

SENSIBILIDADE E BOM SENSO — OS DIREITOS DAS CRIANÇAS EM TEMPOS DE PANDEMIA

JOSÉ OLIVEIRA BARROS

"Always resignation and acceptance. Always prudence and honour and duty. Elinor, where is your heart?" — Jane Austen¹

Resumo: o autor analisa os seguintes temas: delimitação das esferas de actuação legítima dos pais e do Estado em matéria de testagem, vacinação e tratamento médico da criança contra o vírus SARS-Cov-19; compatibilização do direito de convívio da criança com o seu direito à saúde e com eventuais direitos de terceiros nos casos de separação parental e de aplicação da medida de acolhimento residencial, tendo em conta as medidas restritivas da circulação impostas pelo Estado de Emergência; perda de rendimentos dos progenitores por força das medidas restritivas de exercício de actividades profissionais associadas ao Estado de Emergência e protecção do direito da criança a alimentos nesse contexto.

Palavras-chave: maioridades especiais; exercício das responsabilidades parentais; direito ao convívio; acolhimento residencial; obrigação de alimentos.

Sumário: I. Introdução. II. As questões em torno da testagem, vacinação e tratamento médico das crianças contra o vírus SARS-Cov-19. a) A delimitação de esferas de actuação da criança e dos pais (ou tutores) em matéria de cuidados de saúde. b) A situação actual no que respeita à testagem e vacinação das crianças contra o vírus SARS-Cov-19 e a resposta às questões referidas na Introdução. III. As questões em torno dos convívios das crianças com o progenitor não residente e das crianças residentes em casas de acolhimento com os seus pais ou figuras de referência. a) Os convívios da criança com o progenitor não residente nas hipóteses de residência exclusiva. IV. A questão dos alimentos — a situação dos pais devedores atingidos nos seus rendimentos pelas medidas restritivas impostas pelo Estado de Emergência.

I. INTRODUÇÃO

Tal como na citação da obra de Jane Austen em que o bom senso e a sensibilidade são retratados como valores frequentemente colidentes, a prudência e a racionalidade associadas às medidas restritivas de protecção da saúde pública impostas pelo Governo no âmbito dos sucessivos Estados de Emergên-

¹ AUSTEN, JANE — *Sense and Sensibility*, 2003, Penguin Books, p. 132.

cia decretados em Portugal desde Março de 2020 conflituam regularmente com a imprescindível atenção para com as necessidades específicas das crianças, designadamente, em matéria de liberdade, saúde mental, educação e de convívio com as suas figuras de referência.

Na falta de resposta específica a tais questões no contexto da legislação aprovada no âmbito dos sucessivos Estados de Emergência, bem como no domínio da legislação ordinária que regula os direitos das crianças em tempos de “normalidade constitucional”, impõe-se, por vezes, aos Tribunais a difícil tarefa de conciliação de tais exigências conflituantes no âmbito da resolução de dúvidas que lhes possam ser colocadas.

Apenas com a pretensão de estimular a discussão sobre tais temas, tentaremos dar resposta jurídica às seguintes questões: a) Sendo expectável que a solução da crise pandémica possa passar pela vacinação de toda a população em geral, como gerir as situações em que, por razões morais, ideológicas ou religiosas, os pais não pretendam vacinar os seus filhos, nem permitam que estes sejam sujeitos a testes à presença do vírus SARS-Cov-19, pondo em causa o esforço comunitário de combate ao perigo pandémico?; b) Similarmente, como resolver a questão da vacinação das crianças em acolhimento residencial na hipótese de existência de um conflito entre as Casas de Acolhimento — naturalmente interessadas em evitar surtos que possam ocorrer nas suas instalações — e os progenitores que, por razões morais, ideológicas ou religiosas, não pretendam que os seus filhos sejam vacinados?; c) Nas situações de separação parental, como apreciar as situações em que os progenitores entendam poder ou dever impedir os seus filhos de conviverem com o outro progenitor com os argumentos, por exemplo, de que as crianças em questão fazem parte de um grupo de risco ou de que as mesmas residem em agregados familiares com outras pessoas (designadamente, avós) que integram tais grupos?; d) E como salvaguardar o direito da criança a conviver com o progenitor não residente nos casos em que é este quem incumpe tais convívios com o argumento de não pretender expor o filho ao risco de contágio?; e) Como contrabalançar os maiores riscos de exposição ao contágio das crianças em acolhimento residencial, bem como dos técnicos que aí trabalham, com o direito de tais crianças a conviverem com os seus familiares e com as suas figuras de referência nos termos autorizados pelas decisões das Comissões de Protecção e dos Tribunais?; f) Como resolver as situações em que o progenitor, devedor de alimentos e impedido de trabalhar por força das medidas restritivas impostas pelo Estado de Emergência, invoca a redução drástica dos seus rendimentos para se opor ao pedido de declaração de incumprimento de tal obrigação, pedindo a sua desobrigação de tal pagamento ou, pelo menos, a suspensão do mesmo enquanto tais dificuldades financeiras se mantiverem?

II. AS QUESTÕES EM TORNO DA TESTAGEM, VACINAÇÃO E TRATAMENTO MÉDICO DAS CRIANÇAS CONTRA O VÍRUS SARS-COV-19

a) A delimitação de esferas de actuação da criança e dos pais (ou tutores) em matéria de cuidados de saúde

Por regra e salvo disposição legal em contrário, as crianças², dotadas embora de capacidade de gozo (artigo 67.º do Código Civil), não dispõem de capacidade de exercício de direitos (artigo 123.º do mesmo diploma³), sendo tal incapacidade suprida, até à sua maioridade ou emancipação, por via do exercício das responsabilidades parentais⁴ ou, subsidiariamente, pelo instituto da tutela (artigo 124.º do CC).

Sem prejuízo, atendendo a que a maturidade do ser humano é evolutiva, aumentando gradualmente com a idade da criança, não deixou o legislador, não só de ressaltar a necessidade de as responsabilidades parentais serem exercidas, tendo em conta a opinião da criança relativamente aos assuntos importantes da vida familiar e a sua autonomia progressiva (artigo 1878.º, n.º 2 do CC⁵), como também de instituir, em certos domínios específicos, “maioridades especiais”, atribuindo, por essa via, à criança não emancipada excepcional capacidade de exercício relativamente a certos direitos.

² Nos termos do artigo 1.º da Convenção sobre os Direitos da Criança, aprovada em 20 de Novembro de 1989, pela Resolução 44/25 da Assembleia Geral das Nações Unidas e ratificada por Portugal em 12/9/1990, são crianças todos os seres humanos menores de 18 anos, salvo se, nos termos da lei que lhes for aplicável, atingirem a maioridade mais cedo. Isto dito, o termo “menor” consta ainda dos artigos 122.º e ss. do Código Civil, bem como, de resto, de outros diplomas legais, devendo, no entanto, a comunidade jurídica esforçar-se por abolir tal expressão, tradutora que a mesma se revela de uma inferiorização da criança incompatível com a evolução do Direito das Crianças nas últimas décadas.

³ Doravante, mencionado pela sigla “CC” sempre que se esteja a citar normas legais provenientes do referido diploma. Similarmente, utilizar-se-á a sigla “LPCJP” na referência à Lei de Protecção de Crianças e Jovens em Perigo, “RGPTC” na menção do Regime Geral do Processo Tutelar Cível, “CP” quando nos referirmos ao Código Penal e “CRP” em referência à Constituição da República Portuguesa. A Convenção sobre os Direitos da Criança será designada simplesmente por “Convenção”.

⁴ Entendidas estas como “complexo de faculdades legalmente cometidas aos pais para as desempenharem no interesse dos filhos em ordem a assegurar o seu apropriado sustento, saúde, segurança, educação e administração de bens” (cfr., nesse sentido, GUERRA, PAULO / BOLIEIRO — HELENA — *A Criança e a Família — Uma Questão de Direitos*, 2009, Coimbra Editora, pp. 155).

⁵ Tal direito de participação da criança nos assuntos que lhe digam respeito tem obviamente reflexos no âmbito judicial, mormente, em virtude da audição obrigatória da criança em matéria de questões de particular importância (artigo 1901.º, n.º 3 do CC) e, em geral, em todos os processos em que intervenha, salvo em caso de eventual incapacidade daquela para compreender os assuntos em discussão, considerando a sua possível tenra idade e consequente imaturidade (cfr. artigos 4.º, n.º 1, alínea c) e n.º 2, 5.º e 35.º, n.º 3 do RGPTC, bem como o artigo 84.º da LPCJP) ou ainda na hipótese de ocorrência de outras circunstâncias ponderosas (por exemplo, a possibilidade de colocação em perigo do bem-estar psíquico da mesma) que desaconselhem a referida diligência (cfr. artigo 1901.º, n.º 3 do CC). Naturalmente, a não audição da criança — enquanto excepção — tem de ser devidamente fundamentada pelo Tribunal.

São exemplos dessas maioridades especiais: o artigo 127.º do CC (conferindo à criança não emancipada capacidade de exercício de direitos relativamente aos actos de administração ou de disposição de bens adquiridos pelo seu trabalho, para a celebração de negócios jurídicos da sua vida corrente que, estando ao alcance da sua compreensão, apenas impliquem disposições patrimoniais de pequena importância, para a celebração de negócios jurídicos relativos à arte, ofício ou profissão que tenha sido autorizada a exercer, bem como para os negócios que nesse exercício tenha de celebrar), artigo 1886.º do mesmo diploma (atribuindo à criança de 16 anos a liberdade de escolher a sua religião), artigos 1600.º e 1601.º, n.º 1, alínea a) (permitindo à criança de 16 anos contrair casamento), artigo 1981.º, n.º 1, alínea a) do CC (facultando à criança maior de 12 anos o direito de consentir ou não consentir na sua adopção)⁶.

Nesta sequência, e no domínio que nos interessa, refira-se ser a doutrina pacífica⁷ quanto à possibilidade de se extrair do artigo 38.º, n.º 3 do CP uma situação de maioridade especial em matéria de saúde.

Com efeito, tal norma, ao excluir a ilicitude do facto tipificado como crime quando este tenha sido consentido, de acordo com uma vontade séria, livre e esclarecida, pela criança com mais de 16 anos de idade, titular dos bens jurídicos protegidos pela incriminação, possibilita, *a contrario sensu*, à criança com mais de 16 anos e (requisito cumulativo) possuidora do discernimento necessário para avaliar o sentido e o alcance do seu consentimento, a capacidade de exercício do direito de consentir na realização de intervenções médicas, sem necessidade, portanto, de autorização de quem exerça as responsabilidades parentais. Que assim é, resulta de, como já salientado, o legislador ter escolhido igualmente a idade dos 16 anos como idade mínima para o consentimento prestado pela grávida que opte pela interrupção voluntária da gravidez (artigo 142.º, n.º 5 do CP), o que, sob pena de insanável contradição do sistema jurídico consigo mesmo, traduz necessariamente uma opção legislativa assumida como válida para todo o ordenamento legal.

Também de acordo com a doutrina supra-citada, e por aplicação analógica do artigo 127.º, n.º 1, alínea b) do CC⁸, é possível à criança com menos de 16 anos consentir na prática de actos médicos de escassa importância e ao alcance da

⁶ Para um elenco mais exaustivo das referidas maioridades especiais em domínios como a educação sexual, o acesso ao planeamento familiar e a interrupção voluntária da gravidez, veja-se OLIVEIRA, GUILHERME — *O Acesso dos Menores a Cuidados de Saúde*, in *Revista de Legislação e Jurisprudência*, ano 134, nº 3898, em especial, pp. 240-241; para os casos de aquisição dos direitos de posse e de propriedade (por usucapião) e dos direitos autorais, cfr. TEIXEIRA DOS SANTOS, ANDRÉ — *Do Consentimento dos Menores para a Prática de Actos Médicos Terapêuticos* publicado na *Revista do Ministério Público*, nº 118, Ano 30, Abril — Junho de 2009, pp. 133-137.

⁷ Cfr. OLIVEIRA — GUILHERME — *ob. Cit.*, pp. 242 e ss., bem como CÂNDIDA MARTINS, ROSA — *A Criança, o Adolescente e o Acto Médico*, in *Comemorações dos 35 Anos do Código Civil e dos 25 Anos da Reforma de 1977, Vol. I* — *Direito da Família e Sucessões*, pp. 819 e ss. e TEIXEIRA DOS SANTOS, ANDRÉ, *ob. cit.*, pp. 137 e ss.

⁸ Disposição legal essa, como referido, relativa à maioridade especial em matéria de celebração de negócios da vida corrente da criança que impliquem o dispêndio de pequenas importâncias, para cuja celebração esta possua a necessária compreensão natural.

sua compreensão, desde que envolvendo custos diminutos (por exemplo, a ida à Cruz Vermelha para tratar de uma unha encravada ou de um pequeno ferimento).

Fora do âmbito de aplicação da “maioridade especial” vinda de analisar, qualquer intervenção médica a que seja sujeita uma criança carece de autorização⁹ dos titulares das responsabilidades parentais ou, subsidiariamente, de quem exerça a tutela.

Nessa sequência, também o exercício das responsabilidades parentais¹⁰ ou da tutela se encontra sujeito a limites no domínio da saúde, a saber: 1) limites impostos pelo Estado no cumprimento do seu dever de assegurar a todas as crianças o direito de gozarem do melhor estado de saúde possível e de beneficiarem de cuidados médicos, em particular, dos cuidados médicos primários (cfr. artigo 24.º da Convenção) e, em termos mais genéricos, de proteger a saúde pública da população em geral (pense-se no programa de vacinação obrigatória a que todas as crianças se encontram sujeitas); 2) resultantes de uma situação de urgência, naquelas hipóteses em que o médico não consiga contactar os titulares das responsabilidades parentais ou da tutela e a criança careça de uma intervenção médica urgente sob pena de correr sério perigo de vida ou para a sua integridade física / psíquica; 3) decorrentes do próprio dever do Estado de prevenir o perigo para a integridade física ou psíquica da criança nas hipóteses em que os titulares das responsabilidades parentais ou da tutela, devidamente esclarecidos quanto à (extrema) necessidade da intervenção médica, a recusem por razões filosóficas, morais, religiosas ou outras, violando o poder-dever de zelarem pela saúde da criança (artigo 1878.º, n.º 1 do CC), casos esses em que poderá mostrar-se necessário o recurso ao Tribunal para que este tome tal decisão no domínio de um procedimento de urgência inserido no âmbito de um processo de promoção e protecção ou ainda no âmbito de uma acção de limitação do exercício das responsabilidades parentais¹¹.

⁹ Importa, neste contexto, referir que, sendo o consentimento para a prática de acto médico um acto pessoal nos termos do artigo 38.º do CP, o mesmo só pode ser prestado pela criança nas situações em que, por força da referida “maioridade especial” extraída de tal artigo e do artigo 127.º, n.º 1, alínea b) do CC, possui capacidade de exercício de direitos em matéria de saúde. Pelo contrário, de “autorização” (e não de consentimento) para a prática do acto médico se deverá falar sempre que, fora do campo de actuação de tal “maioridade especial”, seja necessário o exercício das responsabilidades parentais ou da tutela por parte dos seus titulares.

¹⁰ Supondo sempre, como referido, a audição prévia da criança nos assuntos que lhe digam respeito e tendo em conta a sua maturidade (artigo 1878.º, n.º 2 do CC).

¹¹ Em sentido próximo, cfr. CÂNDIDA MARTINS, ROSA — *ob. cit.*, pp. 814-816. Quanto à acção de inibição ou limitação do exercício das responsabilidades parentais, confira-se, para além dos artigos 1915.º a 1920.º-A do CC, os artigos 52.º e ss. do RGPTC aprovado pela Lei n.º 141/2015, de 8/9, sendo de destacar a possibilidade de, em caso de urgência, o Tribunal poder, a título cautelar ou incidental, suspender, parcial ou totalmente, o exercício das responsabilidades parentais se estiverem reunidos elementos de prova (designadamente, relatório da assessoria técnica externa ou outras informações relevantes) que simultaneamente indiciem um prejuízo para a criança decorrente de tal exercício das responsabilidades parentais e a probabilidade séria de a decisão final passar pela limitação ou mesmo inibição do exercício de tais responsabilidades (artigo 57.º do mesmo diploma). Cfr, nesse sentido, RAMIÃO, TOMÉ — *Regime Geral do Processo Tutelar Cível Anotado e Comentado*, 2015, Quid Juris, pp. 212 e ss. Tal acção poderá ser adequada nos casos em que os pais, seja por que razão for, neguem sistematicamente à criança o acesso às consul-

Se o primeiro conjunto de limitações, designadamente, em matéria de vacinação e de realização de exames para detecção de certas doenças, se justifica, sobretudo, em razão de necessidades de saúde pública, incluindo as que se prendem com a saúde infantil / juvenil, colocando, eventualmente, questões constitucionais em matéria de averiguação da proporcionalidade de tais restrições de direitos, liberdades e garantias, já o segundo e terceiro conjuntos de limitações têm o seu fundamento no superior interesse de cada criança (designadamente, no que respeita à protecção de eventuais perigos para a sua saúde) e na funcionalização do exercício das responsabilidades parentais a tal interesse.

Como salientado por TEIXEIRA DOS SANTOS, ANDRÉ¹², a oposição pelos pais ou outros titulares do exercício das responsabilidades parentais à prática de actos médicos a que devam ser sujeitas crianças, quando motivada por razões filosóficas, morais ou religiosas, não assenta em considerações atinentes ao superior interesse da criança e até o pode contrariar, resultando, em certos casos, na violação do dever daqueles de velarem pela saúde desta (artigo 1878.º, n.º 1 do CC), hipótese em que, no estrito âmbito de intervenção legítima do Estado (ou seja, nos casos de perigo concreto previstos no artigo 1918.º do mesmo diploma ou no artigo 3.º da LPCJP), será de concluir pela possibilidade de o Tribunal subtrair aos progenitores tal decisão de autorização.

Isto posto, cumpre ainda referir que, quer estejam juntos, quer estejam separados, sendo o exercício das responsabilidades conjunto¹³ e havendo dis-

tas ou aos tratamentos de que a mesma necessita, podendo assim o perigo, não ser iminente, mas progressivo, possivelmente agravando-se irremediavelmente na hipótese de tal negação de acesso a cuidados médicos persistir no tempo. Nessas hipóteses, a limitação do exercício das responsabilidades parentais poderá, por exemplo, passar pelo deferimento de tais decisões em matéria de saúde a um familiar ou outra pessoa idónea, sendo certo que a lei não define em concreto as providências que deverão ser adoptadas, dando assim amplo espaço de manobra ao Tribunal nesse âmbito. No que respeita ao processo de promoção e protecção, necessário se poderá revelar o recurso ao procedimento de urgência previsto nos artigos 91.º e 92.º da LPCJP, podendo (e devendo) o médico, enquanto representante de entidade (Hospital) com competência em matéria de infância e juventude (artigos 7.º e 91.º do mesmo diploma), solicitar a autorização para a prática do acto médico ou mesmo, em caso de urgência máxima, praticá-lo, requerendo junto do Ministério Público, consoante o caso, tal providência ou a ratificação da mesma pelo Tribunal no espaço de 48 horas. Pressuposto é que, nessa hipótese, resulte da ausência de intervenção médica "*um perigo actual ou iminente para a vida ou de grave comprometimento da integridade física ou psíquica da criança ou do jovem*" e que os titulares das responsabilidades parentais ou da tutela, devidamente esclarecidos sobre o sentido e alcance da autorização que lhes é pedida, não autorizem tal intervenção (artigo 91.º da referida Lei). Existe naturalmente a hipótese de ambos os processos correrem em simultâneo em caso de necessidade, visando, nessa hipótese, o primeiro uma solução de médio-longo prazo e o segundo uma resposta mais célere ao perigo incorrido pela criança.

¹² *Idem* — *Ibidem*, p. 146-147, referindo o autor que, na hipótese de os pais não poderem ser contactados pelo médico, este, em caso de perigo para a saúde ou vida da criança, poderá actuar ao abrigo do consentimento presumido (artigo 340.º, n.º 3 do CC) e que, no caso de os progenitores recusarem a autorização necessária para a intervenção médica, mesmo depois de esclarecidos sobre a sua necessidade, tal actuação será legitimada pela figura do estado de necessidade (artigo 339.º do mesmo diploma).

¹³ Como constitui a regra obrigatória na constância do casamento (artigo 1901.º, n.º 1 do CC) e regra tendencial em caso de separação parental (artigo 1906.º, n.º 1 do mesmo diploma). Importa ter presente, neste domínio, vir a doutrina e a jurisprudência a considerar as intervenções

cordância entre os pais relativamente à realização da intervenção médica susceptível de obstar a um perigo relevante para a vida ou para a integridade física / psíquica da criança, importará distinguir dois cenários, consoante a intervenção médica se qualifique como “de rotina”, não envolvendo, em princípio, riscos significativos para a saúde da criança (embora salvando-a possivelmente de um perigo relevante em caso de não realização do tratamento) ou, pelo contrário, se revele mais sensível, na medida em que acarrete tais riscos.

Na primeira hipótese — imagine-se a necessidade de tratamento de uma cárie dentária quando o filho sofre de Trissomia 21 e de problemas cardíacos associados, podendo a infecção dentária constituir uma “porta de entrada” para todo o tipo de problemas coronários que, esses sim, poderão pôr em perigo a vida ou a integridade física da criança —, a autorização parental para a intervenção médica poderá ser qualificada como questão da vida corrente, sendo passível de decisão por qualquer um dos progenitores (no caso de estarem separados, pelo progenitor residente ou pelo progenitor não residente, consoante a criança se encontre, de momento, com o primeiro ou com o segundo — artigo 1906.º, n.º 3 do CC).

No segundo caso — pense-se em cirurgias ou outras intervenções médicas que impliquem possíveis complicações ou efeitos secundários potencialmente graves —, a questão terá de ser qualificada como de particular importância, carecendo, nessa hipótese, e em princípio — ou seja, fora dos casos de exercício exclusivo das responsabilidades parentais nessas matérias ou de emergência e consequente impossibilidade de obtenção de autorização do outro progenitor¹⁴ —,

médicas questões de particular importância sempre que, de tais intervenções, possam resultar riscos para a saúde da criança (cfr., nesse sentido, RAMIÃO, TOMÉ — ob. cit., p. 168 e GUERRA, PAULO / BOLIEIRO, HELENA — *Ibidem*, pp. 175). A questão está em saber se a questão deve ser qualificada como de particular importância sempre que a intervenção médica se mostre rotineira, não envolvendo especiais riscos, mas a sua não realização — essa sim — acarrete riscos sensíveis para a saúde da criança (imagine-se, por exemplo, caso da vacinação contra o vírus Covid que, em princípio, não implicará riscos sensíveis para a saúde da criança, mas cuja não realização, integrando esta um grupo de risco, poderá assumir consequências graves). Nessa segunda hipótese, proponemos para a solução de considerar tal questão ainda como sendo da vida corrente do filho, quer por tal possibilitar a qualquer um dos progenitores a tomada de decisão, aumentando a possibilidade de a opção correcta ser adoptada por qualquer um deles com benefícios para a protecção da saúde do filho, quer igualmente por, no caso de nenhum dos progenitores optar pela decisão mais conforme à protecção da saúde da criança, o Estado poder ainda intervir (em função de tal perigo), quer no âmbito de um processo de promoção e protecção, quer no domínio de uma acção de limitação do exercício das responsabilidades parentais.

¹⁴ Relembre-se que o exercício conjunto das responsabilidades parentais constitui regra que admite derrogação, mediante decisão fundamentada, nos casos em que aquele se mostre contrário ao superior interesse da criança (designadamente, nas hipóteses de maus tratos, negligência, abandono afectivo, etc... — cfr. artigo 1906.º, n.º 2 do CC). Por sua vez, em caso de emergência, a lei permite ao progenitor que esteja com a criança e impossibilitado por qualquer razão de obter a autorização do outro progenitor tomar a decisão de forma unilateral, comunicando-a a este logo que possível. Evidentemente, a iminência do perigo justifica, nessa hipótese, o sacrifício do exercício conjunto das responsabilidades parentais em homenagem ao superior interesse da criança. Trata-se, pois, nesta segunda situação, de um caso pontual de impedimento de

o tratamento médico de autorização de ambos os pais e, na falta de consenso, de decisão judicial proferida no âmbito da acção prevista no artigo 44.º do RGPTC.

Em todo o caso, na eventualidade de dissenso entre os progenitores sobre tal questão de particular importância, ocorrendo uma situação de manifesta urgência em que a criança se encontre numa situação de perigo actual para a sua vida ou integridade física, sempre, por maioria de razão, o médico poderá actuar nos termos já referidos, recorrendo ao procedimento urgente previsto nos artigos 91.º e 92.º da LPCJP.

Resulta do que se vem de expor que, fora do âmbito dos casos específicos que temos vindo a analisar, em matéria de saúde, a intervenção do Estado nas decisões do adolescente com mais de 16 anos e capaz de um consentimento sério, livre e esclarecido ou dos titulares das responsabilidades parentais relativamente a criança com idade inferior ou que, tendo tal idade, não possua a referida capacidade de consentimento, se encontra limitada pelo respeito dos princípios da intervenção mínima na vida familiar (artigo 4.º, alínea d) da LPCJP) e da neutralidade do Estado em matérias de liberdade de consciência (artigo 41.º da CRP).

Com efeito, constitui um direito da criança maior de 16 anos, capaz de um consentimento sério, livre e esclarecido, da mesma forma que constitui um direito dos pais, no domínio do exercício das suas responsabilidades parentais e ao abrigo do seu direito constitucional de educarem e manterem os seus filhos (artigo 36.º, n.º 5 da CRP), manifestarem, nas suas escolhas, convicções filosóficas, morais e religiosas, nas quais os Tribunais, por respeito à sua liberdade de consciência e ao princípio de neutralidade do Estado nessas matérias¹⁵ se não devem intrometer, a não ser na medida do estritamente necessário para cumprimento dos seus deveres de protecção das crianças e jovens em perigo (artigo 69.º, n.º 1 da CRP) ou de resolução de divergências entre os progenitores no exercício por estes das suas responsabilidades parentais e no que respeita às referidas questões de particular importância.

Importa, pois, responder às questões aludidas na Introdução do artigo à luz destas considerações gerais.

b) A situação actual no que respeita à testagem e vacinação das crianças contra o vírus SARS-Cov-19 e a resposta às questões referidas na Introdução

Na situação presente, o Plano de Vacinação Covid — 19¹⁶, publicado pela Direcção-Geral de Saúde, em 3/12/2020, não inclui as crianças, situação essa

exercício das responsabilidades parentais pelo progenitor ausente ou incontactável, hipótese essa prevista, de resto, em termos mais gerais no artigo 1903.º, n.º 1 do CC.

¹⁵ Cfr. também artigo 19.º, n.º 6 da CRP, salvaguardando tal direito à liberdade de consciência nas situações de excepção constitucional, ou seja, de estado de sítio ou de estado de emergência.

¹⁶ Disponível na Internet em: <https://covid19estamoson.gov.pt/wp-content/uploads/2020/12/plano-vacinacao-covid19.pdf>, interessando, neste ponto e sobretudo, a p. 11, onde, depois de se

justificada por tal entidade: 1) com a inexistência, por ora, de dados suficientes que tornem a vacina recomendável para aquelas em razão da ausência de resultados relativamente aos testes clínicos correspondentes às denominadas Fases II e III que as têm como sujeitos; 2) A conseqüente falta de demonstração de eficácia das vacinas aprovadas quando aplicadas a crianças, bem como, e por enquanto, a igual falta de comprovação (de forma cientificamente sólida e consensual, pelo menos) de um efeito de prevenção do contágio de outras pessoas relacionado com a toma das mesmas por parte dos seus beneficiários.

De qualquer modo, esclareça-se não ser a resposta igual em todos os países, recomendando-se no Reino Unido a vacinação de crianças com elevado risco de exposição e de desenvolvimento de doença grave, designadamente, crianças com neurodeficiências sensíveis, particularmente, se residirem em casas de acolhimento¹⁷ e prevendo-se noutros países (designadamente, o Canadá e os EUA) a inclusão dos maiores de 16 anos no plano de vacinação¹⁸.

Mais do que isso, existe a possibilidade séria de, na hipótese de os testes clínicos realizados em crianças serem bem sucedidos na demonstração da superioridade das vantagens da vacinação face aos respectivos riscos, a mesma possa vir a ser recomendada ou até obrigatória, tendo igualmente em vista a obtenção da desejada imunidade de grupo.

Pelas mesmas razões, o Supremo Tribunal Federal Brasileiro já teve oportunidade de se pronunciar sobre a questão da eventual obrigatoriedade da vacinação contra o vírus SARS-Cov-19, tendo decidido que a mesma seria legítima quando prevista pelos Estados Federados e Municípios, contanto que, por respeito à integridade física e moral dos cidadãos, não fosse forçada, sendo imposta apenas através de medidas indirectas (designadamente, a aplicação de coimas ou a proibição de exercício de certas actividades ou de frequência de certos locais), as quais sempre teriam de ser precedidas do cumprimento dos direitos à informação, à assistência familiar, ao tratamento gratuito e aplicadas no respeito “pela dignidade, direitos humanos e liberdades fundamentais das pessoas”, bem como pelos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade^{19/20/21}.

referir serem insuficientes os dados para a recomendação da vacina a grávidas ou a crianças, se menciona o seguinte: *As comorbilidades mais associadas a risco de internamento em UCI são a doença cardíaca, as imunodeficiências, a doença renal, e a doença pulmonar crónica, num estudo publicado com dados do SINAVE referentes a casos de COVID-19 notificados até 28 de abril de 20201. No mesmo estudo, as comorbilidades mais associadas a risco de morte são a doença renal, a doença cardíaca e as doenças neurológicas.*

¹⁷ Veja-se tais recomendações do Comité responsável pelo aconselhamento do Governo do Reino Unido em: <https://www.gov.uk/government/publications/priority-groups-for-coronavirus-covid-19-vaccination-advice-from-the-jcvi-2-december-2020/priority-groups-for-coronavirus-covid-19-vaccination-advice-from-the-jcvi-2-december-2020>.

¹⁸ Conforme notícia do jornal Observador disponível na Internet em: <https://observador.pt/2020/12/18/criancas-fora-do-plano-de-vacinacao-contra-a-covid-19-porque/>.

¹⁹ A decisão, proferida em acção directa de inconstitucionalidade nº 6586 (Distrito Federal) encontra-se disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI6586vacinaobrigatoriedade.pdf>.

²⁰ Sensivelmente na mesma altura, no âmbito do recurso extraordinário com agravo nº 1267879, São Paulo, o STF decidiu igualmente ser constitucional a imposição da vacinação obrigatória de

Nesta sequência, não sendo, por ora, a vacina contra o vírus SARS-Cov-19 obrigatória em Portugal, nem tampouco sendo a mesma, por enquanto, recomendada a crianças, apenas se mostra possível responder às questões enunciadas na introdução de forma hipotética, traçando diferentes cenários, consoante a recomendação / obrigatoriedade ou não da mesma e demais circunstâncias relevantes já anteriormente aludidas.

Deste modo, e sinteticamente, são de traçar os seguintes cenários:

1. Recomendação e eventual obrigatoriedade da toma da vacina por crianças, sendo o adolescente em causa maior de 16 anos e dotado de maturidade suficiente para prestar um consentimento sério, livre e esclarecido (artigo 38.º, n.º 3 do CP) — na hipótese de a vacina ser apenas recomendada, mas não obrigatória, a decisão de toma da vacina cabe exclusivamente à criança em questão, não podendo os pais opor-se à vontade assumida pelo adolescente. Em todo o caso, e em situações-limite, sendo a vacinação — de acordo com parecer médico devidamente fundamentado — imprescindível em razão de o adolescente integrar grupo de risco, colocando uma possível infecção com o vírus seriamente em causa a sua saúde e não conseguindo os pais demover o adolescente da sua recusa, poderão a CPCJ ou — em caso de falta dos consentimentos obrigatórios para tal intervenção — o Ministério Público ponderar a instauração de processo de promoção e protecção ao abrigo do artigo 3.º, n.ºs 1 e 2, alínea g) da LPCJP²². No mesmo exemplo, se a vacina for obri-

crianças, não violando tal imposição a liberdade de consciência e de convicção filosófica dos pais ou responsáveis, nem tampouco o direito de exercício das responsabilidades parentais por parte destes, na medida em que justificada tal imposição por três ordens de razões: 1) em função do direito do Estado de, em certas circunstâncias, proteger os cidadãos vulneráveis mesmo contra a sua vontade; 2) ser a vacinação relevante para a protecção de toda a sociedade, não sendo, pelo contrário, de considerar legítimas escolhas individuais que possam afectar gravemente direitos de terceiros; 3) não autorizarem os poderes-deveres inerentes às responsabilidades parentais que os pais, invocando convicções filosóficas, coloquem em risco a saúde dos seus filhos. A decisão foi proferida no âmbito de processo em que os pais invocavam a sua filosofia vegana no sentido de se oporem ao cumprimento do programa de vacinação obrigatória e, conseqüentemente, à toma pela criança, das vacinas incluídas em tal programa, não estando, no entanto, em causa a vacinação contra o vírus SARS-Cov-19. Pode-se ler o aresto em: <https://images.jota.info/wp-content/uploads/2020/12/voto-mlrb-are-1267879-vacinacca7acc83o-obrigatoria.pdf>.

²¹ Quer na, por nós também defendida, impossibilidade constitucional da imposição forçada da vacinação, quer igualmente no que respeita à rejeição da possibilidade de os pais poderem opor as suas convicções filosóficas, morais ou religiosas à obrigatoriedade da vacinação no caso de esta vir a ser imposta por justificadas razões de protecção da saúde pública.

²² Importa, nessa hipótese, distinguir a capacidade de consentimento sério, livre e esclarecido que pode existir, mesmo no caso de a escolha ser “errada”, da protecção da saúde da criança do seu “erro”, numa hipótese em que este pode ter conseqüências graves ao nível da sua saúde. A criança é livre de tomar a decisão, mas tem — na medida em que tal perigo se encontra medicamente comprovado e se mostre grave — de ser protegida. Como tal protecção é exercida é outra questão. Fora dos casos de vacinação obrigatória associada a medidas restritivas (coimas e, subsidiariamente, limitações de circulação), não se vê bem que a CPCJ ou o Tribunal possam tomar outras medidas adequadas que não a persuasão da criança, mas esta é também

gatória e, para além disso, imposta através de medidas restritivas de circulação, o que naturalmente se não deseja, por maioria de razão, a instauração do processo de promoção e protecção poderá mostrar-se justificada, porquanto, não só afectada a saúde da criança, mas também a sua liberdade. Decorre forçosamente do que se vem de referir que a vontade da criança deve ser respeitada a menos que perigada a sua saúde e, eventualmente, a sua liberdade, não devendo o sistema de protecção actuar em caso de ausência de tais perigos, ainda que, por hipótese, a vacinação seja obrigatória, não só porque não preenchidos os pressupostos legais para tanto, mas também porquanto tal processo se destina apenas a proteger a criança e não o interesse estadual de protecção da saúde pública.

2. Recomendação e eventual obrigatoriedade da toma da vacina por crianças, sendo a criança em causa menor de 16 anos ou, embora possuindo tal idade, não revelando capacidade para prestar um consentimento sério, livre e esclarecido (artigo 38.º, n.º 3 do CP) — nesse caso, e na medida em que a toma da vacina — até pelo relativo desconhecimento dos seus efeitos, pelo menos, a longo prazo — não pode ser qualificada como acto médico de pequena importância (artigo 127.º, n.º 1, alínea b) do CC), a decisão incumbirá aos titulares do exercício das responsabilidades parentais ou da tutela, os quais deverão ouvir previamente a criança (artigo 1878.º, n.º 2 do CC), e, atendendo ao seu grau de maturidade, ter em devida conta a sua opinião. Contanto que os riscos da toma da vacina sejam — como se espera na hipótese de a mesma vir a ser recomendada — pouco sensíveis, o acto de autorização da prática do acto médico deverá ser qualificado como questão da vida corrente do filho, podendo ser decidido por qualquer um dos progenitores (em caso de separação, pelo progenitor com quem a criança estiver — artigo 1906.º, n.º 3 do CC). Na hipótese de recusa de autorização por parte de ambos os progenitores, caso a criança integre grupo de risco e caso se mostre comprovado, mediante parecer clínico, um perigo relevante para a sua saúde como resultado provável da sua não vacinação, a CPCJ ou, em caso de recusa dos consentimentos necessários, o Ministério Público poderão ponderar a instauração de processo de promoção e protecção ao abrigo do disposto no artigo 3.º, n.º 1 e n.º 2, alínea c) da LPCJP. Tal actuação por parte do

importante, porquanto, muitas vezes, suficiente para acautelar o perigo. Note-se, neste contexto, que o perigo incorrido por uma criança que integre um ou vários grupos de risco — sendo, pois, possuidora das comorbilidades reconhecidas pela DGS — pode ser igual ou até superior ao das pessoas com mais de 80 anos, pelo que o cenário da necessidade de um eventual processo de promoção e protecção nessas hipóteses não pode ser liminarmente descartado, embora deva ser ponderado com algumas cautelas pelas razões vindas de referir e que se prendem com o respeito pela autonomia da criança e pela sua liberdade de consciência.

sistema de protecção — através das entidades vindas de referir — será, por maioria de razão, justificada se a vacinação da criança em causa for obrigatória e a sua imposição for aplicada por via de medidas restritivas da circulação, o que não se deseja, na medida em que tal recusa de autorização colocará, nesse caso, em perigo, não só a saúde do filho, mas também a sua liberdade. Em alternativa, o Ministério Público poderá ainda instaurar acção de limitação do exercício das responsabilidades parentais (artigos 1918.º do CC e 52.º e ss. do RGPTC), no âmbito da qual o Tribunal poderá tomar as providências necessárias a assegurar, por essa via, a vacinação da criança. Em todo o caso, e como se vem de salientar, a actuação das referidas entidades (CPCJ ou Tribunal) — seja por via de processo de promoção e protecção, seja por via de acção de limitação do exercício das responsabilidades parentais — só poderá ser legitimada em função da presença comprovada de um perigo concreto para a saúde e, eventualmente, para a liberdade da criança nos termos do disposto nos artigos 3.º da LPCJP e 1918.º do CC (cfr. também artigo 69.º, n.º 1 da CRP, em confronto com os artigos 41.º e 36.º, n.º 5 do mesmo diploma). Não se demonstrando tal perigo para a saúde e, no limite, para a liberdade da criança, a vontade dos progenitores deve ser respeitada em homenagem aos princípios da intervenção mínima na vida familiar e da neutralidade do Estado em matéria de liberdade de consciência, tendo ainda em consideração que, na hipótese de a vacinação ser obrigatória, o Estado dispõe de outros meios (designadamente, a aplicação de coimas) para compelir aqueles a vacinarem os seus filhos e que, quer o processo de promoção e protecção, quer a acção de limitação do exercício das responsabilidades parentais, visam exclusivamente a protecção da criança e não o interesse estadual de protecção da saúde pública.

3. Criança que se encontre a residir em Casa de Acolhimento no âmbito da medida de acolhimento residencial — na hipótese de a criança ter mais de 16 anos e ser capaz de um consentimento sério, livre e esclarecido, vale o referido na primeira hipótese vinda de analisar. Nos demais casos, embora a LPCJP e a Lei Regulamentadora de tal medida (Lei n.º 164/2019, de 25/10) não prevejam especificamente a repartição do exercício das responsabilidades parentais entre a Instituição e os progenitores, outrossim, determinando apenas que a Casa de Acolhimento providencia à criança os cuidados adequados às suas necessidades e bem-estar, com vista ao seu desenvolvimento integral (artigo 1.º deste último diploma), sem, no entanto, deixar de salientar dever a execução da referida medida de promoção e protecção *“promover a aquisição e reforço das competências dos pais / mães ou detentores do exercício das responsabilidades parentais para que possam exercer tais responsabilidades no superior interesse da criança”* (artigo 3.º, n.º 2 do Regulamento), forçoso se torna con-

cluir que compete, pelo menos, à Casa de Acolhimento tomar as decisões da vida corrente da criança enquanto esta se encontra na Instituição, tudo sem prejuízo de tais decisões competirem igualmente aos pais (ou detentores do exercício das responsabilidades parentais) nos períodos de convívio autorizados (designadamente, em fins-de-semana ou nas férias) pela CPCJ ou pelo Tribunal. Vale dizer que, no pressuposto de a toma da vacina — pela ausência de riscos significativos dela decorrentes para a saúde da criança — constituir uma decisão da vida corrente desta última, tal decisão poderá ser tomada, quer pela Casa de Acolhimento (nos períodos em que a criança aí se encontra a residir), quer pelos pais (nos períodos em que a criança conviva com estes)²³.

²³ Atenta a necessidade, para a própria Casa de Acolhimento, da vacinação das crianças aí residentes, quer no sentido da contenção de eventuais surtos, quer em função da futura e muito desejável desnecessidade de utilização de equipamentos de protecção (designadamente, máscaras, viseiras, luvas) obstaculizadores da prestação de cuidados devidamente humanizados, em particular, no que respeita a crianças de tenra idade, não é de crer que surjam conflitos a esse propósito, sendo certo que sempre a questão poderia ser colocada ao Tribunal, devendo este, nessa hipótese, concluir pela possibilidade de a Casa de Acolhimento tomar a decisão de vacinação, mesmo contra a vontade dos progenitores. Tais considerações — feitas na terceira hipótese vinda de analisar — valem, naturalmente, *mutatis mutandis*, para a situação da criança sujeita a medida de acolhimento familiar (artigos 35.º, n.º 1, alínea e) e 46.º da LPCJP, em conjugação com o DL Regulamentador n.º 139/2019, de 16/9, interessando, em especial, neste caso, o artigo 27.º, n.º 1 do referido diploma, na parte em que refere exercerem as famílias de acolhimento os poderes-deveres inerentes às responsabilidades que decorrem da confiança da criança, mas também o artigo 25.º da Lei, ao salientar o direito de participação da família de origem na educação desta última). Também neste caso não foi o legislador particularmente esclarecedor no que respeita à partilha das responsabilidades parentais, sendo de concluir — ao menos, em aplicação analógica do n.º 3 do artigo 1906.º do CC — que estas serão exercidas pela família de acolhimento quando a criança aí estiver a residir ou pela família de origem nos períodos de convívio estabelecidos no acordo de promoção e protecção ou na decisão judicial. Com efeito, a previsão de convívios implica necessariamente que os pais exerçam — pelo menos, de facto — as responsabilidades parentais nesses períodos, sendo essa, por outro lado, a solução que se julga igualmente mais conforme com o princípio da responsabilidade parental (artigo 4.º, alínea f) da LPCJP), particularmente, nos casos em que o projecto de vida da criança passe pela sua reintegração familiar. Efectivamente, outra solução que não a aplicação de um modelo de exercício conjunto das responsabilidades parentais entre casa de acolhimento ou família de acolhimento, de um lado, e progenitores, do outro, por aplicação analógica do artigo 1906.º do CC, no âmbito das referidas medidas de colocação, acarreta a possibilidade de questões de particular importância na vida da criança (por exemplo, a mudança do ensino regular para o ensino profissional, implicando uma mudança estrutural no percurso educativo do adolescente que, a nosso ver, justifica tal qualificação, ou a sujeição daquela a intervenções cirúrgicas que importem riscos sensíveis para a sua saúde) serem decididas pela casa ou família de acolhimento à revelia da opinião e da vontade dos pais. Ora, tal solução viola, a nosso ver, o princípio da responsabilidade parental, podendo igualmente conflitar, em alguns casos, com o superior interesse da criança, pois que nem sempre garantido que as casas ou as famílias de acolhimento tomem as decisões, tendo em conta — única e exclusivamente — esse superior interesse. Claro está que, em caso de conflito sobre a decisão de particular importância, caberá à CPCJ ou ao Tribunal decidir, ouvidos os intervenientes e, em particular, a criança, bem como recolhida a prova necessária, no âmbito do processo de promoção e protecção.

De qualquer modo, salvo, talvez, na hipótese em que a criança já se encontra gravemente doente, fazendo a vacinação parte do protocolo de tratamento da doença, não se vislumbra, no que respeita à toma da vacina, qualquer situação de urgência em que ao médico fosse lícito vacinar aquela sem o seu consentimento (quando maior de 16 anos e capaz de prestar tal consentimento de forma séria, livre e esclarecida) ou, nas demais hipóteses, sem autorização dos progenitores ou detentores das responsabilidades parentais.

Tal situação de urgência poderá mais facilmente surgir no que se refere ao tratamento de criança que contraia a doença e que careça de internamento hospitalar (no pior cenário, em unidade de cuidados intensivos), não sendo possível contactar os pais ou recusando estes eventuais tratamentos médicos necessários para evitar o perigo inerente para a saúde do seu filho. Nesse cenário, e como salientado, em caso de impossibilidade de contacto dos pais e tratando-se de criança com menos de 16 anos ou, tendo tal idade, incapaz de prestar um consentimento válido, o médico poderá prosseguir com a intervenção médica recomendada ao abrigo do consentimento presumido (artigo 340.º, n.º 3 do CC); já na hipótese de oposição dos progenitores (ou, de algum deles, no caso de o tratamento médico envolver riscos sensíveis para a saúde do filho, sendo a decisão de autorização de “particular importância”) e verificando-se os requisitos legais previstos no artigo 91.º da LPCJP, o médico deverá lançar mão do procedimento urgente aí mencionado, requerendo autorização ou ratificação judicial do tratamento médico indicado, consoante tal autorização ainda possa ser obtida sem comprometimento da situação de saúde da criança ou já não o possa ser, podendo apenas, nessa hipótese, a actuação médica ser posteriormente ratificada pelo Tribunal e levada a cabo ao abrigo do estado de necessidade (artigo 339.º do CC). Tais soluções valerão, igualmente, *mutatis mutandis*, para a criança em acolhimento familiar ou acolhimento residencial na hipótese de não ser possível obter os consentimentos necessários ou, tratando-se de tratamentos médicos que envolvam riscos sensíveis para a saúde da criança, não ser viável a obtenção de consenso entre a família / casa de acolhimento e os progenitores. Nesse caso, o procedimento previsto nos artigos 91.º e 92.º da LPCJP é como que enxertado, enquanto incidente, num processo de promoção e protecção já existente a correr na CPCJ ou no Tribunal, devendo observar-se, da parte da CPCJ, do Ministério Público e do Tribunal, a mesma urgência prevista em tais disposições legais.

Na hipótese de criança com mais de 16 anos dotada de capacidade de consentimento nos termos referidos, pode ainda ser necessário, em caso de recusa do tratamento por parte daquela, o recurso ao mencionado procedimento de urgência (artigos 91.º e 92.º da LPCJP), competindo ao Tribunal autorizar / ratificar ou não o procedimento médico, tendo em conta, por um lado, a autonomia do adolescente, mas, por outro, e, possivelmente, de forma prevalecte, a sua situação de vulnerabilidade “*enquanto criança em perigo*”.

Finalmente, e no que se refere à testagem de despiste da presença do vírus SARS-Cov 19, entendemos que a sujeição a tal teste, em função da sua realização rápida e pouco intrusiva — no sentido de o incómodo causado pela utilização de zaragatoa passar igualmente no espaço de poucos minutos, não sendo muito

diferente daquele causado por um curativo com álcool ou água oxigenada numa ferida em sangue ou do resultante do tratamento com betadine de uma unha encravada — deve ser entendida como questão médica de escassa relevância e nada dispendiosa (atenta a sua gratuitidade) em termos que permitam à criança, dotada de capacidade natural para compreender o alcance de tal intervenção médica, consentir na sua prática, sem necessidade de autorização parental (artigo 127.º, n.º 1, alínea b) do CC por analogia). Na hipótese de a criança ser de tenra idade e não compreender o procedimento, estando em causa um assunto da vida corrente da criança, tal autorização pode ser dada por qualquer um dos progenitores²⁴, sendo que, em caso de recusa de ambos, a intervenção protectora do Estado — através de processo de promoção e protecção ou por via de acção de limitação do exercício das responsabilidades parentais nos moldes vindos de aludir — só seria pensável num cenário — meramente académico e dificilmente imaginável — de à criança serem impostas restrições de circulação que pusessem em perigo o seu direito à liberdade e o seu direito à educação, o que, diga-se, salvo um contexto pandémico ainda mais grave do que aquele que a humanidade tem enfrentado, dificilmente seria compatível com o princípio da proporcionalidade (artigo 18º da CRP²⁵).

III. AS QUESTÕES EM TORNO DOS CONVÍVIOS DAS CRIANÇAS COM O PROGENITOR NÃO RESIDENTE E DAS CRIANÇAS RESIDENTES EM CASAS DE ACOLHIMENTO COM OS SEUS PAIS OU FIGURAS DE REFERÊNCIA

a) Os convívios da criança com o progenitor não residente nas hipóteses de residência exclusiva

Em caso de separação parental e sendo necessária a regulação do exercício das responsabilidades parentais²⁶, impõe-se ao Tribunal (artigo 1905.º, n.º 3 do CC), em princípio, a fixação de um regime de convívios, acautelando, por

²⁴ Nos procedimentos de testagem massiva que têm vindo a ser anunciados nas escolas, pode, no caso de crianças de tenra idade e não dotadas de compreensão natural do acto médico em causa, o procedimento passar por uma solução de informação prévia dos pais quanto à realização da referida testagem, presumindo-se o consentimento destes (artigo 340.º, n.º 3 do CC) na hipótese de não manifestarem a sua oposição. Naturalmente, compete ao Estado legislador definir as consequências legais de tal recusa, observado que seja o princípio da proporcionalidade (artigo 18.º da CRP).

²⁵ Sem prejuízo, o facto de medidas restritivas de circulação terem sido impostas especificamente a pessoas que recusaram a realização do teste no âmbito do procedimento de testagem maciço adoptado há alguns meses na Eslováquia conduz-nos a ter de imaginar tal cenário, para mais, num contexto em que o vírus pode ainda sofrer mutações e em que, nessa medida, se não mostra certo que a situação pandémica não piore antes de melhorar.

²⁶ Designadamente, nos casos de divórcio, separação judicial de pessoas e bens, declaração de nulidade ou anulação de casamento, separação de facto ou cessação de convivência, quer entre os progenitores quer entre os corresponsáveis parentais, ou ainda nos casos de procriação sem coabitação.

essa via, o direito da criança de manter uma relação de grande proximidade com ambos os progenitores (artigo 1906.º, n.º 7 do mesmo diploma), prerrogativa da mesma que constitui, de resto, uma concretização do seu direito a não ser separada dos seus pais (artigos 9.º da Convenção sobre os Direitos da Criança e 36.º, n.º 6 da Constituição²⁷).

Como referido no ac. TRG de 6/12/2014 (relator: Filipe Carço): “O direito ao convívio não pode ser visto como um direito unilateral e exclusivo dos pais ou um interesse seu, mas, sobretudo, como um direito autónomo do filho menor, ordenado ao seu desenvolvimento psíquico e emocional. Tal direito só não deve ser exercido quando contenda com este desiderato”, partindo-se, pois, do pressuposto legal de que, salvo demonstração em contrário, corresponde, em princípio e na generalidade dos casos, ao superior interesse da criança a manutenção de uma relação de grande proximidade com ambos os pais (artigo 1906.º, n.º 8 do CC).

Em conformidade com tal ideia, os sucessivos decretos de execução do Estado de Emergência têm vindo a salvaguardar, como excepção ao dever de confinamento domiciliário e às inerentes restrições de circulação, as deslocações por razões familiares imperativas, designadamente, “para cumprimento da partilha de responsabilidades parentais”, conforme determinada por acordo entre os titulares das mesmas ou pelo tribunal competente²⁸. Não resultando, pois, de tais restrições impostas pelo Estado de Emergência qualquer limitação do direito ao convívio da criança com o progenitor não residente (ou, de resto, em caso de residência alternada, com o outro progenitor), salvo em caso de verificação de um perigo concreto (e não meramente hipotético) decorrente de tal convivência.

Nesse sentido, as excepções admissíveis ao cumprimento do regime de convívios estabelecido em acordo ou decisão judicial prendem-se apenas com aquelas situações em que o isolamento é imposto ao progenitor ou à criança, designadamente, no caso de apresentação por aquele ou por esta de sintomas compatíveis com a infecção (tenha ou não sido realizado teste) e nas hipóteses de risco concreto de contágio incorrido por qualquer um deles²⁹.

²⁷ Não se discute que o direito ao convívio da criança com o progenitor não residente se exerça em simultâneo com o direito deste de conviver com o seu filho, acentuando-se, no entanto, que este último, à luz dos artigos 1906.º do CC e 41.º do RGPTC, bem como, de resto, da própria noção de responsabilidades parentais, se constitui como um poder-dever, implicando para tal progenitor a obrigação, não só de assegurar tal convívio, mas também de o tornar compensador para a criança. Com efeito, também por isso mesmo, não só tais convívios são fixados em atenção aos interesses do filho (artigo 1906.º, n.º 5 do CC), como podem ser restringidos ou mesmo suspensos pelo tempo estritamente necessário nos casos em que se revelem prejudiciais para a criança, ponderado, nessa hipótese, igualmente o vínculo existente entre esta e o progenitor convivente (cfr. artigo 40.º, n.º 3 do RGPTC).

²⁸ Veja-se mais recentemente e à data do presente texto, o artigo 4.º, n.º 2, alínea f) do Decreto n.º 4/2021, de 13/3, com a seguinte redacção: “Consideram-se deslocações autorizadas aquelas que visam (...) f) A assistência a pessoas vulneráveis, pessoas em situação de sem-abrigo, pessoas com deficiência, filhos, progenitores, idosos ou dependentes ou (por) outras razões familiares imperativas, designadamente, o cumprimento de partilha de responsabilidades parentais, conforme determinada por acordo entre os titulares das mesmas ou pelo tribunal competente.”

²⁹ Quando o perigo concreto (resultante de infecção ou de perigo de contágio, obrigando a isolamento profilático) seja incorrido por um dos progenitores, verificar-se-á uma situação de impos-

Nessas hipóteses, o incumprimento do regime estabelecido é justificado pela preservação do direito à saúde da criança e pelo cumprimento das regras de isolamento, sendo, nesses casos, de julgar ilidida a presunção de ilicitude / culpa prevista no artigo 799.º do CC e sendo o eventual incidente deduzido pelo progenitor convivente julgado improcedente (cfr. artigo 41.º do RGPTC).

Não assim, porém, nos casos de mero perigo hipotético incorrido pela criança (por exemplo, por a mesma integrar grupo de risco ou por o progenitor não residente exercer profissão de perigo acrescido de contágio) ou por terceiros (nas hipóteses de presença de pessoa idosa no agregado familiar de tal progenitor ou do progenitor residente).

Com efeito, na primeira hipótese, o perigo para a criança integrante de grupo de risco deve —em face do exercício, em princípio, conjunto das responsabilidades parentais em matéria de saúde— ser considerado semelhante, quer esteja com um progenitor, quer esteja com o outro, e possivelmente inferior ao risco que corre quando vai à escola, devendo, em todo o caso, ambos os pais tomar as providências necessárias para o diminuir, tudo isto num contexto de duração prolongada e incerta de pandemia em que o risco de desvinculação supera, em princípio, o risco para a saúde daquela; similarmente, no segundo caso, a par do exercício conjunto das responsabilidades parentais por ambos os progenitores a que estes se encontram vinculados, devem ser tomados em consideração os maiores cuidados a que os trabalhadores que exercem tais profissões de risco são, em princípio, obrigados e as menores consequências, em princípio, da infecção para a saúde do filho (quando não integrante de grupo de risco), atenta a sua idade. Nesse sentido, também no segundo caso, e tendo em conta a duração prolongada e incerta da pandemia, o perigo para a saúde da criança se apresenta como demasiado remoto por contraponto com o perigo concreto de perda de vinculação. No terceiro caso, o risco tido em vista não deve ser ponderado na decisão, uma vez que não incorrido pela criança, mas por outros familiares (devendo, de resto, ser acautelado pelos progenitores no âmbito do exercício das suas responsabilidades parentais).

Assim sendo, verificando-se, nessas hipóteses, uma conduta culposa e minimamente grave do progenitor incumpridor, deve o incidente de incumprimento ser julgado procedente e aquele ser condenado em multa ou, eventualmente, havendo pedido nesse sentido, indemnização, considerando-se, na fixação dos respectivos valores as circunstâncias relevantes, designadamente, a duração da ausência de convívios, os motivos do progenitor recusante — se motivados por um receio compreensível ou se por uma tentativa de afastamento da criança do outro progenitor — e a gravidade dos danos causados (artigo 41.º do RGPTC

sibilidade temporária do exercício das responsabilidades parentais — artigo 1903.º, n.º 1 do CC, devendo, nessas hipóteses, a criança ficar a residir com o outro progenitor ou, não sendo tal possível, com as pessoas previstas nas alíneas a) e b) do mesmo artigo, pelo tempo necessário ao cumprimento da obrigação de isolamento (ou eventual tratamento da infecção).

e, na hipótese indemnizatória, verificados que sejam os pressupostos da responsabilidade civil, artigos 483.º, 496.º e 494.º do CC)³⁰.

Similarmente, se, em incidente instaurado pelo progenitor residente ou pelo Ministério Público em representação da criança, estiver em causa a violação (culposa e minimamente grave) por parte do progenitor não residente do seu dever de conviver com o filho (artigo 41.º do RGPTC), deve ser recusada a ideia de uma defesa do progenitor convivente com base em tal argumentação, podendo, desse modo, e na hipótese de um incumprimento culposo e minimamente grave, este ser condenado em multa e, verificados que sejam os pressupostos da responsabilidade civil — artigo 483.º do CC —, em indemnização, fixadas tais sanções de acordo com os factores relevantes supra-referidos³¹.

As considerações supra mostram-se transponíveis, *mutatis mutandis*, para o incumprimento do regime de residência alternada quando fixado por acordo homologado pela Conservatória ou pelo Tribunal ou ainda por sentença.

³⁰ Confira-se, no mesmo sentido do texto, o recente ac. TRE de 14/1/2021 (relator: Tomé Ramião) a propósito de um caso em que a progenitora justificava o incumprimento do regime de convívios fixado em regime provisório determinado no âmbito do incidente previsto no artigo 41.º do RGPTC com a circunstância de a criança padecer de doença cutânea (Vitiligo) e de problemas respiratórios (bronquites e amigdalites), residindo ainda com os avós maternos (ambos inseridos em grupo de risco, designadamente, a avó que padecia de Lúpus, uma doença auto-imune), tendo o referido Tribunal entendido que os problemas de saúde de outros familiares não poderiam constituir critério de decisão pelo facto de esta se mostrar exclusivamente vinculada ao superior interesse da criança e porque, no caso, os problemas de saúde do próprio filho não o integravam em grupo de risco, não sendo de tal modo sensíveis que justificassem o incumprimento do regime de convívios fixado pelo Tribunal. Note-se que, à data dos factos, o Decreto Regulamentador do Estado de Emergência n.º 2-C/2020, de 17/4, não previa a possibilidade de deslocação autorizada de crianças incluídas nos referidos grupos de risco e sujeitas, como tal, a um dever especial de protecção (cfr. artigo 4.º do aludido diploma), para “cumprimento da partilha das responsabilidades parentais”, autorizando aparentemente a interpretação de que tais crianças não poderiam, afinal, exercer o seu direito ao convívio com o progenitor não residente. Poderá tal circunstância dever-se a um mero esquecimento do legislador (uma vez que autorizadas deslocações de tais crianças e adultos para exercício da atividade física ou para realização de passeios higiénicos), sendo em todo o caso discutível que, pelo menos, em certas hipóteses (pense-se nos regimes de residência alternada, estando o filho portador de tal doença habituado a conviver de forma muito próxima com ambos os pais) fosse constitucional à luz da inexistência no Decreto Presidencial de qualquer previsão — nem sequer implícita — de restrição do direito da criança de não ser separada dos pais (artigo 36.º n.º 5 da CRP, em conjugação com o artigo 19.º do mesmo diploma) e do princípio da proporcionalidade (artigo 18.º da CRP), a que naturalmente tais restrições se mostram sujeitas. De qualquer modo, saliente-se que tal norma específica para as pessoas portadoras de doenças de risco não se encontra contemplada no mais recente — até à data da escrita do presente artigo — Decreto n.º 4/2021, de 13/3.

³¹ O artigo 41.º do RGPTC, na parte em que possibilita a condenação em multa e indemnização devidas pelo progenitor que incumpra o seu poder-dever de convívio com o filho, constitui um argumento poderoso, não só a favor da ideia de que o direito ao convívio constitui, sobretudo, um direito da criança, como também da tese de que a falta de afectos — geralmente denominada pelo termo “abandono afectivo” — poderá configurar um ilícito gerador de responsabilidade civil. Sobre o tema, veja-se a tese de mestrado de FIALHO, ANA CATARINA — *Da Responsabilidade Civil por Abandono Afectivo*, publicada na Internet em: https://run.unl.pt/bitstream/10362/15244/1/Fialho_2014.pdf.

b) Os convívios da criança residente em casa de acolhimento com os seus familiares e figuras de referência

Quer no domínio da regulamentação da medida de acolhimento residencial (artigos 35.º, n.º 1, alínea f) e 49.º e ss. da LPCJP, em conjugação com a já referida Lei Regulamentadora n.º 164/2019, de 25/10), quer, de resto, no âmbito da regulamentação da medida de acolhimento familiar (cfr. artigos 35.º, n.º 1, alínea e) e 46.º da LPCJP, em conjugação com o já mencionado DL n.º 139/2019, de 16/9), é assegurado à criança residente em casa ou família de acolhimento o direito a conviver com os seus familiares e figuras de referência (artigo 58.º, n.º 1, alínea a) do primeiro dos referidos diplomas), salvo decisão em contrário da CPCJ ou do Tribunal, decisão essa que, nesse caso, terá de ser exclusivamente motivada pelo superior interesse daquela e devidamente fundamentada.

No caso das crianças sujeitas a medidas de colocação como as referidas, visa o referido direito ao convívio uma dupla finalidade: 1) assegurar o seu direito a não se manterem — mais do que o estritamente necessário — separadas dos pais (artigos 9.º da Convenção e 36.º, n.º 6 da CRP) e consequentemente a preservarem com estes, bem como, de resto com outros familiares ou outras figuras de referência (cfr. artigos 36.º, n.º 1 e 26.º, n.º 1 da CRP)³², uma relação, tanto quanto possível, de proximidade no entendimento de que, salvo demonstração em contrário, tais convívios são do superior interesse da criança, aumentando o seu bem-estar físico e emocional (função teleológica do direito ao convívio); 2) quando seja esse o projecto intencionado para a criança, garantir a viabilidade da reintegração familiar da mesma, desiderato para o qual, quer a casa, quer a família, de acolhimento devem contribuir, no pressuposto de que a melhoria pretendida das competências dos pais (ou de outros familiares ou figuras de referência) apenas se alcança, exercendo estes tais competências parentais aquando dos referidos convívios (função instrumental do direito ao convívio).

No contexto do combate à Pandemia em curso, desde cedo, a DGS e a Segurança Social tomaram a opção de equiparar as casas de acolhimento de crianças e jovens em perigo às estruturas residenciais para idosos (ERPI), solução essa que não atendia devidamente a vários factores diferenciadores dos referidos tipos de residências, a saber: 1) ser o risco de contracção de doença, na generalidade dos casos, bem menos grave nas crianças por contraponto com as pessoas idosas; 2) visar, na maioria dos casos, o acolhimento residencial das crianças a sua integração futura numa família, o que sempre obrigaria à realização de convívios na casa de acolhimento ou fora dela, tendo em vista a prossecução de tal projecto de vida e sob pena de frustração também das finalidades da medida de promoção e protecção aplicada; 3) estar a realização ou

³² Deve entender-se que o convívio com outros familiares ou outras pessoas de referência constitui, não só manifestação dos princípios da prevalência de família e do primado da continuidade das relações psicológicas profundas da criança (artigo 4.º, alíneas h) e g) da LPCJP), como também dos direitos constitucionais da mesma à família (artigo 36.º, n.º 1 da CRP) e à sua identidade pessoal (artigo 26.º deste último diploma).

não de tais convívios dependente, nos termos da reserva jurisdicional imposta pela lei (artigos 36.º, n.º 6 da CRP e 58.º, n.º 1, alínea a) da LPCJP), de decisão judicial ou da CPCJ, decisão essa, como referido, estritamente vinculada ao superior interesse da criança.

Nesse sentido, por força de várias Orientações da DGS e sucessivos Planos de Excepção “Casas de Acolhimento” elaborados em conformidade pela Segurança Social³³, as crianças em acolhimento residencial estiveram, durante vários

³³ Veja-se, para o período entre finais de Março e 25/5/2020, os documentos da Segurança Social intitulados “Plano de Exceção Casas de Acolhimento” e “Crianças e jovens em perigo — orientações gerais” de 21/03/2020 e 1/4/2020, os quais previam, em síntese: 1) a suspensão em geral das saídas da Casa por parte das crianças e jovens acolhidos, mesmo nas hipóteses autorizadas como excepções ao dever geral de recolhimento domiciliário previsto no artigo 5.º do DL n.º 2-A/2020, de 20/3, para os demais cidadãos; 2) a suspensão temporária de visitas, quer dentro da Instituição, quer no exterior da mesma, mantendo-se, pois, tais crianças e jovens sujeitos à medida de acolhimento residencial, por mais de 2 meses, sem quaisquer contactos presenciais com familiares ou outras figuras de referência com quem pudessem ter convívios nos termos definidos nas decisões judiciais emitidas pelas CPCJ ou pelos Tribunais nos respectivos processos de promoção e protecção. Tais medidas restritivas foram revogadas inicialmente pelo Plano de Excepção de 25/5/2020, o qual passou a permitir as saídas das crianças, designadamente, para frequência de actividades lectivas ou de lazer, bem como os convívios com familiares e figuras de referência, quer no interior da casa de acolhimento, quer na residência destes, nos termos autorizados pela CPCJ ou pelo Tribunal. Sucede que, em 23/7/2020, a Orientação DGS n.º 009/2020 da mesma data, passou a determinar: a) a proibição, ainda que implícita, de quaisquer saídas da casa de acolhimento com excepção das saídas para obtenção de tratamento hospitalar ou frequência de consultas médicas; b) com a consequente proibição, ainda que implícita, de convívios no exterior da casa de acolhimento; c) a cessação das actividades lúdicas colectivas no interior da Instituição (cfr. ponto 2) da Orientação por remissão do ponto 10); d) a colocação em isolamento pelo período de 14 dias (com monitorização diária de eventuais sintomas) das crianças / jovens recém admitidos na Casa de Acolhimento, na sequência da aplicação de medida de acolhimento residencial, independentemente de o resultado do teste de despiste do vírus Covid-19 ser positivo ou negativo e independentemente de quaisquer suspeitas de infecção (cfr. ponto 10) da Orientação); e) proibição da presença de familiares ou de outras pessoas de referência na entrada, pela primeira vez, da criança na Instituição e realização da reunião habitual de acolhimento por via telefónica ou outro meio à distância em detrimento da sua realização presencial (cfr. ponto 10) da Orientação); f) isolamento obrigatório pelo período de 14 dias (com monitorização diária de eventuais sintomas) da criança ou jovem acolhidos quando ausentes da Instituição por menos ou por mais de 24 horas (por exemplo, para obtenção de tratamento médico em hospital), independentemente de, sendo a ausência por tempo inferior a 24 horas, a criança ou jovem não ter de realizar novo teste de despiste e de, sendo a ausência superior a tal período de tempo, ter de o fazer (cfr. ponto 4) da Orientação por remissão do ponto 10). Nesse sentido, embora a Orientação não referisse expressamente a proibição de saídas e de convívios no exterior, tal proibição deduzia-se da circunstância de aquela apenas mencionar a possibilidade de saída para obtenção de tratamentos médicos e de consultas hospitalares, bem como remeter nesse ponto para uma Orientação anterior em que apenas se aludia a convívios na Instituição, não fazendo, de resto, sentido que, sendo tais saídas e convívios no exterior permitidos, as crianças recém-chegadas à Casa de Acolhimento tivessem de ficar em isolamento pelo período de 14 dias (se assim fosse, por que razão seria permitido às crianças já residentes saírem da casa para cumprimento do seu direito ao convívio ou por qualquer outro motivo sem ficarem depois sujeitas a igual dever de isolamento?). Isto dito, tal Orientação que, para além de problemas de inconstitucionalidade orgânica, num período em que nem sequer estava em vigor o Estado de Emergência, nos parecia violar igualmente vários direitos constitucionais das crianças em acolhimento residencial (desde logo, o seu direito à liberdade, mas também os seus direitos à identidade pessoal, à família e a não serem separadas dos seus pais) em termos não compatíveis com a não vigência então do referido período de excepção constitucional e com o princípio da proporcionalidade — artigo 18.º do mesmo diploma — foi revogada em 7/9/2020, na

meses (sobretudo, no período entre meados de Março e final de Maio de 2020, bem como, em alguns casos, durante os meses de Julho e Agosto do mesmo ano) impedidas de saírem da referida residência, mesmo quando os acordos de promoção e protecção ou sentenças previam tal possibilidade no âmbito do cumprimento do seu direito ao convívio com os seus familiares ou figuras de referência, sem que simultaneamente tais restrições lhes fossem impostas por decisão judicial ou da comissão de protecção e sem que, por vezes, estas entidades fossem sequer informadas de tal realidade (artigo 58.º, n.º 1, alínea a) da LPCJP).

Entende-se, pois, que não prevendo os sucessivos Decretos Presidenciais do Estado de Emergência ou, ainda menos, a declaração de Estado de Calamidade que vigorou no país no Verão de 2020 a restrição específica do direito ao convívio de tais crianças com os seus pais, com outros familiares ou com outras figuras de referência (artigos 9.º da Convenção sobre os Direitos da Criança, bem como 26.º e 36.º da CRP), nem sendo a mesma determinada pela CPCJ ou pelo Tribunal (cfr. artigos 36.º, n.º 6 da CRP e 58.º, n.º 1, alínea a) da LPCJP), tais orientações da DGS e da Segurança Social se mostravam provavelmente feridas de inconstitucionalidade, quer orgânica, quer material, tendo ainda em consideração que a gravidade de tal limitação não encontrava contraponto num risco relevante para a saúde das crianças em acolhimento residencial, sendo assim provavelmente desnecessária e desproporcionada³⁴ (artigo 18.º da CRP).

sequência de alguma discussão pública sobre a sujeição a isolamento profilático das crianças recém-chegadas à Casa de Acolhimento que testassem negativo à presença do vírus. Pode consultar-se a referida versão da Orientação n.º 009, de 23/7, na Internet, em <https://www.dgs.pt/directrizes-da-dgs/orientacoes-e-circulares-informativas/orientacao-n-0092020-de-11032020-pdf.aspx>.

³⁴ A história recente relacionada com as medidas restritivas impostas às crianças em acolhimento residencial — especialmente prejudicadas por contraponto com as outras crianças — suscita igualmente questões relativamente à sua protecção jurídica, uma vez que as primeiras apenas têm direito a representação por advogado no caso de os seus interesses conflituarem com os dos seus pais, na hipótese de realização de debate judicial em que esteja em causa a medida de confiança para adopção ou ainda quando, dispondo de maturidade adequada, o requeiram ao Tribunal, o que só muito raramente acontece (artigo 103.º da LPCJP). Ora, sendo a representação pelo Ministério Público, sobretudo, institucional (cfr. artigo 72.º, n.º 3 da mesma Lei) e não sendo nomeado advogado à criança pelo simples facto de lhe ser aplicada uma medida de acolhimento residencial ou de acolhimento familiar, embora tais medidas (em princípio, de “*ultima ratio*” — artigo 36.º, n.º 6 da CRP) se mostrem gravosas, em particular, nesta fase de pandemia, cremos que faria sentido a aludida nomeação obrigatória. Tal, em paralelo com mudanças ao nível do patrocínio oficioso (que, no caso da representação de crianças e por iniciativa da Ordem dos Advogados, deveria ser assegurado por advogados com especialização em Direito das Crianças e deontologicamente vinculados à necessidade de conferência com o seu representado, bem como ao estudo prévio do processo) poderia acautelar de forma mais efectiva os direitos das crianças residentes nas casas / famílias de acolhimento. Com efeito, a mera consagração na lei dos direitos das crianças em acolhimento residencial (por exemplo, de pedirem a atribuição de advogado oficioso no processo ou de falarem, em condições de confidencialidade, com o Juiz ou o Procurador) mostra-se insuficiente se desacompanhada da implementação de medidas de concretização de tais direitos que os tornem conhecidos por parte de tais crianças e susceptíveis de serem exercidos por estas de forma eficaz.

No momento presente, sem prejuízo de o Decreto do Presidente da República n.º 21-A/2021, de 25/2, não contemplar — ao contrário do que seria de exigir nos termos do artigo 19.º da CRP — qualquer restrição específica do direito ao convívio das crianças em acolhimento residencial (ou acolhimento familiar) com os seus familiares ou figuras de referência, nem sequer por referência às restrições ao direito de liberdade e de deslocação (artigo 1.º), prevê o Decreto Regulamentador do Estado de Emergência n.º 4/2021, de 13/3, no seu artigo 39.º, n.º 1, alínea e), a permissão da realização de convívios no interior e exterior da casa de acolhimento com observância das regras definidas pela DGS, mas também, e em sentido contrário, a avaliação da necessidade de suspensão de tais convívios em articulação com a autoridade de saúde local e por tempo limitado, bem como de acordo com a situação epidemiológica específica.

Tal solução, já prevista nos Decretos Regulamentadores mais recentes de Janeiro e de Fevereiro, é acolhida na Orientação DGS n.º 002/2021, de 3/2/2021³⁵, aí se referindo (pontos 21 e 22) *“poderem as crianças ou jovens em casa de acolhimento receber visitas e proceder a saídas, no contexto da garantia dos seus direitos fundamentais, nomeadamente o direito à família e à educação, e, em especial, dos direitos das crianças e jovens em acolhimento, previstos nas alíneas a) e b) do Ponto 1 do Artigo 58.º da Lei n.º 142/2015, de 8 de setembro, atendendo-se também ao decidido nos respetivos processos de promoção e proteção”*, tudo sem prejuízo de a Autoridade de Saúde territorialmente competente poder determinar *“a alteração”* (leia-se: “suspensão”) de tal regime de visitas e saídas sem que, nesse caso, seja necessária a ratificação da CPCJ ou do Tribunal competentes ou sequer a sua comunicação a estas entidades, comunicação apenas exigível no caso de tal alteração ser determinada pela casa de acolhimento ou pela Segurança Social.

Nesse sentido, importa concluir o seguinte: 1) o Decreto da Presidência da República n.º 21-A/2021, de 25/2, não prevê qualquer restrição específica do direito das crianças e jovens em acolhimento residencial ao convívio, nem sequer implicitamente por via das restrições ao direito de liberdade e de movimentação, as quais acautelam devidamente as deslocações por razões ponderosas, entre estas se encontrando as já mencionadas deslocações autorizadas por razões familiares imperativas previstas no artigo 4.º, alínea f) do Decreto do Governo n.º 4/2021, de 13/3, as quais sempre terão de incluir as deslocações das crianças em acolhimento residencial ou em acolhimento familiar às suas casas de origem nos termos autorizados pelo acordo de promoção e proteção ou pela sentença

³⁵ Tanto quanto temos conhecimento, a mais recente publicada no site da DGS e disponível em <https://covid19.min-saude.pt/wp-content/uploads/2021/02/i027139.pdf>. Da mesma forma, a última versão (a 4ª) conhecida do Plano de Exceção elaborado em conformidade pela Segurança Social data de 15/1/2021, estando disponível na Internet em: http://www.seg-social.pt/documents/10152/16722120/COVID+19_plano+de+exce%C3%A7%C3%A3o+CA+V02+1+abril.pdf/f7df0b2f-05ac-498e-b9b9-b6ce5f03ce9d, aí se prevendo igualmente no respectivo ponto 2) a possibilidade de o Delegado de Saúde territorialmente competente suspender as saídas da casa de acolhimento sem necessidade de ratificação de tal decisão pela CPCJ ou pelo Tribunal, sem embargo de todas as demais suspensões de tais saídas requererem comunicação obrigatória a estas entidades.

judicial; 2) o direito ao convívio de tais crianças com os seus familiares ou com as suas figuras de referência constitui um direito constitucional com assento nos artigos 9.º da Convenção sobre os Direitos da Criança, 26.º e 36.º da CRP, valendo, neste caso, a regra, segundo a qual as restrições impostas no Decreto do Governo têm de estar especificamente autorizadas no Decreto Presidencial, sob pena de eventual inconstitucionalidade orgânica; 3) Sem prejuízo de, em certas circunstâncias, infra mencionadas, ser admissível a suspensão temporária de tais convívios no exterior, sempre o carácter puramente genérico da limitação prevista no artigo 39.º, n.º 1, alínea e) do Decreto Regulamentador do Governo não permite o juízo positivo de proporcionalidade a respeito da referida restrição nos termos exigidos no artigo 18.º da CRP, o que depõe no sentido da possível inconstitucionalidade material da aludida norma legal; 4) Sem embargo de, no quadro actual — e salvo tal juízo de inconstitucionalidade — o delegado de saúde territorialmente competente poder suspender os convívios no exterior, tendo por critério apenas a “situação epidemiológica”, e de tal suspensão não ter de ser ratificada ou sequer comunicada à CPCJ ou ao Tribunal competentes, podem e devem estas entidades averiguar por si a ocorrência de tais eventuais suspensões de convívios e sindicar a razoabilidade das mesmas ao abrigo do disposto nos artigos 26.º e 36.º, n.ºs 1 e 6 da CRP, bem como 58.º, n.º 1, alínea a) da LPCJP, normas legais essas que lhes atribuem uma reserva jurisdicional quanto à restrição de tais convívios, desaplicando, se necessário e se assim for entendido, por inconstitucionalidade, o artigo 39.º, n.º 1, alínea e) do Decreto Regulamentador; 5) Sem prejuízo da análise das circunstâncias do caso concreto, as restrições ao direito ao convívio das crianças em acolhimento residencial devem, em princípio, ser consideradas justificadas nos seguintes casos: a) na hipótese de isolamento da criança por ter sido contagiada ou por ter estado em contacto próximo com pessoa contagiada; b) nos casos de isolamento dos familiares com quem devesse conviver por estarem infectados ou terem estado em contacto próximo com pessoa infectada; c) nos casos de surto ocorrido na casa de acolhimento onde a criança reside. Em todas as referidas situações, a saúde da criança, bem como a dos seus familiares e das pessoas que consigo residem na casa de acolhimento (sendo do interesse daquela que estes se mantenham saudáveis), justificará, em princípio, a aludida restrição à luz do princípio do seu melhor interesse, sem prejuízo de a terceira situação (de surto) até poder reclamar — no caso de a criança testar negativo — a sua colocação junto dos familiares de forma a não ser infectada, depondo, pois, o circunstancialismo vindo de aludir pela necessidade de uma análise casuística da parte da CPCJ ou do Tribunal.

Também neste ponto — e à semelhança do que se referiu no caso dos convívios de crianças com progenitores separados — é de exigir, em princípio, a verificação de um perigo concreto e não meramente hipotético³⁶.

³⁶ Por referência, por exemplo, a um aumento de casos de infecção no concelho sem que, no entanto, tal aumento seja de molde a justificar outras medidas mais restritivas como as da implementação de uma cerca sanitária e estando, pelo contrário e por exemplo, as demais crianças a frequentar a escola.

Sempre tendo presente o bom senso (prudência e racionalidade) que se impõe aos Tribunais e às CPCJ, em particular, num contexto de pandemia, importa igualmente que tais entidades actuem com sensibilidade para com a situação das crianças em acolhimento residencial, particularmente, no que diz respeito à atenção pelo seu bem-estar psíquico, dependente que o mesmo se encontra, muitas vezes, do convívio com os seus familiares, considerando-se, na referida avaliação, igualmente o seu projecto de vida, o qual, no caso da reintegração familiar, bem como, de resto, nas hipóteses de autonomia de vida ou de adopção,³⁷ pode ser seriamente prejudicado se não devidamente ponderadas tais necessidades e sacrificadas as mesmas em função das exigências de saúde pública (por muito compreensíveis que estas últimas possam ser).

IV. A QUESTÃO DOS ALIMENTOS — A SITUAÇÃO DOS PAIS DEVEDORES ATINGIDOS NOS SEUS RENDIMENTOS PELAS MEDIDAS RESTRITIVAS IMPOSTAS PELO ESTADO DE EMERGÊNCIA:

Em razão das medidas restritivas do exercício de determinadas actividades profissionais impostas pelo Estado de Emergência e da consequente perda de rendimentos de muitos progenitores, devedores de alimentos, tem vindo a ser questionada nos Tribunais a possibilidade de suspensão do pagamento de tal obrigação ao abrigo das normas que prevêm as situações de impossibilidade temporária de cumprimento (artigo 792.º do CC), argumentando-se, nesse âmbito, que a crise económica vivida actualmente se reveste de um carácter extraordinário, resultando, por exemplo, no caso dos profissionais independentes, numa perda praticamente total da sua capacidade financeira, tendo ainda em conta a subsistência de certas despesas fixas relacionadas com tais actividades e a demora na obtenção dos apoios sociais a que poderiam ter acesso.

Neste novo enquadramento da questão da denominada “*difficultas praestandi*” (dificuldade de cumprimento), recorde-se ser a tese clássica aquela espelhada, por exemplo, no ac. TRE de 27/10/2010 (relator: Bernardo Domingos), segundo o qual “*o problema da impossibilidade de cumprimento, temporária ou definitiva, não se põe para os casos das obrigações pecuniárias, modalidade das obrigações genéricas, pois não pode dizer-se que a prestação se tornou objectivamente impossível enquanto o género existir*”.

Nesse sentido, só a impossibilidade objectiva de cumprimento prevista no artigo 790.º do CC, bem como a impossibilidade subjectiva no âmbito das obrigações em que o devedor não se possa fazer substituir³⁸, contemplada no

³⁷ Por exemplo, no caso de a criança estar na casa de acolhimento em função de aplicação de medida de confiança a instituição com vista a adopção (artigo 35.º, n.º 1, alínea g) da LPCJP), podendo ver o seu processo de adopção retardado pela impossibilidade de convívios com os candidatos a adopção no âmbito da denominada fase de transição (cfr. artigo 49.º da Lei n.º 143/2015, de 8/9).

³⁸ Denominadas obrigações “infungíveis”, sendo exemplos de escola dessa modalidade de obrigações a do pintor famoso escolhido para fazer um retrato da rainha ou o de um tenista mundialmente conhecido convidado para um torneio de exibição.

artigo 791.º do mesmo diploma, poderiam liberar o devedor e não “*uma qualquer dificuldade, mesmo que excessiva ou extraordinária, da prestação, ou seja, a impossibilidade relativa*”.³⁹

Tal tese — aplicável genericamente a qualquer obrigação pecuniária — afigura-se, em geral, passível de conduzir a uma justa repartição de riscos, tendo em consideração a circunstância de, à semelhança do devedor, também o credor se poder encontrar numa situação financeira particularmente difícil, entendendo-se, pois, como razoável que o risco da insolvabilidade do devedor seja atribuído a este por se tratar da pessoa que mais facilmente poderá prevenir de forma atempada tal perigo, fazendo as poupanças necessárias ou contraindo empréstimos que lhe permitam fazer face às suas dívidas⁴⁰.

Note-se, no mesmo sentido, que embora noutros domínios (designadamente, no que respeita ao pagamento de rendas ou de empréstimos bancários) o legislador tenha optado por instituir moratórias e outras medidas destinadas a defender os devedores em situação económica mais frágil, tais medidas não foram — e não poderiam ser, atenta a necessidade de proteger a criança enquanto pessoa vulnerável, incapaz de prover ao seu sustento — previstas no âmbito das relações familiares e, em particular, no âmbito das obrigações alimentares.

Com efeito, nesse domínio, a protecção da criança impõe a aplicação estrita da referida tese clássica pelo seguinte conjunto de razões: 1) compete ao progenitor devedor o ónus de, em caso de dificuldades financeiras e antes ainda de incorrer em incumprimento, instaurar acção de alteração do exercício das responsabilidades parentais (artigo 42.º do RGPTC) ou, pelo menos, deduzir tal pedido de redução da prestação de alimentos no âmbito de um outro processo em curso⁴¹ (por exemplo, de incumprimento), evitando, dessa forma, não cumprir com as suas obrigações em prejuízo do sustento do seu filho; 2) a obrigação de alimentos merece uma especial tutela da parte do legislador (artigos 738.º, n.º 4 do CPC, 2006.º a 2008.º do CC), ao ponto de, segundo a primeira das normas vindas de aludir, o limite de impenhorabilidade de rendimentos do progenitor devedor ser constituído pelo valor da pensão social do regime não contributivo (de 211,79 Euros, para o ano de 2020 — cfr. artigo 18.º da Portaria n.º 28/2020, de 31/1, não alterado entretanto) e não o valor do salário mínimo nacional, o que se revela demonstrativo da prioridade conferida pelo legislador aos interesses da criança, tornando, dessa forma, explícito o seu entendimento sobre a prevalência de tais interesses relativamente a eventuais dificuldades económicas, ainda que

³⁹ Por isso mesmo, o artigo 792.º do CC, ao prever a possibilidade de não ocorrência de mora em caso de impossibilidade temporária refere-se apenas às situações de impossibilidade objectiva (artigo 790.º do mesmo diploma) ou de impossibilidade subjectiva, mas aí apenas no caso das obrigações infungíveis, e não também assim no caso das obrigações fungíveis, como constitui paradigmaticamente o caso das obrigações pecuniárias em que se inclui a obrigação de alimentos.

⁴⁰ Daí que o regime de responsabilidade civil contratual previsto nos artigos 798.º e ss. do CC se aproxime, no caso da obrigação de alimentos e, em geral, das obrigações pecuniárias, de um regime de responsabilidade objectiva.

⁴¹ Cfr., para esta última hipótese, o artigo 28.º, n.ºs 1 e 2 do RGPC.

extraordinárias, do progenitor devedor; 3) a declaração do incumprimento e a consequente impossibilidade de cobrança dos alimentos por via do mecanismo previsto no artigo 48º do RGPTC constituem pressuposto da tutela do direito a alimentos por via do Estado e através do Fundo de Garantia de Alimentos (cfr. artigos 1.º da Lei n.º 75/98, de 19/11, e 3.º do DL n.º 164/99, de 13/5), pelo que não declarar o incumprimento nestes casos significaria deixar a criança sem acesso a uma prestação social da qual poderia necessitar.

Conclui-se, pois, no sentido de que o progenitor não se poderá desobrigar do pagamento de prestações vencidas ou vincendas previstas no acordo ou sentença de regulação do exercício das responsabilidades parentais ou ainda fazer suspender o cumprimento de tais obrigações por via da invocação de dificuldades financeiras, ainda que extraordinárias, resultantes, designadamente, das medidas restritivas ao exercício de certas actividades profissionais impostas pelo Estado de Emergência (no mesmo sentido, veja-se o recente ac. TRE de 14/7/2020 — relator: Rui Machado e Moura).⁴²

Por último, saliente-se ainda a possibilidade de, em caso de não obtenção do pagamento da prestação de alimentos por parte do progenitor devedor, o outro progenitor ou o Ministério Público, em representação da criança, poderem e deverem requerer a estipulação de tal prestação de alimentos por parte de outros familiares, designadamente, dos avós ou, subsidiariamente, dos tios ou, finalmente, dos padrastos / madrastas (cfr. artigos 2009.º, n.º 1, alíneas c), d e f), e n.º 3, bem como 2013.º, n.º 2 do CC; na jurisprudência, veja-se os acs. TRG de 12/7/2010 — relator: A. Costa Fernandes e de 14/1/2021 — relator: Alcides Rodrigues).

⁴² Cite-se o aresto: — *“Uma coisa seria o pedido de redução da importância da pensão, sustentada na exposição de um quadro factual completo e sério de equilíbrio entre receitas e despesas, no contexto de um modo de vida que se teria tornado quase indigente; outra é a pretensão de que a obrigação de pagamento fique, até ver, em suspenso, porventura anunciadora do propósito de incumprimento dessa mesma obrigação que certamente se seguirá. Ora, esta segunda modalidade não tem qualquer base legal.”*