

## ACÓRDÃO N.º 193/2016

Processo n.º 919/15

2.ª Secção

Relator: Conselheiro Pedro Machete

Acordam na 2.ª Secção do Tribunal Constitucional:

### I. Relatório

1. No processo de promoção e proteção de menores instaurado em 2007 pelo Ministério Público, na 2.ª Secção do Juízo de Família e Menores de Sintra, a favor dos menores A., B., C., D., E., e posteriormente alargado aos menores F., G., H. e I., foi proferido, em 25 de maio de 2012, o acórdão de fls. 661-702-vol. 3.º, que determinou:

- a) A aplicação, em favor da menor A., da medida de promoção e proteção de apoio para a autonomia de vida, pelo prazo de 18 meses (nos termos dos artigos 35.º, n.º 1, alínea d), e 45.º da Lei de Proteção de Crianças e Jovens em Perigo – Lei n.º 147/99, de 1 de setembro – “LPCJP”), com as especificações constantes de fls. 700;
- b) A aplicação, em favor da menor B., da medida de promoção e proteção de apoio junto dos pais, na pessoa de sua mãe, com a duração de um ano (nos termos dos artigos 35.º, n.º 1, alínea a), e 39.º da LPCJP), com as especificações constantes de fls. 700-701;
- c) A aplicação, em favor dos menores C., D., E., F., G., H. e I., da medida de confiança a instituição com vista a futura adoção (nos termos do artigo 35.º, n.º 1, alínea g), da LPCJP), ficando os progenitores inibidos do exercício das responsabilidades parentais, nos termos do artigo 1978.º-A, do Código Civil; a medida deveria manter-se até ao decretamento da adoção e os familiares dos menores ficariam impedidos de visitá-los, nos termos, respetivamente, dos n.ºs 1 e 2 do artigo 62.º-A da LPCJP.

Os pais dos menores, J. e K., recorreram desta decisão para o Tribunal da Relação de Lisboa.

Na sequência de despacho de não admissão do recurso, confirmado, posteriormente, por acórdão de 20 de novembro de 2012, foi interposto recurso de constitucionalidade, ao abrigo da alínea b) do n.º 1 do artigo 70.º da Lei de Organização, Funcionamento e Processo do Tribunal Constitucional (Lei n.º 28/82, de 15 de novembro, adiante referida como “LTC”). O Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 243/2013, proferido em 10 de maio de 2013

(disponível, assim como os demais adiante citados, em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/>), concedeu provimento ao recurso e, em consequência, determinou a reforma da decisão então recorrida.

Devolvidos os autos ao Tribunal da Relação de Lisboa, e uma vez admitida a apelação, foi negado provimento à mesma através de decisão singular de 30 de novembro de 2013 (cfr. fls. 1012-1034 – 4.º volume). Deduzida reclamação desta decisão, foi a mesma confirmada por acórdão de conferência, de 27 de março de 2014 (fls. 1129 a 1150). Na sequência de arguição de nulidades deste aresto, indeferida pelo acórdão de 22 de janeiro de 2015 (fls. 1394-1401), os recorrentes interpuseram recurso de revista, tendo suscitado diversas questões de inconstitucionalidade (cfr. as alegações de fls. 1219-1279).

Por despacho de 27 de março de 2015, o relator no Supremo Tribunal de Justiça deu cumprimento ao disposto no artigo 655.º, n.º 1, do Código de Processo Civil, atenta a previsão do n.º 2 do mesmo artigo (questão da inadmissibilidade do recurso de revista suscitada pelo apelado – fls. 1437). Os recorrentes responderam, pugnando pela admissibilidade do recurso, e requereram adicionalmente o julgamento ampliado de revista nos termos previstos no artigo 686.º, n.º 1, do citado Código (fls. 1479-1513). Após pronúncia do relator no sentido de dever ser indeferida a revista ampliada (fls. 1517), o Presidente do Supremo Tribunal de Justiça, por despacho de 23 de abril de 2015, indeferiu-a (fls. 1565-1567).

Por acórdão de 28 de maio de 2015, o Supremo Tribunal de Justiça negou provimento à revista (fls. 1588-1625, também (disponível em <http://www.dgsi.pt/> – Processo n.º 8867/07.5TMSNT.L1.S1), salientando que, por se tratar de um processo de jurisdição voluntária (cfr. o artigo 100.º da LPCJP), a sua decisão apenas incide «sobre a questão de saber se, no caso em apreço, se verificam ou não violados os apontados preceitos legais [– ‘disposições legais que vão desde normas referentes a convenções internacionais, normas constitucionais, a normas do nosso ordenamento jurídico’ –] e, como se disse, não se vai pronunciar sobre os critérios de conveniência e oportunidade previstos no citado art. 1411.º, n.º 2, do CPC [de 1961 – replicado no artigo 988.º, n.º 2, do Código de Processo Civil em vigor –] que as instâncias utilizaram para fundamentar a decisão» (fls. 1607-1608). Assim é que, no respeitante à ilegalidade da decisão então recorrida, o Supremo verifica o seguinte:

«As instâncias perante o quadro factual supra descrito, depois de subsumirem a situação à alínea d) do n.º 1 do art. 1978 do C. Civil, com base no facto de se estar perante uma família biológica desestruturada, com pai ausente do quotidiano dos filhos e a mãe com um percurso de vida marcado por grande instabilidade afetiva, profissional e manifestamente negligente em relação aos cuidados devidos aos filhos menores de higiene, saúde, alimentação, habitacional e ao nível da educação, configuraram a situação como potencialmente perigosa e justificaram a intervenção do tribunal com a aplicação a medida de confiança a instituição com vista a futura adoção.» (fls. 1618)

Depois, reanalisando aqueles que considera os principais elementos factuais, procede ao confronto com o quadro legal aplicável – o artigo 69.º da Constituição (direito à proteção das crianças) e o artigo 1978.º do Código Civil, entre outros – e conclui não existir «insuficiência da matéria de facto a suportar a medida deliberada e, conseqüentemente, também não se verifica por parte das instâncias violação das disposições legais invocadas pelos recorrentes» (fls. 1621).

Os recorrentes arguíram diversas nulidades daquele acórdão (fls. 1630-1638), e, subsequentemente, apresentaram requerimento de interposição de recurso de

constitucionalidade, peticionando a apreciação de dez questões (fls. 1041-1047). Por acórdão de 9 de julho de 2015, o Supremo Tribunal de Justiça rejeitou a arguição de nulidades (fls. 1667-1668). Nessa mesma data, o relator, admitiu o recurso de constitucionalidade (fls. 1670).

Deste segundo acórdão foi igualmente interposto recurso de constitucionalidade (fls. 1684-1694) e, subsequentemente, foi apresentado um requerimento a arguir a sua nulidade (fls. 1695-1697). Esta última pretensão foi indeferida pelo acórdão de 17 de setembro de 2015 (fls. 1700-1701).

2. Inconformados, os então recorrentes apresentaram em 6 de outubro de 2015 novo recurso de constitucionalidade, agora «do citado acórdão do STJ de 28 de maio de 2015, confirmado pelos acórdãos de 9 de julho e de 17 de setembro último», com fundamento no artigo 70.º, n.º 1, alínea b), da Lei n.º 28/82, de 15 de novembro (“LTC”), em que são recorridos o Ministério Público e B., C., D., E., F., G., H. e I.. É o seguinte o teor do requerimento de interposição de recurso, na parte relevante:

«1. Tempestividade do presente recurso

Notificados do Acórdão do STJ de 28 de maio de 2015, os Recorrentes requereram oportunamente a reforma do mesmo, arguindo nulidades do aí decidido, através de requerimento apresentado em 12 de junho, indeferido através de Acórdão de 9 de julho de 2015, sobre o qual recaiu nova arguição de nulidade, apresentada em 27 de julho de 2015, indeferida novamente pelo Acórdão de 17 de setembro de 2015, e, à cautela e para a hipótese de os requerimentos serem desatendidos nos termos previstos no artigo 670.º do CPC, interpuseram simultaneamente recurso para o Tribunal Constitucional do Acórdão de 28 de maio de 2015.

Verifica-se, todavia, que o STJ, através do seu Acórdão de 17 de setembro de 2015, e à semelhança do que havia feito através do anterior Acórdão de 9 de julho de 2015, indeferiu a requerida reforma do anterior acórdão proferido, bem como as arguidas nulidades, sem, no entanto, fazer uso da faculdade prevista no artigo 670.º do CPC, no sentido de qualificar o incidente como manifestamente infundado, o que determinaria o imediato trânsito em julgado da decisão cuja nulidade foi arguida.

Nesta conformidade, não se verificando o pressuposto que determinou a interposição dos recursos para o Tribunal Constitucional ainda antes de ser proferida decisão sobre os requerimentos de reforma do Acórdão de 28 de maio de 2015, impõe-se agora interpor recurso desta última decisão, confirmada pelos Acórdãos de 9 de julho e de 17 de setembro de 2015, por só agora a mesma se ter tornado definitiva, em face do decidido no Acórdão de 17 de setembro de 2015.

Com efeito, a não ser assim, poderia ser oponível aos Recorrentes a objeção de estarem a impugnar, em fiscalização concreta, através dos anteriores requerimentos de recurso para o Tribunal Constitucional, uma decisão judicial – isto é, o Acórdão de 28 de maio de 2015 – que, nesse momento, ainda carecia de definitividade (neste sentido, cf. Carlos Lopes do Rego, Os Recursos de Fiscalização Concreta na Lei a na Jurisprudência do Tribunal Constitucional, Almedina, Coimbra, 2010, p. 115).

Nesta conformidade, deve ficar apenas a subsistir o presente recurso de constitucionalidade.

2. Normas cuja inconstitucionalidade se pretende que o Tribunal aprecie:

a) As normas conjugadas dos artigos 35.º, alínea g), 114.º, n.º 1, e 117.º da Lei da Proteção das Crianças e Jovens em Perigo (LPCJP), aprovada pela Lei n.º 147/99, de 1 de setembro, e, ainda, dos artigos 254.º e

255.º, n.º 1, do CPC, interpretadas e aplicadas no sentido de que, estando em causa a possibilidade de aplicar uma medida tão gravosa como a medida de confiança do menor a pessoa selecionada para adoção ou instituição para futura adoção, o progenitor que não constituiu mandatário se presume notificado dos atos processuais praticados.

b) As normas conjugadas dos artigos 35.º, [n.º 1,] alínea g), 114.º, n.º 1, e 117.º da LPCJP, aprovada pela Lei n.º 147/99, de 1 de setembro, e ainda dos artigos 254.º e 255.º, n.º 1, do CPC, interpretadas e aplicadas no sentido de que, estando em causa a possibilidade de aplicar uma medida tão gravosa como a medida de confiança do menor a pessoa selecionada para adoção ou a uma instituição para futura adoção, o progenitor que não constituiu mandatário se pode presumir notificado dos atos processuais praticados, mesmo no caso de existir certidão negativa da notificação.

c) As normas conjugadas dos artigos 35.º, alínea g), 114.º, n.º 4, da LPCJP, e, ainda, dos artigos 254.º e 255.º, n.º 1, do CPC interpretadas e aplicadas no sentido de que estando em causa a possibilidade de aplicar uma medida tão gravosa como a medida de confiança a pessoa selecionada para adoção ou instituição para futura adoção, incumbirá às partes ou interessados elidirem a presunção de que foram notificados nos termos do citado artigo 114.º, n.º 4, da LPCJP.

d) As normas dos artigos 104.º e 114.º da LPCJP, interpretadas e aplicadas no sentido de que é possível a realização do debate judicial sem a presença obrigatória de mandatário judicial dos progenitores, estando em causa a aplicação da medida mais gravosa de confiança a pessoa selecionada para adoção ou a instituição com vista a futura adoção.

e) As normas dos artigos 35.º, alínea g), e 38.º-A da LPCJP, interpretadas e aplicadas no sentido de ser possível a aplicação da medida mais gravosa de confiança a pessoa selecionada para adoção ou a instituição com vista a futura adoção, com inibição do exercício das responsabilidades parentais e sem direito a visitas por parte da família natural, em processo em que se verificou a notificação meramente presumida dos progenitores das alegações e prova apresentada pelo MP para fundamentação da aplicação da referida medida.

f) As normas dos artigos 35.º, n.º 1, alíneas d) e g), 45.º e 55.º, n.º 2, da LPCJP interpretadas e aplicadas no sentido de que o incumprimento da realização de ato médico de laqueação das trompas da progenitora pode relevar, mesmo instrumentalmente, para efeitos da aplicação da medida de confiança dos seus filhos menores a pessoa selecionada para adoção ou a instituição com vista a futura adoção.

g) A norma do artigo 35.º, n.º 1, alínea g), da LPCJP interpretada e aplicada no sentido de que é possível aplicar a medida de confiança a pessoa selecionada para futura adoção ou a instituição para futura adoção apenas a parte dos filhos da progenitora sem evidenciar a impossibilidade de aplicação de medidas menos gravosas que atinjam todos os seus filhos.

h) As normas conjugadas dos artigos 1978.º do Código Civil e 35.º, n.º 1, alínea g), da LPCJP, interpretadas e aplicadas no sentido de que é possível a aplicação da medida de confiança a pessoa selecionada para adoção ou a instituição para futura adoção numa situação tendencialmente perigosa para a segurança, saúde, formação moral/educação dos menores de modo a acautelar o perigo acentuadamente possível, ainda que possa estar longe do dano sério que a todo o custo se deve evitar.

i) A norma do artigo 103.º da LPCJP, interpretada e aplicada no sentido de não ser necessária a constituição obrigatória de advogado em processo de promoção e proteção de crianças e jovens em que esteja em causa a aplicação de medida de confiança a pessoa selecionada para adoção ou a instituição com vista a futura adoção.

j) A norma do artigo 114.º n.º 4 da LPCJP, interpretada e aplicada no sentido de ser legítima, em processo de promoção e proteção, a aplicação da medida mais gravosa de confiança a pessoa selecionada para adoção, ou a instituição com vista a futura adoção, em relação a menores para os quais o MP não havia proposto a aplicação dessa medida, não sendo chamados, os progenitores, a exercer sobre a mesma o contraditório.

k) As normas conjugadas dos artigos 615.º, n.os 1 e 4, e 617.º, n.º 6, do CPC, e 114.º, n.º 4, da LPCJP, interpretadas e aplicadas no sentido de a inexistência de qualquer evidência processual de ter sido efetuada pelos progenitores a consulta do processo de promoção e proteção em que está em causa a aplicação da medida de confiança de um ou mais dos seus filhos menores a pessoa para adoção, ou a instituição com vista a futura adoção, em momento anterior à decisão proferida em tal processo, constituir uma mera irregularidade processual, não configurando qualquer nulidade para efeitos do disposto no referido artigo 615.º do CPC.

l) As normas conjugadas dos artigos 615.º, n.os 1 e 4, e 617.º, n.º 6, do CPC, e 114.º, n.º 4, da LPCJP, interpretadas e aplicadas no sentido de, na inexistência de qualquer evidência processual de ter sido facultada aos progenitores a consulta do processo de promoção e proteção em que está em causa a aplicação da medida de confiança de um ou mais dos seus filhos menores a pessoa para adoção, ou a instituição com vista a futura adoção, em momento anterior à decisão proferida em tal processo, se presumir que efetivamente se veio a realizar a consulta dos autos pelos progenitores;

m) A norma do n.º 4 do artigo 114º da LPPCJP interpretada e aplicada no sentido de, em processo de promoção e proteção em que está em causa a aplicação da medida de confiança de um ou mais dos seus filhos menores a pessoa para adoção, ou a instituição com vista a futura adoção, se poder presumir que os progenitores tiveram efetivo acesso às alegações do MP e aos meios de prova por este oferecidos com base num pedido de consulta do processo, sem que esteja evidenciado nos autos que tal consulta se realizou.

n) A norma do n.º 4 do artigo 114º da LPPCJP interpretada e aplicada no sentido de, em processo de promoção e proteção em que está em causa a aplicação da medida de confiança de um ou mais dos seus filhos menores a pessoa para adoção, ou a instituição com vista a futura adoção, se poder dispensar a notificação a cada um dos progenitores das alegações do MP e dos meios de prova por este oferecidos com base num pedido de consulta do processo, apresentado por um deles.

o) As normas conjugadas dos artigos 615.º, n.os 1 e 4, e 617.º, n.º 6, do CPC, e 114.º, n.º 4, da LPCJP, interpretadas e aplicadas no sentido de a intervenção dos progenitores em sede de reclamação e recursos interpostos da decisão proferida em processo de promoção e proteção em que está em causa a aplicação da medida de confiança de um ou mais dos seus filhos menores a pessoa para adoção, ou a instituição com vista a futura adoção, ter o efeito de sanar a falta de notificação das alegações e dos meios de prova oferecidos pelo MP em momento anterior à decisão da ia instância.

p) As normas conjugadas dos artigos 615.º, n.os 1 e 4, e 617.º, n.º 6, do CPC interpretadas e aplicadas no sentido de dispensar o tribunal, em sede de decisão sobre as nulidades arguidas ao abrigo do disposto no n.º 4 do artigo 615.º do CPC de fundamentar de facto a afirmação de que, em processo de promoção e proteção em que está em causa a confiança de menores a instituição com vista a futura adoção, cada um dos progenitores requereu a consulta do processo e teve efetivo acesso às alegações do MP e aos meios de prova por este oferecidos.

### 3. Normas e princípios constitucionais que se considera terem sido violados:

a) As normas conjugadas dos artigos 35.º, alínea g), 114.º, n.º 1, e 117.º da LPCJP, e, ainda, dos artigos 254.º e 255.º, n.º 1, do CPC, interpretadas e aplicadas no sentido apontado nas alíneas a) e b) do ponto 2 supra, violam os princípios da segurança jurídica e do processo equitativo, consagrado no artigo 20.º da CRP, na medida em que afetam a posição processual dos progenitores num processo em que está em causa a inibição do poder paternal.

b) As normas conjugadas dos artigos 35.º, alínea g), 114.º, n.º 4, da LPCJP, e, ainda, dos artigos 254.º e 255.º, n.º 1, do CPC, interpretadas e aplicadas no sentido apontado na alínea c) do ponto 2 supra, violam os princípios da segurança jurídica e do processo equitativo, consagrados no artigo 20.º da CRP, na medida em que privam os progenitores da possibilidade de uma efetiva defesa num processo em que está em causa a inibição do respetivo poder paternal.

c) As normas do artigo 114.º da LPCJP, interpretadas e aplicadas no sentido apontado na alínea d) do ponto 2 supra, tornando possível a realização do debate judicial de que poderá resultar a inibição do poder paternal dos progenitores sem que estes estejam obrigatoriamente representados por mandatário judicial, bastando que estejam na «disposição do tribunal», violam os princípios do contraditório e da tutela jurisdicional efetiva, previstos no artigo 20.º da Constituição.

d) As normas dos artigos 35.º, alínea g), e 38.º-A da LPCJP, interpretadas e aplicadas no sentido apontado na alínea e) do ponto 2 supra, padecem de inconstitucionalidade material por violação do disposto nos artigos 20.º, n.º 1, 36.º, n.os 5 e 6, e 67.º da CRP, uma vez que admitem a aplicação de medidas de inibição definitiva do poder paternal em processo em que se verifica a notificação meramente presumida dos progenitores.

e) As normas dos artigos 35.º, n.º 1, alíneas d) e g), 45.º e 55.º, n.º 2, da LPCJP interpretadas e aplicadas no sentido apontado na alínea f) do ponto 2 supra violam flagrantemente o princípio da proporcionalidade e do livre desenvolvimento da personalidade, bem como o direito a constituir família, previstos nos artigos 18.º, n.º 2, 26.º e 36.º da Constituição.

f) A norma do artigo 35.º, n.º 1, alínea g), da LPCJP interpretada e aplicada no sentido apontado na alínea g) do ponto 2 supra, é flagrantemente inconstitucional por violação dos princípios da proporcionalidade e da tutela da família, previstos nos artigos 18.º, n.º 2, 36.º, n.º 6, da Constituição, e, ainda, do apoio à família, previsto no seu artigo 67.º.

g) As normas conjugadas dos artigos 1978.º do Código Civil e 35.º, n.º 1, alínea g), da LPCJP interpretadas e aplicadas no sentido apontado na alínea h) do ponto 2 supra, fixando os pressupostos legais da aplicação da medida de promoção e proteção da confiança a pessoa selecionada para a adoção ou a instituição com vista a futura adoção, violam os princípios da proporcionalidade e da proteção da família e o dever do Estado em apoiar os mais carenciados, consagrados nos artigos 18.º, 36.º e 67.º da Constituição.

h) A norma do artigo 103.º da LPCJP, interpretada e aplicada no sentido apontado na alínea i) do ponto 2 supra, viola o princípio da tutela jurisdicional efetiva, consagrada no artigo 20.º da Constituição, ao negar a assistência necessária e obrigatória dos progenitores por advogado em processo em que está em causa a restrição de direitos fundamentais.

i) A norma do artigo 114.º, n.º 4 da LPCJP, interpretada e aplicada no sentido apontado na alínea j) do ponto 2 supra, viola o princípio do contraditório e da tutela jurídica efetiva consagrados no artigo 20.º da CRP na medida em que possibilita que os progenitores sejam confrontados com a aplicação de uma decisão surpresa, com a qual não podiam contar nem contra a qual puderam exercer atempadamente o contraditório.

j) As normas conjugadas dos artigos 615.º, n.os 4, 617.º, n.º 6, do CPC, e 114.º, n.º 4, da LPCJP, interpretadas e aplicadas no sentido apontado na alínea k) do ponto 2 supra, violam o direito à fundamentação consagrado no artigo 205.º da CRP em matéria relativa a direitos, liberdades e garantias bem como o princípio da tutela jurisdicional efetiva e o processo equitativo consagrado no artigo 20.º da CRP.

k) As normas conjugadas dos artigos 615.º, n.os 1 e 4, 617.º, n.º 6, do CPC, e 114.º, n.º 4, da LPCJP, interpretadas e aplicadas no sentido apontado na alínea l) e m) do ponto 2 supra, violam o direito à fundamentação consagrado no artigo 205.º da CRP em matéria relativa a direitos, liberdades e garantias bem como o princípio da tutela jurisdicional efetiva e o processo equitativo consagrado no artigo 20.º da CRP.

l) A norma do n.º 4 do art. 114º da LPCJP interpretada e aplicada no sentido no sentido apontado na alínea n) do ponto 2 supra, violam o princípio da confiança bem como o princípio da tutela jurisdicional efetiva e o processo equitativo consagrado no artigo 20.º da CRP.

m) As normas conjugadas dos artigos 615.º, n.os 1 e 4, 617.º, n.º 6, do CPC e art. 114º, n.º 4, da LPCJ, interpretadas e aplicadas no sentido apontado na alínea o) do ponto 2 supra, violam o direito à fundamentação consagrada no artigo 205.º da CRP em matéria relativa a direitos, liberdades e garantias bem como o princípio da tutela jurisdicional efetiva e o processo equitativo consagrado no artigo 20.º da CRP.

n) As normas conjugadas dos artigos 615.º, n.os 1 e 4, 617.º, n.º 6, do CPC, interpretadas e aplicadas no sentido apontado na alínea p) do ponto 2 supra, violam o direito à fundamentação consagrado no artigo 205.º da CRP em matéria relativa a direitos, liberdades e garantias bem como o princípio da tutela jurisdicional efetiva e o processo equitativo consagrado no artigo 20.º da CRP.

4. Peça processual em que foram suscitadas as questões de inconstitucionalidade:

As questões relativas às inconstitucionalidades acima invocadas [alíneas a) a j) do ponto 2 do presente requerimento de interposição de recurso] foram suscitadas no âmbito do recurso do acórdão proferido pela 1ª instância, na reclamação para a conferência de Juízes e no recurso de revista.

As questões relativas às inconstitucionalidades invocadas nas alíneas l) m), n) e p) do ponto 2 do presente requerimento de interposição de recurso, foram suscitadas já em sede de arguição de nulidades e pedido de reforma dos Acórdãos de 28 de maio e de 9 de julho de 2015.

As questões relativas às inconstitucionalidades invocadas nas alíneas k) e o) são suscitadas pela primeira vez, por os Recorrentes apenas terem sido confrontados com tais questões na sequência do decidido nos Acórdãos do STJ de 9 de julho e, em especial, do Acórdão de 17 de setembro de 2015, os quais consubstanciam assim verdadeiras decisões surpresa que os Recorrentes não podiam antecipar, não lhes sendo por isso exigível a respetiva suscitação prévia.» (fls. 1721-1731)

O recurso foi admitido por despacho de fls. 1732.

Subidos os autos ao Tribunal Constitucional, foi em 6 de novembro de 2015 proferido despacho, determinando-se a produção de alegações, e alertando-se as partes para a eventualidade de não se poder vir a conhecer do mérito de algumas das dezasseis questões de inconstitucionalidade:

– «Notifique para alegações, alertando as partes para a eventualidade de não conhecimento do objeto do recurso quanto às seguintes questões enunciadas nas diferentes alíneas do ponto 2 do requerimento de interposição do recurso de constitucionalidade (v. fls. 1723-1727):

– Questões das alíneas a), b), d), e e), por não suscitação adequada e por não integrarem a *ratio decidendi* do acórdão recorrido;

– Questões das alíneas f), g), k), por não integrarem a *ratio decidendi* do acórdão recorrido;

– Questão da alínea h), por não suscitação adequada;

– Questões das alíneas l), m), e n), por não suscitação adequada e por não encontrarem correspondência na *ratio decidendi* do acórdão recorrido e, na realidade, visarem sindicarem a própria decisão;

– Questão da alínea o), pelas razões indicadas no parágrafo anterior e, adicionalmente, por não constituir decisão surpresa;

– Questão da alínea p), por não se tratar de questão normativa, por não ter sido suscitada adequadamente e, desse modo, compreensivelmente, traduzir um enunciado sem correspondência no acórdão recorrido.» (fls. 1737)

3. Os recorrentes apresentaram alegações em 17 de dezembro de 2015 (fls. 1740-1818) e os recorridos contra-alegaram – o Ministério Público em 5 de fevereiro de 2016 (fls. 1827-1951) e os demais recorridos em 11 de fevereiro de 2016 (fls. 1952).

3.1. São estas as conclusões formuladas pelos recorrentes no final da sua alegação de direito com relevância para a decisão do presente recurso:

«1. Nos presentes autos a decisão recorrida é o acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 28 de Maio de 2015, confirmado e complementado pelos acórdãos de 9 de Julho de 2015 e de 17 de Setembro de 2015.

2. Trata-se de decisões jurisdicionais que mantêm na ordem jurídica o acórdão proferido pelo Tribunal da Relação de Lisboa que reconhece a validade do acórdão proferido pelo tribunal de 1.<sup>a</sup> instância que aplicou a sete dos filhos menores dos recorrentes a medida de proteção prevista na alínea g) do n.º 1 do artigo 35º da LPCJP,

3. Têm estas decisões judiciais relevante impacto em sede de direitos fundamentais dos recorrentes e dos seus filhos menores já que a aplicação aos mesmos da medida em causa, consubstanciada na confiança a pessoa ou instituição com vista a futura adoção, opera o corte irreversível dos laços de filiação (art.º 1978º-A do CC), de acordo com o disposto no artigo 62.º-A da LPCJP, na redação vigente à data do debate judicial, cuja duração se estende até ao decretamento da adoção e que não se encontra sujeita a revisão, não sendo admitidas visitas por parte da família natural.

4. Trata-se, nos termos do disposto no artigo 36º n.º 6 da Constituição, de matéria em que vigora o princípio de “reserva de juiz”, sendo este princípio indissociável da observância rigorosa de um “due process of law”, vinculando o julgador – na sua tarefa de garante da efetividade dos direitos fundamentais, em particular do direito fundamental a processo equitativo – a princípios de justiça material na conformação concreta do processo judicial, promovendo e assegurando o amplo respeito do contraditório e o direito de tutela jurisdicional efetiva.

5. Entendem os recorrentes que a interpretação e aplicação da norma contida no artigo 103º da LPCJP, na redação anterior à alteração introduzida pela Lei n.º 142/15, de 8 de Setembro, segundo a qual em processo judicial de promoção e proteção em que se admite a aplicação da medida prevista na alínea g) do n.º 1 do artigo 35º da LPCJP é dispensado o patrocínio judiciário obrigatório, afronta o direito a processo equitativo acolhido no artigo 20º n.º 4 da CRP.

6. Tratava-se de processo judicial de promoção e proteção que mereceu a qualificação de “processo de especial complexidade” nos termos do disposto no n.º 2 do artigo 122º da LPCJP, encontrando-se os recorrentes numa posição de desvantagem substantiva, em confronto com os demais intervenientes processuais, quer por alguns dos direitos processuais se encontrarem reservados ao Ministério Público e aos advogados (apresentação de alegações orais), quer pela complexidade do exercício dos demais, designadamente na elaboração de requerimentos para realização de diligências de instrução e apresentação de meios de prova, na elaboração de alegações escritas, na participação efetiva na realização do debate judicial e no exercício do contraditório quanto à prova testemunhal produzida no decurso do debate judicial.

7. A alteração posterior que se verificou na redação do n.º 4 do artigo 103º introduzida pela Lei n.º 142/15, de 8 de Setembro, vem acolher, no plano infraconstitucional, as exigências das normas constitucionais, em particular do art.º 20º da CRP, tornando mais evidente que, sem advogado não foi possível aos recorrentes exercer, de forma efetiva, o direito à participação no processo judicial, que, assim, não se pode qualificar como processo justo ou equitativo.

8. Também o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem reconhece que a complexidade do processo pode impor a garantia da assistência por advogado ou o patrocínio obrigatório, sob pena de violação da tutela jurisdicional efetiva e do direito de acesso ao tribunal consagrado no artigo 6º n.º 1 da CDH.

9. A representação por advogado revela-se essencial, não apenas no exercício dos direitos processuais dos progenitores, mas também para a garantia da perceção correta destes progenitores sobre o que está em causa num determinado processo judicial de promoção e proteção, habilitando-os a contribuírem de forma mais efetiva para uma decisão justa.

10. Assim, entendem os recorrentes que, a partir do momento em que no processo judicial em causa se vislumbrou a possibilidade de vir a ser aplicada a medida de confiança a pessoa selecionada ou a instituição com vista a futura adoção, deveria o julgador, na sua superior missão de garante da tutela efetiva dos direitos fundamentais garantidos na Constituição, ter recusado a aplicação ao disposto no artigo 103º da LPCJP e determinado como obrigatória a constituição de mandatário aos progenitores, sob pena de ser negado o direito fundamental garantido no artigo 20º n.º 4 da CRP.

11. Não tendo sido esta a interpretação acolhida pelo acórdão sob recurso, deve o Tribunal Constitucional declarar a inconstitucionalidade material da norma do artigo 103.º da LPCJP, (na redação anterior à alteração introduzida pela Lei n.º 142/15, de 8 de Setembro), interpretada e aplicada no sentido de não ser necessária a constituição obrigatória de advogado em processo de promoção e proteção de crianças e jovens em que esteja em causa a aplicação de medida de confiança a pessoa selecionada para adoção ou a instituição com vista a futura adoção;

12. Entendem, ainda, padecer de inconstitucionalidade material a norma do artigo 114.º n.º 4 da LPCJP, interpretada e aplicada no sentido de ser legítima, em processo de promoção e proteção, a aplicação da medida prevista na alínea g) do n.º 1 do artigo 35.º da LPCJP a menores para os quais o MP não havia proposto a aplicação dessa medida, não sendo chamados, os progenitores, a exercer sobre a mesma o contraditório;

13. Com efeito, quanto a dois dos menores para os quais o Ministério Público propusera medida de promoção e proteção menos gravosa que a medida prevista na alínea g) do n.º 11 do artigo 35.º da LPCJP que veio a ser aplicada, jamais foram os recorrentes confrontados com a possibilidade devidamente fundamentada da aplicação de tal medida que lhes permitisse compreender o que efetivamente estava em causa no presente processo judicial de promoção e proteção relativamente àqueles menores.

14. Aliás, tendo na conferência realizada em 26.01.2012, sido determinada a notificação dos progenitores de que o processo iria prosseguir para debate judicial e de que uma das medidas que podia ser aplicada era “a de confiança do menor com vista a futura adoção plena”, não se pode ignorar que tal despacho não se apresenta justificado e fundamentado, se reporta a um menor e não aos sete filhos menores aos quais veio tal medida a ser aplicada e que nem sequer foi tal despacho notificado ao progenitor conforme certidão negativa de 11.02.2012 junta aos autos.

15. Resta pois concluir que se verifica efetivamente a inconstitucionalidade acima apontada por inobservância do contraditório no que se reporta à aplicação da medida prevista na alínea g) do n.º 1 do artigo 35º da LPCJP a estes dois menores.

16. Entendem os recorrentes que, no processo de promoção e proteção regulado pela LPCJP, em especial quando está em causa a aplicação da medida prevista na alínea g) do n.º 1 do artigo 35º, o direito a processo equitativo, consagrado no artigo 20º n.º 4 da Constituição, impõe ao julgador a observância da garantia do princípio do contraditório em todas as fases do processo, designadamente quando, no decurso do debate judicial, o Tribunal coloca a possibilidade de aplicação daquela medida a menores para os quais o Ministério Público não propusera medida tão gravosa.

[...]

21. Entendem [os recorrentes] que deve o Tribunal Constitucional declarar a inconstitucionalidade material por violação dos princípios do contraditório e do direito à tutela jurisdicional efetiva, as normas conjugadas dos artigos 104º e 114º da LPCJP interpretadas e aplicadas no sentido de admitirem a realização do debate judicial de que poderá resultar o corte do vínculo de filiação, sem que estes estejam obrigatoriamente representados por advogado e sem que, nesse caso, sejam informados de que tem o direito de participarem de forma efetiva no debate judicial, acompanhando presencialmente a sua realização e podendo exercer, no recurso do mesmo debate judicial, amplamente, o contraditório.

22. No presente processo de promoção e proteção, estando em causa a possibilidade de aplicar a medida de confiança a pessoa selecionada para adoção ou instituição para futura adoção, entendeu o tribunal recorrido que a interpretação das normas conjugadas dos artigos 35.º, alínea g), 114.º, n.º 1, e 117.º da LPCJP, e, ainda, dos artigos 254.º e 255.º, n.º 1, do CPC, permitiria presumir a notificação aos progenitores que não constituíram mandatário dos atos processuais praticados, o mesmo ainda que nos autos exista certidão negativa da notificação;

[...]

26. Com clareza, veio afirmar o Supremo Tribunal de Justiça, no acórdão de 9 de Julho de 2015: “No que concerne à notificação para o debate judicial, em resultado do circunstancialismo processual ocorrido, nomeadamente que carta foi dirigida para a morada indicada na certidão de fls. 604 e não tendo os recorrentes nessa altura constituído mandatário, considerou-se à luz do art. 255º n.º 1 do CPC com referência ao art. 254º do mesmo Código, que a notificação feita”.

[...]

30. Entendem os recorrentes que, dada a matéria envolvida no presente processo judicial de promoção e proteção, não pode o julgador prescindir da notificação de cada um dos progenitores, isto é, da efetivação de duas notificações, dirigidas, cada uma delas, respetivamente, a cada um dos progenitores dos menores, pelo que se impõe declarar a inconstitucionalidade material por violação do art.º 20º da CRP da interpretação e aplicação do disposto no n.º 4 do artigo 1[1]4º da LPCJP capaz de prescindir do envio de duas cartas para notificação aos progenitores, uma dirigida a cada um dos progenitores.

31. Por outro lado, o mesmo normativo impõe a notificação de dois atos processuais distintos pois a notificação (a cada progenitor) do teor das alegações e da prova apresentados pelo Ministério Público não se reconduz à respetiva notificação desse mesmo progenitor para comparência no debate judicial.

32. Não pode o Supremo Tribunal de Justiça, sob pena de violar diretamente o direito a processo equitativo, adotar, como adotou, uma interpretação da norma contida no n.º 4 do artigo 114º da LPCJP capaz de presumir a notificação a cada um dos progenitores das alegações e da prova apresentadas pelo Ministério Público a partir da notificação através de uma única carta para comparência na data designada para realização do debate judicial.

33. Mais entendem os recorrentes padecer de inconstitucionalidade material a interpretação e aplicação da norma contida no art.º 114, n.º 4 da LPCJP no sentido de dispensar o cumprimento do dever de notificação das alegações e da prova indicadas pelo Ministério Público na sequência da apresentação de um pedido de consulta dos autos.

[...]

36. Verificando-se, ainda, a inconstitucionalidade material da interpretação do princípio do dever de boa-fé processual, acolhido no artigo 266º-A do CPC na versão então aplicável e, atualmente, previsto no artigo 8º do CPC, nos termos do qual os progenitores não representados por mandatário judicial, ficam impedidos de poder arguir, em sede de recurso, com êxito, a falta de notificação das alegações e dos meios de prova apresentados pelo Ministério Público, caso hajam requerido e lhes haja sido deferido o acesso aos autos (não existindo comprovativo nos autos da efetivação de tal consulta).

[...]

40. Tal interpretação desconsidera a vulnerabilidade da posição processual em que se encontram os progenitores não assistidos por mandatário e é desconforme ao interesse público que o contraditório visa assegurar através da imposição no n.º 4 do artigo 114º da LPCJP da obrigatoriedade da notificação aos progenitores das alegações e prova indicadas pelo Ministério Público.

41. A interpretação perfilhada no acórdão sob recurso conduz a que, não obstante a gravidade da matéria em causa e tratando-se de decisão irreversível e restritiva de direitos fundamentais, caiba aos recorrentes o ónus de zelarem pelo efetivo cumprimento do contraditório, ficando o julgador demitido desse dever,

[...]

43. Pelos motivos acima já descritos, também o entendimento de que as intervenções posteriores dos recorrentes, em sede de recurso da decisão proferida pela 1ª instância, tem o efeito de sanar eventuais vícios preexistentes, como a falta de cota nos autos da efetivação da consulta capaz de suportar a presunção de que a consulta aos autos teve efetivamente lugar, viola o direito à tutela jurisdicional efetiva e o processo equitativo consagrados no artigo 20º da CRP.

44. Deve ser assim declarada a inconstitucionalidade material das normas conjugadas dos artigos 615.º, n.ºs 1 e 4, e 617.º, n.º 6, do CPC, e 114.º, n.º 4, da LPCJP, interpretadas e aplicadas no sentido de a intervenção dos progenitores em sede de reclamação e recursos interpostos da decisão proferida em processo de promoção e proteção em que está em causa a aplicação da medida de confiança de um ou mais dos seus filhos menores a pessoa para adoção, ou a instituição com vista a futura adoção, ter o efeito de sanar a falta de notificação das alegações e dos meios de prova oferecidos pelo MP em momento anterior à decisão da ia instância.

45. Mais deve ser declarada a inconstitucionalidade material das normas conjugadas dos artigos 615.º, n.ºs 1 e 4, e 617.º, n.º 6, do CPC interpretadas e aplicadas no sentido de dispensar o tribunal, em sede de decisão sobre as nulidades arguidas ao abrigo do disposto no n.º 4 do artigo 615º do CPC, de fundamentar de facto a afirmação de que, em processo de promoção e proteção em que está em causa a confiança de menores a instituição com vista a futura adoção, cada um dos progenitores requereu a consulta do processo e teve efetivo acesso às alegações do MP e aos meios de prova por este oferecidos.

[...]

47. [T]al interpretação é materialmente inconstitucional por violação direta do artigo 205º da CRP, e, ainda, do direito à tutela jurisdicional efetiva e do direito ao processo equitativo consagrados no texto constitucional.

48. Deve, ainda, ser declarada a inconstitucionalidade material das normas dos artigos 35.º, n.º 1, alíneas d) e g), 45.º e 55.º, n.º 2, da LPCJP interpretadas e aplicadas no sentido de que o incumprimento da realização de ato médico de laqueação das trompas da progenitora pode relevar, mesmo instrumentalmente, para efeitos da aplicação da medida de confiança dos seus filhos menores a pessoa selecionada para adoção ou a instituição com vista a futura adoção.

49. Tal interpretação viola frontalmente o princípio do livre desenvolvimento da personalidade, bem como o direito a constituir família, previstos nos artigos 18º, n.º2, 26º e 36º da Constituição e ainda o artigo 8º da CEDH.

[...]

51. Deve ainda ser declarada a inconstitucionalidade da inconstitucionalidade material da norma do artigo 35.º, n.º 1, alínea g), da LPCJP interpretada e aplicada no sentido de que é possível aplicar a medida de confiança a pessoa selecionada para futura adoção ou a instituição para futura adoção apenas a parte dos

filhos da progenitora sem evidenciar a impossibilidade de aplicação de medidas menos gravosas que atinjam todos os seus filhos.

52. Entendem os recorrentes incompatível com os princípios constitucionais que, sem a ponderação de quaisquer fundamentos específicos atinentes à individual situação de qualquer dos menores, um menor de sete anos de idade seja confiado a instituição com vista a adoção e veja cortados os laços com os seus progenitores e com todos os seus irmãos e a sua irmã, de dez anos de idade, veja reconhecido o direito de crescer na sua família biológica, à guarda da sua progenitora.

53. Assim, sustentam os recorrentes que a interpretação e aplicação das normas do artigo 35º, n.º1, alínea g) da LPCJP no sentido de que é possível aplicar a medida de confiança a instituição apenas a alguns dos filhos da progenitora, mantendo-se os outros com medida de apoio junto da Mãe, sem evidenciar a impossibilidade de aplicação de medidas menos gravosas que atinjam todos os seus filhos, é flagrantemente inconstitucional por violação dos princípios da proporcionalidade e da tutela da família, previstos nos artigos 18º, n.º2, e 36º, n.º 6 da Constituição.

54. Finalmente entendem os recorrentes que deve ainda ser declarada pelo Tribunal Constitucional a inconstitucionalidade material das normas conjugadas dos artigos 1978.º do Código Civil e 35.º, n.º 1, alínea g), da LPCJP, interpretadas e aplicadas no sentido de que é possível a aplicação da medida de confiança a pessoa selecionada para adoção ou a instituição para futura adoção numa situação tendencialmente perigosa para a segurança, saúde, formação moral/educação dos menores de modo a acautelar o perigo acentuadamente possível, ainda que possa estar longe do dano sério que a todo o custo se deve evitar.

55. Com efeito a destruição da relação familiar através da aplicação da medida de promoção e proteção acolhida na alínea g) do n.º 1 do artigo 35º da LPCJP não se encontra no âmbito da livre apreciação do julgador na ponderação dos bens jurídicos ali em colisão atenta a força normativa dos princípios consagrados nos artigos 36.º e 57.º da CRP.

56. A decisão sobre a necessidade e a proporcionalidade da intervenção judicial nesta matéria implica a completa ponderação das circunstâncias do caso concreto, na interpretação jurídica dos princípios e normas constitucionais, sendo que as circunstâncias de ordem económica convocam o Estado na sua missão de apoio aos mais carenciados.

[...]»

3.2. Na sua contra-alegação, o Ministério Público pronunciou-se no sentido de serem procedentes as questões prévias suscitadas no despacho de fls. 1737. Invocou, ainda, que a questão de constitucionalidade enunciada na alínea j) do requerimento de recurso não deveria ser conhecida, por falta de coincidência com a *ratio decidendi* do tribunal recorrido (n.ºs 22 a 24 da contra-alegação). No final, formulou as seguintes conclusões com relevância para a decisão do presente recurso:

«[...]

7) Os recorrente suscitam, no seu recurso, *ex abundante*, 16 questões de inconstitucionalidade (cfr. alíneas a) a p) do requerimento de recurso, a fls. 1723-1727 dos autos);

8) No entanto, a *primeira questão de constitucionalidade* suscitada não deverá ser conhecida por este Tribunal Constitucional, uma vez que não coincide, inteiramente, com a *ratio decidendi* do Acórdão recorrido do Supremo Tribunal de Justiça [...];

9) Relativamente à *segunda questão de constitucionalidade* suscitada, julga-se que a mesma não foi anteriormente suscitada *ex professo* pelos recorrentes, quando se pronunciaram sobre a inadmissibilidade do recurso de revista do acórdão proferido pela Relação de Lisboa, sobre reclamação instaurada da decisão

sumária que conheceu do recurso da apelação (cfr. fls. 1500, 1550 dos autos), embora a referida questão se possa considerar subjacente a alguma da argumentação então apresentada (cfr. fls. 1500 *in fine* e fls. 1503-1504 dos autos); para além disso, porém, tal questão não integrou a *ratio decidendi* do Acórdão recorrido do Supremo Tribunal de Justiça [...];

10) A *quarta questão de constitucionalidade* suscitada não deverá ser conhecida por este Tribunal Constitucional, pelas mesmas razões constantes da conclusão anterior [...];

11) A *quinta questão de constitucionalidade* não foi anteriormente suscitada *qua tale* pelos recorrentes, quando se pronunciaram sobre a inadmissibilidade do recurso de revista do acórdão proferido pela Relação de Lisboa, sobre reclamação instaurada da decisão sumária que conheceu do recurso da apelação (cfr. por exemplo fls. 1542 dos autos); por outro lado, não integrou a *ratio decidendi* do Acórdão recorrido do Supremo Tribunal de Justiça [...];

12) A *sexta questão de constitucionalidade* não integrou a *ratio decidendi* do Acórdão recorrido do Supremo Tribunal de Justiça [...];

13) A *sétima questão de constitucionalidade* também não integrou a *ratio decidendi* do Acórdão recorrido do Supremo Tribunal de Justiça [...];

14) Quanto à *oitava questão de constitucionalidade*, encontra-se indissolúvelmente ligada a uma *interpretação e qualificação dos factos*, feita pelas instâncias de julgamento, quanto à situação dos filhos dos recorrentes. Nessa medida, respeita à decisão jurisdicional, na sua singularidade e não é, por esse motivo, a bem dizer, uma *questão normativa de constitucionalidade*; de qualquer modo, não integrou a *ratio decidendi* do Acórdão recorrido do Supremo Tribunal de Justiça [...];

15) Relativamente à *décima primeira questão de constitucionalidade*, a mesma também não integrou a *ratio decidendi* do Acórdão recorrido do Supremo Tribunal de Justiça [...];

16) O mesmo se poderá dizer relativamente à *décima segunda questão de constitucionalidade* que, por outro lado, se prende indissolúvelmente com as circunstâncias dos autos e a sua qualificação pelas instâncias de julgamento, pelo que dificilmente se poderá considerar uma *questão normativa de constitucionalidade* [...];

17) Quanto à *décima terceira questão de constitucionalidade*, valem considerações idênticas às da conclusão anterior [...];

18) O mesmo se poderá dizer relativamente à *décima quarta questão de constitucionalidade* [...];

19) Valem idênticas considerações relativamente à *décima quinta questão de constitucionalidade* [...];

20) E o mesmo se poderá, ainda, dizer relativamente à *décima sexta questão de constitucionalidade* [...];

[...]

31) [A]s questões suscitadas, no presente recurso de constitucionalidade, não respeitam, diretamente, à posição das crianças envolvidas, mas, sim, à *situação processual dos seus progenitores* e à *forma como os seus direitos foram, ou não, devidamente acautelados nos autos* [...];

32) Ora, o Acórdão recorrido contém, sob este ponto de vista, *alguns elementos perturbadores*, quer relativamente à (eventual) *notificação dos progenitores* [...], quer relativamente à *aplicação da medida de confiança a instituição com vista a futura adoção* [...];

[...]

34) A *terceira questão de constitucionalidade*, suscitada pelos recorrentes, respeita ao facto de poder incumbir aos ora recorrentes *elidir a presunção de que foram notificados, nos termos do art. 114º, nº 4 da LPCJP*, o que poderá, segundo eles, envolver violação dos *princípios da segurança jurídica e do processo equitativo* [...];

35) No entanto, em termos de jurisprudência constitucional, o *princípio da segurança jurídica* está, normalmente, associado a problemas decorrentes de *alterações legislativas*, designadamente o *poder de autorrevisibilidade das leis*, e as respetivas consequências sobre situações já constituídas. Encontra-se, por isso, igualmente associado ao problema da *proteção da confiança* (cfr. Acórdãos 575/14, 590/15 [...]);

36) Nada de semelhante se verifica, porém, relativamente à questão de constitucionalidade em apreciação. *Não houve lugar, com efeito, a nenhuma alteração da ordem jurídica com que os recorrentes não pudessem, legitimamente, contar* [...];

37) E resulta plenamente comprovado nos autos, como referido ao longo das presentes contra-alegações, o facto de os *progenitores*, ora recorrentes, *terem sido, durante 11 anos, instados para alterar a difícil situação em que as crianças à sua guarda se encontravam*;

38) Em face de todo o circunstancialismo espelhado no Acórdão recorrido, do Supremo Tribunal de Justiça, *comprovando a reiterada possibilidade de acesso à informação constante dos autos*, não se julga que se mostre *excessivo* ou, sequer, *desrazoável* considerar, *ainda que por presunção legal - sendo certo que, pelo menos, a mãe o foi devidamente -, notificados os progenitores da possibilidade de aplicação de medida de confiança dos seus filhos a instituição, com vista a futura adoção* [...];

39) O *acesso à informação constante dos autos* esteve sempre *assegurado, por sucessivos despachos judiciais, designadamente por iniciativa dos recorrentes* e, nessa medida, se o acesso se não verificou, *quod erat demonstrandum*, não foi por falta de possibilidade de isso ter acontecido;

40) Acresce, que a *presunção era ilidível* e, apesar de todo o seu esforço argumentativo, os recorrentes não conseguiram convencer as instâncias de que *esse conhecimento se não havia, realmente, verificado*.

41) Não parece, pois, que se possa concluir ser inconstitucional, sob o ponto de vista do princípio da segurança jurídica, a norma impugnada de «... *incumbir às partes ou interessados elidirem a presunção de que foram notificados, nos termos do citado artigo 114º, nº 4, da LPCJP*»;

42) Também sob o ponto de vista do *processo equitativo*, se crê que a questão suscitada se não revela constitucionalmente desconforme (cfr. Acórdãos 204/15, 501/15 e 569/15 [...]);

43) Não há, com efeito, nenhuma perversão da norma impugnada, relativa especificamente à *presunção de uma notificação*, que, em abstrato, *condicione o exercício do contraditório*, por parte dos recorrentes, *estabeleça uma desigualdade de armas ou de posição no processo, crie uma situação de indefesa ou não conceda aos recorrentes meios efetivos de defesa para ilidir a presunção legal* [...];

[...]

45) O problema não está, pois, na *previsão legal da norma*, relativa, repete-se, à *presunção de uma notificação*, mas na forma como eventualmente os recorrentes se comportaram, em termos de *diligência e interesse, para garantir o acesso à informação de que careciam para fundamentar a sua posição*.

46) Nessa medida, também sob o ponto de vista do *processo equitativo*, se crê que a *terceira questão de constitucionalidade*, suscitada pelos recorrentes, não se afigura inconstitucional;

47) A *nona questão de constitucionalidade*, suscitada pelos recorrentes, respeita à «*norma do artigo 103º da LPCJP interpretada e aplicada no sentido de não ser necessária a constituição obrigatória de*

*advogado em processo de promoção e proteção de crianças e jovens em que esteja em causa a aplicação de medida de confiança a instituição com vista a futura adoção», norma, essa, que, no entender dos recorrentes «viola o princípio da tutela jurisdicional efetiva, consagrada no artigo 20º da Constituição, ao negar a assistência necessária e obrigatória dos progenitores por advogado em processo em que está em causa a restrição de direitos fundamentais» [...];*

48) A jurisprudência do Tribunal Constitucional, em matéria do direito de acesso ao direito e aos tribunais e à tutela jurisdicional efetiva, consagrado no artigo 20º da Constituição, é abundante (cfr., por exemplo, os Acórdãos 235/11, 350/12, 243/13, 839/13, 113/15, 220/15, 273/15 e 373/15 [...]);

49) Da leitura destes Acórdãos resulta a preocupação deste Tribunal Constitucional em ver assegurado às partes, no âmbito do direito de acesso aos tribunais e a uma tutela jurisdicional efetiva, «o direito a um processo justo baseado nos princípios da prioridade e da sumariedade», sem prejuízo de que, «embora esteja vinculado a criar meios jurisdicionais de tutela efetiva dos direitos e interesses ofendidos dos cidadãos, “o legislador não deixa de ser livre de os conformar, não sendo de todo o modo obrigado a prever meios iguais para situações diversas, considerando ainda que a identidade ou diversidade das situações em presença há-de resultar de uma perspetiva global que tenha em conta a multiplicidade de interesses em causa, alguns deles conflituantes entre si” (cfr. Acórdão n.º 63/2003)” [...];

[...]

52) “*Quer isto dizer, fundamentalmente, que no âmbito de proteção normativa do artigo 20.º da CRP se integrarão, além de um geral direito de ação, ainda o direito a prazos razoáveis de ação e de recurso e o direito a um processo justo, no qual se incluirá, naturalmente, o direito de cada um a não ser privado da possibilidade de defesa perante os órgãos judiciais na discussão de questões que lhe digam respeito. Integrando, assim, a “proibição da indefesa” o núcleo essencial do “processo devido em Direito”, constitucionalmente imposto, qualquer regime processual que o legislador ordinário venha a conformar – seja ele de natureza civil ou penal – estará desde logo vinculado a não obstaculizar, de forma desrazoável, o exercício do direito de cada um a ser ouvido em juízo”;*

53) “*... em qualquer caso, à luz do princípio do processo equitativo, os regimes adjetivos devem revelar-se funcionalmente adequados aos fins do processo e conformar-se com o princípio da proporcionalidade, não estando o legislador autorizado a criar obstáculos que dificultem ou prejudiquem, arbitrariamente ou de forma desproporcionada, o direito de acesso aos tribunais e a uma tutela jurisdicional efetiva ...”;*

54) Ora, todas estas considerações suscitam uma *dúvida razoável*, em termos de *due process of law*, sobre se a circunstância de os recorrentes não terem sido assistidos por mandatário judicial, antes da prolação da decisão relativa à aplicação da medida de confiança dos seus filhos a instituição com vista a adoção, não terá impedido uma efetiva defesa das suas posições [...];

[...]

57) [É] indubitável, em face dos autos, que os ora recorrentes *não dispuseram de assistência de mandatário judicial qualificado que lhes explicasse*, não só o facto de poder ser decidida, pela instância judiciária competente, uma medida de colocação dos seus filhos em instituição com vista a futura adoção, *mas, sobretudo, que os alertasse para as gravosas consequências jurídicas de uma tal decisão* [...];

58) Perante a gravidade de uma tal medida, *que poderá marcar indelevelmente o fim da convivência familiar entre os progenitores e os seus sete filhos, destruindo a ligação familiar existente entre eles*, há que garantir que se encontram reunidas todas as condições para que a decisão judicial, que a decreta, se revele de indiscutível acerto, não só *na defesa primacial dos interesses dos menores envolvidos, mas também dos direitos dos seus progenitores*;

59) Ora, a esta luz, a «norma do artigo 103º da LPCJP interpretada e aplicada no sentido de não ser necessária a constituição obrigatória de advogado em processo de promoção e proteção de crianças e jovens em que esteja em causa a aplicação de medidas de confiança a instituição com vista a futura

*adoção*», suscitada pelos recorrentes como *nona questão de constitucionalidade* pode, efetivamente, levantar problemas sob o ângulo do respeito pelo *princípio da tutela jurisdicional efetiva* (cfr. supra nº 64 das presentes contra-alegações).

60) Aliás, muito significativamente, o art. 103º da LPCJP foi recentemente alterado pela *Lei 142/2015*, de 8 de Setembro, prevendo-se agora, no nº 4 desta disposição, que, «*no debate judicial é obrigatória a constituição de advogado ou a nomeação de patrono aos pais quando esteja em causa a aplicação da medida prevista na alínea g) do n.º 1 do artigo 35.º e, em qualquer caso, à criança ou jovem*», sendo que a medida prevista na alínea g) do nº 1 do art. 35º é, justamente, relativa à «*confiança a pessoa selecionada para a adoção, a família de acolhimento ou a instituição com vista à adoção*»;

61) Uma tal posição resulta de jurisprudência consolidada do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (cfr. Acórdãos “*P., C. and S. v. the United Kingdom*” – Sentença de 16 de Julho de 2002, “*Assunção Chaves contra Portugal*” – Sentença de 31 de Janeiro de 2012, “*Pontes contra Portugal*” – Sentença de 10 de Abril de 2012 [...]);

62) Conclui-se, assim, que a *nona questão de constitucionalidade*, suscitada pelos recorrentes, pode, efetivamente, *levantar problemas de constitucionalidade*, sob o ângulo do respeito pelo princípio da tutela jurisdicional efetiva e envolver, simultaneamente, uma violação do art. 8º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos [...];

63) A *décima questão de constitucionalidade*, suscitada pelos recorrentes, respeita à «*norma do artigo 114º nº 4 da LPCJP, interpretada e aplicada no sentido de ser legítima (em processo de promoção e proteção), a aplicação da medida mais gravosa de confiança (a pessoa selecionada para adoção, ou) a instituição com vista a futura adoção a menores relativamente aos quais os respetivos progenitores não puderam exercer o contraditório (em relação a menores para os quais o MP não havia proposto a aplicação dessa medida, não sendo chamados, os progenitores, a exercer sobre a mesma o contraditório)*» [...];

64) Segundo os recorrentes, a referida norma «*... viola o princípio do contraditório e da tutela jurisdicional efetiva, consagrados no artigo 20º da CRP na medida em que possibilita que os progenitores sejam confrontados com a aplicação de uma decisão surpresa, com a qual não podiam contar nem contra a qual puderam exercer atempadamente o contraditório*»;

65) Não se crê, todavia, que esta norma apresente problemas de constitucionalidade, desde logo, *por não ter havido lugar a nenhuma decisão-surpresa*, num processo de acompanhamento de crianças que leva *já 11 anos de existência, com sucessivas intervenções corretivas das autoridades judiciais* para permitir, aos ora recorrentes, corrigir a situação difícil e de grande abandono em que as mesmas crianças se encontravam [...];

66) Depois, porque houve lugar à *notificação efetiva*, pelo menos, *da mãe das crianças* [...] do despacho que expressamente contemplava «*... que uma das medidas que pode vir a ser aplicada é a de confiança do menor com vista a futura adoção plena*»;

[...]

71) Por outro lado, *ambos os progenitores*, ora recorrentes, *estiveram presentes no debate judicial e foram ouvidos no seu decurso* (cfr. fls. 1610 *in fine* dos autos);

72) O problema não está, pois, na *previsão legal da norma*, relativa à *notificação das alegações e prova apresentada pelo Ministério Público*, mas na forma como eventualmente os recorrentes se comportaram, em termos de diligência e interesse, para garantir o acesso a esta informação, de que careciam para fundamentar a sua posição.

73) *Tendo tido toda a possibilidade de o fazer, se assim o tivessem querido*;

74) Não se crê, pois, que a *décima questão de constitucionalidade* ofereça problemas, do ponto de vista da sua conformidade constitucional, uma vez que, como devidamente sublinhado pelo Acórdão recorrido, do Supremo Tribunal de Justiça, *houve lugar*, nos presentes autos, *à notificação prevista no art. 114.º, n.º 4 da LPCJP*;

[...].»

3.3. Os recorridos B., C., D., E., F., G., H. e I. vieram aos autos dizer que subscrevem a posição assumida pelos recorrentes (fls. 1952).

4. Em 19 de fevereiro de 2016 os recorrentes juntaram aos autos o acórdão entretanto proferido pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, 4.ª Secção, e que respeita ao caso objeto da decisão ora recorrida – *Soares de Melo c. Portugal*, n.º 72850/14, de 16 de fevereiro de 2016 (fls. 1955-1987, também disponível, assim como os demais adiante citados, em <http://hudoc.echr.coe.int/eng#> ).

Com efeito, a recorrente J. apresentou, em 5 de dezembro de 2014, uma queixa contra a República Portuguesa, ao abrigo do artigo 34.º da Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais (adiante referida como “CEDH”), alegando uma violação do seu direito ao respeito pela vida privada e familiar, garantido pelos artigos 6.º, § 1, 8.º e 13.º daquele normativo (§§ 1, 3 e 63 do citado acórdão *Soares de Melo c. Portugal*). Tal iniciativa surgiu na sequência do pedido, apresentado em 19 de novembro de 2014, ao abrigo do artigo 39.º do Regulamento do Tribunal de, a título cautelar, e durante o processo junto do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, lhe ser concedido o direito de visitar os filhos confiados a instituições com vista a futura adoção e de serem restabelecidos os contactos entre os próprios irmãos confiados a diferentes instituições (v. *Soares de Melo c. Portugal*, §§ 53 e 54). O pedido cautelar foi deferido e, desde 5 de março de 2015, a mãe passou a estar autorizada a visitar os seus filhos nas três instituições em que foram colocados (v. *Soares de Melo c. Portugal*, §§ 54-56).

No âmbito do processo principal, o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, depois de julgar improcedente a exceção do «caráter prematuro da queixa» invocada pela República Portuguesa com base na pendência do presente recurso de constitucionalidade (cfr. o artigo 35.º da CEDH; v. *Soares de Melo c. Portugal*, §§ 66 a 76), decidiu apreciar o caso à luz apenas do artigo 8.º da Convenção, «que exige que o processo decisório que culmine em medidas de ingerência seja equitativo e que o mesmo respeite, como é devido, os interesses protegidos por esta disposição (*Kutzner c. Allemagne*, n.º 46544/99, § 56, CEDH 2002-I, *Kříž c. République tchèque* (déc.), n.º 26634/03, 29 novembre 2005, e *Pontes c. Portugal*, n.º 19554/09, § 67, 10 avril 2012)» (v. *Soares de Melo c. Portugal*, § 65). A final, e na parte que releva para os presentes autos, o Tribunal, por unanimidade:

«2. *Decide* continuar a indicar [*continuer à indiquer*] ao Governo, em aplicação do artigo 39.º do Regulamento, ser desejável [*qu’il est souhaitable*], no interesse do bom desenvolvimento do procedimento, que tome as medidas adequadas a garantir o direito de visita da requerente relativamente aos seus filhos confiados a instituição com vista à sua futura adoção, até que o presente acórdão se torne definitivo ou que o Tribunal tome outra decisão a tal respeito;

3. *Decide* que houve violação do artigo 8º da Convenção, em razão da decisão de confiar M., Y., I.R., L., M.S., A., e R. a uma instituição com vista à sua futura adoção;

4. *Decide* que houve violação do artigo 8º da Convenção em razão do facto de a decisão de confiar as crianças a instituição com vista à sua futura adoção ter tomado em consideração o não respeito pela requerente do compromisso assumido de se submeter a uma esterilização por laqueação das trompas;

5. *Decide* que houve violação do artigo 8º da Convenção em razão da interdição de qualquer contacto entre a requerente e os seus filhos M., Y., I.R., L., M.S., A., e R. desde 8 de junho de 2012 até 5 de março de 2015;

6. *Decide* que houve violação do artigo 8º da Convenção, em razão da falta de envolvimento efetivo da requerente no processo decisório que conduziu à confiança a instituição com vista a adoção de seis dos seus filhos;

7. *Decide* que as autoridades nacionais deverão reexaminar, num prazo curto, a situação da requerente e dos seus filhos M., Y., I.R., L., M.S., A., e R. à luz da presente decisão e adotar as medidas apropriadas no interesse superior das crianças;

8. *Decide*

a) que o Estado demandado deve pagar à requerente, nos três meses a contar da data em que o acórdão se tiver tornado definitivo nos termos do artigo 44º, nº 2 da Convenção, 15 000 EUR (quinze mil Euros), mais todo o montante que possa ser devido a título de imposto, por danos morais;

b) que a contar do termo do referido prazo e até ao pagamento, este montante será acrescido de um juro simples a uma taxa igual à da facilidade de empréstimo marginal do Banco Central Europeu aplicável durante este período, acrescido de três pontos percentuais.» (fls. 1984)

5. Por despacho de fls. 1989, datado de 23 de fevereiro de 2016, o relator mandou notificar os recorrentes para, querendo, se pronunciarem sobre a questão prévia suscitada pelo Ministério Público relativamente à «décima questão de constitucionalidade» [– a enunciada na *alínea j*) do n.º 2 do requerimento de recurso –] (fls. 1847) – não integração da *ratio decidendi* do acórdão recorrido –, não obstante aquele recorrido, a final, ter pugnado pelo conhecimento do mérito de tal problema de constitucionalidade (cfr. as conclusões 63) e ss. da sua contra-alegação).

Os recorrentes pronunciaram-se em 8 de março de 2016 no sentido de se impor o conhecimento de tal questão, em virtude de se encontrarem «verificados todos os pressupostos do recurso de constitucionalidade» (fls. 1995 a 2005).

6. Em 1 de março de 2016 veio a Mimar – Associação de Acolhimento e Integração de Crianças, a instituição em que a recorrida I., nascida em 25 de novembro de 2011, se encontra desde maio de 2012, «partilhar com o douto Tribunal Constitucional a séria preocupação da instituição» com a situação de «perigo emocional» em que aquela recorrida, agora com mais de quatro anos, se encontra e apelar a que, «com a máxima urgência, seja tomada uma decisão» (v. fls. 1993-1994). No parecer daquela instituição, «a ausência de uma decisão que permita integrar I. rapidamente numa família, biológica ou outra, representa um sério risco para o seu desenvolvimento integral, bem como para o sucesso da sua integração em qualquer família no futuro.»

Cumpra apreciar e decidir.

## II. Fundamentação

### A) O objeto formal do recurso

7. Os recorrentes vêm recorrer do acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 28 de maio de 2015, considerando que o mesmo foi “*confirmado*” pelos acórdãos de 9 de julho de 2015 e de 17 de setembro de 2015, proferidos na sequência de incidentes pós-decisórios – *in casu* a arguição de nulidades – suscitados pelos próprios recorrentes. Coerentemente, e por cautela, apresentaram também recursos de constitucionalidade das primeiras duas decisões, os quais foram expressamente admitidos pelo tribunal *a quo* (cfr., respetivamente, fls. 1649-1655 e fls. 1670; e fls. 1684-1697 e fls. 1698). Considerando, aliás corretamente, que a pronúncia do tribunal recorrido só se tornou *definitiva*, na sequência do acórdão de 17 de setembro de 2015, os recorrentes apresentaram, depois, um terceiro requerimento de interposição de recurso de constitucionalidade, que também foi objeto de um despacho de admissão pelo relator no tribunal recorrido.

Porém, importa não confundir a *definitividade* de uma dada decisão com a respetiva *confirmação por via de reexame*: os acórdãos de 9 de julho e de 17 de setembro limitaram-se a indeferir as nulidades arguidas, respetivamente, em relação ao acórdão de 28 de maio e ao acórdão de 9 de julho. A *matéria da causa* foi apreciada apenas pelo acórdão de 28 de maio de 2015, tendo-se o poder jurisdicional quanto a tal matéria esgotado com a sua prolação; o acórdão de 9 de julho de 2015 apenas decidiu a questão suscitada da *nulidade do acórdão de 28 de maio* e o acórdão de 17 de setembro de 2015 fez o mesmo em relação à questão suscitada da *nulidade do acórdão de 9 de julho* (artigos 613.º, n.º 1, e 617.º, n.º 6, primeira parte, aqui aplicáveis *ex vi* artigos 666.º e 685.º, todos do Código de Processo Civil).

O presente recurso de constitucionalidade respeita àquelas três decisões, mas não pode abstrair do respetivo conteúdo. E, como evidenciado, tal conteúdo não é uniforme, já que cada uma delas decidiu coisa diferente das outras duas. Assim, o objeto formal deste recurso, contrariamente ao que parece resultar do terceiro requerimento de interposição de recurso acima transcrito, não é unitário mas composto. Trata-se de aspeto relevante, sobretudo, no que se refere ao ónus de suscitação prévia da questão de inconstitucionalidade nos recursos de constitucionalidade interpostos ao abrigo do disposto no artigo 70.º, n.º 1, alínea b), da LTC, como sucede no caso vertente.

Isto dito, verifica-se que os três requerimentos do recurso de constitucionalidade admitidos pelo tribunal *a quo* se distinguem entre si em virtude da adição das questões de constitucionalidade enunciadas nas alíneas *l)*, *m)*, *n)*, no segundo, e das alíneas *o)* e *p)*, no terceiro. Deste modo, tratando-se de objeto impugnatório, em sentido material, que foi sendo sucessivamente retomado e, acima de tudo, *renovado*, justifica-se que se tenha em consideração, por exigências de simplificação, apenas o terceiro requerimento, sem prejuízo da mencionada autonomia dos três elementos do respetivo objeto formal.

B) *A subsistência da utilidade do recurso face ao acórdão Soares de Melo c. Portugal, de 16 de fevereiro de 2016*

8. Considerando o n.º 7 do dispositivo do acórdão *Soares de Melo c. Portugal* – as autoridades nacionais deverão reexaminar, num prazo curto, a situação da ora recorrente J. e dos seus filhos confiados a instituições com vista a futura adoção – poder-se-ia questionar a subsistência da utilidade do presente recurso, uma vez que o Estado Português já se encontra obrigado a reexaminar a situação decidida pelo Supremo Tribunal de Justiça e pelo Tribunal da Relação de Lisboa, à luz das diversas violações do artigo 8.º da CEDH identificadas pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem. Com efeito, verifica-se uma parcial sobreposição entre tais violações e as questões de constitucionalidade objeto do presente recurso. Em particular, as violações mencionadas nos n.ºs 3 e 6 do dispositivo do citado acórdão implicam uma nova e atualizada apreciação do caso, só adequadamente realizável no quadro de uma reavaliação global da situação presente dos recorrentes e dos seus filhos, ora recorridos.

O Tribunal Constitucional vem reiteradamente afirmando o carácter ou função *instrumental* dos recursos de fiscalização concreta: só há *interesse processual* em apreciar a questão de constitucionalidade suscitada quando o eventual julgamento de inconstitucionalidade for suscetível de se poder projetar ou repercutir, de forma útil e eficaz, na decisão recorrida, de modo a alterar ou modificar, no todo ou em parte, a solução jurídica que se obteve no caso concreto, implicando a respetiva reponderação pelo tribunal *a quo* (cfr. CARLOS LOPES DO REGO, *Os Recursos de Fiscalização Concreta na Lei e na Jurisprudência do Tribunal Constitucional*, Almedina, Coimbra, 2010, p 52). A *utilidade* do julgamento do presente recurso estaria em causa, na medida em que, independentemente do sentido da sua decisão, o acórdão recorrido (e, bem assim, os que conheceram das suas nulidades) teria de ser modificado por força da aludida decisão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem.

Contudo, a situação processual criada não é linear, sendo a *segurança jurídica* do que vier a ser decidido – em especial a definitividade da decisão – e a *celeridade* com que tal segurança venha a ser alcançada interesses fundamentais a considerar num caso como o que está subjacente aos presentes autos.

9. Recorde-se que o processo judicial de promoção dos direitos e proteção das crianças e jovens em perigo é de jurisdição voluntária e decidido, na sequência de debate judicial, pelo tribunal composto por um juiz, que preside, e por dois juízes sociais; acresce que a medida aqui em causa – confiança a instituição com vista a adoção – não está sujeita a revisão pelo próprio tribunal, salvo, a título excecional, em casos de manifesta inviabilidade da sua execução (artigos 62.º-A, n.ºs 1, *in fine*, e 2, 100.º, 114.º, 115.º e 120.º, todos da LPCJP; sobre a não inconstitucionalidade da proibição da revisão, para efeitos de reapreciação da conduta e condições supervenientes dos progenitores, da medida de confiança com vista a futura adoção prevista no artigo 62.º-A, na sua redação originária, i.e., da Lei n.º 31/2003, de 22 de agosto, v. o Acórdão n.º 416/2011). Por outro lado, e como referido, tanto no caso do Tribunal da Relação de Lisboa como no caso do Supremo Tribunal de Justiça, proferida a decisão do recurso de apelação e do recurso de revista, ficou esgotado o respetivo poder jurisdicional quanto à matéria da causa.

Assim, a execução imediata ou direta da decisão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem teria de passar por um – ou dois, atenta a irrecorribilidade para o Supremo Tribunal

de Justiça das resoluções proferidas em sede de jurisdição voluntária segundo critérios de conveniência ou oportunidade estatuída no artigo 988.º, n.º 2, do Código de Processo Civil – *recurso de revisão*, conforme previsto no artigo 696.º, alínea f), do citado Código. Nos termos de tal preceito, uma decisão *transitada em julgado* pode ser objeto de revisão «quando seja inconciliável com decisão *definitiva* de uma instância internacional de recurso vinculativa para o Estado Português» (itálico aditado; v. também o artigo 697.º, n.º 2, alínea b), do mesmo normativo).

Sucedem que nem as decisões daqueles dois tribunais superiores nacionais transitaram em julgado nem a decisão de 16 de fevereiro de 2016 do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem é definitiva.

Na verdade, os dois principais acórdãos internos a considerar – o de 27 de março de 2014, da Relação de Lisboa, e o de 28 de maio de 2015, do Supremo Tribunal de Justiça – foram ambos impugnados por via de recurso e, conseqüentemente, ainda podem vir a ser reformados. Na ordem jurídica portuguesa, a noção de trânsito em julgado referida no artigo 628.º do Código de Processo Civil tem de ser articulada com os artigos 280.º da Constituição e 80.º da LTC. E, claro está, a adoção de um conceito *funcional* – e não simplesmente *formal* – de norma jurídica para recortar o objeto do recurso de constitucionalidade reforça objetivamente aquela possibilidade. Deste modo, tal como interpretado pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem no acórdão *Soares de Melo c. Portugal*, o conceito de *decisão interna definitiva* previsto no artigo 35.º, n.º 1, da CEDH ter-se-á possivelmente reportado, no tocante às «resoluções proferidas segundo critérios de conveniência ou oportunidade» referidas no artigo 988.º, n.º 2, do Código de Processo Civil, ao acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 27 de março de 2014, ou porventura à pronúncia desse Tribunal que, em 22 de janeiro de 2015, indeferiu as nulidades entretanto arguidas; e, quanto às questões de legalidade, ao acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 28 de maio de 2015, ou porventura à pronúncia definitiva desse Tribunal sobre as nulidades de tal acórdão constante do acórdão de 17 de setembro de 2015. Segura e assumidamente, como resulta do § 74 da decisão *Soares de Melo c. Portugal*, tal conceito não se reportou à decisão do presente recurso, sem prejuízo de mesmo nesse § 74 se admitir como uma das conseqüências possíveis de tal decisão o reenvio do processo para novo julgamento na primeira instância. O próprio Tribunal Europeu dos Direitos do Homem parece, deste modo, consciente de que a execução do seu julgamento não pode ser imediata, em virtude de a *decisão interna definitiva* que considerou não ser uma decisão transitada em julgado.

Por outro lado, o acórdão *Soares de Melo c. Portugal*, de 16 de fevereiro de 2016, só se torna definitivo caso entretanto não seja objeto de recurso, a interpor no prazo de três meses a contar da sua data, para o plenário do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (*Grande Chambre* ou «tribunal pleno») ou seja emitida uma declaração de renúncia a tal recurso (cfr. os artigos 43.º e 44.º, n.º 2, da CEDH). E, naturalmente, havendo recurso que seja admitido, aquele julgamento pode não ser confirmado.

Pelo exposto, a utilidade imediata do presente recurso decorre, desde logo, da indispensabilidade da respetiva decisão em ordem a possibilitar a prolação de uma decisão definitiva no processo-base suscetível de adquirir força de caso julgado e, bem assim, da não definitividade do acórdão *Soares de Melo c. Portugal*, de 16 de fevereiro de 2016. Acresce que, se este último for objeto de recurso para o tribunal pleno, torna-se incerto o julgamento sobre as violações do artigo 8.º da CEDH e, conseqüentemente, a necessidade de uma nova e atualizada apreciação do caso objeto do processo-base. Nessa mesma medida, a decisão do

presente recurso de constitucionalidade, se julgado total ou parcialmente procedente, poderá tutelar direitos fundamentais dos recorrentes alegadamente violados. Em qualquer caso, eventuais juízos positivos de inconstitucionalidade proferidos no âmbito do presente recurso balizarão sempre os termos da reforma da decisão recorrida, impedindo designadamente a nova aplicação dos critérios normativos julgados inconstitucionais. Este aspeto pode ser muito relevante, mesmo tendo em conta a profunda modificação da LPCJP operada pela Lei n.º 142/2015, de 8 de setembro, e ainda que pudesse ser iniciado um processo de revisão antes deste Tribunal decidir o presente recurso, uma vez que as «decisões proferidas no processo de revisão admitem os recursos ordinários a que estariam originariamente sujeitas no decurso da ação em que foi proferida a sentença a rever» (artigo 697.º, n.º 6, do Código de Processo Civil); já «a decisão do recurso [de constitucionalidade] faz caso julgado no processo quanto à questão da inconstitucionalidade ou ilegalidade suscitada» (artigo 80.º, n.º 1, da LTC). Finalmente, o interesse numa clarificação célere e definitiva do caso sobre que incide o processo-base exige igualmente a rápida decisão das questões de inconstitucionalidade que constituem o objeto material do presente recurso, assim as mesmas possam ser conhecidas.

### C) *Questões prévias impeditivas da apreciação do mérito do recurso*

10. No sistema português de fiscalização de constitucionalidade, a competência atribuída ao Tribunal Constitucional cinge-se ao controlo da inconstitucionalidade normativa, ou seja, de questões de desconformidade constitucional imputada a *normas jurídicas* ou a *interpretações normativas*, e já não da inconstitucionalidade imputada diretamente às decisões judiciais, em si mesmas consideradas. O objeto material do recurso de constitucionalidade deve, por isso, e sob pena de *inidoneidade*, revestir um carácter normativo: corresponde ao critério normativo da decisão, a uma norma abstratamente enunciada e vocacionada para uma aplicação potencialmente genérica; não se destina a sindicar o puro ato de julgamento, enquanto ponderação casuística da singularidade própria e irrepetível do caso concreto. Distingue-se aquele objeto, por isso, daquilo que representa já uma autónoma valoração ou subsunção do julgador. A distinção entre os casos em que a inconstitucionalidade é imputada a interpretação normativa daqueles em que é imputada diretamente a decisão judicial radica em que, na primeira hipótese, é discernível na decisão recorrida a adoção de um critério normativo (ao qual depois se subsume o caso concreto em apreço), com carácter de generalidade, e, por isso, suscetível de aplicação a outras situações; enquanto, na segunda hipótese, está em causa a aplicação dos critérios normativos tidos por relevantes às particularidades do caso concreto (v., entre muitos, o Acórdão n.º 138/2006).

Nos recursos interpostos ao abrigo da alínea b) do n.º 1 do artigo 70.º da LTC – como ocorre no presente processo –, a respetiva admissibilidade depende ainda da verificação cumulativa dos requisitos de a questão de inconstitucionalidade haver sido suscitada «durante o processo», «de modo processualmente adequado perante o tribunal que proferiu a decisão recorrida, em termos de este estar obrigado a dela conhecer» (artigo 72.º, n.º 2, da LTC), e de a decisão recorrida ter feito aplicação, como sua *ratio decidendi*, das dimensões normativas arguidas de inconstitucionais pelo recorrente.

Consistindo a competência do Tribunal Constitucional, no domínio da fiscalização concreta, na faculdade de revisão, em via de recurso, de decisões judiciais, compreende-se que a questão de constitucionalidade deva, em princípio, ter sido colocada ao tribunal *a quo*, além

de que permitir o acesso a este Tribunal com base numa invocação da inconstitucionalidade unicamente após a prolação da decisão recorrida, abriria o indesejável caminho à sua utilização como expediente dilatatório. Daí que só tenha *legitimidade* para pedir ao Tribunal Constitucional a fiscalização de constitucionalidade de uma norma quem tenha suscitado previamente essa questão junto do tribunal recorrido, em termos de o vincular à sua apreciação, face às normas que regem o processo em que se enxerta o recurso constitucional (artigo 72.º, n.º 2, da LTC).

Suscitar uma questão de inconstitucionalidade normativa de modo processualmente adequado impõe que, por um lado, o recorrente enuncie um critério de decisão suscetível de generalização, como se salientou no Acórdão n.º 501/2004. Por outro lado, este pressuposto «só é, em regra, de considerar preenchido quando o interessado, pelo menos, identifica a norma que reputa de inconstitucional, menciona a norma ou princípio constitucional que considera infringido e justifica, ainda que de forma sumária, mas de modo claro e preciso, as razões que, no plano constitucional, invalidam a norma e impõem a sua ‘não aplicação’ pelo tribunal da causa, ao abrigo do disposto no artigo 204.º da Constituição» (Acórdão n.º 710/2004). Ou, como se refere no Acórdão n.º 560/94 – e constitui jurisprudência uniforme e constante:

«[A] inconstitucionalidade de uma norma jurídica só se suscita durante o processo, quando tal questão se coloca perante o tribunal recorrido a tempo de ele a poder decidir e em termos de ficar a saber que tem essa questão para resolver - o que, obviamente, exige que quem tem o ónus da suscitação da questão de constitucionalidade a coloque de forma clara e perceptível.

Bem se compreende que assim seja, pois que, se o tribunal recorrido não for confrontado com a questão de constitucionalidade, não tem o dever de a decidir. E, não a decidindo, o Tribunal Constitucional, se interviesse em via de recurso, em vez de ir reapreciar uma questão que o tribunal recorrido julgara, iria conhecer dela ex novo.

A exigência de um cabal cumprimento do ónus da suscitação atempada - e processualmente adequada – da questão de constitucionalidade não é, pois – [...] –, uma "mera questão de forma secundária". É uma exigência formal, sim, mas essencial para que o tribunal recorrido deva pronunciar-se sobre a questão de constitucionalidade e para que o Tribunal Constitucional, ao julgá-la em via de recurso, proceda ao reexame (e não a um primeiro julgamento) de tal questão.»

Além disso, considerando o caráter ou função instrumental dos recursos de fiscalização concreta de constitucionalidade face ao processo-base, exige-se, para que o recurso tenha efeito útil, que haja ocorrido efetiva aplicação pela decisão recorrida da norma ou interpretação normativa cuja constitucionalidade é sindicada. É necessário, pois, que esse critério normativo tenha constituído *ratio decidendi* do acórdão recorrido, pois, só assim, um eventual juízo de inconstitucionalidade poderá determinar uma reformulação dessa decisão.

Refira-se ainda que o objeto do recurso constitucional é definido, em primeiro lugar, pelos termos do requerimento de interposição de recurso. Tem sido entendimento constante do Tribunal Constitucional que, ao definir, no requerimento de interposição de recurso, a norma ou interpretação normativa cuja constitucionalidade pretende sindicat, o recorrente delimita, em termos irremediáveis e definitivos, o objeto do recurso, não lhe sendo consentida qualquer modificação ulterior, com exceção de uma redução do pedido, nomeadamente, no âmbito da alegação que produza.

Expostos, sumariamente, os pressupostos essenciais ao conhecimento do recurso de constitucionalidade interposto nos termos do artigo 70.º, n.º 1, alínea b), da LTC, cumpre

verificar o seu preenchimento, relativamente às questões colocadas pelos recorrentes neste processo, sabido que a decisão de admissão do recurso proferida pelo tribunal recorrido não vincula o Tribunal Constitucional (artigo 76.º, n.º 3, da LTC).

11. Com efeito, os recorrentes foram alertados, no despacho que ordenou a produção de alegações, para a eventual procedência de diversas questões prévias que poderiam obstar a uma pronúncia de mérito quanto a diversas questões de inconstitucionalidade. Nas suas alegações, optaram os mesmos por não responder, individualizadamente, a cada uma das referidas questões prévias. Ao invés, na parte inicial da sua alegação, sob o título «*A. Questão Prévia*», contrapuseram argumentação que, em sua perspetiva, deve relevar na «apreciação das questões de constitucionalidade suscitadas na decisão sob recurso». Nessa «brevíssima nota», invocam, designadamente, (i) que o controlo jurisdicional efetuado pelo Supremo Tribunal de Justiça havia, quanto à notificação constante do artigo 114.º, n.º 4, da LPCJP, dado a mesma como provada sem «o menor suporte factual nos autos» (fls. 1743); (ii) que «grande parte das questões suscitadas [perante o Supremo] não tiveram a merecida ponderação» (fls. 1745); (iii) que houve omissão de pronúncia relativamente a alguns aspetos na decisão do Supremo Tribunal de Justiça; (iv) estando em causa, por conseguinte, um «singular circunstancialismo que rodeia o presente recurso, condicionado pelo teor de afirmações não fundamentadas nem de facto nem de direito constantes das decisões sob recurso» (fls. 1745) e que «[é] neste mesmo circunstancialismo, de menor clareza e de incoerência argumentativa da decisão sob recurso, que se convoca o Tribunal Constitucional a intensificar o controlo da *interpretação da lei* em obediência aos direitos fundamentais dos recorrentes e, sobretudo, dos filhos menores já que o objeto do presente recurso de constitucionalidade se reporta diretamente ao sentido e alcance de garantias e direitos fundamentais acolhidos na CRP, cuja eficácia restrita é preciso assegurar em respeito a valores como o reconhecimento e proteção da dignidade da pessoa» (*ibidem*); (v) que o que visam, em primeira linha, não é «alcançarem de forma imediata ou direta uma reformulação do acórdão sob recurso por forma a manterem os laços de filiação com os seus sete filhos menores; é antes a reformulação do acórdão em causa com vista a verem garantido e efetivado o direito fundamental que lhes assiste, a eles e a todos os seus filhos, a um julgamento justo, norteado pelo princípio do contraditório e pelo direito de intervenção e de participação material e não meramente retórica ou formal na aquisição da prova no debate judicial» (fls. 1746); e que (vi), «[e]m suma, não pode um processo de promoção e proteção em que tal corte de vínculos possa ocorrer não se conformar com as exigências de um processo justo, leal e equitativo, sob pena de gravíssima violação de Direitos Humanos quer dos progenitores quer dos seus Filhos menores» (fls. 1746).

Todavia, nenhum destes aspetos evidenciados pelos recorrentes apresenta relevância para a apreciação das concretas questões prévias colocadas pelo relator no aludido despacho. Importa, isso sim, e como já referido, apreciar se tais questões prévias procedem ou não, impedindo ou permitindo um conhecimento do mérito das questões de inconstitucionalidade suscitadas pelos recorrentes no seu requerimento de interposição de recurso.

12. Para tanto, cumpre apreciar cada uma das questões de inconstitucionalidade, seguindo a ordem indicada no n.º 2 do requerimento de interposição do recurso de constitucionalidade de

fls. 1721 a 1731, acima transcrito, relativamente às quais foram colocadas dúvidas quanto ao conhecimento.

Considerando as finalidades próprias do recurso de constitucionalidade, há que dar a devida importância ao ônus de suscitação e, em consequência, atender quer à peça processual em que os recorrentes afirmam ter suscitado a questão da inconstitucionalidade concretamente em análise, quer ao conteúdo decisório de cada uma das três decisões que integram o objeto formal do presente recurso – os acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça de 28 de maio de 2015, de 9 de julho de 2015 e de 17 de setembro de 2015. Deste modo, e com ressalva de eventuais decisões surpresa devidamente indicadas e justificadas como tal pelos recorrentes, as questões decididas ou a decidir pelo primeiro daqueles arestos, devem ter sido suscitadas na alegação do recurso de revista (fls. 1219-1279); as questões decididas ou a decidir pelo segundo, devem ter sido apresentadas no requerimento a arguir a nulidade do acórdão de 28 de maio (fls. 1630-1638); e as questões decididas ou a decidir pelo terceiro, devem ter sido apresentadas no requerimento a arguir a nulidade do acórdão de 9 de julho (fls. 1695-1697).

Conforme resulta do n.º 4 do citado requerimento de interposição de recurso, é também essa a perspetiva dos recorrentes, que entendem ter suscitado as questões mencionadas nas alíneas *a)* a *j)* do n.º 2 desse mesmo requerimento «no âmbito do recurso do acórdão proferido pela 1ª instância, na reclamação para a conferência de Juízes e no recurso de revista». Aqui relevará apenas, conforme anteriormente exposto a propósito do ônus de suscitação em geral, a alegação produzida no recurso de revista. Com efeito, era esta a sede própria para vincular o tribunal ora recorrido a apreciar e decidir as questões de constitucionalidade que os ora recorrentes já tivessem identificado na sequência das decisões da primeira ou da segunda instância. Daí a referência expressa feita no acórdão de 28 de maio de 2015 ao artigo 639.º, n.º 1, do Código de Processo Civil (v. fls. 1607 – ônus de alegar e formular conclusões) e a subsequente arguição de nulidades por omissão de pronúncia por parte dos recorrentes que deu origem ao acórdão de 9 de julho de 2015. Por isso, eventuais considerações quanto à inconstitucionalidade de certas normas feitas em peça processual destinada a justificar seja o próprio conhecimento da revista, seja a necessidade ou conveniência do respetivo conhecimento alargado nos termos do artigo 686.º do Código de Processo Civil, já não satisfazem o citado ônus de suscitação, uma vez que são insuscetíveis de vincular o tribunal ora recorrido ao conhecimento de hipotéticas questões de inconstitucionalidade; aliás, a decisão sobre o julgamento alargado da revista é da competência exclusiva do Presidente do Supremo Tribunal de Justiça.

Já quanto às questões mencionadas nas alíneas *l)*, *m)*, *n)* e *p)* do n.º 2 do referido requerimento, indicam os recorrentes tê-las suscitado «já em sede de arguição de nulidades e pedido de reforma dos acórdãos de 28 de maio e de 9 de julho de 2015».

Finalmente, no tocante às questões mencionadas nas alíneas *k)* e *o)* do n.º 2 daquele requerimento, consideram os recorrentes que as mesmas são «verdadeiras decisões surpresa que [...] não podiam antecipar», uma vez que foram confrontados com elas «na sequência do decidido nos acórdãos do STJ de 9 de julho, e, em especial, do acórdão de 17 de setembro de 2015», não «lhes sendo por isso exigível a respetiva suscitação prévia».

12.1. Quanto à *primeira questão*, identificada na *alínea a)* do n.º 2 do requerimento de recurso: «as normas conjugadas dos artigos 35.º, alínea g), 114.º, n.º 1, e 117.º da LPCJP, e ainda dos artigos 254.º e 255.º, n.º 1, do CPC, interpretadas e aplicadas no sentido de que, estando em causa a possibilidade de aplicar uma medida tão gravosa como a medida de

confiança do menor a pessoa selecionada para adoção ou instituição para futura adoção, o progenitor que não constituiu mandatário se presume notificado dos atos processuais praticados», por violação dos princípios da segurança jurídica e do processo equitativo, consagrado no artigo 20.º da CRP, na medida em que afetam a posição processual dos progenitores num processo em que está em causa a inibição do poder paternal» (fls. 1723 e 1727; itálico aditado).

Os recorrentes foram alertados para a possibilidade de não conhecimento desta questão, em virtude de a mesma não ter sido suscitada durante o processo e não integrar a *ratio decidendi* do acórdão recorrido.

O Ministério Público considera que esta questão não integra a *ratio decidendi* da decisão recorrida (conclusão 8) da sua contra-alegação).

As menções à questão em apreço constam da alegação de revista, designadamente, a fls. 1255, 1259-1260 e nas respetivas conclusões 44., a fls. 1272, e 59., a fls. 1274, sendo evidente a falta de coincidência com tal questão. Deste modo, comprova-se a falta de suscitação processualmente adequada.

Na verdade, a mencionada conclusão 44. limita-se a salientar que «a obrigatoriedade da notificação aos progenitores prevista no n.º 4 do artigo 114.º da LPCJP das alegações e da prova apresentadas pelo Ministério Público, quando esteja em causa a aplicação da medida de confiança a instituição com vista a futura adoção, constitui garantia processual essencial a um processo equitativo, conferindo exequibilidade a preceitos constitucionais». Tal é exato, mas não coincide com o problema da *presunção de notificação na ausência de mandatário constituído* que os recorrentes agora, em sede de recurso de constitucionalidade, equacionam.

A fls. 1255 e 1259-1260 da alegação do recurso de revista, e na conclusão 59., os recorrentes são mais explícitos quando invocam a inconstitucionalidade material da «interpretação acolhida no acórdão sob recurso dos arts. 254.º, n.º 1 e 4, e 255.º, n.º 1, do CPC então aplicável, admitindo que num processo de promoção e proteção de crianças e jovens [– em particular quando esteja em causa a possibilidade de aplicar uma medida tão gravosa quanto a confiança a pessoa selecionada para adoção ou a instituição para futura adoção –] que os progenitores não constituíram mandatário, estes se presumem notificados para efeitos do n.º 4 do artigo 114.º da LPCJP, no caso do expediente ser devolvido ou não ter sido entregue por ausência de mandatário» (conclusão 59.). Porém, a referência à “devolução do expediente” (ou à “não entrega por ausência de destinatário”) evidenciam que o que está em causa não é apenas – como agora no recurso de constitucionalidade – a presunção de notificação nos casos em que não tenha sido constituído mandatário, mas antes que a mesma presunção possa funcionar naquele circunstancialismo típico (devolução do expediente ou não entrega por ausência de destinatário). Inexiste, portanto, suscitação adequada.

Acresce que a questão de inconstitucionalidade em análise se reporta a norma que não integra a *ratio decidendi* da decisão recorrida, falecendo, portanto, o requisito referente à utilidade do recurso.

Como resulta do acórdão recorrido, em especial de fls. 1609, o funcionamento da “presunção de notificação” deveu-se, não simplesmente à falta de constituição de mandatário ou à devolução do expediente, mas ao «circunstancialismo processual descrito e provado», o qual incluiu a valoração de factos relacionados com o comportamento processual das partes,

designadamente da mãe, ora recorrente (requerimento a pedir autorização para consultar o processo, contacto telefónico constante da cota processual datada de 15 de maio de 2012 e requerimento posterior a solicitar o adiamento do debate). Assim, pode ler-se no mencionado aresto:

«Efetivamente, segundo resulta do circunstancialismo processual acima descrito, nomeadamente da certidão de fls. 612 e não tendo os recorrentes constituído mandatário (cfr. art. 1409 do CPC, atual art. 986 do NCPC e art. 103 da LPCJP) a carta para a notificação foi dirigida para a morada que a recorrente havia indicado aquando da notificação em 11.02.2012, o que, à luz do citado art. 255 n.º 1 do CPC, com referência ao art. 254 do mesmo Código, presume-se que a notificação foi feita.» (itálico aditado)

O critério normativo aplicado pelo tribunal a quo foi, assim, o de que o progenitor que não constituiu mandatário pode presumir-se notificado, caso a carta com a notificação seja endereçada para a morada que o próprio já tenha indicado aquando de anterior notificação feita no mesmo processo.

Confirma-se em relação à questão da alínea a) do n.º 2 do requerimento de recurso, pelo exposto, a não suscitação adequada e a não integração na *ratio decidendi* do acórdão recorrido.

12.2. Quanto à segunda questão, identificada na alínea b) do n.º 2 do requerimento de recurso: «as normas conjugadas dos artigos 35.º, alínea g), 114.º, n.º 1, e 117.º da LPCJP, e ainda dos artigos 254.º e 255.º CPC, interpretadas e aplicadas no sentido de que, estando em causa a possibilidade de aplicar uma medida tão gravosa como a medida de confiança do menor a pessoa selecionada para adoção ou instituição para futura adoção, o progenitor que não constituiu mandatário se presume notificado dos atos processuais praticados, mesmo no caso de existir certidão negativa da notificação», por violação dos «princípios da segurança jurídica e do processo equitativo, consagrados no artigo 20.º da CRP, na medida em que privam os progenitores da possibilidade de uma efetiva defesa num processo em que está em causa a inibição do respetivo poder paternal» (fls. 1723 e 1727; itálico aditado).

Os recorrentes foram alertados para a possibilidade de não conhecimento desta questão, em virtude de a mesma não ter sido suscitada durante o processo e não integrar a *ratio decidendi* do acórdão recorrido. Mas, na sua resposta, nada disseram a este respeito.

O Ministério Público pronuncia-se dubitativamente sobre a suscitação adequada desta questão, reconhecendo embora que a mesma não foi suscitada na alegação do recurso de revista; considera, por outro lado, que a norma sindicada não integra a *ratio decidendi* da decisão recorrida (conclusão 9) da sua contra-alegação).

Efetivamente, o que se pode ler nas conclusões 46. a 58. da alegação de recurso de revista respeita exclusivamente à alegação do facto da omissão de notificação a qualquer um dos dois ora recorrentes fundada na falta de expedição de carta registada a notificar os recorrentes das alegações e da prova apresentada pelo Ministério Público nos termos do artigo 114.º, n.º 4, da LPCJP. É certo que a problemática subjacente à questão em apreço – ter-se o progenitor como notificado, quando consta do sistema informação de que chegou a ser elaborada a notificação mas a mesma veio a ser posteriormente anulada no sistema – é desenvolvida pelos recorrentes (cfr. fls. 1251-1253 e nas conclusões 55. a 57.). Contudo, não enunciaram, a propósito da mesma, uma questão normativa; ao invés, referem-se ao conteúdo de «fls 1075» e à «certidão judicial junta aos autos» (v. conclusões 55. e 56.). Por outro lado, a fls. 1259 do corpo da citada alegação, vêm dizer que o acórdão então recorrido terá entendido que

«incumbirá às partes ou interessados elidiram a presunção de que foram notificadas nos termos do citado artigo 114.º, n.º 4, em vez de caber ao Tribunal assegurar-se que essa notificação foi efetivamente levada a cabo com o conteúdo exigido por lei». Mas aqui inexistente qualquer referência a uma certidão negativa da notificação, o que torna patente a ausência de coincidência com o critério normativo ora em análise. A questão de inconstitucionalidade ora em análise e referida na alínea b) do n.º 2 do requerimento do recurso de constitucionalidade não foi, assim, suscitada adequadamente durante o processo.

Além disso, como referido a propósito da questão de constitucionalidade enunciada na alínea a) do n.º 2 do requerimento de interposição de recurso, a *ratio decidendi* do tribunal recorrido quanto à notificação não assumiu a existência de qualquer certidão negativa; bem pelo contrário, assentou precisamente no pressuposto contrário: a expedição da carta com a notificação para a morada que o notificando já tenha indicado aquando de anterior notificação feita no mesmo processo.

Confirma-se, igualmente neste caso, a ausência dos dois pressupostos de conhecimento do recurso quanto à questão em apreço: não suscitação adequada e não coincidência com a *ratio decidendi* do acórdão recorrido.

12.3. Quanto à quarta questão, identificada na alínea d) do n.º 2 do requerimento de recurso: «as normas dos artigos 104.º e 114.º da LPCJP, interpretadas e aplicadas no sentido de que é possível a realização do debate judicial sem a presença obrigatória de mandatário judicial dos progenitores, estando em causa a aplicação da medida mais gravosa de confiança a pessoa selecionada para adoção ou instituição com vista a futura adoção», por violação do disposto no artigo 20.º da Constituição (fls. 1723-1724 e 1727; *italico* aditado).

Também neste caso os recorrentes foram avisados da eventualidade de não conhecimento desta questão e o Ministério Público pronunciou-se no sentido do seu não conhecimento (conclusão 10) da sua contra-alegação).

A verdade é que, independentemente dos preceitos legais em que a mesma foi ancorada ou das concretas formulações utilizadas pelos recorrentes a propósito da suscitação da respetiva inconstitucionalidade, a norma em apreço se integra naquela que é objeto da questão de inconstitucionalidade enunciada na alínea i) do n.º 2 do citado requerimento de recurso (a nona questão): a norma do artigo 103.º da LPCJP, interpretada no sentido de não ser necessária a constituição obrigatória de advogado em processo de promoção e proteção de crianças e jovens em que esteja em causa a aplicação de medida de confiança a pessoa selecionada para adoção ou a instituição com vista a futura adoção. Com efeito, o aludido debate judicial corresponde a uma fase deste último processo de promoção e proteção, pelo que, se o patrocínio judiciário não for obrigatório em tal processo, necessariamente também não o será na fase correspondente ao debate judicial. E, nesse caso, será possível a realização do mesmo debate «sem a presença obrigatória de mandatário judicial dos progenitores».

Deste modo, e uma vez que não foram suscitados problemas de conhecimento quanto à mencionada nona questão, não se justifica uma autónoma análise dos pressupostos de conhecimento relativamente a esta quarta questão.

12.4. Quanto à quinta questão, identificada na alínea e) do n.º 2 do requerimento de recurso: «as normas dos artigos 35.º, alínea g), e 38.º-A da LPCJP, interpretadas e aplicadas no sentido de que é possível a aplicação da medida mais gravosa de confiança a pessoa selecionada para

adoção ou instituição com vista a futura adoção, com inibição do exercício das responsabilidades parentais e sem direito a visitas por parte da família natural, em processo em que se verificou a notificação meramente presumida dos progenitores das alegações e prova apresentada pelo MP para fundamentação da aplicação da referida medida», por violação dos artigos 20.º, n.º 1, 36.º, n.ºs 5 e 6, e 67.º da Constituição, «uma vez que admitem a aplicação de medidas de inibição definitiva do poder paternal em processo em que se verifica a notificação meramente presumida dos progenitores» (fls. 1724 e 1727-1728; *itálicos aditados*).

Os recorrentes foram alertados para a eventualidade de não se conhecer desta questão pelo facto de a mesma não ter sido suscitada durante o processo e, bem assim, não integrar a *ratio decidendi* do acórdão recorrido.

Também neste caso, o Ministério Público se pronunciou no sentido de não dever conhecer-se desta questão pela ausência daqueles dois pressupostos (conclusão 11) da sua contra-alegação).

Subsistem, quanto a esta questão, os dois impedimentos ao conhecimento que já se mencionaram nos números anteriores: a questão não foi suscitada, enquanto critério normativo devidamente enunciado e destacado dos pormenores concretos do caso, perante o tribunal recorrido e, bem assim, não integrou a *ratio decidendi* da pronúncia do mesmo.

Com efeito, o que os recorrentes questionaram perante o tribunal a quo, a este propósito, foi a exclusão da possibilidade de os progenitores se defenderem da aplicação da medida mais gravosa de confiança a instituição com vista a futura adoção, em virtude de falta de notificação ou de notificação meramente presumida da proposta de aplicação de tal medida pelo Ministério Público, com inibição do exercício das responsabilidades parentais e sem direito a visitas por parte da família natural (cfr., na alegação de revista, fls. 1258 e a conclusão 23), a fls. 1267-1268); e não a admissibilidade, em si mesma considerada, da aplicação das regras sobre notificações presumidas naquele tipo de processos. Valem aqui *mutatis mutandis* as considerações já feitas a propósito das duas primeiras questões de inconstitucionalidade (v. supra os n.ºs 12.1. e 12.2.). E, como referido, a presunção de notificação dos progenitores assentou num circunstancialismo factual complexo, relacionado com a leitura do comportamento dos mesmos à luz de padrões de boa-fé no comportamento processual, tendo sido decisivo, para o tribunal a quo, o entendimento de que pode presumir-se notificada a parte, caso a carta com a notificação seja endereçada para a morada que a própria já tenha indicado aquando de anterior notificação feita no mesmo processo (cfr. fls. 1609).

Procedem, portanto, quanto a esta questão os dois mencionados obstáculos ao conhecimento do mérito.

12.5. Quanto à sexta questão, identificada na alínea f) do n.º 2 do requerimento de recurso: «as normas dos artigos 35.º, n.º 1, alíneas d), e g), e 45.º e 55.º, n.º 2, da LPCJP, interpretadas e aplicadas no sentido de que o incumprimento da realização de ato médico de laqueação das trompas da progenitora pode relevar, mesmo instrumentalmente, para efeitos da aplicação da medida de confiança dos seus filhos menores a pessoa selecionada para adoção ou a instituição com vista a futura adoção», por violação dos «princípios da proporcionalidade e da tutela da família, previstos nos artigos 18.º, n.º 2, 36.º, n.º 6, da Constituição, e, ainda, do apoio à família, previsto no seu artigo 67.º» (fls. 1724 e 1728; *itálico aditado*).

Os recorrentes foram alertados para o eventual não conhecimento desta questão pelo facto de a mesma não integrar a *ratio decidendi* da pronúncia recorrida. E o Ministério Público concordou (conclusão 12) da sua contra-alegação).

É manifesto que assim é: resulta da decisão recorrida, que «a decisão [do Tribunal da Relação de Lisboa] não faz qualquer alusão ao mencionado acordo, nem teve o mesmo como suporte» (fls. 1611). Acrescentando: «[o] mencionado acordo surge, aqui [– no acórdão então recorrido –] como matéria de natureza predominantemente instrumental, que nada teve a ver com a decisão tomada pelas instâncias, mostrando-se, neste contexto desadequado e impróprio invocar-se a violação dos citados preceitos constitucionais» (itálico aditado). Deste modo, não foi aplicado qualquer critério normativo no sentido de que o incumprimento de realização de ato médico de laqueação da trompas pode relevar, ainda que instrumentalmente, para efeitos da aplicação da medida de confiança dos seus filhos menores a pessoa selecionada para adoção ou a instituição com vista a futura adoção, impondo-se, também quanto a esta questão, o não conhecimento do mérito do recurso.

Note-se que no âmbito do presente recurso apenas está em causa saber se a interpretação normativa sindicada pelos recorrentes constituiu critério normativo de decisão do tribunal a quo. Questão diferente, e que a este Tribunal não cabe apreciar, é a de saber se, conforme se sustenta no acórdão Soares de Melo c. Portugal, o incumprimento do acordado entre a recorrente e a segurança social relativamente à sua esterilização, foi ou não um aspeto ponderado na decisão (concreta) – em especial do Tribunal da Relação de Lisboa e do tribunal de primeira instância – de aplicar a medida de confiança dos menores ora recorridos a instituição com vista à sua futura adoção (cfr. o n.º 4 do dispositivo do mencionado acórdão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem).

12.6. Quanto à sétima questão, identificada na alínea g) do n.º 2 do requerimento de recurso: «a norma do artigo 35.º, n.º 1, alínea g), da LPCJP interpretada e aplicada no sentido de que é possível aplicar a medida de confiança a pessoa selecionada para futura adoção apenas a parte dos filhos da progenitora sem evidenciar a impossibilidade de aplicação de medidas menos gravosas que atinjam todos os seus filhos», por violação dos princípios da proporcionalidade e da tutela da família, consagrados nos artigos 18.º, 36.º, n.º 6, e 67.º da Constituição (fls. 1724 e 1728; itálico aditado).

Os recorrentes foram alertados para o eventual não conhecimento desta questão pelo facto de a mesma não integrar a *ratio decidendi* da pronúncia recorrida. O Ministério Público entende igualmente que a questão em apreço não integrou tal *ratio* (conclusão 13) da sua contra-alegação).

Subsiste, com efeito, a assinalada questão prévia: em lado algum resulta da decisão recorrida que esta tenha utilizado, para decidir o recurso de revista, o critério normativo ora sindicado, nomeadamente no que se refere à aludida “falta de evidência da impossibilidade de aplicação de medida menos gravosa”. O que resulta de tal decisão é a verificação, no respeito dos poderes de cognição do Supremo Tribunal de Justiça em matéria de jurisdição voluntária (recorde-se o já citado artigo 988.º, n.º 2, do Código de Processo Civil), de que a decisão então recorrida subsumiu a situação factual apurada no processo ao artigo 1978.º, n.º 1, alínea d) do Código Civil (fls. 1618). Depois, à luz do disposto no artigo 69.º, n.ºs 1 e 2, da Constituição, o tribunal recorrido entendeu o disposto no artigo 1978.º, n.º 1, alínea d), e no artigo 34.º da LPCJP como concretizações daquele «desiderato constitucional» justificativas de uma «funcionalização do poder paternal que permite compreender que o seu exercício seja

controlado e defendido contra os próprios progenitores, através da possibilidade de inibição do poder paternal ou, não sendo caso disso, de providências limitativas» (fls. 1620-1621). E conclui:

«[A] invocação da ofensa dos direitos fundamentais da progenitora, ou progenitores (art. 18.º, n.º 2, 26.º e 36.º da CRP) não resiste ao quadro fáctico, como o que acima se descreveu, quando, considerando os superiores interesses dos menores, o que aí vem provado a respeito das situações dos menores em causa, configura [em] face das apontadas disposições legais da LPCJP e [d]o citado art. 1978.º do C. Civil, uma situação tendencialmente perigosa para a segurança, saúde, formação moral/educação dos menores em causa. Neste contexto, trata-se de acautelar o perigo acentuadamente possível [...]» (fls. 1621).

12.7. Quanto à *oitava questão*, identificada na *alínea h*) do n.º 2 do requerimento de recurso: «as normas conjugadas dos artigos 1978.º do Código Civil e 35.º, n.º 1, alínea g), da LPCJP, interpretadas e aplicadas no sentido de que é possível a aplicação da medida de confiança a pessoa selecionada para adoção ou a instituição para futura adoção *numa situação tendencialmente perigosa* para a segurança, saúde, formação moral/educação dos menores *de modo a acautelar o perigo acentuadamente possível, ainda que possa estar longe do dano sério que a todo o custo se deve evitar*», por violação dos «princípios da proporcionalidade e da proteção da família e [d]o dever do Estado em apoiar os mais carenciados, consagrados nos artigos 18.º, 36.º e 67.º da Constituição» (fls. 1724 e 1728; *italicos aditados*).

Os recorrentes foram alertados para a possibilidade de não conhecimento desta questão por a mesma não ter sido adequadamente suscitada.

O Ministério Público, pelo seu lado, salienta que tal questão não tem carácter normativo, visando a própria decisão recorrida, e, por outro lado, que ela não integra a *ratio decidendi* da decisão recorrida (conclusão 14) da sua contra-alegação).

Não está em causa uma eventual inidoneidade do objeto, porquanto se trata de um efetivo critério normativo, devidamente destacado da concreta factualidade. Por outro lado, integra a *ratio decidendi* da decisão recorrida – tanto assim é, que esta questão é transcrita, parcialmente, na referida decisão (cfr. fls. 1624). Contudo, e como se salientou oportunamente, não houve suscitação adequada desta questão durante o processo. Perante o tribunal *a quo*, o que os recorrentes sempre salientaram (e impugnaram) foi que a aplicação da medida de promoção e proteção de confiança a pessoa selecionada para adoção, em situação de «carência ou fragilidade económica dos progenitores, *desligada de uma verdadeira situação de perigo*», violaria os referidos parâmetros constitucionais (cfr. fls. 1261 e a conclusão 73, a fls. 1277). Ou seja, os recorrentes não suscitaram no processo a questão de inconstitucionalidade que agora pretendem ver apreciada. Por este motivo, não pode conhecer-se de tal questão.

12.8. Quanto à *décima questão*, identificada na *alínea j*) do n.º 2 do requerimento de recurso: «a norma do artigo 114.º, n.º 4, da LPCJP, interpretada e aplicada no sentido de ser legítima, em processo de promoção e proteção, *a aplicação da medida mais gravosa de confiança a pessoa selecionada para adoção, ou a instituição com vista a futura adoção, em relação a menores para os quais o MP não havia proposto a aplicação dessa medida, não sendo chamados os progenitores a exercer sobre a mesma o contraditório*», por violação do «princípio do contraditório e da tutela jurídica efetiva consagrados no artigo 20.º da CRP na medida em que possibilita que os progenitores sejam confrontados com a aplicação de uma decisão surpresa, com a qual não podiam contar nem contra a qual puderam exercer atempadamente o contraditório» (fls. 1725 e 1728-1729).

Como referido *supra* no n.º 5, o Ministério Público invocou, quanto a esta questão, a possibilidade de a mesma não ser conhecida, uma vez que «não parece que esta décima questão de constitucionalidade (...) haja integrado, *qua tale*, a *ratio decidendi* do acórdão [recorrido]» (cfr. fls. 1847).

Os recorrentes, chamados a pronunciarem-se sobre a ausência de tal pressuposto, consideram no que importa à questão ora em análise, «estarem verificados todos os pressupostos do recurso de constitucionalidade» (n.º 3 da resposta, fls. 1996). «[7. E]ntendem [os recorrentes] que quando o Ministério Público, em sede das alegações, não propõe a aplicação da medida de confiança a instituição com vista a futura adoção, mas o julgador, atento o resultado da produção da prova no decurso do debate judicial, a entende como medida mais ajustada, deverá em obediência ao contraditório [...] ouvir os progenitores sobre a aplicação de tal medida. 8. O STJ entende que essa audiência não é necessária porque os progenitores terão sido, em momento anterior, notificados dessa possibilidade em abstrato» (*ibidem*). No mais, contestam, no plano factual, a notificação ao ora recorrente K. do despacho proferido «em 26.01.2012, antes da aquisição de prova que viria a fundamentar a decisão judicial de confiança [dos dois menores em causa] a instituição com vista a futura adoção, [que] terá permitido aos progenitores a correta apreensão de que o processo judicial de promoção e proteção, então pendente, poderia vir a implicar o corte definitivo dos vínculos com os seus filhos menores», o que terá comprometido «de forma irremediável o princípio do contraditório» (v. os n.ºs 9, 10 e 12, fls. 1996-1997).

Contudo, não têm razão quanto à colocada questão da correspondência da norma impugnada com a *ratio decidendi* do acórdão recorrido. O tribunal *a quo* considerou – bem ou mal, não cabe aqui apreciar – que os progenitores, ora recorrentes, tiveram oportunidades concretas de se pronunciarem sobre a aplicação da medida de confiança a instituição com vista a futura adoção de *todos* os menores. Ou seja, o critério normativo em análise não foi aplicado por aquele tribunal.

Desde logo, de lado algum da decisão resulta que os pais *não foram chamados a exercer o contraditório* relativamente à possibilidade de aplicação da medida mais gravosa de confiança a pessoa selecionada para adoção ou a instituição com vista a futura adoção. Bem pelo contrário, o tribunal recorrido considerou expressamente que o princípio do contraditório foi observado, mesmo no que se refere aos menores em relação aos quais o Ministério Público não pedira nas suas alegações apresentadas ao abrigo do disposto no artigo 114.º, n.º 4, da LPCJP a aplicação da citada medida:

*«Ainda nesta linha das nulidades de carácter processual [– em causa está a invocada nulidade processual de omissão de pronúncia decorrente da aplicação da medida de confiança a instituição com vista a futura adoção a dois dos sete menores em violação do princípio do contraditório –] assume relevo o facto de os recorrentes se insurgirem também contra a decisão relativamente aos menores C. e D. por a considerarem uma decisão surpresa, por o MP ter proposto a medida de confiança para a instituição com vista a futura adoção, apenas relativamente aos menores I., H., F., G. e E..*

*Não se pode, aqui, falar verdadeiramente em decisão surpresa, quando na conferência de 26.01.2012 inserido a fls. 558 e segs. essa possibilidade foi colocada relativamente a todos os menores, nomeadamente quando aí se ordenou expressamente a notificação dos progenitores no sentido de que uma das medidas que podia vir a ser aplicada era a de confiança dos menores com vista a futura adoção plena.*

*Como se referiu no Ac. da Relação de Lisboa de 24.01.2012 Proc. n.º 3649/10.0TBRR. L1.7 “ a possibilidade de aplicação da medida de confiança a instituição com vista a futura adoção, deve como tal, de*

*forma necessária ser referenciada nos autos previamente à sua aplicação, por importar um corte definitivo dos laços familiares”.*

*No caso dos autos ainda que o MP não tivesse proposto especificamente para aqueles menores a medida de confiança a instituição com vista a futura adoção, o certo é que com a notificação que lhes foi dirigida a darem conhecimento da possibilidade da aplicação da medida, permite aos recorrentes de algum[a] forma tomar conhecimento dessa possibilidade e dessa forma também podem exercer o respetivo contraditório.*

*Isto para dizer que carece de fundamento a arguida nulidade com base na inobservância do princípio do contraditório.» (fls. 1609-1610; itálicos aditados)*

Existe, portanto, também quanto a esta questão, a impossibilidade de conhecimento do mérito do recurso, uma vez que a mesma não integrou a *ratio decidendi* do acórdão recorrido.

12.9. Quanto à *décima primeira questão*, identificada na *alínea k)* do n.º 2 do requerimento de recurso: «as normas conjugadas dos artigos 615.º, n.ºs 1 e 4, e 617.º, n.º 6, do CPC, e 114.º, n.º 4, da LCPJP, interpretadas e aplicadas no sentido de *a inexistência de qualquer evidência processual de ter sido efetuada pelos progenitores a consulta do processo* de promoção e proteção em que está em causa a aplicação da medida de confiança de um ou mais dos seus filhos menores a pessoa para adoção, ou a instituição com vista a futura adoção, em momento anterior à decisão proferida em tal processo, constituir uma mera irregularidade processual, não configurando qualquer nulidade para efeitos do disposto no referido artigo 615.º do CPC», por violação do «direito à fundamentação consagrado no artigo 205.º da CRP em matéria relativa a direitos, liberdades ou garantias, bem como [do] princípio da tutela jurisdicional efetiva e [do] processo equitativo consagrado no artigo 20.º da CRP» (fls. 1725 e 1729; itálico aditado). Os recorrentes invocam que apenas lhes foi possível suscitar a presente questão no requerimento de interposição de recurso, pelo facto de a mesma constituir *decisão surpresa* (cfr. fls. 1730).

Foram os recorrentes alertados para a possibilidade de não se conhecer desta questão pelo facto de a mesma não integrar a *ratio decidendi* do acórdão recorrido.

O Ministério Público pronunciou-se no mesmo sentido (conclusão 15) da sua contra-alegação).

E, com efeito, subsiste a ausência do referido pressuposto, já que na decisão recorrida se afirma, precisamente, *existir evidência de que os progenitores*, ora recorrentes, *consultaram os autos* antes de ser proferida a decisão a decretar a medida de confiança a instituição com vista a futura adoção. Nesse sentido, pode ler-se no acórdão de 28 de maio de 2015:

«[A]s *diversas intervenções dos recorrentes no decurso do processo*, afastam qualquer hipótese de violação do contraditório [...], como foi o caso do requerimento a pedir para consultar o processo, que foi deferido, e que seguramente permitiu aos recorrentes ter acesso às provas que o MP indicou e utilizou no debate judicial, no decurso do qual também foram *ouvidos*.

Com *todas as intervenções no processo por parte dos recorrentes*, que foram processualmente admitidas seguramente em nome da observância do contraditório [...]

No próprio debate judicial embora os recorrentes na altura não tivessem mandatário, *o certo é que foram ouvidos [...]*» (fls. 1610; itálicos aditados).

12.10. Quanto às *décima segunda, décima terceira e décima quarta questões*, identificadas, respetivamente, nas *alíneas l), m) e n)* do n.º 2 do requerimento de recurso (fls. 1729), as mesmas apresentam alguns traços comuns que justificam a sua análise conjunta. Conforme referido pelos próprios recorrentes, todas elas foram suscitadas «já em sede de arguição de nulidades e pedido de reforma dos acórdãos de 28 de maio e 9 de julho de 2015» (fls. 1730). Acresce que todas elas se conxionam com a alegação de violação do princípio do contraditório assente numa falta de notificação dos recorrentes ou numa ausência de conhecimento por parte dos mesmos de alegações e provas que fundaram a decisão de confiar os ora recorridos a instituição com vista à sua futura adoção. Estão em causa as seguintes normas:

– «As normas conjugadas dos artigos 615.º, n.ºs 1 e 4 e 617.º, n.º 6, do CPC e 114.º, n.º 4, da LPCJP interpretadas e aplicadas no sentido de, na *inexistência de qualquer evidência processual de ter sido facultada aos progenitores a consulta do processo* de promoção e proteção em que está em causa a aplicação de medida de confiança de ou mais dos seus filhos menores a pessoa para adoção, ou a instituição com vista a futura adoção, em momento anterior à decisão proferida em tal processo, se presumir que efetivamente se veio a realizar a consulta dos autos pelos progenitores;

– «A norma do n.º 4 do artigo 114.º da LPCJP interpretada e aplicada no sentido de, em processo de promoção e proteção em que está em causa a aplicação da medida de confiança de um ou mais dos seus filhos menores a pessoa para adoção, ou a instituição com vista a futura adoção, *se poder presumir que os progenitores tiveram efetivo acesso às alegações do MP e aos meios de prova por este oferecidos com base num pedido de consulta do processo, sem que esteja evidenciado nos autos que tal consulta se realizou*» (itálico aditado);

– «A norma do n.º 4 do artigo 114.º da LPCJP interpretada e aplicada no sentido de, em processo de promoção e proteção em que está em causa a aplicação da medida de confiança de um ou mais dos seus filhos menores a pessoa para adoção, ou a instituição com vista a futura adoção, *se poder dispensar a notificação a cada um dos progenitores das alegações do MP e dos meios de prova por este oferecidos com base num pedido de consulta do processo, apresentado por um deles*» (itálico aditado).

Os recorrentes foram igualmente alertados para a possibilidade de não se conhecer destas questões, com base em três motivos: não suscitação adequada, não integração da *ratio decidendi* do acórdão recorrido e, por fim, estar em causa a sindicância da própria decisão recorrida. O Ministério Público pronunciou-se no sentido do respetivo não conhecimento (conclusões 16), 17) e 18) da sua contra-alegação).

O pressuposto da decisão assumida nesta parte pelo acórdão de 28 de maio de 2015 – e já evidenciado *supra* nos n.ºs 12.8. e 12.9. – comprova que o tribunal *a quo* considerou expressamente que o princípio do contraditório, entendido como faculdade de os interessados, designadamente os ora recorrentes, se pronunciarem sobre toda a prova e as alegações produzidas antes de ser tomada a decisão final de decretar a confiança dos ora recorridos a instituição com vista à sua adoção, foi sempre observado: os recorrentes *foram chamados ao processo* e, não apenas tiveram a oportunidade de defender os seus pontos de vista, como *foram ouvidos*.

Porém, uma vez que os recorrentes apenas suscitaram a questão em sede de incidentes pós-decisórios, importa aferir da verificação dos pressupostos do recurso de constitucionalidade em relação *apenas* aos acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça de 9 de julho de 2015 e de 17 de setembro seguinte (cfr. *supra* o n.º 12.).

Os recorrentes arguíram diversas nulidades do acórdão de 28 de maio de 2015. No requerimento correspondente, atacaram a decisão concreta e não qualquer critério normativo (fls. 1650-1658). Os ora recorrentes, na parte que aqui releva, insurgem-se contra: (i) o «erro na referência à carta constante de fls. 612 dos autos, cuja data é anterior à data do despacho proferido a fls. 610 dos autos»; (ii) a «omissão de pronúncia quanto à falta de envio a cada um dos recorrentes de carta com as alegações e meios de prova apresentados pelo Ministério Público»; e (iii) a «omissão de pronúncia quanto à inconstitucionalidade material da interpretação jurisprudencial que a partir da notificação para comparência no debate judicial presume a notificação das alegações e da prova do MP a cada um dos recorrentes». Porém, não enunciaram os critérios que agora pretendem sindicarem.

Por outro lado, o tribunal recorrido, no seu acórdão de 9 de julho de 2015, limitou-se a negar a existência de qualquer uma das nulidades previstas no artigo 615.º, n.º 1, do Código de Processo Civil, concluindo, na parte relevante:

«No que concerne à notificação para o debate judicial, em resultado do circunstancialismo processual ocorrido, nomeadamente que a carta foi dirigida para a morada indicada na certidão de fls. 604 e não tendo os recorrentes nessa altura constituído mandatário, considerou-se, à luz do art. 255 n.º 1 com referência ao art. 254 do mesmo Código, que a notificação [foi] feita. O que aqui acontece é que os recorrentes não aceitam o decidido, mas isso, não preenche qualquer nulidade.

Não existe também omissão de pronúncia relativamente à falta de envio a cada um dos recorrentes das cartas com as alegações e meios de prova apresentados pelo MP, porquanto neste domínio remetemos para os termos do Acórdão, nomeadamente quando aí se refere que devendo sempre presidir em termos de comportamento processual os princípios da boa-fé, *os recorrentes* com o seu requerimento a pedir autorização para consultar o processo que foi deferido, *tiveram seguramente acesso às alegações do MP e aos meios de prova que foram indicados*.

Quanto à inconstitucionalidade material da interpretação jurisprudencial que a partir da notificação para comparência no debate judicial presume a notificação das alegações e da prova do MP a cada um dos recorrentes cabe seguramente ao Tribunal constitucional pronunciar-se sobre a matéria, atento o recurso entretanto interposto para esse Tribunal, no entanto, sempre se dirá que *face ao acesso que os recorrentes sempre tiveram ao longo de todo o processo* e nomeadamente quando pediram para consulta[r os autos], *tomaram conhecimento das alegações do MP e dos meios de prova apresentados*, o que afasta qualquer juízo de inconstitucionalidade.» (fls. 1667-1668; *itálicos aditados*)

Portanto, também relativamente ao acórdão de 9 de julho de 2015 se verifica a ausência dos pressupostos da suscitação adequada e da coincidência com a respetiva *ratio decidendi*.

Na *arguição de nulidade* ou *pedido de reforma* deste mesmo aresto, deduzido a fls. 1695-1697 com base nos artigos 615.º, n.º 1, alínea b) («falta absoluta de fundamentação»), e 616.º, n.º 2, do Código de Processo Civil, os recorrentes concentram-se na afirmação de que «*os recorrentes com o seu requerimento a pedir autorização para consultar o processo* que foi deferido, *tiveram seguramente acesso às alegações do MP e aos meios de prova que foram indicados*», contestando-a. Suscitam na oportunidade três questões de inconstitucionalidade, correspondendo três delas – nomeadamente as que se reportam exclusivamente à

interpretação do artigo 114.º da LPCJP – aos critérios enunciados nas alíneas *l)*, *m)* e *n)* do n.º 2 do requerimento de interposição do presente recurso de constitucionalidade:

«[A] norma constante do n.º 4 do artigo 114.º da LPCJP interpretada e aplicada no sentido de que o pedido de consulta dos autos feito por um dos progenitores, em processo de promoção e proteção em que está em causa a aplicação da medida de confiança de menor a instituição com vista a futura adoção, permite a presunção do conhecimento por parte do outro progenitor das alegações e meios de prova indicados pelo Ministério Público, dispensando a respetiva notificação obrigatória.

[O] artigo 114.º da LPCJP é materialmente inconstitucional quando interpretado no sentido de em processo judicial de promoção e proteção em que está em causa a aplicação da medida de confiança de menor a instituição com vista a futura adoção, se poder presumir que os progenitores tiveram acesso às alegações do MP e aos meios de prova por este oferecido[s], com base num *pedido de consulta do processo*, sem que esteja demonstrado que tal consulta se realizou.

Mais se invoca que o artigo 114.º da LPCJP é materialmente inconstitucional quando interpretado no sentido de, em processo judicial de promoção e proteção em que está em causa a aplicação da medida de confiança de menor a instituição com vista a futura adoção, se poder dispensar a notificação a cada um dos progenitores das alegações e dos meios de prova indicados pelo Ministério Público, com base num pedido de consulta do processo, sem que esteja intraprocessualmente registada a concretização de tal consulta.» (fls. 1696-1697)

Ainda que os termos desta suscitação se possam ter, no essencial, como correspondentes ao enunciado do requerimento de interposição do presente recurso de constitucionalidade, a verdade é que o acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 17 de setembro de 2015, ora em causa, não aplicou tais critérios como sua *ratio decidendi*:

«Conforme se constata, o Acórdão proferido em 9.07.2015 não incorreu em nenhuma das nulidades invocadas pelos recorrentes, sendo certo que relativamente ao facto de não existir no processo cota a comprovar a consulta do processo por [nenhum] dos recorrentes, além de *não preencher qualquer das nulidades mencionadas no citado art. 615 do CPC*, também *tal circunstância de cariz predominantemente processual, quando muito poderia configurar tão só uma mera irregularidade de carácter procedimental*, mas que, no caso dos autos, há muito se encontra sanada pelas sucessivas e muitas intervenções processuais posteriores levada[s] a cabo pelos recorrentes ao longo do processo.

No que concerne à requerida reforma da decisão, a mesma também não tem qualquer fundamento, porquanto não se verificam os pressupostos mencionados no citado art. 616 n.º 2 do CPC.

Por último e relativamente às inconstitucionalidades arguidas o Tribunal Constitucional oportunamente se pronunciará, face ao recurso, entretanto interposto (cfr. fls. 1649) (fls. 1700).

Com efeito, em sede de decisão sobre nulidades arguidas e de reforma de decisão anterior, o acórdão ora considerado não tinha o dever de se pronunciar sobre as mencionadas questões de inconstitucionalidade, tanto mais que as mesmas respeitavam a matéria – a interpretação do artigo 114.º da LPCJP – relativamente à qual o poder jurisdicional já se havia esgotado com a prolação do acórdão de 28 de maio de 2015 (v. o artigo 613.º, n.º 1, aplicável *ex vi* artigo 685.º, ambos do Código de Processo Civil). Nesse aresto, com efeito, o tribunal *a quo*, conforme já referido *supra* no n.º 12.9., considerou existir evidência de que os recorrentes consultaram os autos, assente no facto de constar dos autos que eles requereram a consulta e que a mesma lhes foi deferida, assim se presumindo «efetivamente [que] se veio a realizar a consulta do auto pelos progenitores». O objeto do dissídio prende-se, portanto, com a própria decisão, nessa valoração, a qual surge explicitada no acórdão de 9 de julho de 2015, na parte acima transcrita.

Deste modo, e em conclusão, por não correspondência com a *ratio decidendi* de qualquer um dos três acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça que integram o objeto formal do presente recurso, em especial com o acórdão de 17 de setembro de 2015, não se pode conhecer das questões enunciadas nas alíneas l), m) e n) do n.º 2 do requerimento de interposição do presente recurso de constitucionalidade.

12.11. Quanto à *décima quinta questão*, identificada, na *alínea o)* do n.º 2 do requerimento de recurso: «as normas conjugadas dos artigos 615.º, n.ºs 1 e 4, e 617.º, n.º 6, do CPC, e 114.º, n.º 4, da LPCJP, interpretadas e aplicadas no sentido de *a intervenção dos progenitores em sede de reclamação e recursos interpostos da decisão proferida em processo de promoção e proteção em que está em causa a aplicação de medida de confiança de ou mais dos seus filhos menores a pessoa para adoção, ou a instituição com vista a futura adoção, ter o efeito de sanar a falta de notificação das alegações e dos meios de prova oferecidos pelo MP em momento anterior à decisão da 1.ª instância*», por violação do «direito à fundamentação consagrado no artigo 205.º da CRP em matéria relativa a direitos, liberdades e garantias bem como [do] princípio da tutela jurisdicional efetiva e [do] processo equitativo consagrado no artigo 20.º da CRP» (cfr. fls. 1726 e 1729; *italico aditado*). Tal como sucedeu no caso da alínea k) – v. *supra* o n.º 12.9. –, os recorrentes invocam que apenas lhes foi possível suscitar a presente questão no requerimento de interposição do recurso de constitucionalidade, pelo facto de se tratar de uma *decisão surpresa* (fls. 1730).

Os recorrentes foram alertados para a possibilidade de não conhecimento desta questão pelos três motivos invocados nos dois números anteriores e, adicionalmente, pelo facto de não ocorrer *in casu* decisão surpresa que possa dispensar o cumprimento do ónus em apreço.

O Ministério Público pronunciou-se no sentido do não conhecimento desta questão pelo facto de a mesma, por um lado, não integrar a *ratio decidendi* da pronúncia recorrida e, por outro, não revestir carácter normativo (v. fls. 1859-1860 e a conclusão 19) da sua contra-alegação).

A referência a uma “mera irregularidade já sanada” encontra-se apenas no acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 17 de setembro de 2015 no passo já transcrito *supra* no n.º 12.10, a propósito da inexistência no processo de cota a comprovar a consulta dos autos pelos recorrentes. E o que o tribunal recorrido afirmou foi que tal omissão não é uma nulidade relevante para efeitos do artigo 615.º do Código de Processo Civil. Recorde-se que era essa a questão decidida, nos termos da arguição da nulidade do acórdão de 9 de julho de 2015 «por falta absoluta de fundamentação» (referência ao artigo 615.º, n.º 1, alínea b), do Código de Processo Civil constante de fls. 1695). Ou seja, o acórdão de 17 de setembro de 2015 indeferiu quer a nulidade arguida quanto ao acórdão de 9 de julho anterior, quer a sua reforma apenas com base no disposto nos artigos 615.º, n.º 1, alínea b), e 616.º, n.º 2, ambos do Código de Processo Civil. A referência à questão da irregularidade constitui, pelo exposto, um mero *obiter dictum*. Tanto basta para infirmar que o critério normativo ora em análise tenha constituído *ratio decidendi* do acórdão de 17 de setembro.

De qualquer modo, e ainda que assim não fosse, a verdade é que a questão da inconstitucionalidade conexionada com a sanção daquele tipo de irregularidade processual, conforme alegado pelos recorrentes, não poderia no caso dos presentes autos constituir uma decisão surpresa, uma vez que, por um lado, o problema subjacente – o de se ter como procedente a presunção de notificação dos progenitores – havia sido já suficientemente dilucidado pelas instâncias, não se tratando de problema enquadrável apenas após a decisão do recurso de revista, isto é, posteriormente ao esgotamento do poder jurisdicional do

Supremo quanto à matéria da causa. Como já foi evidenciado, o pedido de consulta do processo e seu posterior deferimento constituíram elementos valorados pelo tribunal recorrido – tal como já antes pelo Tribunal da Relação de Lisboa – como coadjuvantes da presunção de notificação que decorria já da aplicação do regime geral do Código de Processo Civil, *maxime* dos seus artigos 254.º, n.º 1, e 255.º. A presunção de notificação reconduz-se à presunção decorrente daqueles preceitos, não tendo sido lograda, da parte dos recorrentes, a respetiva elisão, atenta a valoração do circunstancialismo específico dos autos, traduzido na consideração de elementos que permitiram ao tribunal recorrido concluir pela efetiva consulta do processo.

Assim, quer por inexistir qualquer decisão surpresa, quer por a norma em análise não corresponder à *ratio decidendi* de qualquer um dos três acórdãos recorridos que integram o objeto formal do presente recurso, não se pode conhecer da questão de inconstitucionalidade em apreço.

12.12. Quanto à *décima sexta questão*, identificada, na *alínea p)* do n.º 2 do requerimento de recurso: «as normas conjugadas dos artigos 615.º, n.ºs 1 e 4, e 617.º, n.º 6, do CPC, interpretadas e aplicadas no sentido de *dispensar o tribunal*, em sede de decisão sobre as nulidades arguidas ao abrigo do disposto no n.º 4 do artigo 615.º do CPC *de fundamentar de facto a afirmação de que*, em processo de promoção e proteção em que está em causa a confiança de menores a instituição com vista a futura adoção, *cada um dos progenitores requereu a consulta do processo e teve efetivo acesso às alegações do MP e aos meios de prova por este oferecidos*», por violação do «direito à fundamentação consagrado no artigo 205.º da CRP em matéria relativa a direitos, liberdades e garantias bem como [do] princípio da tutela jurisdicional efetiva e [do] processo equitativo consagrado no artigo 20.º da CRP» (cfr. fls. 1726 e 1729-1730; itálicos aditados). Também neste caso, os recorrentes alegam ter suscitado a questão «já em sede de arguição de nulidades e pedido de reforma dos acórdãos de 28 de maio e 9 de julho de 2015» (fls. 1730).

Os recorrentes foram alertados para o eventual não conhecimento desta questão por três motivos: por não se tratar de questão normativa, por não se tratar de questão que tenha sido adequadamente suscitada durante o processo e, adicionalmente, por se tratar de problema que não encontra reflexo na *ratio decidendi* da decisão recorrida.

O Ministério Público salienta a inidoneidade do objeto, atenta a falta de caráter normativo da questão, bem como a não correspondência com a *ratio decidendi* (v. fls. 1860-1861 e a conclusão 20) da sua contra-alegação).

A inidoneidade do objeto é manifesta: as referências à *decisão sobre nulidades arguidas e à fundamentação de certa afirmação*, nomeadamente a de que «cada um dos progenitores requereu a consulta do processo e teve efetivo acesso às alegações do MP e aos meios de prova por este oferecidos» não são dissociáveis do caso concreto, evidenciando que o objeto da impugnação é a própria decisão sobre as concretas nulidades em causa.

Tal como sucedeu a propósito das questões analisadas *supra* no n.º 12.10., está em causa uma questão suscitada em sede de incidentes pós-decisórios, pelo que importa aferir da verificação dos pressupostos do recurso de constitucionalidade em relação *apenas* aos acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça de 9 de julho de 2015 e de 17 de setembro seguinte (cfr. *supra* o n.º 12.).

A referência aos artigos 615.º, n.ºs 1 e 4, e 617.º, n.º 6, do Código de Processo Civil, confirma que está em causa apenas uma arguição de nulidade da decisão concreta – *in casu* do acórdão de 28 de maio de 2015 – e não a impugnação de qualquer critério normativo. Em conformidade, no requerimento de arguição de nulidades do citado acórdão (fls. 1650-1658), os ora recorrentes não enunciam sequer o “critério” que agora pretendem sindicarem. De resto, o tribunal recorrido, no seu acórdão de 9 de julho de 2015, nega a existência de qualquer nulidade, concluindo: «[o] que aqui sucede é que os recorrentes não aceitam o decidido, mas isso, não preenche qualquer nulidade» (fls. 1667).

Na *arguição de nulidade* ou *pedido de reforma* deste acórdão de 9 de julho de 2015, deduzido a fls. 1695-1697 com base nos artigos 615.º, n.ºs 1 e 4, e 616.º, n.º 2, do Código de Processo Civil, os recorrentes, tendo em conta a inexistência de cota nos autos de que a consulta pedida pela ora recorrente se veio a efetivar, requerem a fundamentação de facto da afirmação de que «*seguramente esta progenitora teve acesso ao processo, às alegações do MP e aos meios de prova por este indicados*». E, cautelarmente, invocam a inconstitucionalidade material do artigo 617.º, n.º 6, do Código de Processo Civil no sentido ora em apreciação e referido na alínea p) do n.º 2 do requerimento de interposição do presente recurso de constitucionalidade (fls. 1696). Poderia, assim, ter-se por cumprido o ónus de suscitação, caso não se tratasse de uma pura e simples impugnação da decisão concreta.

Simplemente, a decisão contida no acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 17 de setembro de 2015 é a de que, conforme já mencionado, *inexiste qualquer nulidade prevista no artigo 615.º, n.º 1*, do Código de Processo Civil, incluindo a alegada *falta de fundamentação* da matéria de facto. Consequentemente, não integra a *ratio decidendi* de tal aresto um entendimento normativo baseado na *dispensa do dever de fundamentação da matéria de facto dada por assente*.

Em conclusão, quer por inidoneidade do objeto, quer por a *ratio decidendi* de qualquer um dos três acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça que integram o objeto formal do presente recurso não integrar um entendimento normativo que dispense o tribunal de fundamentar a matéria de facto em que baseia as soluções de direito, não se pode conhecer da questão de inconstitucionalidade enunciada na alínea p) do n.º 2 do requerimento de recurso.

#### *D) O objeto material do recurso e ordem de apreciação*

13. Dada a procedência das questões prévias anteriormente invocadas, o objeto cognoscível do presente recurso reconduz-se às duas seguintes questões de inconstitucionalidade enunciadas, respetivamente, nas alíneas c) e i) do n.º 2 do requerimento de interposição de recurso:

– «As normas conjugadas dos artigos 35.º, alínea g), 114.º, n.º 4, e 117.º da LPCJP, e ainda dos artigos 254.º e 255.º CPC, interpretadas e aplicadas no sentido de que, estando em causa a possibilidade de aplicar uma medida tão gravosa como a medida de confiança do menor a pessoa selecionada para adoção ou instituição para futura adoção, *incumbirá às partes ou interessados elidirem a presunção de que foram notificados* nos termos do citado artigo 114.º, n.º 4, da LPCJP», por violação dos «princípios da segurança jurídica e do processo equitativo, consagrados no artigo 20.º da CRP, na medida em que privam os progenitores da

possibilidade de uma efetiva defesa num processo em que está em causa a inibição do respetivo poder paternal» (fls. 1723 e 1727; itálico aditado);

– «A norma do artigo 103.º da LPCJP, interpretada e aplicada no sentido de *não ser necessária a constituição obrigatória de advogado em processo de promoção e proteção de crianças e jovens em que esteja em causa a aplicação de medida de confiança a pessoa selecionada para adoção ou a instituição com vista a futura adoção*», sendo invocada a violação do «princípio da tutela jurisdicional efetiva, consagrado no artigo 20.º da Constituição, ao negar a assistência necessária e obrigatória dos progenitores por advogado em processo em que está em causa a restrição de direitos fundamentais» (fls. 1725 e 1728; itálico aditado).

Na análise destas questões cumpre ter presente que as normas em causa são aquelas que foram aplicadas pelo Tribunal de Família e Menores de Sintra no seu acórdão de 25 de maio de 2012, posteriormente confirmado pelo acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 27 de maio de 2014, o qual também foi mantido pelo acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 28 de maio de 2015. Significa isto que os *preceitos da lei processual civil* a considerar são os artigos 254.º e 255.º do Código de Processo Civil, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 44129, de 28 de dezembro de 1961, na redação dada, respetivamente, pelo Decreto-Lei n.º 303/2007, de 24 de agosto, e pelo Decreto-Lei n.º 329-A/95, de 12 de dezembro (os preceitos homólogos do Código de Processo Civil atualmente em vigor, aprovado pela Lei n.º 41/2013, de 26 de junho – o “novo CPC” –, são os artigos 248.º e 249.º). No tocante aos mencionados *preceitos da LPCJP*, importa ter em conta a redação com que os mesmos foram aplicados no presente processo: o artigo 103.º, na sua redação originária (Lei n.º 147/99, de 1 de setembro); e o 114.º, n.º 4, na redação dada pela Lei n.º 31/2003, de 22 de agosto. Ambos os preceitos foram objeto de alteração pela Lei n.º 142/2015, de 8 de setembro.

Um segundo aspeto a considerar é a necessidade de restringir o âmbito subjetivo daquelas normas: as mesmas só integraram a *ratio decidendi* do acórdão recorrido, na medida em que foram consideradas aplicáveis aos *progenitores*. Aliás, de acordo com a versão da LPCJP em vigor na data em que foi proferida a decisão em primeira instância – 25 de maio de 2012 –, já era obrigatória a constituição de advogado ou a nomeação de patrono à criança ou jovem em determinadas circunstâncias, e, em qualquer caso, no debate judicial (v. o artigo 103.º, n.ºs 2 e 4, da LPCJP, na redação originária).

Em terceiro lugar, importa ter presente a existência de uma relação de prejudicialidade entre as duas normas: só têm de ser os progenitores a elidir a presunção de que foram notificados para os efeitos previstos no artigo 114.º, n.º 4, da LPCJP, conforme previsto no artigo 254.º, n.ºs 3 e 4, do Código de Processo Civil então aplicável, *ex vi* artigo 255.º, n.º 1, do mesmo diploma, caso o seu patrocínio por advogado *não seja obrigatório; sendo obrigatório* tal patrocínio, o citado artigo 255.º não tem aplicação, uma vez que o mesmo disciplina precisamente as notificações às partes que não constituam mandatário.

Deste modo, a eventual inconstitucionalidade da segunda norma sindicada implica a inaplicabilidade da primeira norma no caso *sub iudicio*, o que, a verificar-se, tornaria inútil um conhecimento autónomo da questão de inconstitucionalidade correspondente. Justifica-se, por isso, inverter a ordem de apreciação das duas normas em causa, começando por apreciar se a norma extraída do artigo 103.º da Lei de Proteção de Crianças e Jovens em Perigo, aprovada pela Lei n.º 147/99, de 1 de setembro, segundo a qual, *em processo de promoção e proteção de crianças e jovens em que esteja em causa a aplicação de medida de confiança a*

*pessoa selecionada para adoção ou a instituição com vista a futura adoção, não é obrigatória a constituição de advogado aos progenitores das crianças ou jovens em causa.* No entender dos recorrentes, tal norma «viola o princípio da tutela jurisdicional efetiva, consagrada no artigo 20.º da Constituição, ao negar a assistência necessária e obrigatória dos progenitores por advogado em processo em que está em causa a restrição de direitos fundamentais» (cfr. a alínea h) do n.º 3 do requerimento de interposição de recurso, a fls. 1728).

#### *E) Do mérito do recurso*

14. A Constituição da República Portuguesa, ao considerar a família como *elemento fundamental da sociedade*, reconhece-lhe «direito à proteção da sociedade e do Estado e à efetivação de todas as condições que permitam a realização pessoal dos seus membros» (artigo 67.º, n.º 1). Por isso mesmo, «a insubstituível ação [dos pais e das mães] em relação aos filhos, nomeadamente quanto à sua educação» deve ser protegida, reconhecendo-se que «a maternidade e a paternidade constituem valores sociais eminentes» (artigo 68.º, n.ºs 1 e 2). O desenvolvimento integral das crianças é igualmente objeto de deveres de proteção «contra todas as formas de abandono, de discriminação e de opressão e contra o exercício abusivo da autoridade na família e nas demais instituições», assumindo o Estado o dever de assegurar «especial proteção às crianças [...] por qualquer forma privadas de um ambiente familiar normal» (artigo 69.º, n.ºs 1 e 2). Ressalta desta valorização da família e dos laços de convivência dos seus membros uma justificação *objetiva* fundada em razões de ordem social e, simultaneamente, o reconhecimento da sua importância *subjéctiva*, enquanto condição para o desenvolvimento da personalidade dos respetivos membros, pais e filhos. Daí constituir um corolário natural a tutela subjéctiva dos membros da família, seja quanto à constituição desta, seja no respeitante à sua preservação (cfr. o artigo 36.º da Constituição).

A *complementaridade* entre a dimensão objetiva e subjéctiva da tutela constitucional da família e dos seus membros é reconhecida na jurisprudência constitucional, na doutrina e em múltiplas convenções internacionais de que o Estado Português é parte.

No Acórdão 416/2011, afirmou este Tribunal:

«[S]em prejuízo de se extrair dos n.ºs 5 e 6 do artigo 36.º da Constituição uma proteção constitucional direta dos pais, surgindo estes como titulares de posições jurídicas subjéctivas (v., quanto ao artigo 36.º, n.º 5, o acórdão n.º 174/93 e, quanto ao artigo 36.º, n.º 6, os acórdãos n.ºs 181/97, 470/99 e 232/04 [...]), a proteção constitucional da família e da filiação caracteriza-se, essencialmente, por uma *dimensão objetiva*, consistente em preservar a unidade familiar e a relação entre pais e filhos, dela decorrendo, portanto, para o legislador ordinário, sob pena de *deficit* inconstitucional de proteção (ou de prestação normativa), um *dever de legislar* em ordem a essa proteção.»

A proteção da família encontra-se, na verdade, constitucionalmente prevista, tanto na sua vertente objetiva, enquanto instituição e elemento fundamental da sociedade (artigos 67.º e 68.º), como numa vertente subjéctiva, perspectivada a partir dos seus membros (artigo 36.º). Tal proteção resulta também, no plano jurídico-internacional, de diversos instrumentos internacionais, aos quais o Estado Português se encontra vinculado (v., além dos artigos 12.º e 16.º da *Declaração Universal dos Direitos do Homem*, por exemplo: o *Pacto Internacional sobre os Direitos Cívicos e Políticos*, artigos 17.º e 33.º; o *Pacto Internacional sobre os Direitos Económicos, Sociais e Culturais*, artigos 10.º e 11.º; a *Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, artigo 8.º; ou a *Convenção de Nova Iorque sobre os Direitos da*

*Criança*). No plano da União Europeia, é de salientar o disposto nos artigos 7.º, 9.º, 14.º, 24.º (em especial o seu n.º 3, em que se garante a unidade familiar na vertente do direito à convivência) e 33.º da *Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia* (sobre tais preceitos v. os comentários em ALESSANDRA SILVEIRA e MARIANA CANOTILHO (coord.), *Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia Comentada*, Almedina, Coimbra, 2013).

*In casu* os recorrentes invocam estar em causa a violação de direitos fundamentais seus e dos seus filhos, ora recorridos, uma vez que estes foram, contra a vontade dos primeiros, deles separados e confiados a uma instituição com vista a futura adoção. Os direitos em causa decorrem da proibição constitucional estatuída no artigo 36.º, n.º 6, nos termos da qual, *os filhos não podem ser separados dos pais*, salvo quando estes *não cumpram os seus deveres fundamentais* para com eles e *sempre mediante decisão judicial*. Cumpre sublinhar estes dois aspetos: o *direito à convivência* dos pais e dos filhos e o *direito a uma defesa judicial* desse direito à convivência, nomeadamente em relação ao imputado incumprimento de deveres fundamentais dos pais para com os filhos.

15. O *direito à convivência entre os membros da família* é uma projeção subjetiva da tutela da unidade da família, condição indispensável à realização pessoal dos seus membros: dos pais, como pais; dos filhos em relação aos pais, como filhos; e dos próprios filhos nas relações entre si, como irmãos. O papel específico do pai ou da mãe e dos filhos nas relações entre si e com os pais pressupõe, com efeito, a possibilidade de algum tipo de convivência.

Um dos efeitos da medida de promoção e proteção que tem por objeto a confiança a pessoa selecionada para adoção ou a instituição com vista a futura adoção prevista no artigo 35.º, n.º 1, alínea g), da LPCJP consiste precisamente em os pais ficarem inibidos do exercício das responsabilidades parentais em relação à criança confiada, deixando de poder conviver com ela e, inclusivamente, de a visitar ou estabelecer outros contactos; a medida em causa «dura até ser decretada a adoção e não está sujeita a revisão» (cfr. o artigo 1978.º-A do Código Civil e o artigo 62.º-A, n.ºs 1 e 2, da LPCJP, na redação da Lei n.º 31/2003, de 22 de agosto). Por isso, tal medida põe necessariamente em causa o *direito fundamental dos pais conviverem com os seus filhos* a quem a medida tenha sido aplicada, assim como o *direito fundamental destes últimos conviverem com os seus pais*. Trata-se em ambos os casos de posições jurídicas subjetivas constitucionalmente protegidas enquanto *direitos, liberdades e garantias*.

É esse, na verdade, o sentido da jurisprudência constitucional relativa à garantia consagrada no artigo 36.º, n.º 6, da Constituição:

«Esta garantia, que consiste em os filhos não poderem, em princípio, ser separados dos pais, não constitui apenas um direito subjetivo dos próprios pais a não serem separados dos seus filhos, mas também um direito subjetivo dos filhos a não serem separados dos respetivos pais. Eventuais restrições aos mesmos direitos apenas serão possíveis mediante decisão judicial, nos casos especialmente previstos por lei e verificados os pressupostos expressamente previstos na Constituição: quando se torne necessário salvaguardar os direitos dos menores, por os pais não cumprirem os seus deveres para com eles. Assim se pretende proteger a família, como o impõe o artigo 67º, nº 1, do texto constitucional.

Esta proteção constitucional dada à família, bem como a concedida à paternidade e à maternidade, nos termos dos artigos 67º e 68º da Lei Fundamental, permite compreender a importância de que se reveste, na

nossa ordem constitucional, a específica norma de garantia estabelecida pelo artigo 36º, nº 6, que reflete, afinal, em sede de *direitos, liberdades e garantias*, aquela proteção.

À família, considerada na Lei Fundamental como "elemento fundamental da sociedade", não-de ser facultadas "todas as condições que permitam a realização pessoal dos seus membros", seguramente porque se entende depender o harmonioso desenvolvimento do ser humano das relações estabelecidas com a família. Afinal, é aí que o ser humano inicia as suas relações com os outros e desenvolve a sua personalidade, sendo no relacionamento, nomeadamente afetivo, que estabelece com os pais, que desperta a sua consciência individual e coletiva, a sua própria forma de ver o mundo.

A família, sobretudo a família nuclear, contribui, pois, decisivamente para a identificação do próprio indivíduo, sendo aí que ele encontra as suas raízes e os seus primeiros laços afetivos.

Como afirmam J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira (*Constituição da República Portuguesa Anotada*, 3ª ed., anotação V ao artigo 67º, pág. 351):

*A proteção da família significa, desde logo e em primeiro lugar, proteção da unidade da família. A manifestação mais relevante desta ideia é o direito à convivência, ou seja, o direito dos membros do agregado familiar a viverem juntos. [...]*

Incumbindo aos pais primordial e insubstituível papel na tarefa de educação e acompanhamento dos filhos, apenas em casos extremos, de irresponsabilidade ou negligência, se justificará, assim, a respetiva separação ou afastamento.» (v. o Acórdão n.º 181/97; no mesmo sentido essencial, v. os Acórdãos n.ºs 470/99 e 232/2004)

Este entendimento é corroborado pela doutrina.

GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA referem que a garantia de *não privação dos filhos* (n.º 6) é também um *direito subjetivo* a favor dos pais. As restrições a esse direito estão sob reserva da lei (pois compete a esta estabelecer os casos em que os filhos poderão ser separados dos pais, quando estes não cumpram os seus deveres fundamentais) e sob reserva de decisão judicial, quando se trate de separação forçada contra a vontade dos pais (v. Autores cits., *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vol. I, 4.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2007, anot. VIII ao artigo 36.º, p. 566). JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS, depois de delimitarem cuidadosamente o âmbito de proteção do direito em causa – apenas «as situações de separação dos filhos dos pais decretada pelos poderes públicos em consequência do incumprimento ou cumprimento defeituoso das responsabilidades parentais» –, salientam:

«Não basta [...] que os pais não cumpram os seus deveres para com os filhos, sendo necessário que esteja em causa o incumprimento de “deveres fundamentais”. [...] Por outro lado, estando em causa uma medida gravemente restritiva de direitos, liberdades e garantias, não pode deixar o legislador de densificar os deveres fundamentais cuja violação, ainda que objetiva, legitima a imposição de que os filhos sejam separados dos pais. As intervenções dos poderes públicos estão, pois, neste domínio, sujeitas a reserva de lei [...]. O princípio da proporcionalidade exige, por último, que a separação, sendo a medida mais gravosa, constitua a *ultima ratio*, não podendo ser decretada quando existirem outras soluções menos gravosas» (v. Autores cits., *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, 2.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2010, anot. XXVIII ao artigo 36.º, pp. 834-835).

No mesmo sentido, ANABELA COSTA LEÃO, destaca a importância do artigo 36.º, n.º 6, no quadro da tutela constitucional multifacetada da família:

«A proteção da família implica a proteção da *unidade* da família, que tem no *direito à convivência* entre os seus membros a sua manifestação mais relevante. Tal implica, desde logo, para o Estado, uma obrigação de *facere* – criação de condições que permitam essa convivência – e uma obrigação de *non facere* – não

impedir essa convivência. Nessa dimensão jurídica – defensiva, ou negativa (de não ingerência) o direito à convivência reveste natureza de direito, liberdade e garantia, seja diretamente a partir do art. 36.º, seja analogamente a partir do art. 67.º

No n.º 6 do art. 36.º é visível o cruzamento de técnicas de proteção da família enquanto bem constitucionalmente protegido na sua dupla dimensão objetiva-subjetiva, uma vez que o princípio da não separação entre pais e filhos é, simultaneamente, uma garantia da unidade familiar e, no plano subjetivo, não apenas um direito subjetivo dos pais a não serem separados dos filhos, mas também um direito subjetivo dos filhos a não serem separados dos pais. Daí que, por imposição constitucional, os pais só possam ser separados dos filhos nos casos extremos de, por irresponsabilidade ou negligência, não cumprirem para com eles os seus deveres fundamentais, e por decisão judicial.» (v. Autora cit., “Anotação ao Acórdão TC n.º 232/2004 (expulsão de estrangeiros com filhos menores a cargo)” in *Jurisprudência Constitucional*, n.º 3, (jul./set. 2004), pp. 25 e ss., pp. 31-32).

16. Por outro lado, reforçando o caráter excecional e a gravidade da ingerência pública no direito à convivência entre os pais e os filhos, a Constituição estabelece condições substantivas e procedimentais destinadas a justificar material e formalmente tal ingerência. Como referido, a mesma deve constituir uma *ultima ratio*, em ordem à salvaguardar um *bem maior* que é a defesa da integridade física e psicológica e da possibilidade de desenvolvimento da personalidade dos próprios filhos, quando aqueles bens sejam colocados em perigo por ação ou omissão dos respetivos pais. Com efeito, a tutela da família opera também num plano objetivo, impondo ao Estado e à sociedade em geral, especiais deveres de proteção das crianças, mesmo contra a própria família (cfr. o artigo 69.º, n.ºs 1 e 2, da Constituição). A valoração constitucional positiva da família pressupõe, na verdade, que esta constitua, em concreto, um espaço propício à «realização pessoal dos seus membros», sem abstrair da diferente fragilidade ou dependência de cada um deles, justificativa de necessidades diferenciadas de proteção (cfr. a afirmação do princípio no artigo 67.º, n.º 1, e a concretização de diferentes deveres de proteção nos artigos 68.º e 69.º).

No tocante às garantias do direito à convivência, conciliando-o com a vertente objetiva da tutela da família, o artigo 36.º, n.º 6, da Constituição é particularmente enfático: a separação dos filhos e dos pais tem como pressuposto o incumprimento por parte destes últimos de deveres fundamentais para com os primeiros e só pode ser decretada por decisão judicial. «A Lei Fundamental estabelece [...] uma reserva específica de decisão judicial, exigindo, por isso, que os tribunais tenham, não apenas a *última* palavra, mas também a *primeira* na decisão de separação» (cfr. JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, cit., anot. XXVIII ao artigo 36.º, p. 834). O juiz funciona aqui como um garante dos direitos de todos os envolvidos – pais e filhos – estando obrigado a respeitar os equilíbrios constitucionais, tal como legalmente concretizados. Em especial, na perspetiva dos pais que se opõem a uma medida de separação a decretar eventualmente em consequência da violação das suas responsabilidades parentais fundamentais que lhes seja imputada, o processo perante o juiz adquire uma relevância crítica, porquanto é a *única via processual* que lhes é reconhecida para defenderem o seu direito a conviverem com os seus filhos. Na mesma perspetiva, tem, deste modo, plena justificação invocar o *direito à tutela jurisdicional efetiva*, que postula quer o *acesso ao Direito e aos tribunais*, quer o direito a que o processo em que tal decisão tão gravosa é tomada seja verdadeiramente um *processo equitativo*.

Na verdade, decorrem do texto constitucional, explícita ou implicitamente, exigências impreteríveis quanto à conformação e organização dos processos jurisdicionais em geral, as quais são um direto corolário da ideia de Estado de direito democrático, porquanto um dos

elementos estruturantes deste modelo de Estado é justamente a observância de um *due process of law* na resolução dos litígios que no seu âmbito deva ter lugar (cfr. o Acórdão n.º 271/95). Sendo através do processo que os tribunais desempenham a função jurisdicional, e sendo também por intermédio dele que os cidadãos têm acesso à tutela estadual dos seus direitos e interesses legalmente protegidos, não podem as normas que o conformam deixar de refletir princípios que estruturam todo o sistema da Constituição.

Como se afirmou no Acórdão n.º 243/2013:

«O direito de acesso aos tribunais, enquanto fundamento do direito geral à proteção jurídica, traduz-se na possibilidade de deduzir junto de um órgão independente e imparcial com poderes decisórios uma dada pretensão (o pedido de tutela jurisdicional para um direito ou interesse legalmente protegido), pelo que implica uma série de interações entre quem pede (autor), quem é afetado pelo pedido (réu) e quem decide (juiz), a que corresponde o processo. E a disciplina deste último – o processo em sentido normativo – encontra-se submetida à exigência do processo equitativo: o procedimento de conformação normativa deve ser justo e a própria conformação deve resultar num “processo materialmente informado pelos princípios materiais da justiça nos vários momentos processuais” (cfr. Gomes Canotilho e Vital Moreira, Constituição da República Portuguesa Anotada, Vol. I, 4.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2007, anot. XVI ao artigo 20.º, p. 415). Se tal exigência não afasta a liberdade de conformação do legislador na concreta estruturação do processo, a mesma “impõe, antes de mais, que as normas processuais proporcionem aos interessados meios efetivos de defesa dos seus direitos ou interesses legalmente protegidos e paridade entre as partes na dialética que elas protagonizam no processo (Ac. n.º 632/99). Um processo equitativo postula, por isso, a efetividade do direito de defesa no processo, bem como dos princípios do contraditório e da igualdade de armas” (cfr. Rui Medeiros in Jorge Miranda e Rui Medeiros, Constituição Portuguesa Anotada, Tomo I, 2.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2010, anot. XVIII ao artigo 20.º, p. 441). [...]

Nessa linha, entendendo-se a exposição das razões de facto e de direito de uma dada pretensão, com sujeição ao contraditório da parte contrária, perante o tribunal antes que este tome a sua decisão como uma manifestação do direito de defesa dos interessados perante os tribunais, tal direito, juntamente com o princípio do contraditório, não pode deixar de ser visto como “uma decorrência do direito de acesso aos tribunais e a um processo equitativo julgado por um órgão imparcial e independente. Por isso, embora só estejam [- o direito de defesa e o princípio do contraditório -] expressamente consagrados na Constituição no âmbito do processo penal, [os mesmos] apresentam-se como normas de alcance geral” (cfr. Rui Medeiros, ob. cit., anot. XX ao artigo 20.º, pp. 442-443).»

Sobre o entendimento do direito a um processo equitativo e justo, defende este Tribunal, na síntese formulada em diversos arestos, como, por exemplo, no Acórdão n.º 778/2014:

«O artigo 20.º da Constituição, sob a epígrafe «*Acesso ao direito e tutela jurisdicional efetiva*», garante a todos o acesso ao direito e aos tribunais para defesa dos seus direitos e interesses legítimos (n.º 1), impondo ainda que esse direito se efetive através de um processo equitativo (n.º 4).

A jurisprudência do Tribunal Constitucional tem entendido que o direito de acesso aos tribunais implica a garantia de uma proteção jurisdicional eficaz ou de uma tutela judicial efetiva, cujo âmbito normativo abrange, nomeadamente: (a) o *direito de ação*, no sentido do direito subjetivo de levar determinada pretensão ao conhecimento de um órgão jurisdicional; (b) o *direito ao processo*, traduzido na abertura de um processo após a apresentação daquela pretensão, com o consequente dever de o órgão jurisdicional sobre ela se pronunciar mediante decisão fundamentada; (c) o *direito a uma decisão judicial sem dilações indevidas*, no sentido de a decisão haver de ser proferida dentro dos prazos preestabelecidos, ou, no caso de estes não estarem fixados na lei, dentro de um lapso temporal proporcional e adequado à complexidade da causa; (d) o *direito a um processo justo baseado nos princípios da prioridade e da sumariedade*, no caso daqueles direitos cujo exercício pode ser aniquilado pela falta de medidas de defesa expeditas (veja-se, neste sentido, entre outros, o Acórdão n.º 440/94).

Acresce ainda que o direito de ação ou direito de agir em juízo terá de efetivar-se através de um processo equitativo, o qual deve ser entendido não só como um processo justo na sua conformação legislativa, mas também como um processo materialmente informado pelos princípios materiais da justiça nos vários momentos processuais.

A jurisprudência e a doutrina têm procurado densificar o conceito de processo equitativo essencialmente através dos seguintes princípios: (1) direito à igualdade de armas ou igualdade de posição no processo, sendo proibidas todas as diferenças de tratamento arbitrárias; (2) proibição da indefesa e direito ao contraditório, traduzido fundamentalmente na possibilidade de cada uma das partes invocar as razões de facto e direito, oferecer provas, controlar a admissibilidade e a produção das provas da outra parte e pronunciar-se sobre o valor e resultado de umas e outras; (3) direito a prazos razoáveis de ação e de recurso, sendo proibidos os prazos de caducidade demasiados exíguos; (4) direito à fundamentação das decisões; (5) direito à decisão em prazo razoável; (6) direito de conhecimento dos dados do processo (*dossier*); (7) direito à prova; (8) direito a um processo orientado para a justiça material (Cfr. Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 4.<sup>a</sup> Edição Revista, Coimbra Editora, 2007, Volume I, págs. 415 e 416).

Importa ainda salientar que a exigência de um processo equitativo, consagrada no artigo 20.º, n.º 4, da Constituição, não afasta a liberdade de conformação do legislador na concreta modelação do processo. No entanto, no seu núcleo essencial, tal exigência impõe que os regimes adjetivos proporcionem aos interessados meios efetivos de defesa dos seus direitos ou interesses legalmente protegidos, bem como uma efetiva igualdade de armas entre as partes no processo, não estando o legislador autorizado a criar obstáculos que dificultem ou prejudiquem, arbitrariamente ou de forma desproporcionada, o direito de acesso aos tribunais e a uma tutela jurisdicional efetiva.» (v., também, por exemplo, os Acórdãos n.ºs 235/2011, 350/2012, 839/2013, 204/2015 ou 569/2015).

Em particular, no respeitante ao princípio do contraditório e ao direito de defesa, o Tribunal Constitucional precisou no seu Acórdão n.º 510/2015:

«Sobre o princípio do contraditório, salientou este Tribunal, no Acórdão n.º 86/88 [...] que este parâmetro se integra no âmbito da garantia de acesso ao direito, a qual abrange, «entre o mais, um direito a uma solução jurídica dos conflitos, a que se deve chegar em prazo razoável e com observância das garantias de imparcialidade e independência, possibilitando-se, designadamente, um correto funcionamento das regras do contraditório, em termos de cada uma das partes poder “deduzir as suas razões (de facto e de direito), oferecer as suas provas, controlar as provas do adversário e discretar sobre o valor e resultado de umas e outras” (cfr. Manuel de Andrade, *Noções Elementares de Processo Civil*, I, Coimbra, 1956, p. 364)».

[...]

É assente, na jurisprudência constitucional, que do conteúdo do direito de defesa e do princípio do contraditório resulta *prima facie* que cada uma das partes deve poder exercer uma influência efetiva no desenvolvimento do processo, devendo ter a possibilidade, não só de apresentar as razões de facto e de direito que sustentam a sua posição antes de o tribunal decidir questões que lhes digam respeito, mas também de deduzir as suas razões, oferecer as suas provas, controlar as provas do adversário e tomar posição sobre o resultado de umas e outras (cfr. designadamente, os Acórdãos. n.ºs 1185/96 e 1193/96).

A jurisprudência adota, assim, um entendimento amplo do contraditório, entendido “como garantia da participação efetiva das partes no desenvolvimento de todo o litígio, mediante a possibilidade de, em plena igualdade, influírem em todos os elementos (factos, provas, questões de direito) que se encontrem em ligação com o objeto da causa e que em qualquer fase do processo apareçam como potencialmente relevantes para a decisão” (Lebre de Freitas, *Introdução ao processo civil: conceito e princípios gerais*. Coimbra: Coimbra Editora, 1996, p. 96.). Adianta ainda este autor que “o escopo

principal do princípio do contraditório deixou assim de ser a defesa, no sentido negativo de oposição ou resistência à atuação alheia, para passar a ser a influência, no sentido positivo de direito de incidir ativamente no desenvolvimento do processo”.»

Estando em causa a defesa de um direito fundamental com a natureza de direito, liberdade e garantia – como sucede em relação ao direito à convivência entre os pais e os seus filhos, nos termos do artigo 36.º, n.º 6, da Constituição –, é claro que todas estas exigências relativas à conformação do processo surgem de modo reforçado. Na verdade, o litígio existente em tais situações opõe processualmente o Estado, representado pelo Ministério Público – e que, por sua vez, é apoiado pelos serviços da segurança social –, ao próprios pais a quem é imputada a violação de deveres fundamentais associados ao exercício das respetivas responsabilidades parentais. Mas, além deste desequilíbrio de partida, está em causa a possível constituição de uma situação irreversível derivada da extinção definitiva do mencionado direito de convivência.

Daí a importância fundamental de uma compreensão *material e lata* do princípio do contraditório, enquanto expressão da garantia do acesso ao direito e como condição da equidade do próprio processo. Conforme preconiza LEBRE DE FREITAS, tal exigência concretiza-se no *princípio da participação efetiva no desenvolvimento do litígio*: «às partes deve ser fornecida, ao longo do processo, a possibilidade de influírem em todos os elementos que se encontrem em efetiva ligação com o objeto da causa e que, em qualquer fase do processo se pressintam como relevantes para a decisão. Porquê? Porque a colaboração das partes com o tribunal é tida por essencial para que o processo atinja a sua finalidade de composição dum litígio de acordo com a justiça» (v. Autor cit., “Inconstitucionalidades do Código de Processo Civil (antes da revisão de 1995-1996)” in *Estudos sobre Direito Civil e Processo Civil*, Coimbra Editora, Coimbra, 2002, pp. 12 e ss., p. 17; o estudo foi originariamente publicado na *Revista da Ordem dos Advogados*, II, em 1992).

17. A *participação efetiva* de uma parte pressupõe a sua capacidade de dialogar de “igual para igual” com as outras partes – portanto, com acesso a toda a informação relevante e com a capacidade para entender o respetivo alcance. A efetividade da participação exige que esta seja informada e devidamente habilitada à compreensão da complexidade do objeto da causa. Em especial, quando exista um grande desequilíbrio e estejam em causa no processo bens fundamentais, pode justificar-se a assistência obrigatória por advogado, como garantia de um mínimo de justiça processual e da possibilidade de uma defesa minimamente eficaz ainda antes da própria decisão. Tal encontra-se previsto, designadamente, a propósito do processo penal, remetendo a Constituição para a lei a especificação dos casos e das fases em que o arguido deve obrigatoriamente ser assistido por advogado (cfr. o artigo 32.º, n.º 3, da Constituição). Na verdade, é a própria Constituição que prevê o patrocínio forense por profissionais especialmente preparados – como é o caso dos advogados – enquanto «*elemento essencial à administração da justiça*» (artigo 208.º; itálico aditado).

O patrocínio judiciário consiste, justamente, «na assistência técnica prestada às partes por profissionais do foro (titulares do chamado *ius postulandi*), na condução do processo em geral ou na realização de certos atos em especial» (v. ANTUNES VARELA, MIGUEL BEZERRA e SAMPAIO e NORA, *Manual de Processo Civil*, 2.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 1985, p. 189). A intervenção destes patronos – pessoas que exercem profissionalmente o mandato judiciário – justifica-se pela tecnicidade do próprio processo: «faltam ao comum das partes a

experiência e os conhecimentos necessários à exata valoração das razões que lhes assistem em face do *direito aplicável*. Só entre os profissionais do foro, com o saber, a experiência e as regras deontológicas próprias do mandato judicial, se podem encontrar os colaboradores ideais da administração da justiça que a função jurisdicional requer» (v., *idem, ibidem*, p. 190). Ou como explica MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA: num processo já iniciado, «o patrocínio judiciário visa igualmente proteger os interesses das partes, pois que dificilmente estas saberiam observar as formalidades processuais e utilizar corretamente os mecanismos judiciais. A isso acresce a importante função de aconselhamento das partes que nelas [– nas ações pendentes –] é realizada pelos mandatários judiciais» (v. Autor cit., *As Partes, o Objeto e a Prova na Ação Declarativa*, Lex, Lisboa, 1995, p. 34).

Evidentemente, a regra imposta pelo princípio do acesso ao Direito e aos tribunais é o patrocínio judiciário meramente facultativo e o correspondente direito a escolher o seu próprio advogado. A *possibilidade* de intervenção de mandatário judicial representa, por isso, uma vertente autónoma do direito de acesso aos tribunais (Acórdãos n.ºs 380/96 e 870/96), devendo a mesma ser assegurada a todos. Na síntese do Acórdão n.º 380/96:

«A garantia de *proteção jurídica* das pessoas é uma das *essentialia* do Estado de Direito: há-de garantir-se-lhes o conhecimento dos seus direitos, o acesso aos tribunais para defesa dos mesmos e, bem assim, o apoio judiciário necessário para tanto.

O direito ao *patrocínio judiciário*, consagrado no n.º 2 do artigo 20.º da Constituição, é, assim, uma dimensão dessa garantia de proteção jurídica. Quando tenham que recorrer a juízo para defender os seus direitos ou interesses juridicamente protegidos, têm, pois, as partes o direito de se fazer assistir por profissionais do foro por si escolhidos e mandatados, que aí pratiquem, com a necessária competência e serenidade, os atos processuais devidos; que os pratiquem de molde a que haja uma boa administração da justiça. Convém isso ao interesse público da boa administração da justiça; e convém também ao interesse das partes, a quem - no dizer de MANUEL DE ANDRADE - "faltaria a serenidade desinteressada [...] e os conhecimentos e experiência [...] que se fazem mister para a boa condução do pleito" (cf. *Noções Elementares de Processo Civil*, Coimbra, 1956, página 85).

As partes têm direito a que os seus direitos sejam bem defendidos perante os tribunais. Para isso, necessitam em regra da assistência de advogado ou de solicitador.»

O artigo 20.º, n.º 2, da Constituição dispõe que «todos têm direito, nos termos da lei, [...] ao patrocínio judiciário e a fazer-se acompanhar por advogado perante qualquer autoridade». E, como referido no Acórdão n.º 91/2009:

«Estes são componentes, entre outros, de um *direito geral à proteção jurídica*, e inserem-se na própria noção de *Estado de Direito* (cfr. GOMES CANOTILHO/ VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, vol. I, 4ª ed., Coimbra, 2007, 409). [...]

Saliente-se, porém, que desse direito não decorre um dever de as partes constituírem mandatário forense em todo e qualquer processo judicial (cfr. o [...] Acórdão n.º 245/97 e o Acórdão n.º 262/2002).»

Mas, por outro lado, a *imposição* de recurso à assistência de advogados, devidamente inscritos na respetiva Ordem, para efeitos de patrocínio judiciário, pelo menos para certo tipo de processos – e que também é constitucionalmente admissível –, assenta «em ponderosas razões de ordem substancial, visando não só a salvaguarda de interesses de ordem pública, nomeadamente os da realização, da justiça e do direito, mas também os próprios interesses dos patrocinados» (assim, v. o Acórdão n.º 252/97; v. também os Acórdãos n.º 497/89 e

498/99, que não julgaram inconstitucionais previsões de patrocínio obrigatório). No Acórdão 245/97, os diferentes interesses em causa foram assim descritos:

«A lei considera que, tratando-se de causas de certo tipo ou de certo valor, é do *interesse público* e do *interesse das próprias partes* que estas sejam representadas em juízo por profissionais do foro: do *interesse público*, porque a boa administração da justiça exige que o pleito seja conduzido de modo competente, praticando as partes, em termos adequados, os atos processuais de sua responsabilidade; do *interesse das próprias partes*, porque a estas faltam, em regra, os conhecimentos técnicos necessários à boa condução da causa e falta, seguramente, a serenidade desinteressada que essa boa condução do litígio exige (cf. MANUEL DE ANDRADE, *Noções Elementares de Processo Civil*, Coimbra, 1956, página 85).»

Naturalmente, não cabe ao legislador constituinte substituir-se ao legislador ordinário na determinação dos casos em que o apoio jurídico profissional de um dado sujeito processual é condição indispensável à própria justiça e eficácia do processo judicial: «a Constituição deixa ao legislador uma ampla faculdade de conformação do universo de processos em que é obrigatória a constituição de mandatário» (v. o Acórdão n.º 91/2009). Se, como evidenciado, é assim no tocante ao processo criminal, em que pode estar em causa um bem essencial como a liberdade, por maioria de razão será assim em relação às demais espécies processuais. De todo o modo, as diferentes referências constitucionais à essencialidade do papel dos advogados na administração da justiça em geral também evidenciam que não está em causa exclusivamente uma garantia de defesa *específica* do processo criminal. As razões que aí justificam a imposição da assistência de advogado – mormente para efetivar o princípio do contraditório na audiência de julgamento – são *transversais*, no sentido de que razões análogas podem ocorrer noutros domínios em que os bens em causa e a importância do contraditório não sejam menos relevantes.

Manifestamente, é esse o caso da decisão judicial que tem por objeto verificar se, em face do incumprimento dos deveres fundamentais correspondentes ao exercício das responsabilidades parentais, os filhos devem ser separados dos seus progenitores (cfr. o artigo 36.º, n.º 6, da Constituição). Com efeito, atenta a importância dos direitos fundamentais em causa e, bem assim, o interesse público na proteção e salvaguarda das crianças em perigo, vai postulado na exigência constitucional de que tal separação seja decretada por decisão judicial que o processo que a antecede não deixe espaço a qualquer dúvida quanto à sua justiça intrínseca, em especial no que se refere às amplas possibilidades de defesa dos pais e a uma efetiva possibilidade de exercício do contraditório da sua parte. Tal exige, seguramente, que os mesmos pais (assim como as crianças, ainda que por representação) se encontrem devidamente assistidos. Se assim não fosse, poderia subsistir sempre a dúvida sobre se afinal a menor eficácia da respetiva defesa se não ficara a dever a uma menor compreensão da gravidade do que estava em causa e, conseqüentemente, a um contraditório mais formal e aparente do que substancial.

Em suma, estando em causa a limitação significativa por via de decisão judicial de um bem fundamental tutelado enquanto direito, liberdade e garantia como o *direito à convivência entre pais e filhos* consagrado no artigo 36.º, n.º 6, da Constituição, o *princípio da participação efetiva no desenvolvimento do litígio* ou do *processo* não se basta com a mera presença dos interessados e a sua participação pessoal; tal princípio reclama, cumulativamente, que os mesmos sejam devidamente assistidos *antes da decisão* por quem esteja em condições de “descodificar” o que se passa e esclarecer cabalmente quais as conseqüências processuais dos diferentes impulsos ou omissões e, bem assim, sobre as

opções que se vão abrindo ou fechando. De outro modo, *não se mostra assegurado, na medida exigida por um processo justo, o direito ao contraditório*, insito na garantia do processo equitativo prevista no artigo 20.º, n.º 4, da Constituição.

18. A abordagem feita pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, no que se refere ao direito a um processo equitativo consagrado no artigo 6.º, n.º 1, da CEDH e à sua projeção no âmbito do direito ao respeito pela vida privada e familiar previsto no artigo 8.º do mesmo normativo, tem sido similar. A decisão *Soares de Melo c. Portugal*, nos seus §§ 88-94 e, em especial, no § 116, dá conta disso mesmo. Convocando uma decisão já transitada, e amplamente referida em *Soares de Melo c. Portugal*, pode ler-se, por exemplo, na decisão *Pontes c. Portugal*, n.º 19554/09, de 10 de abril de 2012 (consultado na versão portuguesa disponível em <http://direitoshumanos.gddc.pt/acordaos/docs/>):

«66. [O] Tribunal entende que à partida o caso deve ser examinado unicamente à luz do artigo 8º da Convenção, que exige que o processo decisório que culmine em medidas de ingerência obedeça ao respeito dos interesses protegidos por esta disposição e que o Estado adote as medidas

adequadas a reunir o pai ao seu filho (Havelka e outros c. República Checa, n.º 23499/06, §§ 34-

35, 21 de Junho de 2007; Kutzner c. Alemanha, n.º 46544/99, § 56, CEDH 2002-I; Wallová e

Walla c. República Checa, n.º 23848/04, § 47, 26 de Outubro de 2006).

67. O artigo 8º da Convenção dispõe na parte pertinente:

“  
1. Qualquer  
pessoa tem o direito ao respeito da sua vida (...) familiar (...)  
2. Não pode haver ingerência da autoridade pública no exercício deste direito senão quando esta ingerência estiver prevista na lei e constituir uma providência que numa sociedade democrática, seja necessária (...) para a proteção da saúde ou da moral, ou a proteção dos direitos e liberdades de terceiros”.

[...]

74. O Tribunal relembra que, *para um pai e o seu filho, o direito a estar juntos representa um elemento fundamental da vida familiar* (Kutzner, supracitado, § 58) e que *medidas internas que os impeçam de usufruir desse direito constituem uma ingerência no direito protegido pelo artigo 8º*

*da Convenção* (K. e T. c. Finlândia [GC], n.º 25702/94, § 151, CEDH 2001-VII). Semelhante

ingerência incumpe o artigo 8º salvo se, estando “prevista pela lei”, ela prosseguir um ou mais dos fins legítimos do número dois desta disposição e for “necessária, numa sociedade democrática” para os atingir. A noção de “necessidade” implica uma ingerência fundada sobre uma necessidade social imperiosa e, nomeadamente, proporcional à finalidade legítima pretendida (Couillard Maugery c. França, n.º 64796/01, § 237, 1 de Julho de 2004).

75. Se o artigo 8º tende, no essencial, a proteger o indivíduo contra ingerências arbitrárias dos poderes públicos, ele onera, ainda, o Estado com obrigações positivas inerentes ao “respeito” efetivo da vida familiar. Assim, quando se encontra estabelecida a existência de um vínculo familiar, o Estado deve, em princípio agir de modo a permitir que este laço se desenvolva e tomar

as medidas adequadas a reunir o progenitor e o filho (ver por exemplo, Eriksson c. Suécia, 22 de Junho de 1989, § 71, Série A n.º 156; Olsson c. Suécia (n.º 2), 27 de Novembro de 1992, § 90,

Série A n.º 250; Ignaccolo-Zenide c. Roménia, n.º 31679/96, § 94, CEDH 2000-I; Gnahorá c. 16

França, n.º 40031/98, § 51, CEDH 2000-IX e, ultimamente, Neulinger e Shuruk c. Suíça [GC], n.º

41615/07, § 140, CEDH 2010). A fronteira entre as obrigações positivas e negativas do Estado no âmbito do artigo 8º não se presta a uma definição precisa; os princípios aplicáveis são contudo comparáveis. Em particular, nos dois casos, é necessário ter em conta o justo equilíbrio a estabelecer entre os interesses concorrentes – os da criança, os dos pais, e os de ordem pública – (Maumousseau e Washington c. França, n.º 39388/05, § 62, CEDH 2007 – XIII), tendo em conta, todavia, que o superior interesse da criança deve ser determinante (neste sentido Gnahoré,

supracitado, § 59, CEDH 2000-IX), podendo, segundo a sua natureza e gravidade, suplantar o

interesse dos pais (Sahin c. Alemanha [GC], n.º 30943/96, § 66, CEDH 2003- VIII). O interesse

destes últimos, nomeadamente o de beneficiarem de um contacto regular com a criança, continua a ser, no entanto, um fator a ponderar no equilíbrio dos diferentes interesses em jogo (Haase c.

Alemanha, n.º 11057/02, § 89, CEDH 2004- III (excertos), ou Kutzner c. Alemanha, supracitado, §

58). [...]

76. O Tribunal recorda que, se o artigo 8º não prevê explicitamente nenhuma exigência processual, o processo decisório associado às medidas de ingerência deve ser equitativo e adequado a respeitar os interesses protegidos por esta disposição. Compete, desde logo, determinar, em função das circunstâncias de cada caso e nomeadamente da gravidade das medidas a tomar, *se os pais puderam desempenhar no processo decisório, considerado como um todo, um papel suficientemente relevante que lhes garanta a proteção que os seus interesses requerem*. Se não foi esse o caso, houve violação do direito ao respeito da sua vida familiar e a ingerência resultante que a decisão encerra não pode ser tida como “necessária” no sentido do artigo 8º (W. c. Reino Unido, 8 de Julho de 1987, § 64, Série A, n.º 121).

77. Para apreciar a “necessidade” da medida litigiosa “numa sociedade democrática”, o Tribunal irá considerar se, à luz do caso no seu conjunto, os motivos invocados para a justificarem

eram pertinentes e suficientes de acordo com o nº 2 do artigo 8º da Convenção. Para isso, tomar-

se-á em conta o facto de que *o desmembramento de uma família constitui uma ingerência muito*

*grave*; semelhante medida deve pois assentar sobre considerações inspiradas no superior interesse

da criança e ter suficiente peso e solidez (Scozzari e Giunta c. Itália [GC], n.ºs 39221/98 e

41963/98, § 148, CEDH 2000-VIII).

78. Se as autoridades gozam de uma grande latitude para apreciar em particular a necessidade de tomar uma criança a seu cargo, será necessário, em contrapartida, um controlo mais rigoroso sobre as restrições suplementares, como as impostas pelas autoridades ao direito de visita dos pais, e sobre as garantias destinadas a assegurar proteção efetiva do direito dos pais e das crianças ao respeito da sua vida familiar. Estas restrições suplementares comportam o perigo de romper as relações familiares entre os pais e uma criança pequena (Gnaoré supramencionado, § 54, e Sahin c. Alemanha [GC], n.º 30943/96, § 65, CEDH 2003 – VIII).

79. Por um lado, é certo que garantir às crianças o desenvolvimento num ambiente saudável decorre deste interesse, e que o artigo 8º não pode de modo algum permitir que um pai assista à tomada de medidas prejudiciais à saúde e ao desenvolvimento dos seus filhos (Sahin, supracitado, § 66). Por outro lado, está claro que *é também no interesse da criança que os laços entre ela e a sua família se mantenham, salvo nos casos em que a família de revela particularmente indigna: quebrar este vínculo equivale a cortar a criança das suas próprias raízes*. Daí resulta que o interesse da criança impõe que só em circunstâncias particularmente excecionais se permita a quebra do laço familiar, e que tudo seja feito para manter as relações pessoais e, se for caso disso, no momento próprio “reconstituir a família” (Gnaoré, supra citado, § 59).» (itálicos aditados)

A exigência referida no § 76 desta decisão vale em geral no domínio do artigo 6.º, n.º 1 (direito a um processo equitativo). Assim na decisão *Assunção Chaves c. Portugal*, n.º 61226/08, de 31 de janeiro de 2012 (igualmente disponível em português no sítio anteriormente indicado), o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem considerou:

«70. O art. 6º, nº 1 da Convenção garante a todos o direito a que um tribunal conheça da contestação que incida sobre os seus direitos e obrigações de natureza civil. Este “direito a um tribunal”, do qual o direito de acesso representa apenas um aspeto, pode ser invocado por qualquer pessoa que possua razões sérias para acreditar ser ilícita uma ingerência no exercício de um dos seus direitos de carácter civil e que se queixe de não ter tido a oportunidade de submeter esta questão a um tribunal conforme às exigências do

artigo 6º, nº 1 (ver nomeadamente, *Golder c. Reino Unido*, 21 de Fevereiro de 1975, § 36, série A,

n.º 18), sendo que estas garantias devem ser asseguradas perante todas as jurisdições, sejam elas de primeira instância, de recurso em segunda ou última instância, podendo uma jurisdição superior apagar a violação inicial de uma disposição da Convenção (*De Cubber c.*

*Bélgica*, 26 de Outubro de 1984, § 32-33, Série A n.º 86; *Delcourt c. Bélgica*, 17 de Janeiro

de 1970, § 25, série A, n.º 11; *Tolstoy Miloslavsky c. Reino Unido*, 13 de Julho de 1995, § 59,

série A, n.º 316-B). O artigo 6º, nº 1 garante, assim, aos cidadãos um direito “efetivo” de

acesso às referidas jurisdições para as decisões relativas aos seus direitos e obrigações de natureza civil. *Os Estados* são livres de escolher os meios a empregar para este efeito e *não*

*estão vinculados pelo artigo 6º, nº 1 a prover a assistência de um advogado senão quando esta se revele indispensável ao acesso efetivo ao juiz, seja porque a lei exige a representação por advogado; seja em razão da complexidade do processo ou da causa (Airey c. Irlanda, 9 de Outubro de 1979, § 26, série A, n.º 32).» (itálico aditado)*

Por outro lado, nessa mesma decisão – *Assunção Chaves c. Portugal* –, o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem não deixou de reconhecer que «um processo de promoção e proteção de uma criança em risco é um processo complexo não apenas em razão das questões jurídicas que é chamado a dirimir mas também pelas consequências extremamente graves e delicadas que dele decorrem tanto para a criança como para os pais» (§ 82) e recordou:

«108. O Tribunal relembra que, se o artigo 8º não consagra expressamente regras processuais, o processo decisório que decreta medidas de ingerência deve ser equitativo e adequado a fazer respeitar os interesses protegidos por esta disposição. Cabe, assim, determinar, em função das circunstâncias de cada caso e, especialmente, em função da gravidade das medidas a adotar, se os pais puderam desempenhar no processo decisório, considerado no seu conjunto, um papel suficientemente relevante que lhes garante a proteção que os seus interesses exigiam. Caso contrário, terá havido violação do direito ao respeito da sua vida familiar e a ingerência que decorre da decisão não pode ser tida como “necessária” no sentido do artigo 8º (W. c. Reino Unido, 8 de Julho de 1987, § 64, Série A, n.º 121).

109. O Tribunal entende que, à luz das conclusões a que chegou no que à violação do artigo 6º, nº 1 respeita, não se impõe proceder a um exame separado do caso sob o ângulo do artigo 8º da Convenção, na sua dimensão processual.» (itálico aditado)

Tendo em conta o exposto, compreendem-se os reparos feitos no acórdão Soares de Melo c. Portugal, § 116:

«[O] Tribunal constata que a interessada não foi representada por um advogado no âmbito do processo perante o tribunal de família e menores, o que, à data dos factos, não era obrigatório (passou a sê-lo desde a entrada em vigor da Lei n.º 142/2015, de 8 de setembro, que modificou o artigo 103.º da LPCJP), exceto no recurso interposto da decisão de primeira instância. Como se referiu já no acórdão Assunção Chaves (anteriormente citado, § 82), tendo em conta a complexidade e o significado do processo de promoção e proteção de crianças em risco e as consequências extremamente graves e delicadas que dele decorrem tanto para a criança como para os pais, entende o Tribunal que deveriam ter sido adotadas precauções e diligências suplementares, por forma a garantir não apenas a compreensão por parte da requerente do exato significado do que estava em causa no processo, mas, também, a sua participação efetiva no mesmo.» (itálicos aditados)

19. Como referido, a LPCJP, na redação anterior à Lei n.º 142/2015, de 8 de setembro, só previa a constituição obrigatória de advogado antes da decisão judicial de primeira instância para a criança ou jovem: em caso de conflito de interesses com os pais, o representante legal ou a pessoa que tivesse a guarda de facto e no debate judicial (artigo 103.º, n.ºs 2 e 4). A regra aplicável aos progenitores era, portanto, a do patrocínio meramente facultativo, em conformidade com a natureza de *jurisdição voluntária* legalmente reconhecida ao “processo judicial de promoção dos direitos e proteção das crianças e jovens em perigo” (cfr. o artigo 100.º da LPCJP). Com efeito, segundo o artigo 1409.º, n.º 4, do Código de Processo Civil de 1961 (na redação dada pelo Decreto-Lei n.º 329-A/95, de 12 de dezembro) – a que corresponde o artigo 986.º, n.º 4, no Código atualmente em vigor –, «nos processos de jurisdição voluntária não é obrigatória a constituição de advogado, salvo na fase de recurso». Significa isto que, conforme referido no Acórdão n.º 245/97, «as partes (por si próprias ou

por intermédio do solicitador que aí as represente) podem suscitar e discutir no processo todas as questões, sejam elas questões de facto ou de direito».

A solução adotada em 1995 em matéria de jurisdição voluntária – e que, pelo menos no caso das decisões sobre as citadas medidas de promoção e proteção, porque sempre recorríveis, nos termos do artigo 123.º, n.º 1, da LPCJP, representava uma exceção ao disposto em geral quanto à constituição obrigatória de advogado (cfr. o artigo 32.º, n.º 1, alínea b), do Código de Processo Civil de 1961 – prosseguiu objetivos de economia, simplificação e informalidade, característicos daquele tipo de processos, em que o tribunal – mais do que decidir um litígio segundo critérios estritamente jurídicos – profere um juízo de oportunidade ou conveniência sobre os interesses em causa (cfr. LOPES DO REGO, *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. II, 2.ª ed., Almedina, Coimbra 2004, nota II ao art. 1409, p. 298). E esse é, na verdade, o perfil e a matriz a que comumente e tradicionalmente é reconduzida a jurisdição voluntária:

«Nos processos de jurisdição *contenciosa*, que constituem a *regra*, há um conflito de interesses entre as partes [...] que ao tribunal incumbe *dirimir*, de acordo com os critérios estabelecidos no direito substantivo. Nos processos de jurisdição *voluntária* há um interesse *fundamental* tutelado pelo direito (acerca do qual podem formar-se posições divergentes), que ao juiz cumpre regular nos termos *mais convenientes*.

Nos processos de *jurisdição contenciosa*, o tribunal é chamado a exercer a função (jurisdicional) própria dos *órgãos judiciais*, elaborando e formulando a solução *concreta* que decorre do direito substantivo aplicável (*ius dicendum*). Nos processos de *jurisdição voluntária* [...], a função exercida pelo juiz não é tanto de *intérprete e aplicante* da lei, como de verdadeiro *gestor de negócios* – negócios que a lei coloca sob a fiscalização do estado através do poder judicial.

[Essencial é que nos casos em que exista controvérsia entre os interessados – como, por exemplo, a propósito da solução do problema relativo à guarda ou educação do menor –,] haja um interesse *fundamental* tutelado pela lei e ao juiz, em nome do Estado, se tenha atribuído o poder de escolher a melhor forma de o *gerir* ou de *fiscalizar* o modo como se pretende satisfazê-lo. Assim é que, havendo controvérsia entre os pais acerca de determinadas providências relativas aos filhos [a lei] manda o juiz resolver de harmonia com os interesses do menor» (v. ANTUNES VARELA, MIGUEL BEZERRA e SAMPAIO E NORA, *Manual de Processo Civil*, cit., pp. 69-70 e nota 2 da p. 70).

É por via do processo judicial de promoção dos direitos e proteção das crianças que o tribunal intervém no quadro da defesa dos direitos das crianças e jovens em perigo, nas situações em que só ele o pode fazer, nas situações de conflito ou naquelas em que a sua intervenção é tida por conveniente pelo Ministério Público (cfr. os artigos 6.º e 11.º da LPCJP). Em especial, quando esteja em causa a aplicação de medidas de promoção dos direitos e de proteção pelo tribunal – providências tipificadas na lei destinadas a proteger a criança ou o jovem em perigo (artigos 5.º, alínea e), e 35.º, n.º 1, ambos da LPCJP) – é clara a prevalência do interesse fundamental dessa criança ou jovem: afastar o perigo em que eventualmente se encontre, salvaguardar a sua segurança, saúde, formação, educação, bem-estar e desenvolvimento integral e, se necessário, garantir a sua recuperação física e psicológica (artigo 34.º da LPCJP). E, contudo, a mesma lei – trata-se da versão da LPCJP anterior à Lei n.º 142/2015, de 8 de setembro – não deixava de determinar que «no debate judicial é obrigatória a constituição de advogado ou a nomeação de patrono à criança ou jovem» (artigo 103.º, n.º 4).

Mas tal obrigatoriedade *somente* se encontrava prevista em relação à criança ou jovem e, em qualquer caso, para a fase do *debate judicial*: «é no debate judicial – e só nesse momento –

que se torna imprescindível a representação do menor por pessoa diferente dos pais, como resulta do disposto no artigo 103.º n.º 4, da Lei 147/99 de 1 de setembro. Sem embargo da possibilidade de constituição de advogado em qualquer altura do processo ou de nomeação de patrono para os pais ou para o menor, no processo de promoção e proteção *o debate judicial é o momento próprio para o exercício do contraditório, para a explanação das posições e argumentos* (artigo 104.º, n.º 2, da Lei 147/99 de 1 de setembro) *que se tenham por decisivos para a definição da situação do menor»* (cfr. o acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 23 de junho de 2006, Processo n.º 4291/2005-6, disponível em <http://www.dgsi.pt/>; itálico aditado). Tal deve-se ao *regime específico* do debate judicial consagrado na LPCJP (na redação aplicável aos presentes autos, ou seja, a que lhe foi dada pela Lei n.º 31/2003, de 22 de agosto):

- Se não tiver sido possível obter o acordo de promoção e proteção, ou quando este se mostre manifestamente improvável, o juiz notifica o Ministério Público, os pais, o representante legal, quem detiver a guarda de facto e a criança ou jovem com mais de 12 anos para alegarem, por escrito, querendo, e apresentarem prova no prazo de 10 dias (artigo 114.º, n.º 1);
- Recebidas as alegações e apresentada a prova, o juiz designa dia para o debate judicial e ordena a notificação das pessoas que devam comparecer e com a notificação da data para o debate judicial é dado conhecimento aos pais, ao representante legal ou a quem tenha a guarda de facto das alegações e prova apresentada pelo Ministério Público e a este das restantes alegações e prova apresentada (artigo 114.º, n.ºs 3 e 4);
- No debate judicial podem ser apresentadas alegações escritas e é assegurado o contraditório (artigo 104.º, n.º 2);
- O debate judicial inicia-se com a produção da prova e audição das pessoas presentes, ordenando o juiz as diligências necessárias para que compareçam os não presentes na data que designar para o seu prosseguimento (artigo 116.º, n.º 2);
- As declarações prestadas em audiência são documentadas em ata quando o tribunal não dispuser de meios idóneos para assegurar a sua reprodução integral; neste caso, o juiz dita para a ata uma súmula das declarações, podendo o Ministério Público e os advogados requerer que sejam aditados os elementos que se mostrarem necessários à boa decisão da causa (artigo 118.º);
- Para a formação da convicção do tribunal e para a fundamentação da decisão só podem ser consideradas as provas que puderem ter sido contraditadas durante o debate judicial (artigo 117.º);
- Produzida a prova, o juiz concede a palavra ao Ministério Público e aos advogados para alegações, por trinta minutos cada um (artigo 119.º).

Este regime evidencia não só a centralidade do debate judicial para efeitos do exercício do contraditório, como também algumas desvantagens significativas relativamente ao exercício de tal direito para os interessados que não se encontrem representados por advogado. Salientem-se, além da provável menor capacidade de apreensão e compreensão das provas apresentadas e dos depoimentos prestados, a omissão de previsão da possibilidade de «requerer que sejam aditados [à ata] os elementos que se mostrem necessários à boa decisão da causa» (artigo 118.º, n.º 2) e, bem assim, da possibilidade de produzir alegações orais depois de produzida a prova (artigo 119.º).

Tais desvantagens agravam-se – e muito, no caso dos pais – quando esteja em causa – como sucede *in casu* – a aplicação da medida de promoção e proteção de confiança da criança ou jovem a pessoa selecionada para a adoção ou a instituição com vista a futura adoção prevista

no artigo 35.º, n.º 1, alínea g), da LPCJP. A aplicação desta medida é da competência exclusiva dos tribunais (artigo 38.º, 2.ª parte) para as situações em que se verifique alguma das situações previstas no artigo 1978.º do Código Civil (confiança com vista a futura adoção) e, como mencionado anteriormente, implica a inibição definitiva do exercício das responsabilidades parentais em relação à criança confiada e, conseqüentemente, a impossibilidade de conviver com ela e, inclusivamente, de a visitar ou de com ela estabelecer outros contactos (cfr. o artigo 1978.º-A do Código Civil e o artigo 62.º-A, n.ºs 1 e 2, da LPCJP, na redação da Lei n.º 31/2003, de 22 de agosto). Compreendem-se, por isso, alguns cuidados adicionais, relativamente ao contraditório, previstos quer na própria lei, quer na sua aplicação.

Quanto ao primeiro aspeto, o legislador estatuiu a obrigação de o Ministério Público «alegar por escrito e apresentar provas sempre que considerar que a medida a aplicar é a prevista na alínea g) do n.º 1 do artigo 35.º» (artigo 114.º, n.º 2). Na jurisprudência, foi salientada a *diferença qualitativa* da medida de promoção e proteção de confiança da criança ou jovem a pessoa selecionada para a adoção ou a instituição com vista a futura adoção face às demais, uma vez que não está em causa a simples «limitação do poder paternal», mas a «privação quer do exercício, quer da titularidade» do mesmo poder; assim, «quando, num processo de promoção e proteção se altera qualquer medida para a de confiança a pessoa ou a instituição para futura adoção opera-se uma modificação objetiva da instância, o que obriga a um chamamento ao processo dos pais e familiares como se fosse o primeiro» (cfr. o acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 19 de abril de 2005, Processo n.º 1021/05, igualmente disponível em <http://www.dgsi.pt/>; itálico aditado).

Com efeito, a *extinção das responsabilidades parentais*, mesmo que para tutela de um interesse fundamental que, em concreto deva prevalecer, não deixa de representar, *também*, sobretudo quando fundamentada numa alegada violação de deveres fundamentais associados às mesmas responsabilidades, a resolução de uma controvérsia, materialmente muito próxima da jurisdição contenciosa. Estão em jogo direitos fundamentais tanto dos pais como dos filhos (recorde-se o artigo 36.º, n.º 6, da Constituição) e um importante dever estadual de proteção relativamente às crianças e jovens (v. o artigo 69.º, n.ºs 1 e 2, da mesma Lei Fundamental). Tal resolução reclama, por isso mesmo, um *exercício efetivo do contraditório*, de modo a assegurar uma decisão imparcial porque informada, ponderada, fundamentada e, em última análise, ajustada a todos os interesses em jogo e, como tal, justa. Acresce que, para os progenitores, o processo que antecede a decisão representa *a única via* para defenderem o seu direito a conviverem com os seus filhos; a via de recurso, atendendo à disponibilidade do efeito suspensivo por parte do tribunal recorrido, pode não impedir uma separação efetiva, que poderá ser muitíssimo grave em razão da idade da criança ou jovem confiado, e do tempo necessário para a decisão do recurso.

Como referido anteriormente, o princípio da participação efetiva no desenvolvimento do processo – que é um corolário do princípio do contraditório, entendido em sentido material e amplo, como se mostra adequado em relação a ameaças significativas contra direitos como os que estão em causa nos presentes autos – exige a assistência do interessado, isto é do titular da posição jurídica subjetiva fundamental ameaçada, por advogado. Com efeito, no processo judicial de promoção e proteção regulado pela LPCJP em que esteja em causa aplicar a medida de promoção e proteção de confiança da criança ou jovem a pessoa selecionada para a adoção ou a instituição com vista a futura adoção prevista no respetivo artigo 35.º, n.º 1, alínea g), a fase em que mais é necessário tal apoio é, pela sua centralidade e importância, aquela que corresponde ao debate judicial previsto no artigo 114.º e regulado nos artigos

115.º a 119.º da mesma lei. É aí que todas as provas e todas as razões têm de ser produzidas, avaliadas e discutidas. E, por isso mesmo, o contraditório, entendido como garantia da mencionada participação efetiva no desenvolvimento do processo, exige que, logo na *preparação* de um debate judicial em que se equacione a aplicação da medida prevista na alínea g) do n.º 1 do artigo 35.º da LPCJP, e mesmo após o seu termo, na *avaliação* do mesmo e na *apreciação crítica da decisão judicial* que se lhe sucede, os progenitores se encontrem assistidos por advogados.

Refira-se que foi nesse sentido que se orientou o legislador ordinário na Lei n.º 142/2015, de 8 de setembro, ao estabelecer, por via da nova redação dada ao artigo 103.º, n.º 2, da LPCJP, que «no debate judicial é obrigatória a constituição de advogado ou a nomeação de patrono aos pais quando esteja em causa a aplicação da medida prevista na alínea g) do n.º 1 do artigo 35.º». Este diploma teve a sua origem na Proposta de Lei n.º 339/XII (disponível em <https://www.parlamento.pt/>), cuja exposição de motivos indica estar em causa, além do mais, «o reforço de garantias dos intervenientes processuais, há muito reclamado, inclusivamente pela jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem. [...] onsagra-se a previsão obrigatória de constituição de advogado ou nomeação de patrono aos pais da criança no debate judicial, sempre que esteja em causa a aplicação de medida de confiança com vista a futura adoção, conferindo-se, paralelamente, efeito suspensivo ao recurso da decisão que aplicou tal medida, com evidentes ganhos, designadamente, de segurança jurídica e estabilização do projeto de vida da criança beneficiária da intervenção».

Justifica-se, por conseguinte, limitar a parte da norma sindicada pelos recorrentes o juízo de inconstitucionalidade. Assim, é inconstitucional, por violação do direito ao contraditório, ínsito no artigo 20.º, n.º 4, em conjugação com o artigo 36.º, n.º 6, ambos da Constituição, a norma extraída do artigo 103.º da Lei de Proteção de Crianças e Jovens em Perigo, aprovada pela Lei n.º 147/99, de 1 de setembro, segundo a qual, em processo de promoção e proteção de crianças e jovens em que esteja em causa a aplicação de medida de confiança a pessoa selecionada para adoção ou a instituição com vista a futura adoção prevista no respetivo artigo 35.º, n.º 1, alínea g), não é obrigatória a constituição de advogado aos progenitores das crianças ou jovens em causa *a partir da designação do dia para o debate judicial* a que se refere o artigo 114.º, n.º 3, do mesmo normativo.

20. Conforme resulta das razões expostas *supra* no n.º 13, este juízo de inconstitucionalidade torna inútil o conhecimento autónomo da questão de inconstitucionalidade relativa à norma extraída dos artigos 35.º, n.º 1, alínea g), 114.º, n.º 4, e 117.º, todos da Lei de Proteção de Crianças e Jovens em Perigo, aprovada pela Lei n.º 147/99, de 1 de setembro, com a redação dada pela Lei n.º 31/2003, de 22 de agosto, e ainda dos artigos 254.º e 255.º do Código de Processo Civil, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 44129, de 28 de dezembro de 1961, com a redação dada pelo Decreto-Lei n.º 303/2007, de 24 de agosto, segundo a qual, estando em causa a possibilidade de aplicar a medida de confiança do menor a pessoa selecionada para adoção ou instituição para futura adoção, incumbe aos progenitores elidirem a presunção de que foram notificados nos termos do citado artigo 114.º, n.º 4, uma vez que a mesma deixa de poder ser aplicada no caso concreto. Com efeito, devido à inconstitucionalidade da não representação obrigatória dos progenitores por mandatário judicial *a partir da designação do dia para o debate judicial* a que se refere o artigo 114.º, a notificação em causa prevista no n.º 4 desse preceito já não lhes poderá ser feita diretamente, mas ao advogado a constituir obrigatoriamente a partir desse momento.

### III. Decisão

Pelo exposto, decide-se:

a) Julgar inconstitucional, por violação do direito ao contraditório, insito no artigo 20.º, n.º 4, em conjugação com o artigo 36.º, n.º 6, ambos da Constituição, a norma extraída do artigo 103.º, na sua redação originária, da Lei de Proteção de Crianças e Jovens em Perigo, aprovada pela Lei n.º 147/99, de 1 de setembro, segundo a qual, em processo de promoção e proteção de crianças e jovens em que esteja em causa a aplicação de medida de confiança a pessoa selecionada para adoção ou a instituição com vista a futura adoção prevista no respetivo artigo 35.º, n.º 1, alínea g), com a redação dada pela Lei n.º 31/2003, de 22 de agosto, não é obrigatória a constituição de advogado aos progenitores das crianças ou jovens em causa a partir da designação do dia para o debate judicial a que se refere o artigo 114.º, n.º 3, do mesmo normativo, igualmente com a redação dada pela citada Lei n.º 31/2003;

b) Não conhecer do objeto do recurso quanto às demais questões de inconstitucionalidade suscitadas pelos recorrentes;

E, em consequência,

c) Revogar a decisão recorrida, que deverá ser reformulada de harmonia com o juízo de inconstitucionalidade que antecede.

Sem custas.

Lisboa, 4 de abril de 2016 - *Pedro Machete - João Cura Mariano - Ana Guerra Martins - Fernando Vaz Ventura - Joaquim de Sousa Ribeiro*