirmações de princípio —, quanto aos direitos dos menores em matéria de liberdade pessoal, de autonomia na organização da sua vida, de contatos com a família e a comunidade. Pouco se especifica também quanto ao *exercício efetivo* dos seus direitos, em matéria de saúde, alimentação, higiene e conforto, educação e formação, divertimentos e recreação. Tudo fica igualmente no vácuo quanto às medidas disciplinares admissíveis.

Na prática, a atuação das instituições é muito pouco controlada, tudo ficando nas mãos do respectivo pessoal, sobretudo do diretor. E infelizmente todos nós conhecemos casos — que têm ocorrido um pouco por toda a parte — em que, sob a capa da educação e da proteção, se têm seguido regimes de pura repressão e intimidação.³⁸ Certas instituições ditas de reeducação têm sido mais severas no seu funcionamento do que algumas prisões para adultos.

19. Um desafio que se põe ao nosso tempo é precisamente o de criar um novo sistema de intervenção face às infrações dos jovens.³⁹ Esse sistema — obviamente só aplicável a partir de um limite etário mínimo de 13/14 anos⁴⁰ — deverá salvaguardar as idéias positivas dos sistemas de intervenção tradicionais, nomeadamente consagrando uma verdadeira prepon-

³⁸ Ainda recentemente a imprensa portuguesa noticiou a aplicação de pesadas sanções disciplinares ao diretor e a vários funcionários de um “instituto de reeducação”, na seqüência de maus-tratos inflingidos aos internados (ver, por exemplo, o *Jornal de Notícias* de 16 de Julho de 1991).

³⁹ As soluções encontradas no Brasil e adotadas no recente Estatuto da Criança e do Adolescente são, a nosso ver, uma boa resposta a esse desafio.

⁴⁰ Até essa idade, qualquer intervenção só será possível por via sócio-administrativa ou *judiciária cível* (em caso de conflito com os detentores do poder paterno), no âmbito da proteção às crianças em risco.

derância da finalidade educativa sobre a punitiva e uma real prevalência dos interesses do menor sobre a preocupação de defesa da sociedade. Mas, ao mesmo tempo, deverá *impedir os abusos* a que esses sistemas podem dar origem, ultrapassando a identificação entre carência sócio-familiar e delinqüência e atribuindo ao menor *efetivos* direitos e garantias ao longo de todo o processo. Para além disso, deverá construir-se a partir de princípios consentâneos com a situação dos jovens no mundo de hoje, em especial o seu direito a uma maior autonomia e a mais forte participação nas decisões que digam respeito à sua própria vida.

Não é possível, por falta de tempo, desenvolver aqui esta temática — é hora de acabar.

E, para terminar, gostaria de recordar aqui convosco uma canção de Jacques Brel, que me vem muitas vezes à idéia quando penso nas formas de intervenção face à infância e adolescência carenciadas ou delinqüentes.

É uma canção que se chama precisamente “Filho de” e que se desenvolve a partir da idéia de que todas as crianças — filhas de reis ou filhas de vagabundos — são como os nossos filhos.

Creio que há muitas soluções que têm sido defendidas nos sistemas ditos tutelares por esses sistemas, no fundo, serem vistos como formas de intervenção para os filhos dos outros — os filhos de ninguém — os filhos da rua

— crianças a quem nós não reconhecemos o direito de terem, como os nossos filhos, afetos, sonhos, medos e anseios.