

A LEI SOBRE ABANDONO DE FAMÍLIA

Pela DR.^a ELINA GUIMARÃES

Após longos e porfiados esforços foi, finalmente, promulgada a lei sobre o abandono de família, que vem preencher uma lacuna importante dentro do nosso direito.

A necessidade desta lei nem precisa ser demonstrada, de tal forma se tornou óbvia, dadas as incertezas e instabilidade da vida actual, que tão lamentavelmente se reflectem sobre a vida familiar.

Por isso, os reparos a seguir feitos sobre a lei, não representam, de forma alguma, menos concordância com os seus fins e intuitos; representam, sim, o desejo de os ver aperfeiçoados.

Antes de estudar os novos preceitos, e sem nos ocuparmos de decidir se ela pertence ao direito civil ou ao direito penal, devemos fazer notar que esta lei não cria direito, mas constitui apenas uma sanção ao não cumprimento de obrigações já legalmente impostas. É partindo deste princípio que a deveremos examinar.

Para melhor exposição, devemos dividir o assunto em duas partes:

I) MENORES

a) **Filhos** ; b) **Outros menores**

II) CÔNJUGE

I) — MENORES

a) **Filhos**

Lendo os 2 primeiros artigos da lei, verifica-se a necessidade de considerar dois delitos distintos :

- 1) Falta de prestação de alimentos ;
- 2) Abandono pròpriamente dito.

Esta classificação já fora estabelecida por Planiol e Ripert, em face do texto da lei francesa, mas é perfeitamente adaptável à nossa.

1) Falta de prestação de alimentos :

Diz o art.º 1.º, n.º 1.º, desta lei : *Incorrem na pena de prisão correcional não remível até 6 meses : As pessoas condenadas judicialmente a prestar alimentos a algum menor que, podendo fazê-lo, deixarem de cumprir essa obrigação por tempo superior a 60 dias.*

Cumpra observar que esta disposição não é nova dentro da legislação portuguesa.

Com efeito, o art.º 47.º do decreto n.º 10.767, de 15 de Maio de 1923, fixava a forma de processo por alimentos devidos a menores e no seu § 8.º o modo como estes poderiam ser cobrados coercitivamente.

Esta disposição foi posteriormente reforçada com a do art.º 16.º do decreto n.º 20.431, de 24 de Outubro de 1931, determinando : *«Aquele que podendo não prestar alimentos a um menor, decorrido o prazo de noventa dias a contar do trânsito em julgado da sentença ou acórdão que os decretou ou da mora de pagamento dos alimentos vencidos, será condenado na pena de prisão correcional até 6 meses. Na mesma pena incorre aquele que se colocar em condições de não prestar os alimentos a que estiver obrigado».*

Este texto é muito importante, pois aqui surge pela primeira vez a pena, passando a ser um delito o que até então era o não cumprimento de uma obrigação civil.

Os 2 artigos citados passaram para o Código de Processo Civil, art.º 1.465.º : *«Quando a pessoa condenada a prestar alimentos ou a pagar pensão ou encargos de internamento não satisfizer as quantias em dívida dentro de 10 dias depois do vencimento, observar-se-á o seguinte :*

a) se for funcionário público, ser-lhe-ão deduzidas as respectivas quantias no vencimento, a requisição da tutoria feita a entidade competente ;

b) se for empregado ou assalariado particular ser-lhe-ão deduzidas no ordenado ou salário, para o que será notificado o respectivo patrão, que fica na situação de fiel depositário ;

c) quando não seja possível obter o pagamento pela forma indicada, poderá requerer-se que ao devedor seja aplicada, em processo criminal, *a pena de prisão até 6 meses não convertível em multa.»*

Tudo isto, aliás, vem exposto com muita precisão e elegância no notável relatório que antecede o projecto desta mesma lei, da autoria do Sr. Dr. Cancela de Abreu (1), o qual justifica esta repetição dizendo com toda a razão: «Para limitar a dispersão das regras de natureza penal sobre estas relações de família, julguei oportuno reproduzir no projecto a punição da falta de pagamento de alimentos e pensões».

A jurisprudência, embora muito pouco abundante, também não ignorou estas questões.

Assim, encontramos um Acórdão do Conselho Superior dos Serviços Criminais, Secção de Serviços Judiciais, de 7 de Maio de 1930 (2), que declara: «A obrigação de pagar a pensão alimentar aos filhos é para os pais uma dívida sagrada independentemente das necessidades dos filhos e inelutável. O facto de um pai se recusar a prestar alimentos a seus filhos, constitui *verdadeiro delicto de abandono de família*».

Outro, de 27 de Outubro de 1938, afirma que (3) «o abandono a que menores de 16 anos estão votados pelo pai, *constitui perigo moral independentemente de declaração dos tribunais*».

Podemos ainda apontar (4) um artigo publicado na Revista de Legislação e de Jurisprudência, sustentando que as Tutorias não têm competência para a execução por alimentos.

Para que seja aplicável o art.º 1.º, e o seu n.º 1, são necessárias 2 condições:

1) possibilidade material de pagar os alimentos, ou perda voluntária dessa possibilidade;

2) *sentença* judicial, fixando esses alimentos.

Essa sentença pode surgir no decurso de processos variados, cuja enumeração não ofereceria grande interesse, que podem ser, por exemplo, investigação de paternidade ou regularização do poder paternal (Cód. Proc. Civ., art.º 965.º), ou ser consequência da acção especial de alimentos, regulada no art.º 1.462.º do mesmo Código.

(1) Direito, vol. 81, pág. 310.

(2) Id., vol. 78, pág. 313.

(3) Id., vol. 71, pág. 86.

(4) Vol. 74, pág. 278.

Mas é sempre necessária uma sentença, e nisto está um dos pontos fracos desta lei. Com efeito, devemos ter presente que ela visa não a criar direito mas àquilo que, na linguagem do direito penal, se chama *intimidação*, baesando-se no sentimento algo cínico expresso no processo francês: «o medo dos polícias é o começo do bom comportamento», e presumindo que, colocados entre os males «pagamento» ou «prisão», grande parte dos réus optará pelo primeiro.

Contudo, este método de intimidação, se é relativamente violento, nada tem de rápido, pois é necessário: 1.º obter uma sentença condenatória a alimentos; 2.º deixar correr um prazo superior a 60 dias (art.º 1.º, n.º 1); 3.ª) denunciar a falta de pagamento ao Ministério Público, para que este instaure a acção penal.

Tudo isto é muito longo. Não diremos que o menor tem tempo de morrer de fome, porque nos casos extremos uma morte deste género pode dar-se em 3 dias, prazo em que não seria possível obter uma sentença; mas tem, infelizmente, tempo — e de sobra — para sofrer privações que o inutilizem para toda a vida.

Parece que nos casos óbvios, como seja nos que se verificam com filhos legítimos ou mesmo perfilhados, a falta de prestação de alimentos, devidamente provada, deveria dar motivo a esta sanção, tanto mais que neste caso a sentença não cria um direito, mas apenas concretiza a sua aplicação.

Neste passo, e em muitos mais, o projecto era nitidamente superior à lei. No seu art.º 1.º, n.º 2, dizia-se ficarem sujeitos à pena de prisão aqueles que faltassem à prestação de alimentos a que estivessem *legalmente* ou judicialmente obrigados.

Como os pais estão legalmente obrigados a alimentos (Cód. Civil, art.ºs 40.º e 171.º), a situação seria assim extremamente simplificada, com grande vantagem para os menores.

O n.º 3.º do citado art.º 1.º declara sujeitos à mesma pena de prisão: «Os que por alienação ou ocultação de rendimentos ou por qualquer outro meio se collocarem intencionalmente em condições de não poder cumprir as obrigações referidas no número anterior».

Esta disposição sensata, útil e indispensável, é todavia de difícil apreciação prática. Planiol (1) conta que segundo o texto da pri-

(1) PLANIOL e RIPPERT, *Traité pratique de Droit Civil Français*, 2.ª ed. vol. II, pág. 36.

mitiva lei francesa sobre abandono de família, só era possível processar o devedor de alimentos quando se pudesse provar que o não pagamento dos mesmos era voluntário, prova difícil de fazer, que impedia o recurso à justiça em muitos casos. Por isso a lei de 1942 decidiu que o não pagamento se presume voluntário, cabendo ao réu demonstrar a impossibilidade em que se encontre de o efectuar. A lei acentua ainda que a insolvência resultante de mau comportamento habitual, preguiça ou embriaguês, não será tomada como atenuante.

Determina o § 1.º que «o exercício da acção penal pelos crimes previstos neste artigo depende de simples denúncia ao Ministério Público por quem tenha legitimidade para exigir o cumprimento da obrigação».

De harmonia com o art.º 27.º do Código de Processo Civil, podemos traduzir aqui legitimidade por interesse, interesse do menor a quem se aplica a utilidade mencionada na segunda parte desse artigo, salvo o caso — aliás provável — da denúncia ser feita pela pessoa que, devido à falta dos alimentos, tem o menor a seu cargo. Sendo assim, essa pessoa tem pessoalmente interesse e utilidade nesta acção.

Pelo § 2.º do mesmo art.º 1.º, o pagamento dos alimentos extingue o processo e a pena, sucedendo o mesmo se eles já houverem sido pagos por qualquer forma.

Esta última hipótese já foi, antes da promulgação desta lei, resolvida pela jurisprudência. Com efeito, um Acórdão da Relação do Porto, de 27 de Janeiro de 1943, entendeu que «não há abandono quando o pai deixar de pagar a pensão a que havia sido condenado por ter passado a viver em comum com os menores e sua mãe» (1).

2) Abandono

A hipótese daquilo a que podemos chamar *abandono completo*, encarada no art.º 2.º, é bem mais grave e complicada do que a do art.º 1.º.

Com efeito, no primeiro caso presume-se que, fora o não pagamento da pensão alimentar, os outros deveres do pátrio poder são

(1) Obra cit., pág. 38.

cumpridos, o que é possível, embora não muito provável; ou então que, por circunstâncias várias, por exemplo por o menor estar entregue à mãe ou a qualquer parente com meios para o sustentar, não sofre materialmente deste abandono.

Para nos servirmos da linguagem da própria lei, podemos dizer que, no caso do art.º 1.º, é prestada assistência moral mas não económica; porém, no caso do art.º 2.º, faltam uma e outra.

Como exemplo do art.º 1.º, podemos imaginar um menor, filho de divorciados, entregue à guarda da mãe, ficando o pai obrigado ao pagamento de determinada pensão que não paga.

Como exemplo do art.º 2.º, podemos encarar o caso de um órfão de mãe, sem mais família, cujo pai se ausenta sem nada providenciar a seu respeito.

É evidente que as duas situações podem coexistir, como sucederia no caso acima, se o pai houvesse já sido condenado ao pagamento duma pensão alimentar.

Para que exista o delito previsto pelo art.º 2.º, são necessários 2 requisitos:

- I) Falta de assistência económica e moral;
- II) Perigo moral dos menores.

Devemos notar que o abandono físico propriamente dito, isto é, a ausência, mesmo no sentido vulgar, não é indispensável. Com efeito, os pais podem coabitar com os filhos sem lhes dar a mínima assistência, deixando-os completamente ao desamparo. Esta situação já foi mesmo prevista na nossa lei, pela alínea a) do n.º 4.º do art.º 26.º, do decreto de 25 de Maio de 1911: «Consideram-se em perigo moral os menores que: a) vivam em companhia do pai, mãe ou tutor, que desprezem gravemente os seus deveres de vigiar e educar os filhos ou pupilos», enquanto os verdadeiramente abandonados estavam abrangidos pelos n.ºs 1.º e 2.º do mesmo artigo: «Consideram-se em perigo moral: n.º 1.º os menores que não têm domicílio certo em que habitem nem meios de subsistência por seus pais serem falecidos, desconhecidos ou *desaparecidos*»; e «que se encontrem momentaneamente sem domicílio certo em que habitem, devido à doença ou prisão de seus pais.

A definição legal de *perigo moral* faz-se ainda hoje pela enumeração de casos desse art.º 26.º, mas vem no entanto melhor estabelecida na portaria n.º 4.882, de Maio de 1927:

«Os menores em perigo moral são elementos moralmente são mas em risco de perversão pela acção nociva do meio social e familiar que os rodeia e em que vivem, *por abandono ou extrema miséria, quer material, quer moral.*»

Ocorre, porém, perguntar se é justo que o abandono dum filho só seja punível, nos termos desta lei, se dele houver resultado perigo moral. O procedimento dos pais não deixa de ser censurável pelo facto de alguém, muitas vezes com desconhecimento deles, os ter substituído junto dos menores. O mesmo se pode dizer no caso de os referidos menores terem sido recolhidos em estabelecimentos de assistência ou educação, deixando por isso de estar em perigo moral. Não é justo que o encargo pese sobre a colectividade, quando poderia e deveria incidir sobre os pais.

É certo que o § 5.º do art.º 20.º do decreto n.º 10.767, prevê o pagamento obrigatório de uma pensão para este caso; mas isto levar-nos-ia para o delito mais leve do art.º 1.º desta lei, quando se o não pagamento da mesma fosse acompanhado de desinteresse completo pelo menor, como falta de visitas ou de dar e solicitar notícias, deveria ser considerado como abandono, embora circunstâncias favoráveis tivessem atenuado um pouco as lamentáveis consequências desta atitude.

Conheci pessoalmente um caso deste género, que talvez mereça uma referência: Um viúvo com uma filha legítima de poucos meses hospedou-se em casa dumas senhoras já idosas, convencionando-se no preço o tratamento a prestar à criança, tanto mais que o pai fazia, por motivos profissionais, pequenas viagens com certa frequência. E duma delas não voltou. Soube-se casualmente que saíra de Portugal sem nada dispor acerca da filha, confiado possivelmente no afecto que ela inspirava às donas da casa. De facto, estas não só a conservaram, mas ainda a educaram com muito carinho e muitíssimos sacrifícios. Mais de 12 anos depois, vieram a saber que o pai regressara a Lisboa onde, casado novamente, vivia em boa situação económica. Foi então que se dirigiram à tutoria, pedindo apenas uma pequena pensão, a fim de que a menina, boa aluna e estudiosa, pudesse cursar uma escola comercial, despesa para que os reduzidos recursos delas não bastavam.

Não se pode dizer que esta criança estivesse em perigo moral, pois sempre tinha sido e continuava a ser educada e vigiada com

cuidados constantes; mas não vejo que isto diminuisse a culpa do pai ou a gravidade do delito de abandono que ele praticara.

Também pode acontecer — e acontece — serem os menores assistidos por pessoas mais ricas de coração do que de meios, vindo a adoecer como consequência das privações sofridas, isto é, a sofrer danos físicos, em vez de perigo moral.

A excelente Lei Espanhola sobre o abandono de família, de 12 de Março de 1942 (1), declara punível, art.º 1.º, *o que, abandonando maliciosamente o domicílio familiar, ou pela sua conduta desordenada, DEIXAR DE CUMPRIR OS DEVERES DE ASSISTÊNCIA INERENTES AO PÁTRIO PODER*».

Notemos que se pune o acto em si e não as suas consequências materiais, que circunstâncias fortuitas podem ter evitado. E se usei a expressão «*materiais*», é porque seria necessário ignorar por completo a psicologia moderna e a sabedoria de todos os tempos para poder admitir que um acto destes não tenha repercussões graves no ânimo e conduta do filho, sem falar no aspecto social. É certo que há sempre o recurso de se pedir uma pensão, mas o seu não pagamento levar-nos-ia novamente ao delito menos importante do art.º 1.º.

Ainda em referência à concisa mas completa lei espanhola, convém anotar que o referido art.º 1.º acrescenta: *As penas serão aplicadas no GRAU MÁXIMO* quando o culpado deixar de prestar a assistência indispensável para o sustento a seus descendentes menores ou incapazes para o trabalho. «Esta última hipótese, muito de ponderar, não foi encarada pela nossa lei.

Embora saindo um tanto do assunto, convém talvez saber que esta mesma lei espanhola, no seu art.º 2.º, dá nova redacção ao art.º 578.º do Código Penal Espanhol, pelo qual se considera punível «*o pai de família que, sem descuidar os deveres de assistência a respeito de seus filhos, não lhes proporcione a educação que as suas faculdades permitam*».

Esta disposição é de aproximar dos preceitos do Código Civil Suíço que obrigam os pais a educar os filhos segundo as suas posses mas atendendo às forças, aptidões e desejos dos filhos, e a dar aos

(1) In *Boletim Oficial*, vol. 3, pág. 273.

que forem anormais por qualquer forma, «uma instrução adaptada ao seu estado», art.^{os} 275.^o e 276.^o.

De harmonia com o § único do art.^o 2.^o da Lei portuguesa, o exercício da acção penal no caso de não cumprimento dos deveres paternais, «depende de simples denúncia ao Ministério Público *por quem legalmente haveria de substituir o infractor se ele faltasse*».

Esta disposição é bastante estranha, dado o carácter a um tempo urgente e prático que este género de legislação tem, ou pelo menos deveria ter. Com efeito, salvo no caso de se tratar de acção posta por um dos progenitores do menor contra o outro, nem sempre é fácil saber *quem* é essa pessoa.

Todos sabem que o poder paternal é suprido pela tutela, Cód. Civ., art.^o 185.^o, mas todos sabem igualmente que dada a possibilidade de escusa e outras possibilidades, a enumeração do art.^o 189.^o é não forçosamente obrigatória e que, portanto, não se pode conhecer de antemão quem será o tutor, podendo ainda acontecer que os parentes do menor não se interessem por ele, ou mesmo que ele não tenha nenhuns parentes.

Compare-se este texto com o art.^o 3.^o do decreto n.^o 20.431: «as providências das tutorias serão tomadas officiosamente ou a requerimento de qualquer dos pais, dos parentes do menor, do curador de menores, de delegados de vigilância, de directores de estabelecimentos ou Associações de Protecção à Infância, e ainda sob participação de qualquer autoridade ou pessoa do povo», e com o texto, um pouco mais restrito, mas ainda assim bastante amplo, do art.^o 1.462.^o do Código de Proc. Civil: «Os menores legítimos, legitimados ou perfiilhados, que tenham necessidade de alimentos, podem pedir à tutoria da área da sua residência, por si, pelos curadores de menores, pelos directores de estabelecimentos ou associações de protecção à infância e ainda mediante participação de qualquer autoridade ou funcionário do tribunal ou de qualquer pessoa a quem o menor estiver confiado, que os alimentos lhes sejam prestados».

Como estas disposições de lei não foram revogadas pela Lei 2.053, poder-se-á talvez recorrer a elas para que a tutoria notifique a pessoa determinada no citado § único — se ela for acessível ou existir — para que promova a denúncia necessária. Mas que complicações inúteis! O próprio § 1.^o do art.^o 1.^o, embora insuficiente, é bem mais sensato.

O Projecto de Lei estabelecia (art.º 4.º) que a participação destes delitos competia ao outro progenitor, ao Curador de Menores ou ao Ministério Público, deixando plena liberdade sobre a forma de informar estes funcionários.

Outro defeito deste diploma é o de não estabelecer immediata ligação entre o delito de abandono e a interdição do pátrio poder, como o faz sensatamente a Lei Espanhola, no art.º 1.º. Esta interdição é mais útil e em todo o caso mais urgente do que a privação dos direitos sucessórios, mencionada no art.º 4.º.

Com o art.º 3.º abordamos aquilo que, «*stricto senso*», é o verdadeiro *abandono de família*.

Diz o art.º 3.º: Incorre na pena de prisão correccional não remível até 2 anos, o cônjuge que *abandonar o domicílio conjugal por mais de 6 meses e cumulativamente infringir gravemente o dever de socorrer e ajudar o outro cônjuge, ou os deveres inerentes ao poder paternal*.

Para a realização deste delito são, portanto, necessárias 3 condições:

- 1) Tratar-se dum casal com filhos legítimos;
- 2) Haver abandono do domicílio conjugal por um dos cônjuges por mais de 6 meses;
- 3) Haver simultâneamente uma *infracção grave* aos deveres paternais (ou materiais).

Quanto ao 1.º número, notemos que se trata da primeira distinção feita pela lei entre filhos legítimos e ilegítimos, o que neste caso se compreende, visto se falar de *domicílio conjugal*. Mas será este preceito applicável a um viúvo ou divorciado que abandone o domicílio da família? Parece que não.

O abandono do domicílio conjugal, não justificado evidentemente, é já um acto de tal gravidade que bem podia constituir por si um delito, sem ser necessária ainda outra infracção aos deveres paternais.

Num desejo louvável de imparcialidade, a lei estabelece no § 2.º do art.º 3.º que «*não haverá crime quando o abandono for devido a razões sérias perante a qual não seja equitativo exigir-se do agente comportamento diverso*», especialmente quando este for determinado por:

- 1) *Provocação grave do cônjuge abandonado* (Esta circunstância não deveria, no entanto, ser válida para o abandono completo dos

filhos. Se um homem abandonar uma mulher insuportável como esposa, mas boa mãe, a quem por isso deixar os filhos, não fica desonerado de contribuir para a educação destes).

2) *Necessidade de subtrair os filhos menores a algum perigo grave físico ou moral.* Esta condição tem algo de estranho, pois a situação de alguém abandonar os filhos para bem deles é pelo menos inesperada e faz irresistivelmente recordar a célebre frase sobre o Conde Ugolino que, condenado a morrer de fome com os filhos, os devorou, diz-se que «para lhes conservar o pai»...

Tentando acompanhar a lei nos seus voos de imaginação, podemos prever um pai ou mãe que atacado de doença contagiosa se afaste dos filhos, para os não contaminar, isto é, para os subtrair a um dano físico. A hipótese do dano moral é um pouco mais difícil, mas podemos supor que um viciado de estupefacientes ou de qualquer outra tara, queira poupar aos filhos o espectáculo da sua degradação.

Mas é pouco provável que pessoas capazes, apesar de tudo, de tais sentimentos e sacrifícios, mostrem simultaneamente tal desapego à família que possam ser incursas no crime de abandono do lar, agravado ainda por qualquer outra infracção grave.

3) *Necessidade de evitar um mal grave e iminente para o agente, quando esse mal não resultar de circunstâncias que especialmente imponham o dever de socorrer e ajudar o cônjuge abandonado.*

Como a lei parece entender que o dever de socorrer e ajudar só se coloca em relação ao cônjuge abandonado e não aos filhos, parece que o pai ou mãe se pode legalmente ausentar se for o filho que tiver uma doença contagiosa e ele estiver em perigo de ser contagiado. Resta saber se os tribunais aplicarão esta doutrina.

O delito do art.º 3.º só pode ser denunciado pelo cônjuge ofendido, o que é compreensível, e cessa se o cônjuge regressar ao lar e aí permanecer 12 meses, prazo que nos parece muito curto (§ 4.º). É verdade que os períodos de abandono inferiores a 6 meses podem ser somados para obter o prazo de 6 meses necessário para incursão neste artigo (§ 1.º).

A reincidência no abandono pode privar o delinquente da qualidade de herdeiro legitimário do filho. Esta sanção tem mais alcance moral do que prático, porque na maior parte destes casos os filhos nada têm a deixar. Se tivessem bens próprios não teriam necessidade de recorrer ao tribunal para aplicar as sanções do abandono de

família. Em todo o caso, esta privação não se pode verificar se o delinquentes estiver no lar há mais de 12 meses (art.º 4.º).

Pelo art.º 5.º a competência para instrução e julgamento destes crimes pertence aos tribunais de menores, quando o ofendido ou quem os cometer for menor.

Esta última hipótese só pode dar-se em relação a filhos ilegítimos de menores, visto que a existência de filhos legítimos pressupõe um casamento que faz cessar a menoridade. E como é completamente impossível que um menor tenha um filho maior, de qualquer forma a competência dos tribunais de menores seria assegurada.

Pelo art.º 6.º não se aplicam os preceitos desta lei se os factos nela previstos constituírem crime mais grave punido por outra disposição penal.

Pelo art.º 345.º do Código Penal quem abandonar ou expuser um menor de 7 anos, filho ou pupilo, será condenado a prisão correccional com o máximo da multa, penas ainda agravadas se o lugar for ermo ou se do abandono resultou lesão para o menor.

Este acto é evidentemente mais grave do que o previsto no art.º 2.º desta lei, e o abandono não tem a mesma forma. No entanto, abandonar no sentido de enjeitar, será, portanto, punido pelo Código Penal.

Um acórdão da Relação de Coimbra, de 18 de Julho de 1940 (1), declarou que o crime cometido por uma mãe que entrega a filha a uns ciganos para se desembaraçar dela, é, não o crime de abandono, mas o mais grave, de descaminho (Cód. Penal, art.º 344.º).

Quando a falta de assistência dos pais assumir o aspecto de descaminho, será punido pelo Código Penal e não pela lei 2.053.

b) Delitos contra outros menores

a) Parentes ; e b) Pupilos

Vamos entrar na segunda parte deste pequeno trabalho, a um tempo mais simples, porque há menos a dizer, e mais complicada, porque esse pouco está regulamentado de forma um tanto confusa.

(1) JUAN BOSCH MARIN, *Derecho infantil familiar español*, pág. 363.

Até aqui temos estado em terreno juridicamente firme, muito embora o poder paternal não seja das instituições mais perfeitas da lei portuguesa. Agora, vamos entrar numa matéria onde a regulamentação vale muito mais pelo espírito do que pela letra.

Antes de abordar o assunto há dois pontos que parece útil mencionar.

O primeiro é declarar o mais injusto possível que se considere exactamente da mesma forma o delito praticado contra um filho ou contra qualquer outro menor. Seja qual for a razão filosófica ou social em que nos baseemos para justificar a punição dos delitos, não poderemos encarar com a mesma repulsa aquele que desampara o seu próprio filho ou aquele que não cumpre os deveres impostos pela lei para com um parente em 6.º grau, muitas vezes desconhecido para ele, e para cujo sustento terá porventura de prejudicar o dos seus próprios filhos. É certo que a pena pode ser graduada, mas como o seu máximo vai de 6 meses a um ano, não há margem para uma graduação correspondente à diferença do acto.

A solidariedade entre parentes, de que tanto se falava outrora, desapareceu hoje quase por completo, tanto assim que no Ante-Projecto de reforma do Código Civil (1), o Conselho de Família é suprimido, por se ter reconhecido a sua falta de eficiência.

E querendo nós, por descargo de consciência, conhecer o antigo direito português sobre esta matéria, encontraremos nas Ordenações Filipinas, Livro I, título 88, § 11.º, estas curiosas disposições: Não havendo ascendentes serão requeridos os outros parentes dos órfãos para os criar. «*E não o querendo fazer, os mandarão criar à custa dos Hospitais ou Albergarias*». Não sendo isto possível «*se criarão à custa das rendas do Concelho. E não tendo o Concelho renda, os officiais da Câmara lançarão finta pelas pessoas*».

O outro ponto, a que já nos havemos referido, é que, não criando esta lei direito novo, teremos de limitar a sua aplicação, de acordo com a legislação vigente.

Para simplificar a exposição voltaremos, também à divisão já usada em: a) *Recusa de alimentos*; b) *Abandono*.

(1) DR. PIRES DE LIMA, *A Filiação*, pág. 12.

1) Recusa de alimentos ;

a) *Parentes*

Para que o art.º 1.º da lei se aplique é evidentemente preciso que haja o dever legal de prestação de alimentos a algum menor, condição essencial para existir uma sentença condenatória aos mesmos.

Diga-se de passagem que o assunto *alimentos*, pouco estudado na nossa literatura jurídica, coloca vários problemas importantes a que não nos referimos para não fugir demasiado ao assunto principal.

Não podemos, no entanto, passar em claro um caso interessante : o dos alimentos concedidos a título provisório na acção de investigação de paternidade ou de maternidade ilegítima, regulados pelo art.º 393.º do Código de Processo Civil.

Como a paternidade ou maternidade só se considera estabelecida no final da acção, não se pode dizer que se trate de alimentos a filhos, razão porque o não abordamos na secção a eles consagrada. Mas como se trata de alimentos a menor — se o autor for menor —, e duma sentença judicial, parece que lhes será aplicável o art.º 1.º desta lei.

Algumas legislações, entre as quais a belga (1), admitem uma forma de perfilhação cujos únicos efeitos se restringem ao direito a receber «uma pensão anual para sustento e educação até aos 18 anos». A sentença que conceder esta pensão, diz De Page (2), não pode servir de reconhecimento voluntário ou forçado, mesmo que não tenha sido contestada. O mesmo se dá quanto a qualquer acordo feito durante o processo de conciliação perante o presidente do tribunal. Num ou outro caso, o filho tem *apenas um crédito de alimentos*, e eis tudo. O direito à pensão não lhe confere *nenhum estado*.

Esta situação é muito semelhante aquela que a lei portuguesa estabelece para os filhos incestuosos, cujo parentesco já tiver sido provado judicialmente, nos termos dos art.ºs 50.º, 51.º e 52.º do

(1) DE PAGE, *Traité*, vol. I, pág. 1191.

(2) *Ib.*, pág. 1210.

decreto n.º 2, de 25 de Dezembro de 1910, visto que eles também são havidos por estranhos à família para todos os outros efeitos.

Também pelo Código Civil Espanhol a filiação ilegítima «*stricto sensu*» só dá direito a «auxílios necessários para a subsistência extensivos à instrução elementar e ao ensino duma profissão, arte ou ofício» (1).

Normalmente, para fixar o âmbito do art.º 1.º da lei 2.053, fora das relações entre pais e filhos, temos que recorrer às disposições do Código Civil sobre alimentos (art.ºs 171.º e segs.).

Os filhos legítimos podem pedir alimentos aos ascendentes e aos irmãos (art.º 174.º), enquanto que os ilegítimos perfilhados só podem pedi-los aos irmãos (art.º 175.º).

No entanto, tanto a jurisprudência (2) num acórdão da Relação de Lisboa, de 20 de Novembro de 1937, como a doutrina (Sr. Dr. Barbosa de Magalhães em comentário a esse acórdão e Sr. Dr. Cunha Gonçalves (3)) entendem que tendo os netos ilegítimos passado a ser herdeiros dos avós, têm implicitamente o direito de lhes pedir alimentos.

O filho legítimo que não tenha ascendentes ou irmãos, pode pedir alimentos a outros parentes até ao 6.º grau, preferindo os mais próximos, mas *apenas até à idade de 10 anos...*

Neste caso, como não se trata dum direito, não há a costumada preferência pela linha paterna...

Devemos confessar que esta limitação do direito de alimentos até aos 10 anos é arrepiante... Mas podemos consolar-nos com a ideia que no projecto primitivo os alimentos eram apenas conferidos até aos 7 anos! Felizmente que, diz Dias Ferreira, «a comissão revisora, com razão, ampliou aos maiores de 7 anos e menores de 10 o direito a alimentos, pois que antes dos 10 só por excepção raríssima alguém poderá haver pelo seu trabalho os meios de subsistência (4).

Hoje entendemos que essa excepção raríssima se estende até depois dos 10 anos, tanto mais que o mínimo legal para um menor

(1) MIGUEL ROYO MARTINEZ, *Derecho de familia*, pág. 318.

(2) Gaz. Rel. Lx.^a, vol. 51, pág. 188.

(3) *Tratado*, vol. 2, pág. 434.

(4) *Com. Cód. Civ.*, 2.^a ed., vol. I, pág. 177.

ser admitido a trabalhar está fixado em 12 anos. Do que sucede no intervalo a lei não cura...

Valia mais restringir esta obrigação quanto ao parentesco, por exemplo, até ao 4.º grau, mas elevá-la quanto à idade, pelo menos até aos 14 anos, idade legal da puberdade.

Não faz sentido que um primo — que pode ser muito pobre — seja obrigado a sustentar um parente em 6.º grau de 9 anos e que um tio — que pode ser muito rico — não tenha nenhum dever em relação a um menor de 11 anos filho de um seu irmão...

Em virtude destes artigos e do art.º 1.462.º do Código de Processo Civil, ficam, portanto, sujeitos às sanções do art.º 1.º da lei sobre abandono de família, no caso de recusa de prestação de alimentos, aqueles que a essa prestação estão obrigados, isto é, para os filhos legítimos: os avós e irmãos, durante toda a menoridade; para os legítimos, os tios e primos até ao 6.º grau, apenas até aos 10 anos do alimentando.

O Sr. Dr. Cunha Gonçalves (1) sustenta que em virtude do art.º 1.462.º do Código de Processo Civil os menores perfilhados têm também o direito de pedir alimentos aos colaterais até ao 6.º grau, visto o referido artigo se referir conjuntamente a legítimos e ilegítimos. Mas pode entender-se que essa disposição se deve entender de harmonia com os direitos a um e outros atribuídos pela lei civil.

Resta ainda encarar a hipótese, extremamente plausível por se tratar de menores, de os alimentos serem prestados em casa do alimentante, de harmonia com o art.º 183.º do Código Civil. Neste caso, se houver desamparo do menor, parece-nos que será aplicável o art.º 2.º e não o 1.º.

b) *Pupilos*

O tutor não tem propriamente obrigação alimentar para com o pupilo, apesar do disposto no art.º 223.º do Código Civil, n.º 2.º: «Educar, ou fazer educar, *alimentar e tratar* o menor, conforme a sua condição, da maneira ordenada pelo conselho de família, pois

(1) *Tratado*, vol. XIV, pág. 500.

estas obrigações se referem mais a iniciativas a tomar do que a despesas a fazer, por conta do tutor.

O Sr. Dr. Cunha Gonçalves (1) segue evidentemente esta opinião, ao afirmar: «Se os recursos do menor forem insuficientes para o estritamente indispensável, ao tutor cumprirá obter um suplemento deles, dirigindo-se, particular ou *judicialmente*, aos parentes do menor, que tenham obrigação alimentar, nos termos do art.º 171.º».

Por isso, a não ser que o tutor seja parente próximo do menor, é mais fácil ele figurar nesta acção como autor, representando o menor, do que como réu.

Devemos, porém, levar em conta que tratando-se de legislação protectora de menores, pode entender-se também a palavra tutor no sentido que lhe dá o art.º 105.º da lei de Maio de 1912: «entende-se por tutores não só os parentes obrigados a alimentos ou a pessoa investida legalmente neste cargo, *mas também outra qualquer pessoa ou parente que voluntariamente, ou por força de um contrato, se haja incumbido ou tenha a responsabilidade da direcção e educação do menor*».

II) Abandono

Parentes e Pupilos

Enquanto a não prestação de alimentos implica uma obrigação alimentar e uma sentença condenatória e, por conseguinte, obedece a regras jurídicas fixas, o delito de abandono tem muito maior amplitude.

Segundo o art.º 2.º da lei 2.053, «*incorrem na pena de prisão correccional, não remível até um ano: os tutores ou outras pessoas incumbidas da guarda dos menores que não lhes prestarem habitualmente a assistência económica e moral que possam, quando daí resulte perigo moral para os mesmos menores*».

Não vale a pena repetir aqui algumas considerações já feitas, como a falta de lógica que resulta de se irmanarem no mesmo delito

(1) Id., vol. II, pág. 245.

os pais e mesmo os tutores legais com outras pessoas que nenhuma obrigação legal liga ao menor, e também lamentar que, mesmo nestes casos, a existência do delito seja condicionada pela de perigo moral.

Segundo o texto do art.º 2.º, basta para estar nele incurso ter a guarda do menor por qualquer forma.

Devemos ainda notar que em virtude do art.º 105.º da lei de protecção à infância, de 1911, a palavra *tutor* tanto pode significar o tutor legal, instituído de acordo com o Código Civil, como «outra pessoa» a quem o menor esteja entregue.

Esta pseudo-simplificação não simplifica nada, muito pelo contrário, pois no Direito, como em qualquer outra ciência, a precisão dos termos é da maior importância. Poder-se-ia chamar, por exemplo, «*guardião*» à pessoa a quem o menor estivesse entregue, reservando o termo «*tutor*» para quem legalmente o fosse.

É certo que o art.º 287.º do Código Civil diz que quem toma a seu cargo um menor exposto ou abandonado é seu tutor, mas tudo leva a crer que este vocábulo é tomado no sentido legal.

Faz-se sentir bastante a necessidade duma tutela especial, mesmo coexistindo com a adopção, prevista no projecto de reforma do Código Civil, ou melhor ainda, como preparatório desta, fixando os direitos e deveres de quem tome a seu cargo um menor confiado pelos próprios pais, pela família, ou por qualquer estabelecimento de assistência, tutela que deveria ser fiscalizada. Na sua forma actual, apesar da boa vontade revelada pela legislação sobre menores, aquilo a que podemos chamar a tutela de facto não tem forma jurídica precisa, o que pode ser muito prejudicial para os menores. As regras nesta matéria devem ser flexíveis, mas não inexistentes.

Apesar da «tutela de facto» ter atrás de si uma história que remonta ao direito romano, como afirma o notário espanhol Eloy Escobar de la Reba (1), nem por isso se torna mais benéfica a sua amorfa actuação.

Qualquer que seja, porém, o autor do delito, este consiste, segundo o art.º 2.º, no facto de não ser prestada ao menor a assistência económica e moral possível, resultando daí perigo moral.

(1) *La Tutela*, pág. 245.

Por determinação da lei espanhola sobre abandono de família, a que nos temos referido, o art.º 578.º do Código Penal Espanhol declara punível o pai de família que não dê a seus filhos uma educação que as suas faculdades permitam e o tutor, ou encarregado de um menor de 16 anos, que desobedeçam aos preceitos sobre a instrução primária obrigatória. Como se vê, o pai é punido por não executar o máximo, o tutor por não executar o mínimo.

A nossa lei, porém, parece exigir um desleixo mais grave para com o menor; e, por isso, não nos repugna que seja punido quem assim procede, mesmo que não tenha em relação a ele outros deveres que não sejam de simples humanidade.

Porém, mais urgente do que o castigo do culpado é a salvação do inocente, sendo muito de lamentar que a condenação por este delicto não implique automaticamente — como o faz, por exemplo, a lei espanhola — a inibição do poder tutelar contra o tutor legal.

O § único do já citado art.º 105.º do dec. de 1911, previa esta medida não só contra este mas contra os parentes com obrigação de alimentos já pelo corpo do artigo equiparados aos tutores, o que não é rigorosamente exacto, embora se possa sustentar pela combinação dos art.ºs 183.º e 287.º do Código Civil. Quanto a quaisquer outras pessoas, basta simplesmente retirar o menor da sua companhia.

A inibição de poder tutelar propriamente dito, está hoje regulada no art.º 962.º do Código de Processo Civil.

O facto do § único do art.º 2.º da lei sobre abandono de família determinar que o exercício da acção penal depende de simples denúncia ao Ministério Público «*por quem legalmente haveria de substituir o infractor se ele faltasse*», torna este caso ainda mais complicado, visto o menor poder estar entregue a estranhos e haver poucas probabilidades de se saber quem substituiria o infractor, a não ser que, considerando serem as tutorias legalmente as tutoras dos menores cujos protectores estejam inibidos (art.ºs 31.º e 40.º do decreto n.º 10.767), se considerem estas como as legais substitutas do infractor e por conseguinte partes legítimas para fazer a denúncia. Este complicado raciocínio applica-se também aos filhos.

O art.º 3.º desta lei, como se refere expressa e unicamente a filhos legítimos e cônjuges, não tem applicação em relação a outras pessoas.

Também o art.º 4.º, referente a deserdação, não oferece grande interesse neste ponto.

Resta-nos, portanto, procurar a applicabilidade do art.º 6.º, isto é, descobrir se os factos que estamos estudando podem eventualmente constituir «um crime mais grave punido por outra disposição penal».

Tendo em conta que o máximo da pena é de 1 ano de prisão correccional (art.º 2.º), só encontraremos neste caso o art.º 345.º do Código Penal punindo o abandono de menores, o qual terá de ser feito em lugar ermo e em relação a um menor de 7 anos para dar lugar a uma pena mais elevada. Por certo este género de abandono não é bem aquele que dá o seu nome à lei e que é verdadeiramente um desleixo que, nos termos do art.º 2.º, deve ser habitual. Mas nada há a perder em aproximar as diversas disposições sobre protecção a menores.

Um tio que vendeu o sobrinho, foi condenado por sentença como incurso no art.º 344.º e não no art.º 345.º, do Código Penal, em 18 meses de prisão correccional (1), pena que parece pequena, mas que se explica por se passar o facto em Macau, sendo a criança vendida para adopção, isto é, presumivelmente, para melhorar de sorte. Isto mostra igualmente a necessidade duma regulamentação cuidada sobre a entrega de crianças.

E eis o que ocorre dizer desta lei, simpática nas suas intenções, e que uma melhor e mais prática adaptação às realidades tornaria bem mais benéfica e eficiente.

ELINA GUIMARÃES

(1) Sentença do juiz de Direito de Macau, de 31 de Julho de 1937, *Rev. Just.*, 23, 119.