

# DIREITOS DO CIDADÃO SUB-18 NO UNIVERSO JURÍDICO PORTUGUÊS DA FAMÍLIA E DAS CRIANÇAS

## *RIGHTS OF CITIZEN UNDER 18 IN THE PORTUGUESE LAW OF FAMILY AND CHILDREN*

Jorge Duarte Pinheiro\*

**SUMÁRIO:** Introdução. 1 O sujeito de direitos que os não pode exercer. 2 A emergência dos direitos “fora do ambiente normal”. 3 O perigo que emancipa: apoio para a autonomia de vida. 4 A visibilidade dos direitos quando o seu titular viola deveres. Considerações finais. Referências.

**RESUMO:** Atendendo a que se vive numa época em que alegadamente o cidadão sub-18, indivíduo que ainda não completou os 18 anos de idade, deixou de ser objeto para passar a ser sujeito de direitos, procura-se identificar elementos do universo jurídico português da família e das crianças que não sejam coerentes com esta evolução e sugerir meios que aproximem a realidade normativa do que hoje surge como ideal em matéria de estatuto da criança e do jovem ou adolescente.

**Palavras-chave:** Direitos. Criança. Menor. Dezoito. Família.

**ABSTRACT:** *Taking into account we are living an era in which the citizen under 18 years of age allegedly became holder of rights, this study tries to identify aspects of the Portuguese law of family and children coherent with this alleged evolution and to suggest possible paths to bring about a bigger convergence between ideals and normative reality regarding status of children and adolescents.*

**Keywords:** *Rights. Child. Minor. Eighteen. Family*

## INTRODUÇÃO

O Código Civil português determina que “é menor quem não tiver ainda completado dezoito anos de idade” (artigo 122º).

No entanto, o uso da expressão “menor” é criticável, por acentuar a ideia de incapacidade ou insuficiência. A pessoa com idade inferior a 18 anos de idade não é dotada de uma personalidade menor, que a subordinaria inteiramente aos adultos e aos interesses dos adultos. O ordenamento jurídico atual está, aliás, marcado por um espírito inverso, como resulta da adjetivação do interesse de quem tem menos de 18 anos como superior<sup>1</sup>.

Deste modo, a modernidade impõe um termo alternativo, que, entre os juristas portugueses mais dedicados ao Direito da Família e das Crianças, tende a ser “criança” (ver, por todos, LÚCIO, 2010, p. 193. SOTTOMAYOR, 2010). A alternativa dominante encontra apoio no artigo 1º da Convenção sobre os Direitos da Criança (que define criança como “todo o ser humano menor de 18 anos”), mas não parece contemplar a heterogeneidade do grupo a que se refere. Se para uma pessoa média a palavra “criança” é ajustada para designar, por exemplo, alguém com 7 anos de idade, afigura-se muito duvidoso que idêntica palavra seja tida como indicada para aludir a alguém com 14 anos de idade<sup>2</sup>.

A dificuldade tem sido enfrentada por diplomas fundamentais da área mediante o recurso a uma dicotomia terminológica: há “crianças e jovens” (Lei de

---

\* Doutor em Direito e Professor Associado, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

<sup>1</sup> Ver, nomeadamente, o artigo 3º, nº 1, da Convenção sobre os Direitos da Criança, e o artigo 4º, alínea a), da Lei de Proteção de Crianças e Jovens em Perigo.

<sup>2</sup> Na verdade, aplicada a uma pessoa com 14 anos de idade, a palavra “criança” arrisca-se a ter sentido depreciativo, a não ser que entre quem a usa e o nomeado exista uma relação de proximidade afetiva e apreciável diferença etária.

Proteção de Crianças e Jovens em Perigo) ou “crianças e adolescentes” (Estatuto da Criança e do Adolescente)<sup>3</sup>.

A dicotomia mencionada não é nem discursivamente cómoda nem rigorosamente sustentada<sup>4</sup>, pelo que nos parece preferível o termo “cidadão sub-18”, abreviatura possível da frase “cidadão que ainda não tiver completado 18 anos de idade”<sup>5</sup>.

O termo “cidadão sub-18”, sintético e claro na delimitação etária da categoria de pessoas abrangidas, peca, é certo, por abstrair da realidade marginal da apatridia (ausência de nacionalidade ou cidadania). No entanto, a desvantagem é largamente compensada pelo uso simbólico da palavra “cidadão”, próprio do movimento contemporâneo de dignificação e reforço da condição da pessoa com menos de 18 anos de idade.

É justamente tal condição que constitui objeto do presente trabalho, mais precisamente a condição ativa do cidadão sub-18 na atual lei portuguesa. Ou seja, aqui será feita uma reflexão sobre os direitos do cidadão sub-18 tendo em conta sobretudo os três pilares do regime específico da situação da pessoa com menos de 18 anos de idade, a saber, o Código Civil (artigos 122º a 129º e 1877º a 2002º-A), a Lei de Proteção de Crianças e Jovens em Perigo e a Lei Tutelar Educativa.

Como resulta das linhas prévias, contrárias à expressão “menor”, hesitantes quanto à extensão da palavra “criança” e abertas ao uso dos termos “direitos”, “cidadão” e “pessoa”, a reflexão que se desenha está obviamente influenciada pelo seu tempo – o tempo em que se terá reconhecido a criança como pessoa, titular de direitos fundamentais.

Assim sendo, o presente texto aceita genericamente uma contraposição, que é corrente quer em Portugal (onde é explicitada várias vezes por SOTTOMAYOR, 2003, p. 9-11. SOTTOMAYOR, 2004, p. 126-128) quer no Brasil (DIAS, 2013, p. 413. PEREIRA, 2008, p. 81-109), entre duas épocas assentes em visões opostas: a época, antiga, que concebe sobretudo o indivíduo com menos de 18 anos de idade como objeto de direitos e poderes do adulto; e a época, contemporânea, que o vê, pelo contrário, sobretudo como sujeito autónomo de direitos.

Na delimitação das duas épocas, o papel de marco de direito internacional é assinalado ora à Declaração dos Direitos da Criança, de 1959 (RIBEIRO, 2010, p. 17-18), ora à Convenção sobre os Direitos das Crianças, de 1989 (AMARAL, 2010, p. 165. BOLIEIRO; GUERRA, 2009, p. 14-15.). Como marco de direito interno refere-se ou a Reforma do Código Civil de 1977 (SOTTOMAYOR, 2003, p. 11. SOTTOMAYOR, 2004, 128) ou os diplomas de 1999 que aprovaram a Lei de Proteção das Crianças e dos

---

<sup>3</sup> O Estatuto da Criança e do Adolescente é um diploma brasileiro, aprovado pela Lei 8.069, de 13 de julho de 1990. Nos termos do artigo 2º deste Estatuto, considera-se criança “a pessoa até 12 (doze) anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre 12 (doze) e 18 (dezoito) anos de idade”. Em contrapartida, a nossa Lei de Proteção de Crianças e Jovens em Perigo não apresenta uma definição que contraponha criança a jovem.

<sup>4</sup> O artigo 5º, alínea a), da Lei de Proteção de Crianças e Jovens em Perigo dispõe que, para efeitos de aplicação da lei, se considera *criança ou jovem* “a pessoa com menos de 18 anos ou a pessoa com menos de 21 anos que solicite a continuação da intervenção iniciada antes de atingir os 18 anos”. E outro diploma português essencial na área (Lei Tutelar Educativa), que foi aprovado no mesmo ano (1999), manteve-se fiel ao termo único e clássico de “menor”.

<sup>5</sup> Não obstante o recurso à expressão “sub-“, esta alternativa não cria uma sensação de subordinação nem de subalternidade, dado que o termo “sub-“ seguido da indicação de idade, é usado no mundo do desporto (v.g., sub-21, sub-19 e sub-17, nas seleções de futebol).

Jovens em Perigo e a Lei Tutelar Educativa (RIBEIRO, 2010, p. 17-18. PEDROSO, 2011, p. 369-371)<sup>6</sup>.

A flutuação não esconde uma convergência cronológica tendencial: o movimento de subjetivação daquele que tem menos de 18 anos de idade atinge o seu apogeu histórico na segunda metade do século XX, cumprindo-se, portanto, a profecia de que este viria a ser o “século da criança”<sup>7</sup>.

Contudo, a evolução não se completou no final do século XX. Nem sequer se completou ainda – em 2014.

Subsistem disposições e institutos que, no direito interno, se referem ao cidadão sub-18 como se ele fosse uma coisa (PINHEIRO, 2004, pp. 328-330):

Integrado na secção que disciplina o poder paternal, o artigo 1887º, nº 2, do Código Civil determina que, se os menores [...] abandonarem a casa dos pais ou dela forem retirados, “qualquer dos pais e, em caso de urgência, as pessoas a quem elas tenham confiado o filho podem reclamá-lo, recorrendo, se for necessário, ao tribunal ou a autoridade competente”. Repare-se que não se diz que os pais podem reclamar a presença do filho ou exigir o seu regresso; reconhece-se aos pais a faculdade de reclamarem o próprio filho [...]. E se os pais quiserem reclamar judicialmente o filho, observa-se o processo de “entrega judicial do menor”, constante do artigo 191º e s. da OTM [Sigla correspondente a Organização Tutelar de Menores], aprovada pelo Decreto-Lei nº 314/78, de 27 de Outubro. [...] Aliás, as coincidências com a terminologia da área dos “direitos sobre as coisas” [...] não param aqui. Não é ordenada a entrega do menor se, por exemplo, se mostrar que foi requerido “o depósito do menor como preliminar ou incidente da acção de inibição do poder paternal” (artigo 191º, nº 3, da OTM). Sim, efectivamente, é possível ordenar o “depósito do menor”, como preliminar ou incidente da acção de inibição do poder paternal, acto que “tem lugar em casa de família idónea, preferindo os parentes obrigados a alimentos” (artigo 199º, nº 2, da OTM). Tudo é feito, reconheça-se, com o propósito de melhor acautelar a situação do menor. [...] No entanto, o vocabulário utilizado evoca o sinistro período pré-filiocêntrico do poder paternal em que o filho nada mais era do que um objecto pertencente ao pai [...]. (PINHEIRO, 2004, pp. 328-330).

Apesar de prever a substituição parcial da expressão “poder paternal” por “responsabilidades parentais”, a Lei nº 61/2008, de 31 de outubro, tão importante no campo da relação entre pais e filhos, não teve o cuidado de abolir as alusões normativas a uma reclamação, entrega ou depósito de menor.

A Convenção sobre os Direitos da Criança, apontada como “o primeiro instrumento internacional que vem fixar um enquadramento jurídico completo para a proteção dos direitos da criança” (ALBUQUERQUE, 2004, p. 40), afinal, não consagra verdadeiros direitos subjetivos da criança. As situações jurídicas inscritas na Convenção são, sim, deveres assumidos pelos Estados, relativamente à situação da criança, perante a comunidade internacional (ALEXANDRINO, 2011, p. 70).

Os Estados Partes comprometem-se a respeitar e a garantir os direitos fixados na Convenção (cf. respetivo artigo 2º, nº 1), só que a proclamação de tais direitos não confere à criança (nem aos seus representantes legais) uma pretensão jurídica (PINHEIRO, 2012a, p. 533), uma vez que o meio mais intenso de resposta a

---

<sup>6</sup> No Brasil, avulta 1990, ano da entrada em vigor do Estatuto da Criança e do Adolescente e da ratificação da Convenção sobre os Direitos da Criança por aquele Estado (PEREIRA, 2008, p. 108-109).

<sup>7</sup> Frase de Ellen Key usada em 1899 para designar o séc. XX e que se viria a tornar célebre (cf. DUARTE-FONSECA, 2005, p. 15).

eventuais situações de incumprimento se reduz à elaboração pelo Comité dos Direitos das Crianças<sup>8</sup> de sugestões e recomendações de ordem geral, que são transmitidas aos Estados interessados e levadas ao conhecimento da Assembleia Geral das Nações Unidas (artigo 45º, alínea d), da própria Convenção).

Seja como for, a Convenção sobre os Direitos da Criança “reveste um relevo decisivo enquanto instrumento interpretativo da Constituição e da lei ordinária que consagram direitos da criança” (BOLIEIRO; GUERRA, 2009, p. 17).

Mas quais são, em rigor, os direitos que a Constituição da República Portuguesa e a lei ordinária reconhecem ao cidadão sub-18?

A Constituição Portuguesa declara no artigo 12º, nº 1, que “todos os cidadãos gozam dos direitos e estão sujeitos aos deveres consignados na Constituição”, enquanto o artigo 13º, nº 1, dispõe que “todos os cidadãos têm a mesma dignidade e são iguais perante a lei”.

A qualificação daquele que ainda não completou os 18 anos de idade como cidadão tem a vantagem de evidenciar que ele também está abrangido pelos princípios fundamentais da universalidade e da igualdade e que, por conseguinte, beneficia, em regra, dos mesmos direitos de qualquer outro cidadão.

Daqui resulta que a eventual diversidade de estatuto do cidadão sub-18 tem de ser fundamentada em reais condicionalismos decorrentes da idade, considerando-se, a esta luz, que é justificado, por exemplo (MIRANDA, 2010, p. 209), que àquele cidadão não caiba o direito de sufrágio, nos termos do artigo 49º, nº 1, da Constituição da República Portuguesa, ou que só a criança seja destinatária do direito à proteção da sociedade e do Estado, consagrado no artigo 69º, nº 1, da Constituição da República Portuguesa.

## **1 O SUJEITO DE DIREITOS QUE OS NÃO PODE EXERCER**

Não estando imune aos princípios da universalidade e da igualdade, o Direito Civil deve tratar, em regra, o cidadão sub-18 como qualquer outro.

A este cidadão cabe, assim, o acesso à generalidade dos direitos característicos do Direito Privado comum, ficando somente de fora aqueles que pressuponham exercício pessoal com maturidade associada a uma certa idade (por exemplo, o direito de casar, negado às pessoas com idade inferior a 16 anos, por força do artigo 1601º, alínea a), do Código Civil).

Todavia, a extensão de direitos que assiste ao cidadão sub-18 não significa possibilidade ampla de agir no contexto da doutrina civilista (nomeadamente, MENDES, 1978, p. 84-86. PINTO, 1996, p. 193-194. ASCENSÃO, 2000, p. 143-147. CORDEIRO, 2011, p. 357-360. VASCONCELOS, 2012, p. 80-82), que autonomiza o conceito de capacidade de exercício.

Segundo uma formulação clássica (MENDES, 1978, p. 81-87) sujeito, ou pessoa, é o ente suscetível de direitos e obrigações; personalidade jurídica exprime suscetibilidade de ser titular de direitos e obrigações; capacidade jurídica consiste na medida de direitos e obrigações de que uma pessoa é suscetível, desdobrando-se em capacidade de gozo e em capacidade de exercício; capacidade de gozo traduz-se na medida de direitos e obrigações de que a pessoa é suscetível de ser titular; capacidade de exercício é a medida da suscetibilidade de exercer os direitos e cumprir os seus deveres, pessoal e livremente; a incapacidade é o inverso da capacidade, definindo-se

---

<sup>8</sup> O Comité, instituído pelo artigo 43º da Convenção sobre os Direitos da Criança, tem por função “examinar os progressos realizados pelos Estados Partes no cumprimento das obrigações que lhes cabem”.

como medida de insusceptibilidade; quando se fala em incapacidade, ou incapaz, tout court tem-se em vista a incapacidade geral de exercício, isto é, a insusceptibilidade de exercer ou cumprir, pessoal e livremente, a generalidade dos direitos e obrigações.

A incapacidade geral de exercício afeta justamente o cidadão sub-18 (artigos 122º e 123º do Código Civil): reconhecido como titular da generalidade dos direitos, está, em geral, impedido de os exercer pessoalmente.

Salvo emancipação<sup>9</sup>, é apenas aos dezoito anos de idade que o indivíduo “adquire plena capacidade de exercício, ficando habilitado a reger a sua pessoa e a dispor dos seus bens” (artigos 130º e 133º do Código Civil).

Os direitos do cidadão sub-18 são normalmente exercidos por outrem, os seus pais, que, ao abrigo do regime do poder paternal ou das responsabilidades parentais, se encontram legitimados para o representar (artigos 124º e 1878º, nº 1, do Código Civil).

Nos termos do artigo 1881º, nº 1, do Código Civil, o poder de representação parental compreende o exercício de todos os direitos do filho, “excetuados os atos puramente pessoais, aqueles que o menor tem o direito de praticar pessoal e livremente e os atos respeitantes a bens cuja administração não pertença aos pais”.

São enunciadas três exceções limitadas à regra da representação. A primeira abrange os “atos puramente pessoais”. No entanto, o filho só pode praticar por si próprio e livremente atos pessoais que não obstem ao desempenho das competências parentais. O artigo 1878º, nº 1, do Código Civil, atribui aos pais, designadamente, os poderes-deveres de guarda e de dirigir a educação (DUARTE, 1989, p. 62-92; PINHEIRO, 2012b, p. 323-328). Mediante o poder-dever de guarda, os pais velam pela segurança e saúde dos filhos. O poder-dever de guarda implica que o filho viva com os pais no mesmo lar e que estes o tenham em sua companhia; abarca a vigilância das ações do filho e a regulação das relações deste com outras pessoas que não os pais; confere aos pais a faculdade de decidir pelo filho no que toca aos cuidados de saúde. O poder-dever de dirigir a educação implica duas incumbências dos pais, mencionadas no artigo 1885º do Código Civil: promover, de acordo com as suas possibilidades, o desenvolvimento físico, intelectual e moral dos filhos (nº 1); e proporcionar aos filhos adequada instrução geral e profissional, correspondente na medida do possível, às aptidões e inclinações de cada um. O poder-dever parental de dirigir a educação condiciona até a liberdade de convicção religiosa do cidadão sub-18, que está submetido à orientação determinada pelos pais em matéria de fé enquanto não perfizer os 16 anos de idade (cf. artigo 1886º do Código Civil).

Que espaço fica aos filhos sub-18 para a prática de “atos puramente pessoais”, quando eles “devem obediência aos pais” (artigo 1878º, nº 2, primeira parte, do Código Civil) nos vastos domínios da guarda e da educação? Talvez o espaço ténue e variável permitido por pais, que, “de acordo com a maturidade dos filhos, devem ter em conta a sua opinião nos assuntos familiares importantes e reconhecer-lhes autonomia na organização da própria vida” (segunda parte do última disposição legal já identificada).

A segunda exceção ao poder de representação parental refere-se aos atos que o cidadão sub-18 “tem o direito de praticar pessoal e livremente”. E são alguns (MOREIRA, 2001, p. 181-192. PINHEIRO, 2012b, p. 333), v.g.: os mencionados no artigo 127º, nº 1, do Código Civil<sup>10</sup>; perfiar (artigo 1850º do Código Civil), decidir

---

<sup>9</sup> A emancipação está confinada à hipótese de casamento contraído aos 16 ou 17 anos de idade (artigos 132º, 1601º, alínea a), 1604º, alínea a), e 1612º do Código Civil).

<sup>10</sup> O artigo 127º, sob a epígrafe “exceções à incapacidade dos menores”, dispõe no seu nº 1: “São excecionalmente válidos, além de outros previstos na lei: a) Os atos de administração ou disposição que o maior de dezasseis anos haja adquirido por seu trabalho; b) Os negócios jurídicos próprios da vida

quanto à orientação religiosa (artigo 1886º, a contrario, do Código Civil, e artigo 11º, nº 2, da Lei da Liberdade Religiosa), sendo maior de 16 anos; celebrar validamente contrato de trabalho, desde que “tenha completado 16 anos de idade e tenha concluído a escolaridade obrigatória ou esteja matriculado e a frequentar o nível secundário de educação, salvo oposição escrita dos seus representantes legais” (artigo 70º, nº 1, do Código do Trabalho); aderir a associações juvenis, sendo maior de 14 anos (artigo 2º, nº 2, da Lei nº 124/99, de 20 de agosto); frequentar consultas de planeamento familiar, estando em idade fértil (artigo 5º, nº 2, da Portaria nº 52/85, de 26 de janeiro).

Por fim, há que considerar a terceira exceção consagrada no artigo 1881º, nº 1, do Código Civil, para “os atos respeitantes a bens cuja administração não pertença aos pais”, igualmente pouco significativa no quadro da autonomia individual.

O cidadão sub-18 pode ser proprietário, em virtude de ter adquirido bens, por exemplo, na qualidade de herdeiro ou donatário. Contudo, a incapacidade geral de exercício que o atinge obsta a que ele, em regra, administre o património que lhe pertença diretamente. Compete, normalmente, aos pais, no exercício das responsabilidades parentais, a administração dos bens dos filhos (artigo 1878º, nº 1, do Código Civil).

Ora, os pais só não têm a administração dos bens do filho nos casos enumerados no artigo 1888º, nº 1, do Código Civil<sup>11</sup> – e apenas um destes casos, o que figura na alínea d), confere ao filho a faculdade de gestão direta (cf. artigos 127º, nº 1, alínea a), e 1922º, alínea a), do Código Civil).

O cidadão sub-18, que só excepcionalmente administra por si o que já lhe pertence, só excepcionalmente beneficia do poder de decidir que bens cabem ou deixam de caber no seu património – em princípio, a sua vontade é irrelevante para efeitos de aquisição de bens, por compra, doação ou sucessão, e para efeitos de alienação, onerosa ou gratuita (cf. artigos 951º, 1889º, nº 1, alíneas a), j) e l), nº 2, e 1890º do Código Civil).

A análise confirma uma ideia: a generalidade dos direitos está ao alcance do cidadão sub-18, mas não o direito de exercer pessoalmente a generalidade dos direitos de que é titular.

O direito que falta ao cidadão sub-18 é qualitativamente suficiente para o afastar da cidadania. Sem capacidade geral de exercício, os que não completaram 18 anos de idade “encontram-se completamente afastados da vida jurídica”, numa situação estranha ao discurso que valoriza o indivíduo, na qualidade de pessoa independentemente de faixa etária (MARTINS, 2008, p. 99-108).

Resta, no limite, substituir o princípio da incapacidade pelo princípio da capacidade de exercício do cidadão sub-18 (proposta de MARTINS, 2008, p. 109-152) ou... abandonar o discurso.

A inversão do princípio (que a sua proponente anuncia como uma “quase revolução copernicana no domínio da teoria dos direitos da criança e da sua progressiva conquista de cidadania”) comporta uma mudança profunda de visão legal que, mesmo sendo aconselhável, exige debate alargado e preparação para um modelo menos rígido

---

corrente do menor que, estando ao alcance da sua capacidade natural, só impliquem despesas, ou disposições de bens, de pequena importância; c) Os negócios jurídicos relativos à profissão, arte ou ofício que o menor tenha sido autorizado a exercer, ou os praticados no exercício dessa profissão, arte ou ofício”.

<sup>11</sup> Sob a epígrafe “exclusão da administração”, o artigo 1888º, nº 1, estabelece: “Os pais não têm a administração: a) Dos bens do filho que procedam de sucessão da qual os pais tenham sido excluídos por indignidade ou deserção; b) Dos bens que tenham advindo ao filho por doação ou sucessão contra a vontade dos pais; c) Dos bens deixados ou doados ao filho com exclusão da administração dos pais; d) Dos bens adquiridos pelo filho maior de dezasseis anos pelo seu trabalho”.

e, conseqüentemente, mais inseguro (modelo em que o principal critério de fixação da capacidade de exercício é a capacidade natural, ao invés da idade).

A erradicação do discurso personificador representa uma renúncia à transformação do estatuto do cidadão sub-18, quando a maioria dos especialistas pretende que tal transformação, que já produziu resultados visíveis na segunda metade do século passado, se consolide e seja aprofundada.

Há, porém, um caminho intermédio, viável a curto prazo. A incapacidade do cidadão sub-18 é usualmente suprida pelo instituto da representação, que exclui a participação daquele nos assuntos que lhe interessam. Faria sentido que a técnica de suprimento fosse preferencialmente a da assistência no período que precede o momento de aquisição plena da capacidade, v.g., aos 16 e aos 17 anos<sup>12</sup>.

A assistência, que confere ao chamado incapaz a possibilidade de agir pessoalmente mediante autorização, auxílio, confirmação, autorização ou ratificação de outrem, continua a assegurar a proteção do cidadão de 16 ou 17 anos com vantagens adicionais sobre o suprimento mediante representação: além de evitar uma passagem brusca para a fase de exercício pessoal não controlado dos direitos, que começa às 00h00 do dia do 18º aniversário, concede maior autonomia a quem se espera que seja mais maduro (daí que nos pareça algo temerária a aplicação da regra da assistência logo a partir dos 14 anos, defendida por MARTINS, 2008, p. 152. TORRES, 2010, p. 48) e que, de qualquer forma, já é penalmente imputável (artigo 19º do Código Penal, a contrario).

## **2 A EMERGÊNCIA DOS DIREITOS “FORA DO AMBIENTE FAMILIAR NORMAL”**

O artigo 69º da Constituição da República Portuguesa, assinalado como manifestação do movimento que considera as crianças como sujeitos de direitos (MEDEIROS, 2010, p. 1381), após estabelecer no seu primeiro número que as crianças têm direito à proteção da sociedade e do Estado, dispõe, no segundo número, que “o Estado assegura especial proteção às crianças órfãs, abandonadas ou por qualquer forma privadas de um ambiente familiar normal”.

A especial proteção dos cidadãos sub-18 “privados de um ambiente familiar normal” é assegurada principalmente pela Lei de Proteção das Crianças e dos Jovens em Perigo, cuja linguagem dos direitos é mais acentuada do que a que se observa no texto do regime das responsabilidades parentais (artigos 1877º a 1920º-C do Código Civil).

A diferença verbal é em parte fruto de graus distintos de evolução do movimento legislativo de subjetivação do cidadão sub-18 e em parte reflexo do pensamento de que, por um lado, a vida familiar é a área por excelência do non-droit (conceito burilado por CARBONNIER, 1992) e de que, por outro lado, tendencialmente qualquer pessoa em família ou aos cuidados da família está bem, não carecendo, por isso, de uma tutela estruturada.

Nesta ordem de ideias, a reação à patologia da inexistência, ou insuficiência, da relação de filiação evidencia a individualidade, a titularidade de direitos, do cidadão sub-18.

A intervenção ao abrigo da Lei de Proteção de Crianças e Jovens em Perigo tem lugar quando os pais ponham em perigo a segurança, saúde, formação, educação ou desenvolvimento do filho sub-18, ou quando esse perigo resulte de ação ou omissão de

---

<sup>12</sup> É a solução do artigo 1634, inciso V, do Código Civil brasileiro.

terceiros ou do próprio filho a que aqueles não se oponham de modo adequado a removê-lo (artigo 2º, nº 1, da Lei em apreço)<sup>13</sup>.

Essa intervenção tem expressamente por objeto a promoção dos direitos e a proteção das crianças e dos jovens em perigo (artigos 1º e 2º, nº 1), devendo ser efetuada no respeito pela intimidade, direito à imagem e reserva da vida privada do cidadão sub-18 (artigo 4º, alínea b)).

A criança e o jovem gozam de direitos de informação, audição e participação no processo a que se refere a intervenção (artigo 4º, alíneas h) e i)): “têm direito a ser informados dos seus direitos, dos motivos que determinaram a intervenção e da forma como esta se processa” e “têm direito a ser ouvidos e a participar nos atos e na definição da medida de promoção dos direitos e de proteção”.

O artigo 35º, nº 1, enumera taxativamente as medidas de promoção dos direitos e de proteção (RAMIÃO, 2004, p. 61. BORGES, 2007, p. 141), entre as quais se encontra o acolhimento em instituição, a única a propósito da qual o legislador apresentou um catálogo de direitos da criança e do jovem. Trata-se do artigo 58º, nº 1, que prevê:

A criança e o jovem acolhidos em instituição têm, em especial, os seguintes direitos:

- a) Manter regularmente, e em condições de privacidade, contactos pessoais com a família e com pessoas com quem tenham especial relação afetiva, sem prejuízo das limitações impostas por decisão judicial ou pela comissão de proteção;
- b) Receber uma educação que garanta o desenvolvimento integral da sua personalidade e potencialidades, sendo-lhes asseguradas a prestação dos cuidados de saúde, formação escolar e profissional e a participação em atividades culturais, desportivas e recreativas;
- c) Usufruir de um espaço de privacidade e de um grau de autonomia na condução da sua vida pessoal adequados à sua idade e situação;
- d) Receber dinheiro de bolso;
- e) A inviolabilidade da correspondência;
- f) Não ser transferidos da instituição, salvo quando essa decisão corresponda ao seu interesse;
- g) Contactar, com garantia de confidencialidade, a comissão de proteção, o Ministério Público, o juiz e o seu advogado.

Para alguns (BORGES, 2007, p. 204) o elenco legal justifica-se por se estar perante enquadramento não familiar, cuja despersonalização “deve ser contrariada pela garantia e saliência dada a certos direitos”. Para outros (CLEMENTE, 2009, p. 120), o catálogo revela uma mudança de paradigma da intervenção em acolhimento institucional, centrada agora no respeito da criança ou jovem.

As observações doutrinárias sobre o artigo 58º, nº 1, suscitam questões. Será que a lei enumera direitos em situações em que é maior o risco de não observância dos mesmos? Será que não é pertinente uma especificação de direitos em “ambiente familiar normal”? Numa ótica de efetividade, não seria aconselhável a previsão expressa de um catálogo de direitos do filho sub-18 no regime legal das responsabilidades parentais?

No conjunto do mencionado artigo 58º, nº 1, destaca-se a preocupação em torno do direito de privacidade (cf. alíneas a), c) e g)). Na verdade, são numerosos os dados alusivos às sérias dificuldades de salvaguarda do direito de privacidade do cidadão sub-18 institucionalizado, o que motiva a preocupação de especialistas, em

---

<sup>13</sup> Os preceitos citados nesta divisão sem indicação de fonte pertencem à Lei de Proteção de Crianças e Jovens em Perigo.

virtude de a privacidade constituir quer um valor universal quer um fator com influência no desenvolvimento humano (MADEIRA et al., 2010).

Ora, sendo assim, que dizer da privacidade do filho sub-18 em meio familiar?

O direito existe e é oponível aos pais, que não podem violar arbitrariamente a esfera de intimidade do filho (PINHEIRO, 2004a, p. 265).

Contudo, a lógica da lei tende a ser “quanto mais perigo, mais desvio ou menos família, maior verbalização de autonomia e direitos”.

### **3 O PERIGO QUE EMANCIPA: APOIO PARA A AUTONOMIA DE VIDA**

Outra medida de promoção e proteção indicada no artigo 35º, nº 1, da Lei de Proteção de Crianças e Jovens em Perigo é a do apoio para a autonomia de vida, que, de acordo com o artigo 45º do mesmo diploma, visa proporcionar ao jovem com idade superior a 15 anos (ou à mãe com idade inferior a 15 anos) condições que o habilitem e lhe permitam viver por si só e adquirir progressivamente autonomia de vida.

O cidadão beneficiário da medida de apoio para a autonomia de vida é contemplado diretamente com apoio económico e acompanhamento psicopedagógico e social (artigo 45º, nº 1, da Lei de Proteção de Crianças e Jovens em Perigo, bem como artigos 13º, nº 5, e 35º, nº 1, alíneas b) e f), do Decreto-Lei nº 12/2008, de 17 de janeiro).

O apoio para a autonomia de vida corresponde a uma medida afim da emancipação, que se demarca desta por ser menos restritiva quanto ao requisito da idade e por não implicar uma aquisição plena da capacidade de exercício. De facto, a emancipação não pode ocorrer antes dos 16 anos (cf., supra, nota 12) e o apoio para a autonomia de vida não exclui orientação e controlo externos da vida do jovem (mediante plano de intervenção, que é elaborado, acompanhado e monitorizado por terceiros, sem prejuízo da audição do jovem na sua configuração, imposta pelo artigo 7º, nº 4, do Decreto-Lei nº 12/2008, de 17 de janeiro).

A medida em causa é tida como como portadora de “enorme significado em termos do respeito pelos direitos da criança e dos jovens” (CLEMENTE, 2009, p. 107-108), sendo também referida como tradução interna do artigo 29º, nº 1, alínea d), da Convenção sobre os Direitos da Criança, preceito que atribui ao Estado a função de “preparar a criança para assumir as responsabilidades da vida numa sociedade livre” (BORGES, 2007, p. 177).

Perante isto, surge a tentação de questionar a falta de solução paralela aproximada noutros contextos que não sejam os de insuficiência familiar (e até institucional), insistindo, por exemplo, na conveniência de introduzir a regra da intervenção pessoal e assistida por quem tenha a idade de 16 ou 17 anos. A autodeterminação e a preparação dos mais jovens devem merecer atenção em todos os casos e não apenas em situações extremas.

### **4 A VISIBILIDADE DOS DIREITOS QUANDO O SEU TITULAR VIOLA DEVERES**

Embora não seja penalmente imputável, o cidadão com idade compreendida entre os 12 e os 16 anos que pratique facto qualificado pela lei como crime está sujeito à aplicação de medidas tutelares educativas (artigo 1º, nº 1, da Lei Tutelar Educativa).

É consensual que ainda está em formação a personalidade do cidadão com idade compreendida entre os 12 e os 16 anos de idade, mas que o Estado tem o direito e

o dever de intervir correctivamente sempre que ele, ao ofender as normas penais, mostre uma “personalidade hostil ao dever-ser jurídico” (BOLIEIRO; GUERRA, 2009, p. 89. RAMIÃO, 2007, p. 33. RODRIGUES; DUARTE-FONSECA, 2003, p. 56).

Ou seja, a inimputabilidade penal do cidadão com idade compreendida entre os 12 e os 16 anos não o exime do cumprimento dos deveres subjacentes às normas penais.

Havendo incumprimento, a ele podem ser aplicadas as medidas tipificadas no artigo 4º, nº 1, da Lei Tutelar Educativa, que abrangem desde a admoestação ao internamento em centro educativo.

O artigo 6º, nº 1, que regula o critério da escolha de medidas<sup>14</sup>, consagra o princípio geral da prevalência das medidas não institucionais sobre as institucionais, o que confere ao internamento o cariz de remédio tutelar derradeiro (RAMIÃO, 2007, p. 41. RODRIGUES; DUARTE-FONSECA, 2003, p. 69).

E é esta medida extrema que dá azo a um quadro certamente reputado como modelar quanto ao reconhecimento dos direitos da criança (ALEXANDRINO, 2011, p. 63-64).

O capítulo IV da Lei Tutelar Educativa ocupa-se do internamento em centro educativo, contendo na secção III (artigos 171º a 176º) um estatuto do sujeito internado (analisado pormenorizadamente por DUARTE-FONSECA, 2005, p. 432-463), do qual se extrai o referido quadro modelar de direitos.

Numa síntese rápida, o estatuto ativo do sujeito internado assenta, principalmente, na afirmação de que ele é titular do “direito ao respeito pela sua personalidade, liberdade ideológica e religiosa e pelos seus direitos e interesses não afetados pelo conteúdo da decisão de internamento” (artigo 171º, nº 1) e num catálogo inscrito no artigo 171º, nº 3<sup>15</sup>.

---

<sup>14</sup> Os preceitos citados nesta divisão sem indicação de fonte pertencem à Lei Tutelar Educativa.

<sup>15</sup> O mencionado artigo 171º, nº 3, reconhece ao cidadão internado direito:

- “a) A que o centro zele pela sua vida, integridade física e saúde;
- b) A um projecto educativo pessoal e à participação na respectiva elaboração, a qual terá obrigatoriamente em conta as suas particulares necessidades de formação, em matéria de educação cívica, escolaridade, preparação profissional e ocupação útil dos tempos livres;
- c) À frequência da escolaridade obrigatória;
- d) À preservação da sua dignidade e intimidade, a ser tratado pelo seu nome e a que a sua situação de internamento seja estritamente reservada perante terceiros;
- e) Ao exercício dos seus direitos civis, políticos, sociais, económicos e culturais, salvo quando incompatíveis com o fim do internamento;
- f) A usar as suas próprias roupas, sempre que possível, ou as fornecidas pelo estabelecimento;
- g) A usar artigos próprios, autorizados, de higiene pessoal ou os que, para o mesmo efeito, forem fornecidos pelo centro;
- h) À posse de documentos, dinheiro e objectos pessoais autorizados;
- i) À guarda, em local seguro, dos valores e objectos pessoais, não proibidos por razões de segurança, que não queira ou não possa ter consigo e à restituição dos mesmos à data da cessação do internamento;
- j) A contactar, em privado, com o juiz, com o Ministério Público e com o defensor;
- l) A manter outros contactos autorizados com o exterior, nomeadamente por escrito, pelo telefone, através da recepção ou da realização de visitas, bem como da recepção e envio de encomendas;
- m) A ser ouvido antes de lhe ser imposta qualquer sanção disciplinar;
- n) A ser informado, periodicamente, sobre a sua situação judicial e sobre a evolução e avaliação do seu projecto educativo pessoal;
- o) A efectuar pedidos, a apresentar queixas, fazer reclamações ou interpor recursos;
- p) A ser informado pessoal e adequadamente, no momento da admissão, sobre os seus direitos e deveres, sobre os regulamentos em vigor, sobre o regime disciplinar e sobre como efectuar pedidos, apresentar queixas ou interpor recursos;
- q) Sendo mãe, a ter na sua companhia filhos menores de 3 anos”.

Diz-se que o acentuar dos direitos na medida de internamento é compreensível “dadas as restrições severas que implica para a autonomia de decisão e de condução de vida do menor a quem é aplicada” (RODRIGUES; DUARTE-FONSECA, 2003, p. 324).

A construção que é feita pela Lei Tutelar Educativa ajusta-se especificamente, é claro, ao internamento em centro educativo. Contudo, fora do domínio do internamento, a autonomia do cidadão sub-18 (em regra, qualificado como incapaz e substituído por pais na condução da sua vida), não é tão elevada ao ponto de permitir que se prescindia de uma fixação clara de direitos, que seria exequível mediante adaptação de formulações preexistentes (previstas no regime quer do internamento em centro educativo quer do acolhimento em instituição).

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Eis-nos na época do cidadão sub-18, ou da “criança, sujeito de direitos”.

Rejeitado um entendimento coisificador do ser humano, surgem duas hipóteses: partir dos direitos já constituídos para a criança ou da criança para os seus direitos a reconhecer e a constituir.

Aliciante, a segunda hipótese (perfilhada por LÚCIO, 2010, p. 179-180) talvez seja demasiado complexa e avançada para o nosso tempo.

Primeiramente, há que estender os princípios da universalidade e da igualdade a todos os cidadãos, independentemente da idade. Nesta lógica, são relativamente acessíveis soluções de progresso como a eliminação de terminologia que equipara pessoas a coisas, a introdução da assistência como instituto geral de suprimento para a incapacidade daquele que tenha 16 ou 17 anos de idade e a consagração legal expressa de direitos que assistem ao cidadão sub-18 na relação com outros de que dependa.

## REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Catarina de. Os direitos da criança em Portugal e no mundo globalizado: o princípio do interesse superior da criança. In: AA.VV. **Direitos das Crianças**. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

ALEXANDRINO, José de Melo. Os direitos das crianças: linhas para uma construção unitária. In: ALEXANDRINO, José de Melo. **O discurso dos direitos**. Coimbra: Coimbra Editora, 2011.

AMARAL, Jorge Pais do. A criança e os seus direitos. In: LEANDRO, Armando et al (Org.). **Estudos em homenagem a Rui Epifânio**. Coimbra: Almedina, 2010, p. 163-176.

ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito Civil: Teoria Geral**. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000. v. 1.

BOLIEIRO, Helena e Guerra, Paulo. **A criança e a família – uma questão de direito(s)**: Visão prática dos principais institutos do Direito da Família e das Crianças e Jovens. Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

BORGES, Beatriz Marques. **Protecção de crianças e jovens em perigo: comentários e anotações à Lei nº 147/99, de 1 de setembro.** Coimbra: Almedina, 2007.

CARBONNIER, Jean. *L'hypothèse du non-droit.* In CARBONNIER, Jean. **Flexible Droit.** 7. ed. Paris: LGDJ, 1992.

CLEMENTE, Rosa. **Inovação e modernidade no Direito de Menores: A perspectiva da Lei de Protecção de Crianças e Jovens em Perigo.** Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

CORDEIRO, António Menezes. **Tratado de Direito Civil Português.** 3. ed. Coimbra: Almedina, 2011, v. 4.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias.** 9. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

DUARTE, Maria de Fátima Abrantes. **O poder paternal: contributo para o estudo do seu actual regime.** Lisboa: AAFDL, 1989.

DUARTE-FONSECA, António Carlos. **Internamento de menores delinquentes: a lei portuguesa e os seus modelos: um século de tensão entre protecção e repressão, educação e punição.** Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

LÚCIO, Laborinho. As crianças e os direitos – o superior interesse da criança. In LEANDRO, Armando et al (Org.). **Estudos em homenagem a Rui Epifânio.** Coimbra: Almedina, 2010.

MARTINS, Rosa. **Menoridade, (in)capacidade e cuidado parental.** Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

MEDEIROS, Rui. Anotação ao artigo 69º. In MIRANDA, Jorge e MEDEIROS, Rui (org.). **Constituição Portuguesa anotada.** 2. ed. Coimbra: Wolters Kluwer Portugal/Coimbra Editora, 2010. v. 1.

MENDES, João Castro. **Teoria Geral do Direito Civil.** Lisboa: AAFDL, 1978, V. 1.

MIRANDA, Jorge. Anotação ao artigo 12º. In MIRANDA, Jorge e MEDEIROS, Rui (org.). **Constituição Portuguesa anotada.** 2. ed. Coimbra: Wolters Kluwer Portugal/Coimbra Editora, 2010. v. 1.

MOREIRA, Sónia. **A autonomia do menor no exercício dos seus direitos.** Scientia Iuridica, Braga (Portugal), n. 291, p. 159-194, 2011.

PEDROSO, João. **Acesso ao Direito e à Justiça: um direito fundamental em (des)construção: o caso do acesso ao direito e à justiça da família e das crianças.** Dissertação (Doutoramento em Sociologia do Estado, do Direito e da Administração) – Faculdade de Economia, Universidade de Coimbra, 2011.

PEREIRA, Tânia da Silva. **Direito da criança e do adolescente: uma proposta interdisciplinar.** Rio de Janeiro/São Paulo/Recife: Renovar, 2008.

PINHEIRO, Jorge Duarte. Entre a comunhão e a excomunhão de vida: a toxicod dependência nas relações jurídicas familiares. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa**. Suplemento, 2004a.

PINHEIRO, Jorge Duarte. **O núcleo intangível da comunhão conjugal: os deveres conjugais sexuais**. Coimbra: Almedina, 2004b.

PINHEIRO, Jorge Duarte. As crianças, as responsabilidades parentais e as fantasias dos adultos. In SOUSA, Marcelo Rebelo de et al (Org.). **Estudos de homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda**. Coimbra: Coimbra Editora, 2012a. v. 6.

PINHEIRO, Jorge Duarte. **O Direito da Família Contemporâneo**. 2. reimpr. da 3. ed. Lisboa: AAFDL, 2012b.

PINTO, Carlos Alberto da Mota. **Teoria Geral do Direito Civil**. 10. reimpr. da 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1996.

RAMIÃO, Tomé d'Almeida. **Lei de Protecção de Crianças e Jovens em Perigo, anotada e comentada, e legislação conexa**. 3. ed. Lisboa: Quid Juris?, 2004.

RAMIÃO, Tomé d'Almeida. **Lei Tutelar Educativa, anotada e comentada, jurisprudência e legislação conexa**. 2. ed. Lisboa: Quid Juris?, 2007.

RIBEIRO, Alcina Costa, Autonomia da criança no tempo de criança. In LEANDRO, Armando et al (Org.). **Estudos em homenagem a Rui Epifânio**. Coimbra: Almedina, 2010.

RODRIGUES, Anabela Miranda; DUARTE-FONSECA, António Carlos. **Comentário da Lei Tutelar Educativa**. reimpr. Coimbra, Coimbra Editora, 2003.

SOTTOMAYOR, Maria Clara. O poder paternal como cuidado parental e os direitos da criança. In AA.VV. **Cuidar da Justiça de Crianças e Jovens: a função dos Juízes sociais: atas do Encontro**. Coimbra: Almedina, 2003.

SOTTOMAYOR, Maria Clara. A situação das mulheres e das crianças 25 anos após a Reforma de 1977. In AA.VV. **Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977: Direito da Família e das Sucessões**. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. v. 1.

SOTTOMAYOR, Maria Clara. Autonomia do direito das crianças. In LEANDRO, Armando et al (Org.). **Estudos em homenagem a Rui Epifânio**. Coimbra: Almedina, 2010.

TORRES, Felipe Soares. A autonomia progressiva das crianças e dos adolescentes: Lex Familiae. **Revista Portuguesa de Direito da Família**. Coimbra, n. 14, p. 27-50, 2010.

VASCONCELOS, Pedro Pais de. **Teoria Geral de Direito Civil**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2012.