

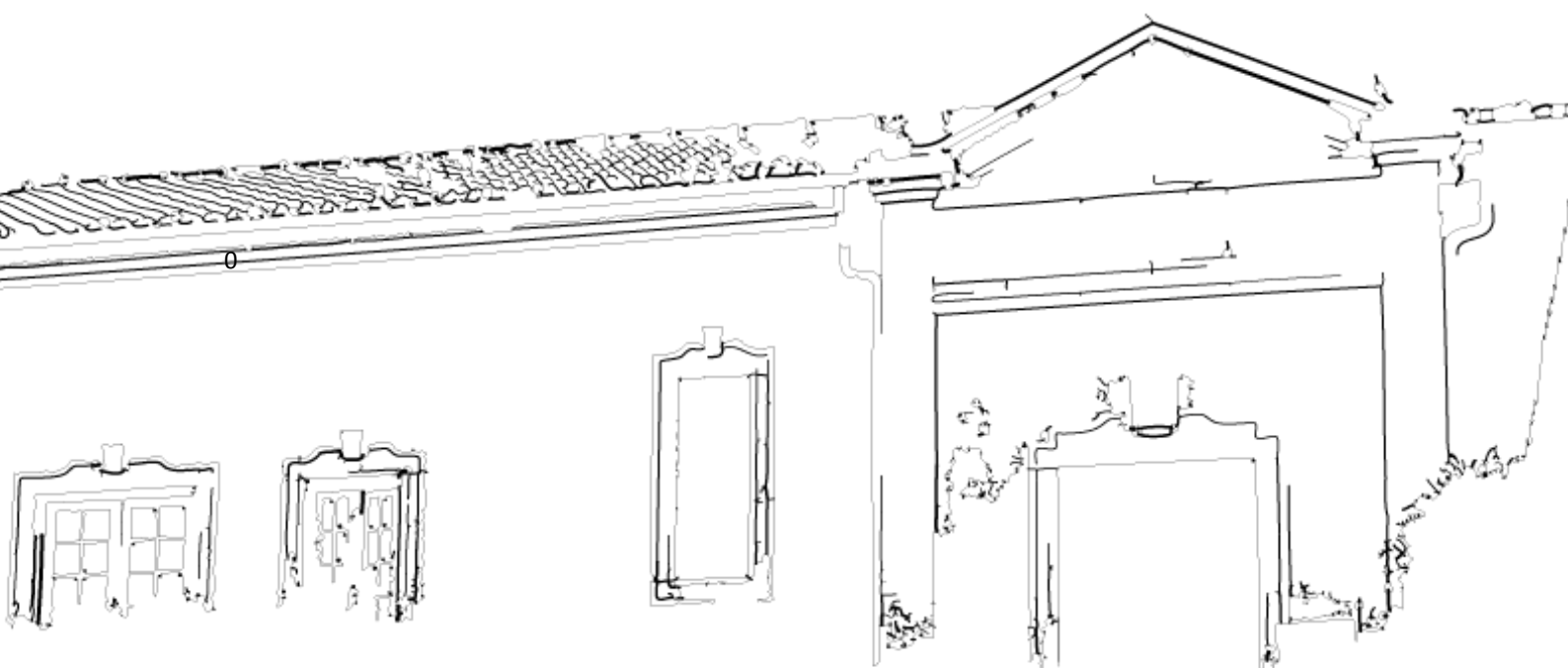
Coleção **Ações de Formação**


Jurisdição da Família e das Crianças

Jurisdição Civil, Processual Civil e Comercial

Ações de formação – 2011-2012

Textos dispersos





*Esta publicação reúne textos de comunicações das áreas da Jurisdição da Família e das Crianças e da Jurisdição Civil, Processual Civil e Comercial, apresentadas em Ações de Formação do Plano de 2011-2012.*

*A sua compilação autónoma, completa os restantes e-Books já editados e justifica-se como forma de permitir a sua maior divulgação, assim promovendo o objetivo do CEJ de aproveitar a qualidade das intervenções produzidas nas suas ações de formação para que toda a comunidade jurídica delas possa beneficiar.*

## Ficha Técnica

### Jurisdição da Família e das Crianças

### Jurisdição Civil, Processual Civil e Comercial

**Nome:**

Jurisdição da Família e das Crianças. Jurisdição Civil, Processual Civil e Comercial. Ações de Formação - 2011-2012. Textos dispersos.

**Categoria:**

Ações de Formação Contínua

**Coordenação das Ações de Formação:**

Helena Bolieiro

Maria João Matos

**Intervenientes:**

Judite Babo (Procuradora da República, Tribunal da Família e Menores de Vila Nova de Gaia)

Catarina de Albuquerque (Mestre, Gabinete de Documentação e Direito Comparado, Procuradoria-Geral da República)

Rosa Barroso (Juíza Desembargadora, Tribunal da Relação de Évora)

Helena Gonçalves (Procuradora da República Coordenadora, Círculo Judicial do Barreiro)

Ana Vasconcelos (Pedopsiquiatra)

Rui Pinto Duarte (Professor Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa)

**Revisão final:**

Edgar Tabora Lopes (Coordenador do Departamento da Formação do CEJ, Juiz de Direito)

Joana Caldeira (Técnica Superior do Departamento da Formação do CEJ)

**Nota:**

*Foi respeitada a opção dos autores na utilização ou não do novo Acordo Ortográfico*

## ÍNDICE

### JURISDIÇÃO DA FAMÍLIA E DAS CRIANÇAS

Incumprimento do exercício das responsabilidades parentais: aspectos patrimoniais - <i>Judite Babo</i> .....	5
O princípio do interesse superior da criança - <i>Catarina de Albuquerque</i> .....	23
A adoção e o direito da criança a uma família - <i>Rosa Barroso</i> .....	51
A adoção e o direito da criança a uma família - <i>Helena Gonçalves</i> .....	63
Do cérebro à empatia. Do divórcio à guarda partilhada com residência alternada - <i>Ana Vasconcelos</i> .....	77
Novos modelos e tendências na regulação do exercício das responsabilidades parentais. Residência alternada: o debate fora da rede - <i>Helena Gonçalves</i> .....	91

### JURISDIÇÃO CIVIL, PROCESSUAL CIVIL E COMERCIAL

Possibilidade de alteração unilateral de obrigações contratuais (em especial, as resultantes de contratos de financiamento) - <i>Rui Pinto Duarte</i> .....	107
---	-----

**NOTA:**

Pode “cliquear” nos itens do índice de modo a ser **redirecionado** automaticamente para o tema em questão.

Clicando no símbolo  existente no final de cada página, será **redirecionado** para o índice.

C E N T R O  
DE ESTUDOS  
JUDICIÁRIOS

# Incumprimento do exercício das responsabilidades parentais: aspectos patrimoniais

---

Comunicação apresentada na ação de formação “Curso de Especialização Temas de Direito da Família e das Crianças”, no dia 27 de abril de 2012, em Aveiro.

**[Judite Babo]**



C E N T R O  
DE ESTUDOS  
JUDICIÁRIOS

Muito boa tarde a todos,

O tema que me foi destinado insere-se num dos mais graves contextos de crise económica que o nosso país tem atravessado e dele não pode ser dissociado. O dever de sustento que impende sobre todos os pais relativamente aos seus filhos menores e que de forma alguma lhes devia ser dispensado, é porventura, no momento actual, aquele que tem uma menor taxa de cumprimento e que provoca maiores frustrações ao nível dos mecanismos legais disponíveis projectados para lhe conferirem tradução prática.

A exigência de que os pais sustentem os seus filhos é em primeira instância reconhecida pela Declaração Universal dos Direitos das Crianças<sup>1</sup>, pela Convenção sobre o direito das crianças aprovada pela ONU em 20/11/1989 e ratificada por Portugal em 21/09/1990<sup>2</sup> e transposta na nossa CRP<sup>3</sup>, mas como tantas outras garantias constitucionais, que deviam ser invioláveis, também a este nível se assiste a uma falência do sistema judicial e da rede de apoio social.

Se por um lado os pais lutam em muitos dos casos pela própria sobrevivência e a sobrevivência digna de seus filhos, por outro lado o Estado Social aperta as suas malhas de protecção, o que provoca num elevado número de situações uma “asfixia” de recursos, com reflexos no equilíbrio da estrutura familiar, da sua dinâmica e da sua viabilidade como núcleo de segurança e de base para o impulsionamento de todas as vertentes inerentes ao desenvolvimento harmonioso das crianças e adolescentes.

Se relativamente às vertentes da guarda e da resolução das questões respeitantes ao quotidiano dos menores e aos aspectos importantes das suas vidas, e ainda no que se refere ao necessário convívio dos menores com os seus progenitores o Estado prevê mecanismos enérgicos de substituição e, por vezes, de punição desses pais, quando os mesmos por impossibilidade, inabilidade ou negligência não exercem tais responsabilidades, quanto ao sustento, o Estado cada vez mais obedece a lógicas economicistas, de que é claro exemplo o D/L 70/2010 de 16/06, estando tal diploma inserido no Programa de Estabilidade e Crescimento definido pelo Governo para o período de 2010 a 2013, conforme resulta do seu preâmbulo, aí se dizendo que se pretende um conjunto significativo de políticas indispensáveis para a promoção do crescimento económico e do emprego, bem como um conjunto de medidas de consolidação orçamental, algumas delas estruturais. São pois razões de ordem

<sup>1</sup> Princípio IV- direito à alimentação; a criança deve gozar de benefícios de previdência social.

<sup>2</sup> Arts.3º n.º 2, 6º n.º 2 e 18º.

<sup>3</sup> Arts.36º n.º 5 “os pais têm direito e o dever de educação e manutenção dos filhos”; 67º n.º 1 “a família tem direito à protecção da sociedade e do Estado”; 67º n.º 2 c) o Estado deve cooperar com os pais na educação dos filhos”; 69º n.º 1 “as crianças têm direito à protecção da sociedade e do Estado, com vista ao seu desenvolvimento integral”.





política e económica que justificam a adopção de novas medidas tendentes à redefinição das condições de acesso aos apoios sociais<sup>4</sup> “e ainda Regulamento (CE) n.º 4, 2009, de 18/12/2008”.

O Estado “lava as suas mãos como Pilatos”, considerando que os pais incumpridores são eles os primeiros responsáveis pelas dificuldades a que possam ser sujeitos os menores ao nível da sua subsistência condigna, pelo que, ignorando-se aqui o primado do interesse superior da criança, são os menores os principais penalizados com a incapacidade, ou falta de vontade de um dos progenitores prover ao seu sustento e à ideia de que o Estado só atenderá a situações, em que tendo havido uma determinação concreta desse dever de sustento, o mesmo não seja cumprido, o progenitor não o possa pagar e a situação económica do agregado familiar do menor tenha um rendimento para os elementos que o constituem abaixo do ordenado mínimo nacional, ficando de fora desta protecção um número cada vez maior de famílias, cuja debilidade de resposta às necessidades que deveriam ser asseguradas às suas crianças é progressivamente deficitária e mais penosa para o progenitor que sozinho faz face a tais dificuldades.

Voltemos, porém, ao tema principal desta intervenção e que se detém no direito de a cada criança ser garantido o seu sustento (art.1878º n.º 1 do Código Civil “compete aos pais, no interesse dos seus filhos (...) prover ao seu sustento (...)”.

Ora, conforme resulta das disposições conjugadas dos arts. 2003º, 2004º do Código Civil, “por alimentos entende-se tudo que é indispensável ao sustento, habitação e vestuário, compreendendo também a instrução e educação; os alimentos serão proporcionais aos meios daquele que houver de prestá-los e à necessidade daquele que houver de recebê-los”.

Por outro lado, os alimentos devem ser fixados em prestações pecuniárias mensais, salvo se houver acordo ou disposição legal em contrário, ou se ocorrerem motivos que justifiquem medidas de excepção; se porém, aquele que for obrigado aos alimentos mostrar que não os pode prestar como pensão, mas tão somente em sua casa e companhia, assim poderão ser decretados (art. 2005º do Código Civil).

Os alimentos são devidos desde a propositura da acção ou, estando já fixados pelo tribunal ou por acordo, desde que o devedor se constitui em mora (...), conforme dispõe o art. 2006º do Código Civil.

Podem ser ainda fixados alimentos provisórios, que nunca em caso algum serão restituídos (art. 2007º do Código Civil).

O direito a alimentos não pode ser renunciado ou cedido, apesar de poder deixar de ser pedido e poder haver renúncia ao pagamento das prestações vencidas (art. 2008º do Código Civil).

<sup>4</sup> V. Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 14/11/2011, texto publicado na íntegra em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt); preâmbulo do D/L 70/2010 de 16/06.



Por sua vez, o crédito de alimentos não é penhorável e o obrigado não pode livrar-se dele por meio de compensação, mesmo que se trate de prestações vencidas (art. 2008º n.º 2 do Código Civil).

Por último se refere que a obrigação de alimentos cessa com a maioridade do alimentando, salvo o disposto no art. 1880º do Código Civil, embora o progenitor com quem o menor reside habitualmente possa reclamar as prestações de alimentos que entretanto se foram vencendo durante a pendência da acção de regulação das responsabilidades parentais, mesmo que não haja ainda decisão judicial definitiva na altura em que for atingida a maioridade, prosseguindo os autos apenas com tal objectivo.

Ora, tendo presente as normas e critérios legais referenciados, muito se tem discutido se tal obrigação de sustento pode deixar de ser fixada em concreto, por acordo entre os progenitores, ou por decisão do tribunal, e qual o grau de sacrifício que deverá ser exigido a cada um dos progenitores como forma de garantirem tal direito dos seus filhos, de natureza irrenunciável.

Mas, antes, de se avançar para uma resposta a tal questão, importa lembrar de que modo essa prestação de alimentos deverá ser fixada, ou seja, de que impera o princípio/regra de que tal prestação deverá ser traduzida numa quantia pecuniária fixa mensal (correspondente a um cálculo médio anual das despesas com o sustento daquele concreto menor, tendo em conta as suas necessidades), ressalvando-se apenas as situações em que os progenitores possam fixar tal obrigação em espécie, caso estejam de acordo.

Por sua vez, a quantia pecuniária é determinada em concreto, efectuando-se uma correlação de equidade entre as necessidades do menor e as capacidades económicas de cada progenitor.

Por outro lado, e a acrescer a tal determinação dum montante fixo de alimentos, poderá ser fixada uma contribuição variável, considerando-se aquelas despesas do menor que embora previsíveis e necessárias, fogem à lógica da satisfação das necessidades básicas de sustento e que se relacionam habitualmente com a saúde (médicas e medicamentosas) escolares (livros e material escolar e/ou eventuais mensalidades de colégios privados ou outras estruturas de ensino) com actividades lúdicas e desportivas, etc.

Preside também à fixação da prestação de alimentos o objectivo de, dentro do possível, se preservar o nível de vida a que o menor/ou menores estavam habituados, no caso de terem os progenitores vivido em economia comum, e a ideia de sacrifício que deverá ser exigido aos progenitores no sentido, de num critério mínimo de razoabilidade, proporcionarem o maior bem-estar possível aos seus filhos<sup>5</sup>.

<sup>5</sup> V. por exemplo, acórdão do TRPorto de 14/6/2010 “para efeito de cumprimento da obrigação de alimentos a capacidade económica dos pais não se avalia apenas pelos rendimentos ao fisco ou à Segurança Social; avalia-se também pela sua idade, pela actividade profissional que em concreto desenvolvem e pela capacidade de gerar proventos que essa actividade potencia; o conteúdo da obrigação de alimentos a prestar pelos pais não se restringe a



Porém, e mais uma vez trazendo também à colação a crise económica em que o país está mergulhado, em muitas situações confrontam-se os tribunais com a impossibilidade de fixarem uma prestação de alimentos fixa/ou variável, à qual o menor teria direito por parte do progenitor com quem não reside, por ausência total de rendimentos, vivendo o mesmo à custa de outrem/ou estando numa situação de indigência, ou porque conta com um rendimento mensal de tal modo diminuto que a exigir-se tal prestação seria colocada em causa a sobrevivência do próprio, ou porque é totalmente desconhecido o seu paradeiro e o seu trem de vida, ou ainda porque estando a viver num país estrangeiro não foi possível apurar em concreto a sua fonte de rendimentos.

No que diz respeito às situações de indigência ou de rendimentos abaixo ou equiparáveis ao mínimo de subsistência a garantir ao titular do dever de sustento, que não poderá ser colocado em causa, é relativamente pacífico que não será possível fixar qualquer prestação de alimentos.

Não obstante, e quanto às restantes situações referenciadas, duas posições vieram sendo assumidas pelos tribunais portugueses, incluindo, o Supremo Tribunal de Justiça<sup>6</sup>, a primeira entendendo que não havendo prova concreta dos rendimentos auferidos pelo progenitor não residente habitualmente com o menor não é possível aferir-se da sua capacidade económica, o que inviabiliza a fixação concreta de qualquer montante fixo respeitante a alimentos; a segunda, de que independentemente desse apuramento em concreto, nunca um progenitor pode ficar de fora do sustento de seu filho, cabendo a ele a prova da impossibilidade total ou parcial da prestação de alimentos, sobrelevando-se o interesse superior do menor à questão da indeterminação ou o não conhecimento dos meios de subsistência do obrigado a alimentos<sup>7</sup>.

Perfilhando do primeiro entendimento, reconheço, no entanto, que a não fixação de prestação de alimentos inviabiliza o accionamento do FGADM, pois tal intervenção pressupõe claramente que tenha sido estabelecida em concreto a obrigação de sustento, expressa num determinado montante e que tal obrigação não tenha sido cumprida e não seja possível a sua cobrança através dos meios coercivos previstos no art. 189º da OTM.

---

prestação mínima e residual de dar aos filhos um pouco do que lhes sobra. A lei exige-lhes que assegurem a satisfação das necessidades dos filhos com prioridade sobre os dos próprios e que esforcem a propiciar aos filhos as condições económicas adequadas ao seu crescimento sadio e equilibrado e ao seu desenvolvimento físico, mental, espiritual, moral e social a que todas as crianças têm direito/art.27º n.ºs 1,2 da Convenção sobre os direitos das crianças”; no mesmo sentido, os acórdãos do mesmo tribunal de 26/05/2009, 7/04/2011, 21/06/2011 e 29/11/2011, todos publicados na íntegra em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

<sup>6</sup> Por exemplo, acórdão do STJ de 12/07/2011.

<sup>7</sup> V. por exemplo acórdãos do STJ de 10/07/2008, 30/09/2008, 27/09/2011 e 29/03/2011; acórdão do TRP de 29/11/2011, todos publicados em texto integral em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).



Procuram os tribunais, em muitos casos, suprir as lacunas do legislador, procurando-se, num “voluntarismo romântico” que “acabe por entrar pela janela o que não se deixou entrar pela porta”.

Conforme se refere no acórdão do TRP de 25/03/2010, publicado na íntegra em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt), fixar prestação de alimentos a pagar pelo progenitor para que, posteriormente, possa ser condenando o FGADM no seu pagamento traduz subversão das regras de direito e pretensão de realização de política social que não cabe ao poder judicial<sup>8</sup>.

A obrigação de sustento por parte dos pais relativamente aos seus filhos, directamente ligado ao direito irrenunciável do filho menor ver satisfeitas as suas necessidades básicas, não foi delineada pelo legislador como uma imposição objectivamente quantificável, eventualmente num patamar mínimo, mas ao contrário tal poder/dever foi concebido como a expressão binomial da capacidade económica do obrigado a alimentos e das necessidades concretas do alimentando/menor.

Em tal opção parece, salvo melhor opinião, estar expresso o princípio da responsabilização/adequada ao máximo exigível, exigência que será aferida na avaliação da real capacidade de cumprimento da obrigação imposta e as necessidades concretas do titular do respectivo direito. Assim não sendo e partindo o tribunal de cenários ficcionais de “presunção de rendimentos por parte do progenitor e de arbitrariedade na escolha da medida concreta dessa prestação<sup>9</sup>, salvo se este culposamente contribui para a omissão de informação a esse respeito, o que fará inverter o ónus da prova, nos termos do art. 344º n.º 2 do Código Civil, permite-se em muitos casos a intervenção directa do FGADM, em substituição dum progenitor devedor, que nunca, em termos efectivos, esteve em condições reais de garantir aquela prestação concreta e que nas situações de desconhecimento do paradeiro ou trem de vida do progenitor podem mesmo abranger quadros factuais que estariam fora do âmbito de aplicação de tal diploma.

Por outro lado, o entendimento defendido em muita da nossa jurisprudência de que o julgador na fixação da prestação de alimentos deverá considerar não só o momento actual mas ainda as expectativas futuras de angariação de rendimentos por parte do obrigado a alimentos, atento o contexto socioeconómico actual é completamente discutível e indeterminável.

*“No princípio era o Verbo e o Verbo era Deus e o Verbo estava com Deus (princípio de todas as coisas)”*.

---

<sup>8</sup> Conforme bem se refere em tal acórdão “caso o tribunal optasse pela fixação de uma prestação de alimentos em quantia aleatória, como propugna a recorrente – sem qualquer suporte factual, sempre constituiria uma decisão violadora do disposto nos arts. 664º e 1410 do CPC (...) não sendo permitido que se decida sem factos e que se ignore em absoluto as normas em vigor”.

<sup>9</sup> Princípio da proporcionalidade subjacente ao normativo do art.2004º não pode valer apenas no que diz respeito ao modo de fixação do montante concreto da prestação mas terá que entender-se também como imperativo para aferição da capacidade real do obrigado de alimentos de cumprir tal dever.



No “princípio” era o sustento e nenhum ser humano sobrevive sem alimentação e outras garantias básicas de saúde e vestuário.

O dever fundamental de sustento que impende sobre os progenitores relativamente aos seus filhos menores tem, pois, natureza de ordem pública e assenta no princípio de que “quem traz ao mundo está obrigado a sustentar”.

Lembrando aqui S. Tomás de Aquino e a sua “Suma Teológica” em que o mesmo apresenta cinco razões para a prova da existência de Deus (o primeiro motor imóvel; causa primeira ou causa eficiente; ser necessário e ser contingente; ser perfeito e ser a causa de perfeição das demais; inteligência ordenadora) também na capacidade de prover alimentos se elencam razões para a existência efectiva da mesma, sem que nenhuma delas verdadeiramente prove que ela existe, partindo-se da “verdade ontológica” de que um pai é um garante absoluto desse dever, desconhecendo-se depois em concreto se ele próprio é capaz sequer de prover ao seu próprio sustento.

Curiosamente em nenhuma das outras responsabilidades parentais se recorre à “presunção” da existência de condições efectivas para o exercício da parentalidade, sendo impensável que o tribunal ficcione que o pai com quem a menor irá residir habitualmente tem uma habitação condigna para garantir essa guarda, mesmo que em concreto se desconheçam quais as condições de tal habitação, que esse progenitor tem efectiva disponibilidade para gerir o quotidiano do seu filho, mesmo desconhecendo-se em absoluto o seu modo de vida, que esse progenitor tem efectiva capacidade para garantir a educação do seu filho, ou que o mesmo é capaz de decidir sobre as questões de particular importância da vida daquele, sem que exista no processo judicial qualquer elemento ou elementos em concreto, mesmo que admitidos por acordo, que apontem para essas condições concretas.

Também não será equacionável que se estabeleça um convívio entre o menor e progenitor com quem o mesmo não vive habitualmente presumindo que o mesmo tem condições efectivas para concretizar tal convivência e para assegurar, se for o caso, a permanência, com pernoita desse filho numa habitação condigna, sem que em concreto tal seja assegurado em termos probatórios, ou tivessem sido reconhecidas pelos progenitores.

Importava, pois, em minha opinião, alterar o art. 1º da Lei 75/98 de 19/11, estendendo a intervenção do FGADM às situações em que comprovadamente não foi possível fixar uma prestação de alimentos em concreto e enquanto tal situação se mantiver.



Não se ignoram, porém, os argumentos a favor duma interpretação actualista do art. 2004º n.º 1 do Código Civil, tendo-se presente a entrada em vigor da Lei 75/98 de 19/11 como garantia pelo Estado do direito irrenunciável dos menores ao sustento<sup>10</sup>.

Tal interpretação actualista do normativo citado permitiria a defesa do princípio da igualdade, consagrado na CRP (art. 13º), ou seja, de que menores em iguais circunstâncias de ausência de sustento por parte de um dos progenitores, não tenham tratamento diferenciado por parte do Estado.

É, no entanto, essa exigência de igualdade, de equilíbrio e de defesa intransigente do direito ao sustento por parte dos menores que justifica que o Estado, na sua política social, de defesa de direitos consagrados na CRP, assumira essa obrigação plenamente e de forma clara, não implicando essa opção uma “encapuçada amnistia” dos pais incumpridores, mas a consagração expressa no normativo citado de que o Estado deve ser em última instância, o garante de direitos constitucionalmente consagrados.

Reconhece-se, contudo, que na actual política de estrangulamento dos apoios sociais a assegurar pelo Estado Social a alteração proposta não seja a curto prazo espectável.

É também verdade que não se assiste na prática judiciária ao accionamento judicial dos restantes obrigados a alimentos, elencados no art. 2009º do Código Civil, admitindo-se que porventura tal mecanismo, embora viável, criaria uma manifesta conturbação de obrigações ao nível da família alargada, cujos efeitos ainda não se encontram verdadeiramente testados.

Aliás, assistimos em 2010 a um afunilamento da intervenção do FGADM (D/L 70/2010 de 16/06), apertando os critérios relativos aos agregados familiares que podem estar abrangidos por tal intervenção, transformando o cálculo do rendimento *per capita* num cálculo em que cada membro desse mesmo agregado não tem igual peso em termos de fonte de gastos e de expressão aritmética.

Sem prejuízo de voltar à temática do FGADM e a possíveis questões a levantar quanto à sua aplicação, passamos agora à análise do incumprimento da obrigação de prestação de alimentos fixada por acordo entre os progenitores e homologado judicialmente ou por acordo em sede de processo de divórcio que correu termos na conservatória do registo civil, ou ainda fixada por sentença judicial.

#### **Vejamos os vários cenários que normalmente rodeiam tal incumprimento:**

- incumprimento que se verifica mesmo não havendo alteração das circunstâncias que presidiram à fixação de tal prestação;
- incumprimento que se verifica em virtude do agravamento da situação económica do progenitor devedor (eventual situação de desemprego; aumento de despesas; aumento dos encargos com o nascimento de novo filho, etc);

<sup>10</sup> V. por exemplo, acórdão do TRP de 23/04/2012, 12/03/2012; Helena Bolieiro/Paulo Guerra, A Criança e a Família – Uma Questão de Direitos, Coimbra Editora, 2009, nota 108, págs. 229 a 231.



Curiosamente, nestas situações são poucos os progenitores que tomam a iniciativa de instaurar nova acção de alteração da regulação das responsabilidades parentais, com base na alteração superveniente das circunstâncias que estiveram na base da fixação daquela prestação de alimentos, partindo muitas vezes do pressuposto erróneo de que o reconhecimento da sua incapacidade económica para continuar a garantir o sustento do seu filho nos termos anteriormente determinados é automático e que o tribunal reconhece essa incapacidade de cumprimento como uma espécie de causa de exclusão de responsabilidade.

- incumprimento naqueles casos em que o progenitor, embora tenha condições económicas para assegurar o sustento do seu filho, ainda assim não cumpre essa obrigação, utilizando a omissão do cumprimento desse dever como moeda de troca ou retaliação relativamente ao incumprimento do convívio que deve ser garantido entre esse pai/ ou mãe e seu filho;
- e ainda casos de incumprimento em que o progenitor de forma deliberada se coloca numa situação de impossibilidade legal de lhe poder ser cobrada coercivamente tal dever.

Perante o incumprimento, culposo ou não culposo, várias são as possibilidades de actuação, sendo certo que nenhum desses mecanismos deverá ser impulsionado, sem antes se garantir o contraditório, notificando-se o progenitor não cumpridor dos factos que fundamentam o incidente de incumprimento, e em caso de desconhecimento do seu paradeiro, deverá o mesmo ser notificado por editais.

Desde logo o incidente de incumprimento que é levantado nos autos em que foi proferida a decisão judicial/ou acordo homologado judicialmente que determinou tal prestação, poderá ser accionado pelo M<sup>º</sup>P<sup>º</sup> em representação do menor/ ou menores abrangidos pela garantia de sustento/ ou pelo progenitor com quem o menor reside habitualmente.

Com a entrada em vigor do RCJ, os incidentes de incumprimentos e o seu impulsionamento passaram a estar dependentes, no caso de serem requeridos por um dos progenitores, pelo pagamento prévio de taxa de justiça, ou comprovativo de que o requerente formulou pedido de apoio judiciário, com dispensa de pagamento de custas/ou de que tal benefício já lhe foi concedido, com junção da respectiva decisão.

Tal exigência, que foi já abandonada pela Lei 5/2012 de 13/12, criou ainda maiores obstáculos à cobrança coerciva das prestações de alimentos vincendas e vencidas e não pagas, só contornada, em grande medida, pela crescente intervenção do M<sup>º</sup>P<sup>º</sup> nessa matéria.

Pertencendo ao progenitor incumpridor o ónus de prova quanto ao pagamento das quantias de alimentos alegadamente em falta, na maioria das situações trazidas a tribunal, o reconhecimento



judicial do incumprimento pelo tribunal opera-se, sem produção de prova, embora sempre com a satisfação prévia do contraditório.

Feito tal reconhecimento, importa que no mais curto espaço de tempo o cumprimento das prestações de alimentos vincendas seja repostado e que se opere a regularização das prestações de alimentos já vencidas, sendo as primeiras irrenunciáveis e nos dois casos (vincendas e vencidas) insusceptíveis de compensação.

Em primeiro lugar, a retoma do pagamento das prestações de alimentos vincendas poderá ocorrer,

- a qualquer momento pelo progenitor devedor;
- recorrendo-se ao mecanismo coercivo e pré – executivo previsto no art. 189º da OTM;
- resultando de entendimento estabelecido em sede de Conferência de Progenitores (art. 181º n.º 2 da OTM), acompanhada, eventualmente, de uma redução **acordada** do montante da prestação de alimentos anteriormente fixado, se consubstanciada numa diminuição da capacidade económica do progenitor incumpridor.
  - por intervenção do FGADM;
  - por cobrança de alimentos no estrangeiro, ao abrigo da Convenção Nova Iorque de 20/06/56, sendo a autoridade central a DGAI; art. 54º do Regulamento nº 44/2001 de 22/12/00); por instauração de execução especial de alimentos, p. nos arts. 1118º e segs do C.P.Civil.

Relativamente às prestações de alimentos vencidas, caso não haja entendimento quanto à sua renúncia, possível nos termos do art. 2008º nº 1 do Código Civil ou não sendo possível posterior acordo no que diz respeito ao modo de pagamento das prestações de alimentos vencidas – *muitas vezes na modalidade do pagamento de tais quantias em prestações mensais iguais e sucessivas a pagar na data estabelecida para o pagamento da prestação vincenda* – mais uma vez se poderá recorrer ao mecanismo coercivo previsto no art.189º da OTM, ou não sendo este accionável, poder-se-à instaurar uma execução especial por alimentos, prevista no art. 1118º do CPC, ou estando o devedor da obrigação de alimentos a trabalhar no estrangeiro deitando-se mão à Convenção de Nova Iorque para cobrança coerciva desses alimentos.

Acontece, no entanto, que apesar de tais mecanismos coercivos, ou de substituição temporária do devedor pelo fundo criado pelo Estado social, frequentemente tais quantias se tornam na prática incobráveis, onerando-se de forma injusta o progenitor guardião e criando-se situações de insuficiente satisfação das necessidades básicas dos menores.

De lembrar que a obrigação de sustento se mantém mesmo no caso de limitação ou inibição das responsabilidades parentais por parte do progenitor (art. 1917º do Código Civil), estando





subjacente o princípio fundamental de que a obrigação de sustento é exigível em qualquer circunstância, mesmo que a relação entre pais e filhos esteja comprometida em qualquer outra das suas vertentes.

A sobrevivência condigna de todo o ser humano, numa fase da sua vida em que o mesmo está impossibilitado em prover à sua subsistência, tem que ser sempre assegurada.

Nenhuma sociedade humana possui meios para se substituir plenamente no papel que deveria ser desempenhado pelos pais mas é possível exigir-se o cumprimento do sustento independentemente da vontade de quem a ele está obrigado.

Admite-se, porém, que caso as responsabilidades parentais sejam temporariamente transferidas para instituição do Estado, nomeadamente, no caso de acolhimento institucional decretado ao abrigo da LPP, se suspensa tal dever de sustento, enquanto essa medida se mantenha. A ideia de sustento tem subjacente à mesma um pressuposto de satisfação imediata das necessidades reais e concretas do menor, sempre tendo em vista o momento actual, obrigação que deverá ser assumida pelo Estado, caso haja uma intervenção por parte do tribunal ou de organismo do Estado no sentido de se substituir aos progenitores nas suas responsabilidades parentais, não havendo razão para que se mantenha um dever de sustento, enquanto tal situação subsistir.

Também na vertente do direito ao sustento reivindicado pelos filhos menores e constitucionalmente reconhecido se prevêem, não só os mecanismos sancionatórios e indemnizatórios, de natureza pecuniária, relativamente aos comportamentos culposos protagonizados pelos progenitores incumpridores – e nesta vertente se incluem as condutas negligentes<sup>11</sup> – como a punição criminal das condutas dolosas que levam ao não cumprimento da obrigação de sustento, tendo havido, com a entrada em vigor da Lei 61/2008 de 31/10, uma alteração ao art. 250º n.º 1 do Código Penal “, alargando-se agora o seu âmbito incriminatório<sup>12</sup>.

---

<sup>11</sup> Art.181º n.º 1 da OTM “se relativamente à situação do menor, um dos progenitores não cumprir o que tiver sido acordado ou decidido, pode o outro requerer ao tribunal as diligências necessárias para o cumprimento coercivo e a condenação do remisso em multa até 249,90 euros e em indemnização a favor do menor do requerente ou de ambos”.

<sup>12</sup> Redacção anterior “quem estando legalmente obrigado a prestar alimentos e em condições de o fazer, não cumprir a obrigação, pondo em perigo a satisfação, sem auxílio de terceiro, das necessidades fundamentais de quem a eles tem direito (...) é punido com pena de prisão até dois anos ou pena de multa até 240 dias); redacção actual n.º 1 “quem estando legalmente prestar alimentos e em condições de o fazer, não cumprir a obrigação no prazo de dois seguintes ao vencimento é punido com uma pena de multa até 120 dias; n.º 2 “a prática reiterada do crime referido no número anterior é punido com uma pena de prisão até um ano ou com pena de multa até 120 dias; n.º 3 “quem estando legalmente prestar alimentos e em condições de o fazer, não cumprir a obrigação, pondo em perigo a satisfação, sem auxílio de terceiro, das necessidades fundamentais de quem a eles tem direito é punido com uma pena de prisão até 2 anos ou com pena de multa até 240 dias” (anterior n.º 1); n.º 4 “quem com a intenção de não prestar alimentos, se colocar na impossibilidade de o fazer e violar a obrigação a que está sujeito, criando o perigo



No caso da multa prevista no art.181º n.º 1 da OTM, cuja moldura ascende em termos máximos ao montante de 249,00 euros, tal condenação pode ser requerida pelo MºPº, em representação do menor (arts. 174º n.º 2, 183º n.º 3 e arts. 3º n.º 1 a) e 5º n.º 1 c) do EMP), o espoletar do procedimento criminal relativamente ao tipo legal já mencionado, depende da vontade da titular do direito de queixa, que neste caso é o outro progenitor, ou do terceiro à guarda do qual o menor se encontra, ensinando-nos a experiência que tais queixas-crimes são apresentadas num número reduzido, realidade explicada em parte por um sentimento generalizado de alguma dificuldade de prova, que poderá levar a uma certa impunidade, e de que tais processos-crimes serão perturbadores amiúde e de forma irremediável do futuro relacionamento entre os progenitores daquela ou daquelas crianças e de que o progenitor incumpridor venha a criar novos mecanismos de se eximir às suas obrigações parentais, nomeadamente, o sustento.

De “*iure condendo*” deveria ser equacionada a solução legislativa do procedimento criminal por tal tipo legal ser impulsionado também pelo MºPº, havendo, eventualmente, a possibilidade de extinção do procedimento criminal, com a concordância do ofendido, em caso de liquidação total das quantias de alimentos em dívida, e até à publicação da sentença em 1.ª instância.

Perante o já exposto, elencamos nesta intervenção aquelas normas ou institutos, cuja interpretação suscite ou já tenha suscitado dúvidas quanto à sua aplicação, penitenciando-me desde já se numa sucinta abordagem deixar de me pronunciar sobre alguns aspectos que eventualmente merecessem neste contexto também destaque.

Em primeiro lugar e quanto ao mecanismo coercivo previsto no art. 189º da OTM, se destaca a aplicação do disposto no art. 824º n.º 3 do C.P. Civil, no que concerne a considerar-se que não existe qualquer reserva de impenhorabilidade na reparação dum crédito de alimentos.

Tal normativo, conforme dispõe o art. 12º do D/L 329-A/95 de 12/01 “não são invocáveis em processo civil as disposições constantes da legislação especial que estabeleçam impenhorabilidade absoluta de quaisquer rendimentos, independentemente do seu montante, em colisão com o disposto no art. 824º do Código de Processo Civil” impossibilita que seja colocada em causa o aí estipulado, mesmo que previsto em lei especial.

Assim, não são aplicáveis às dívidas respeitantes a alimentos, por exemplo, o disposto nas Leis 100/97 de 13/09 e Lei 98/2009 de 4/09 (que veio revogar a anterior) respeitantes aos acidentes de

---

previsto no número anterior é punido com uma pena de prisão até 2 anos ou com pena de multa até 240 dias”.



trabalho e doenças profissionais, concreta e respectivamente, nos seus arts. 35º e 78º que determinam a inalienabilidade, impenhorabilidade, irrenunciabilidade dos créditos e privilégios creditórios, ou seja, dos créditos provenientes do direito às prestações estabelecidas nessas leis.

Nessa matéria, e apesar do exposto, parece-nos que será inequívoco que a previsão legal que antecede deverá ser delimitada, no entanto, pelo mínimo de subsistência condigna, cuja protecção foi reconhecida pelo acórdão do TC 306/2005 de 5/8<sup>13</sup>.

Não havendo, pois, um critério legal para quantificar o mínimo necessário para a sobrevivência condigna, poderá na prática judiciária verificarem-se algumas discrepâncias, nalguns casos com uma certa margem de diferença, sendo que na minha experiência se tenha optado por um critério mais elevado que o atrás mencionado, situando o montante mínimo ligado ao princípio da dignidade humana na quantia aproximada dos 300 euros.

Porém, cada vez mais o mecanismo pré-executivo previsto no art. 189º da OTM se mostra inviável, atenta a ausência de rendimentos penhoráveis por parte do progenitor incumpridor, o que nos leva à intervenção do FGADM e aos seus pressupostos legais.

A este propósito regem actualmente três diplomas legais (Lei 75/98 de 19/11 e D/L 164/99 de 13/05 e 70/2010 de 16/06).

Vejamos!

A Lei 75/98 de 19 de Novembro instituiu, assim, um mecanismo de garantia de alimentos, a suportar pelo Estado, como modo de consagração do direito das crianças à protecção, consagrado constitucionalmente, fixando-se o encargo de através do Fundo de Garantia de Alimentos Devidos a Menores se assegurar a satisfação dos alimentos a menores residentes em território português quando a pessoa judicialmente obrigada a prestá-los não satisfaça as quantias em dívidas, pelas formas previstas pelo artigo 189º da OTM (desta exigência se excluíram as execuções especial de alimentos, pela morosidade que as mesmas acarretam e que poderiam inviabilizar o recurso atempado ao FGADM) e o alimentando não disponha de rendimento líquido superior ao ordenado mínimo

---

<sup>13</sup> “Julgar inconstitucional, por violação do princípio da dignidade humana, contido no princípio do Estado de Direito, com referência aos nºs 1,3 do art. 63º da CRP, interpretada no sentido de permitir a dedução, para satisfação de prestação alimentar a filho menor, de uma parcela da pensão social de invalidez do progenitor que prive do seu rendimento necessário para satisfazer as suas necessidades essenciais”; ainda ver os acórdãos do TC nºs 62/2002 e 177/2002 e que está plasmada no art. 1º da CRP e que se poderá traduzir, em termos práticos, embora não haja qualquer critério legal de natureza quantitativa, no mínimo estabelecido para a concessão do rendimento social de inserção ( v. por exemplo o acórdão do TRP de 2/10/2008, publicado na integra em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)).



nacional, nem beneficie, na mesma medida, de rendimentos de outrem a cuja guarda se encontre (art. 1º da Lei 75/98).

A prestação do Fundo é uma função de garantia, autónoma no sentido que é uma obrigação própria e não alheia.

A prévia decisão judicial sobre quem é a pessoa obrigada a alimentos e a fixação dessa prestação é condição *sine qua non* para que possa ser solicitado o pagamento da prestação alimentar ao Fundo, não obstante a tal requisito, o facto do progenitor com quem o menor reside não ter accionado os familiares dos menores que estão vinculados à prestação de alimentos, nos termos do art. 2009º do Código Civil<sup>14</sup>.

A intervenção do FGADM pode ser requerida pelo Ministério Público ou por aqueles a quem a prestação de alimentos deveria ser entregue nos respectivos autos de incumprimento (art. 3º da Lei 75/98 de 19/11).

O Estado fica, por sua vez, sub-rogado com todos os direitos do menor a quem sejam atribuídas as prestações, com vista à garantia do respectivo reembolso (art.5º do D/L 164/99 de 13/05).

As prestações atribuídas nestes termos serão fixadas pelo tribunal em igual/ou inferior montante do estabelecido anteriormente para a prestação originária, não podem exceder por cada devedor o montante de 4 UC e podem ser alteradas ou cessadas nos termos previstos no art.4º da Lei 75/98 de 19/11), havendo uma revisão anual obrigatória dos pressupostos da decisão judicial que ordenou substituição do devedor pelo Estado (Fundo), prova que cabe a quem a recebe, sob pena de ver finda a intervenção do FGADM (art. 9º n.º 4, 5 do D/L 164/99 de 13/05).

Por sua vez, a obrigação do FADM de prestar alimentos acaba com a maioria do respectivo beneficiário, mesmo que este necessite de tal prestação para completar a sua formação profissional<sup>15</sup> e não chegará sequer a nascer se este último atingir a maioria antes de ser decidido o incidente de incumprimento<sup>16</sup>.

Veio, no entanto, o D/L 70/2010 de 16/06 alterar as regras de agregado familiar, rendimentos a considerar e capitação de rendimentos.

Uma das questões mais debatidas na jurisprudência a propósito do funcionamento do FGADM e do seu âmbito de aplicação tem sido a de estabelecer em que momento se constitui a obrigação do Estado de se substituir ao devedor de alimentos, ou seja, desde quando tal obrigação do FGADM é exigível.

<sup>14</sup> V. por exemplo, o acórdão do TRP de 10/03/2008, publicado na íntegra em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

<sup>15</sup> Acórdão do TRP de 15/11/2011.

<sup>16</sup> Acórdão do TRP de 10/01/2012.



Três posições a esse propósito foram sendo defendidas, uma considerando que tal obrigação nasce apenas após a notificação da decisão judicial que determinou essa intervenção; outros defendendo que a obrigação do Estado seria exigível logo que verificada a situação de mora por parte do progenitor e uma última que pugnava que a mesma obrigação retroagia ao momento em que fosse formulado o pedido de intervenção do FGADM no processo judicial, concretamente, no incidente de incumprimento.

O D/L 164/99 de 13/055 que procedeu à regulamentação de tal lei dispõe no seu artigo 4º n.º 5 que “a obrigação do Estado nasce a partir do mês seguinte ou da notificação da decisão judicial”.

Conforme sabemos e de forma a uniformizar entendimentos contraditórios sobre citada matéria, veio o STJ através do seu acórdão uniformizador de jurisprudência n.º 12/2009 determinar que a “obrigação de prestação de alimentos a menor, assegurada pelo FGADM; em substituição do devedor, nasce com a decisão que julgue o incidente de incumprimento do devedor originário e a respectiva exigibilidade só decorre no mês seguinte ao da notificação da decisão do tribunal, não abrangendo quaisquer prestações anteriores”.

Substancialmente, entende-se que a obrigação do FGADM nasce apenas com a decisão judicial que verifica os pressupostos da sua intervenção, ordena o pagamento e determina o seu montante, diferentemente da obrigação dos pais em prover o sustento dos filhos que decorre do princípio da filiação. O FGADM não tem intervenção na lide do incidente de incumprimento, não lhe sendo assegurado o contraditório, não podendo ser condenado no pagamento de prestações antes vencidas, sob pena de violação dos princípios firmados nos artigos 3º e 3ºA da CPC, 2º e 20º da CRP.

Impõe-se, no entanto, de forma vinculativa o acórdão uniformizador aos tribunais inferiores?

Ora, em primeiro lugar e embora a resposta seja negativa à questão formulada, pois, os acórdãos em questão não têm o valor vinculativo dos assentos de fixação de jurisprudência, não deixa, contudo, de se considerar que, ao abrigo da segurança jurídica das decisões judiciais, a eficácia do sistema, o respeito pelo princípio da igualdade e imagem externa dos tribunais, tais entendimentos uniformizadores deverão ser atendidos, salvo se existirem fortes razões ou circunstâncias especiais que o justifiquem (acórdãos do TRP de 22/11/2011;).

É certo que o Tribunal Constitucional se pronunciou já, por duas vezes, e de modos diferentes, pela constitucionalidade do art.4º n.º5 do DL 164/99 de 13/05, sendo que o último acórdão do TC, 400/2011, publicado na 2ª Série do DR de 3/11/2011, considerou tal normativo conforme à CRP<sup>17</sup>.

Acontece que no acórdão uniformizador do STJ já citado foram ponderados os argumentos relativos à constitucionalidade material do art.4º n.º5 do D/L 164/99 de 13/05, aí se concluindo pela

<sup>17</sup> Em sentido contrário o acórdão do TC n.º 454/2011 de 23-2, declarando inconstitucional o art. 4º n.º 5 do D/L 164/99 de 13/05, por violar o disposto nos arts. 69º n.º 1, 63 n.ºs 1,3 da CRP.



sua conformidade à Constituição. Por outro lado, a evolução doutrinal e jurisprudencial não se mostrou significativamente alterada relativamente à questão<sup>18</sup>.

Não existem, pois razões ponderosas ou excepcionais – para além do já referenciado não foi apresentado um argumento novo de grande valor, não ponderado no acórdão uniformizador –, que justifique que os tribunais inferiores o não respeitem<sup>19</sup>.

Também nesta matéria me parece que de “*jure condendo*” será necessário procurar e pugnar por soluções mais justas, conforme também se defende no acórdão do TRP de 28/03/2012.

Não se pode deixar de referir a abono dessa procura de soluções justas, que sempre que possível, e de acordo com o que tem sido prática, segundo estou convicta, nos tribunais portugueses de famílias e menores, de se requerer a prolação de decisão provisória de determinação da intervenção do FGADM, conforme previsto no art. 3º n.º 2 da Lei 75/98 de 19/11.

Para terminar esta intervenção, faz-se apenas uma referência breve às alterações introduzidas pelo D/L 70/2010 de 16-6 no que diz respeito às regras para determinação dos rendimentos, composição do agregado familiar e capitação de rendimentos, passando o n.º 3 do art. 3º do D/L 164/99 de 13/05, a ter a seguinte redacção “o conceito de agregado familiar, os rendimentos a considerar e a capitação de rendimentos (...) são calculados nos termos do D/L 70/2010 de 16/06”.

Quanto à composição do agregado familiar estipula o art.4º do D/L 70/2010 de 16/06 as pessoas que podem ser tidas como estando em economia comum, chamando-se à atenção a este respeito a necessidade de prova, no caso da união de facto, de que a mesma perdura há mais de dois anos, com referência ao momento da intervenção do FGADM, sendo certo que o Tribunal da Relação do Porto tem entendido que essa prova deve ser feita no processo.

Por sua vez, e no que diz respeito à consideração dos rendimentos, entendeu o acórdão do TRPorto de 31/05/2011, publicado na íntegra em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt), com o qual se concorda inteiramente, que não revela para esse cálculo, caso esteja penhorado parte do salário do progenitor do menor, a parte penhorada, mas apenas aquela que se mantém disponível.

Também na consideração das diversas categorias de rendimentos não havendo menção a dedução de despesas, apenas se atenderá no cálculo da capitação de rendimentos ao efectivamente auferido, independentemente das despesas suportadas por esse agregado, o que mais uma vez reflecte a visão restritiva do diploma em análise quanto ao âmbito da sua aplicação.

<sup>18</sup> Veja-se o acórdão do TC 400/2001 já também mencionado.

<sup>19</sup> V. por exemplo, acórdãos do TRP de 28/03/2012, 22/11/2011, 13/10/2010, publicados na íntegra em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).



Do mesmo modo se verifica com os índices de capitação<sup>20</sup>, atribuindo-se ao primeiro adulto, considerado requerente, o índice 1<sup>21</sup>, aos restantes adultos, em economia comum, o índice 0,7, ficando as crianças com o índice 0,5.

Também se assistiu a propósito do cálculo da capitação dos agregados familiares dos menores, abrangidos pela intervenção do FGADM, a uma estranha interpretação por parte dos Srs. Técnicos responsáveis pela elaboração do inquérito, previsto na lei 75/98 de 19/11 (art. 3º n.º 3) que o montante máximo até ao qual seria admissível a intervenção não era mais, apesar de expressamente referenciado no art. 1º da Lei 75/98 de 19/11, em vigor, o salário mínimo nacional mas o valor de 419, 22 euros, atribuído ao indexante dos apoios sociais.

Muitas outras regras estão estipuladas neste diploma quanto às vertentes mencionadas – para determinação dos rendimentos, composição do agregado familiar e capitação de rendimentos – mas, neste âmbito, e em jeito de conclusão, deixo apenas a convicção de que este diploma é um evidente retrocesso na missão protectora do Estado relativamente ao bem-estar das suas crianças e abre um grave precedente em matéria de defesa dos direitos dos menores e de protecção das suas famílias.

Se não queremos maus pais para as nossas crianças, também se deverá repudiar energicamente, é essa a minha firme convicção, um Estado Social hipócrita e demissionário das suas verdadeiras funções.

Muito obrigada!

---

<sup>20</sup> Adaptação neste diploma da escala da OCDE, apelidada de “escala de Oxford”.

<sup>21</sup> Embora em primeira linha fosse o menor beneficiário do pedido formulado, representando pelo M<sup>º</sup>P<sup>º</sup>, não assumindo, contudo, esse lugar, para efeito de cálculo de capitação, por não serem os seus rendimentos mas do seu agregado familiar que serão tidos em causa – v. Acórdão da RT de 22/03/2011, publicado em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).



# O princípio do interesse superior da criança

---

Comunicação apresentada na ação de formação “Curso de Especialização Temas de Direito da Família e das Crianças”, no dia 04 de maio de 2012, em Aveiro.

**[Catarina de Albuquerque<sup>1</sup>]**

---

<sup>1</sup> Relatora Especial da ONU sobre o Direito à Água; Jurista do Gabinete de Documentação e Direito Comparado da Procuradoria-Geral da República; Consultora Jurídica da UNICEF; Professora Convidada das Faculdades de Direitos das Universidades do Minho e Coimbra. Licenciada (Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa), Mestre (Institut Universitaire de Hautes Études Internationales, Genebra, Suíça) e Doutoranda (Université d’Aix-Marseille, França) em Direito.





C E N T R O  
DE ESTUDOS  
JUDICIÁRIOS

*“Croyez-vous que, si Mozart a composé des mélodies sublimes, c’est grâce à son piano forte ? Et bien non. Son piano forte était un outil. La loi est un outil. Ce qui compte, c’est l’artisan, et si possible l’artiste. Avec d’excellentes lois, un juge peut faire des catastrophes.*

*Et avec des lois médiocres, s’il a des oreilles, s’il a un peu de coeur, s’il a un peu d’imagination, il peut sauver l’essentiel. L’essentiel, en l’occurrence, c’est l’intérêt de l’enfant”, Guy Blondel, in Comment le Juge peut-il évaluer l’intérêt de l’enfant?*

## **I. O princípio do interesse superior da criança na CDC e noutros instrumentos jurídicos internacionais**

### **1. Qual o fundamento jurídico do interesse superior da criança?**

A Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança, adoptada pela AGNU a 20 de Novembro de 1989, consiste no instrumento internacional de direitos humanos com o maior número Estados Partes, a saber 192 – ficando fora do “clube” só dois países, a saber a Somália e os Estados Unidos da América. A CDC, com os seu 54 artigos que consagram direitos tão diversos como o direito à educação, à protecção da criança em conflitos armados e em situações de exploração sexual, o direito à saúde, a protecção da criança contra violência, entre outros, consiste no primeiro instrumento internacional que vem fixar um quadro jurídico completo para a protecção dos direitos da criança. O quadro jurídico definido pela Convenção tem vindo a ser progressivamente completado, nomeadamente através da adopção de dois Protocolos Facultativos à mesma sobre a Participação de Crianças em Conflitos Armados e sobre Venda de Crianças, Prostituição e Pornografia Infantil. Foi aprovado pelas Nações Unidas e aberto à ratificação um terceiro protocolo facultativo à CDC que tem por objectivo conceder ao Comité dos Direitos da Criança competências para examinar queixas apresentadas por vítimas de violações dos direitos consagrados na CDC<sup>1</sup>.

A referida Convenção assenta em quatro princípios fundamentais – os quais foram classificados como tal pelo Comité dos Direitos da Criança da ONU<sup>2</sup>, a saber:

<sup>1</sup> [http://treaties.un.org/doc/source/signature/2012/CTC\\_4-11d.pdf](http://treaties.un.org/doc/source/signature/2012/CTC_4-11d.pdf). Este Protocolo foi assinado por Portugal a 28 de Fevereiro de 2012, contudo ainda não conta com nenhuma ratificação. Nos termos do seu artigo 19.º, n.º 1, o mesmo entrará em vigor três meses após o depósito do 10.º instrumento de ratificação ou adesão.

<sup>2</sup> As competências, funções e actividades do Comité da ONU sobre os Direitos da Criança são descritas em [http://direitoshumanos.gddc.pt/7/VIIIPAG7\\_5\\_3.htm](http://direitoshumanos.gddc.pt/7/VIIIPAG7_5_3.htm).



- O princípio da não discriminação, contemplado no artigo 2.º do referido instrumento, nos termos do qual os Estados Partes devem assegurar que as crianças sob a sua jurisdição gozam todos os seus direitos, não devendo nenhuma criança ser vítima de discriminação. Este enunciado aplica-se a todas as crianças “independentemente de qualquer consideração de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou outra da criança, de seus pais ou representantes legais, ou da sua origem nacional, étnica ou social, fortuna, incapacidade, nascimento ou de qualquer outra situação”;
- O princípio de que a criança tem os direitos à vida, à sobrevivência e ao desenvolvimento, consagrado no artigo 6.º da Convenção. O preceito em causa aplica-se assim, não só à consagração e protecção do direito à vida, mas igualmente os direitos sobrevivência e ao desenvolvimento, os quais devem ser assegurados “na máxima medida possível”. O termo “desenvolvimento”, que tem uma conotação qualitativa, deveria ser interpretado de forma lata quando empregue neste contexto, já que é aqui visada não unicamente a saúde física, mas também o desenvolvimento mental, emocional, cognitivo, social e cultural da criança.
- O princípio do respeito pelas opiniões da criança (consagrado no artigo 12.º da CDC), esta deve ser livre de ter opiniões sobre todas as questões que lhe digam respeito, opinião essa que deve ser devidamente tomada em consideração “de acordo com a sua idade e maturidade”. Este princípio assenta na ideia de que as crianças têm o direito a ser ouvidas e a que as suas opiniões sejam seriamente tidas em consideração, incluindo em qualquer processo judiciário ou administrativo que as afecte.
- E finalmente, o princípio sobre o qual nos vamos debruçar nos próximos minutos: o do interesse superior da criança (que é consagrado no artigo 3.º da CDC). Este princípio deve consistir uma consideração primordial sempre que as autoridades de um Estado tomem decisões que afectem a criança e aplica-se às decisões dos tribunais, das autoridades administrativas, dos órgãos legislativos e das instituições públicas ou privadas de solidariedade social. Como é facilmente perceptível, a aplicação desta ideia fundamental da Convenção representa um enorme desafio para toda a sociedade!

Num mundo em mudança que coloca desafios constantes, nomeadamente ao poder judicial, o interesse superior da criança deve orientar todas as decisões adoptadas que tenham ou possam ter um impacto na vida de uma criança.



2. Que instrumentos internacionais inspiraram a CDC e que instrumentos foram inspirados pela CDC?

### **2.1. O interesse superior antes da Convenção sobre os Direitos da Criança**

O princípio do interesse superior da criança não foi criado ou inventado pela CDC, tendo sido anteriormente já utilizado em diversos instrumentos internacionais, nomeadamente na Declaração dos Direitos da Criança de 1959, nos termos da qual

*“A criança gozará de uma protecção especial e beneficiará de oportunidades e serviços dispensados pela lei e outros meios, para que possa desenvolver-se física, intelectual, moral, espiritual e socialmente de forma saudável e normal, assim como em condições de liberdade e dignidade. Ao promulgar leis com este fim, a consideração fundamental a que se atenderá será o interesse superior da criança”<sup>3</sup>.*

Como vemos, a referência ao interesse superior é aqui feita no contexto da promulgação de leis destinadas a promover a protecção da criança e o seu desenvolvimento. Como iremos ver o actual princípio do interesse superior, tal como se encontra consagrado na CDC é muito mais abrangente!

O mesmo princípio foi igualmente incluído na Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres de 1979 e na Declaração sobre os Princípios Sociais e Jurídicos relativo à protecção e Bem-Estar das Crianças, com especial referência à sua Colocação em Instituições e à Adopção Nacional e Internacional.

### **2.2. O interesse superior antes da Convenção sobre os Direitos da Criança**

Por outro lado, desde a adopção da Convenção sobre os Direitos da Criança são diversos os tratados e outros textos internacionais que foram inspirados pelo artigo 3.º da Convenção e que referem o princípio do interesse superior da criança.

---

<sup>3</sup> Princípio 2 da Declaração dos Direitos da Criança, Proclamada pela Resolução da Assembleia Geral 1386 (XIV), de 20 de Novembro de 1959, in: <http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionaisdh/tidhuniversais/dc-declaracao-dc.html>.



Por exemplo, apesar deste princípio não ser referido em nenhum dos dois Pactos (sobre os Direitos Económicos Sociais e Culturais e sobre os Direitos Cívicos e Políticos) o Comité dos Direitos Humanos (que é o órgão encarregue de controlar o respeito pelo Pacto sobre os Direitos Cívicos e Políticos) referiu em dois dos seus Comentários Gerais<sup>4</sup> (um deles sobre os direitos da criança e outro sobre a protecção da família, o direito de casar e a igualdade entre cônjuges) o facto de o “interesse da criança” ser de importância primordial nos casos de separação ou divórcio dos pais.

Por seu turno, o Comité Executivo do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados sublinhou expressamente que “todas as acções desenvolvidas em favor das crianças refugiadas devem guiar-se pelo princípio do interesse superior da criança, bem como pelo princípio da unidade familiar<sup>5</sup>”.

A Convenção relativa à Protecção das Crianças e à Cooperação em Matéria de Adopção Internacional de 1993<sup>6</sup>, refere igualmente logo no seu artigo 1.º relativo aos objectivos da Convenção que um dos mesmos consiste em

*“estabelecer garantias para assegurar que as adopções internacionais sejam feitas no interesse superior da criança e no respeito dos seus direitos fundamentais, nos termos do direito internacional;”*

Igualmente, um dos requisitos para que possa ocorrer uma adopção internacional consiste precisamente, tal como se encontra estipulado no artigo 4.º da Convenção, em que se

*“(tenha) constatado, depois de adequadamente ponderadas as possibilidades de colocação da criança no seu Estado de origem, que uma adopção internacional responde ao interesse superior da criança;”*

Os dois Protocolos Facultativos à Convenção sobre os Direitos da Criança, relativos ao Envolvimento de Crianças em Conflitos Armados<sup>7</sup> e à Venda de Crianças, Prostituição e Pornografia

<sup>4</sup> Human Rights Committee General Comments 17 and 19, HRI/GEN/1/Rev.2, pp. 25 and 30.

<sup>5</sup> UNHCR Model Guidelines on Policies and Procedures in dealing with Unaccompanied Children Seeking Asylum, 1997.

<sup>6</sup> Portugal assinou a Convenção em 26 de Agosto de 1999, mas não procedeu ainda à sua ratificação, in: <http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionais-dh/tiduniversais/dc-conv-haia-dc.html>.

<sup>7</sup> Assinado por Portugal em 7 de Setembro de 2001, mas ainda não ratificado, in: <http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionais-dh/tiduniversais/protocolocrian%E7as1.html>.



Infantis<sup>8</sup> de Maio de 2000 fazem também menção do princípio do interesse superior da criança. O primeiro destes instrumentos refere no seu preâmbulo que

*“(...) a adopção de um protocolo facultativo à Convenção destinado a elevar a idade mínima para o recrutamento de pessoas nas forças armadas e para a sua participação nas hostilidades contribuirá de forma efectiva para a aplicação do princípio segundo o qual em todas as decisões relativas a crianças se terá primordialmente em conta o interesse superior da criança”*

Por seu turno, o Protocolo relativo à Venda de Crianças, Prostituição e Pornografia Infantil, refere no seu artigo 8.º, n.º 3 que

*“Os Estados Partes deverão garantir que, no tratamento dado pelo sistema de justiça penal às crianças vítimas das infracções previstas no presente Protocolo, o interesse superior da criança seja a consideração primordial.”*

Finalmente diversas resoluções adoptadas pela AGNU sobre Direitos da Criança, reafirmam que o interesse superior da criança deve constituir **na** consideração primordial em todas as acções relativas à criança. As resoluções da antiga Comissão dos Direitos do Homem e do actual Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas têm, nos últimos anos, feito referência ao interesse superior da criança com muito maior frequência.

### **2.3. O interesse superior na Convenção sobre os Direitos da Criança**

A própria CDC refere em termos genéricos e, como já vimos, muito abrangentes o princípio do interesse superior da criança no seu artigo 3.º, nos termos do qual

*“Todas as decisões relativas a crianças, adoptadas por instituições públicas ou privadas de protecção social, por tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, terão primordialmente em conta o interesse superior da criança.”*

---

<sup>8</sup> Assinado por Portugal em 7 de Setembro de 2001, mas ainda não ratificado, in: <http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionais-dh/tidhuniversais/protocolocrian%E7as2.html>.



Este princípio é ainda mencionado em seis outros preceitos da Convenção, a saber nos artigos:

- a) 9.º, n.º1 – o qual garante que as crianças não devem ser separadas dos seus pais a menos que as autoridades competentes o decidam e que essa separação seja necessária no interesse superior da criança;
- b) 18.º – o qual determina a responsabilidade de ambos os pais na educação e desenvolvimento da criança e que nesse contexto o interesse superior da criança deve constituir a sua preocupação fundamental.;
- c) 20.º – que vem determinar que a criança que, no seu interesse superior, não possa ser deixada no seu ambiente familiar tem direito à protecção e assistência especiais do Estado;
- d) 21.º – que aborda a questão da adopção, determina que o interesse superior da criança deverá constituir a consideração primordial neste domínio;
- e) 37.º, c) – o qual estipula que as crianças privadas de liberdade devem ser separadas dos adultos, a menos que, no interesse superior da criança, tal não pareça aconselhável, e
- f) finalmente, no artigo 40.º, n.º2 b) iii) que trata da situação da criança suspeita, acusada ou que se reconheceu ter infringido a lei penal, determina que ela deve ter direito a que a sua causa seja “examinada sem demora por uma autoridade competente, independente e imparcial ou por um tribunal, de forma equitativa nos termos da lei, na presença do seu defensor ou de outrem assegurando assistência adequada e, a menos que tal se mostre contrário ao interesse superior da criança, na presença dos seus pais ou representantes legais.”

O desafio que agora se nos coloca é o de saber como é que estas disposições normativas se concretizam e materializam, isto é qual a forma como os Estados Partes na Convenção e o órgão responsável pelo controlo da aplicação da mesma – o Comité dos Direitos da Criança – têm interpretado e aplicado este princípio. No contexto desta Acção de Formação Contínua, a questão a que vou tentar responder é a de saber como é que este princípio fundamental pode ser densificado, por forma a ser útil a magistrados.



## II. O interesse superior da criança na prática dos Estados e do Comité dos Direitos da Criança

### 3. O interesse superior invocado nas reservas e declarações à Convenção sobre os Direitos da Criança

É através da ratificação de um tratado internacional que os Estados nele se tornam partes, exprimindo desta forma o seu pleno consentimento a ficar vinculados a esse texto de direito internacional.

Nos termos do artigo 19.º da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados é no momento da assinatura, adesão ou ratificação de um tratado que os Estados podem a ele apor reservas ou fazer declarações. As reservas a um tratado consistem em declarações unilaterais, feitas por um Estado através das quais se visa excluir ou modificar o efeito jurídico de certas disposições do tratado na sua aplicação a esse Estado. Por outro lado, através das declarações chamadas interpretativas (que, por vezes constituem verdadeiras reservas) um Estado explica qual a interpretação que faz de uma determinada disposição do tratado.

No momento da formulação de reservas ou declarações a um tratado, um Estado exprime pela primeira vez de forma oficial qual o seu entendimento em relação a determinadas disposições do tratado. É por esta razão que resolvemos examinar em primeiro lugar quais das (inúmeras) reservas ou declarações à Convenção sobre os Direitos da Criança dizem respeito ao interesse superior da criança e qual a forma como os Estados Partes a aplicam.

Assim, dois países da União Europeia (a **Áustria** e a **Alemanha**) declararam que o artigo 38.º, n.º 2 da CDC (que diz respeito ao envolvimento de crianças em conflitos armados e fixa a idade mínima para a participação em conflitos em 15 anos) é incompatível com o princípio de que o “interesse superior da criança” deve ser uma consideração primordial (e com o artigo 3.º, n.º 1 da CDC), por permitir a participação de crianças com uma idade tão reduzida em conflitos armados. Neste contexto, a **Alemanha** afirmou mesmo que “não utilizará a possibilidade concedida pela Convenção de fixar a idade limite para participação em conflitos armados em 15 anos”.

O Governo **alemão** declarou ainda que, na sua opinião, o artigo 18.º, n.º 1 da Convenção (o qual reconhece a responsabilidade de ambos os pais na educação e desenvolvimento da criança) não implica que a guarda de crianças se aplique a ambos os pais automaticamente e sem ter em conta o interesse superior da criança, por exemplo nos casos em que os pais não estejam casados, estejam





a viver separados com carácter permanente ou estejam divorciados. De acordo com a declaração da Alemanha, “essa interpretação seria incompatível com o artigo 3.º, n.º 1 da Convenção, uma vez que a situação deve ser examinada numa base casuística, especialmente nos casos em que os pais não conseguem chegar a um acordo sobre a guarda conjunta.”

O **Luxemburgo** após uma reserva à Convenção, nos termos da qual declarou que a mesma não requer uma modificação do estatuto jurídico das crianças nascidas de pais cujo casamento seja absolutamente proibido, sendo esse estatuto garantido pelo interesse superior da criança, tal como se encontra consagrado no artigo 3.º da Convenção sobre os Direitos da Criança. O **Luxemburgo** refere ainda que, na sua opinião, o artigo 7.º da Convenção não apresenta quaisquer obstáculos ao processo legal no que diz respeito aos nascimentos de crianças de mães anónimas, o qual se encontra em conformidade com o princípio do interesse superior da criança.

Finalmente, o Governo de **Singapura** após igualmente uma reserva à CDC nos termos da qual é referido que a “aplicação judiciosa de castigos corporais no interesse superior da criança” é compatível com o artigo 19.º da CDC, o qual assegura a protecção das crianças contra qualquer tipo de violência, nomeadamente de violência física. A **Alemanha, Bélgica, Finlândia, Holanda e Noruega** objectaram a esta reserva alegando ser a mesma contrária ao objecto e fim do tratado, contrária ao direito internacional e, por essa razão, desprovida de qualquer efeito jurídico.

Em todos estes casos os Estados Partes conjugam o artigo 3.º com outras disposições da Convenção, para determinarem se uma dada conduta é, ou não, conforme ao princípio do interesse superior e para justificar determinadas condutas ou opções legislativas. Iremos ver mais adiante que nalguns destes casos o interesse superior da criança é invocado para legitimar uma violação da CDC.

#### 4. O interesse superior da criança definido pelo Comité dos Direitos da Criança

O Comité tem, no entanto, sublinhado repetidas vezes que a convenção deve ser considerada como um todo e realçado a inter-relação existente entre as suas disposições, em especial entre os artigos que contêm princípios gerais (artigos 2, 3, 6 e 12).

##### *“O interesse superior da criança”*

Assim, os princípios da não-discriminação, dos direitos à vida, à sobrevivência e ao desenvolvimento e do respeito pelas opiniões da criança são relevantes na determinação daquilo



que deve ser considerado o interesse superior da criança numa situação concreta, bem como para determinar o interesse superior das crianças enquanto grupo. É importante sublinhar que a consideração daquilo que deve ser determinado como o interesse superior da criança deve contemplar tanto a situação presente, como perspectivas a médio e longo prazo. Qualquer interpretação do conceito de interesse superior deve ser consistente com o espírito de toda a Convenção – e com especial enfoque na circunstância de que a criança é um indivíduo com pontos de vista e sentimentos próprios e sujeito tanto de direitos civis e políticos como beneficiário de protecção especial. Os Estados não podem interpretar o conceito de interesse superior com um enfoque demasiado forte na diversidade cultural, nem utilizar a sua interpretação de “interesse superior” para negar alguns direitos agora garantidos pela Convenção.

Em todas as situações em que a Convenção não fixa uma norma precisa – e não nos podemos esquecer que a Convenção é fruto de negociações entre quase 200 Estados com tradições jurídicas e culturais muito distintas, centenas de ONG’s e Agências da ONU – o princípio do interesse superior deve ser aplicado conjuntamente com os outros princípios gerais já evocados.

Assim, o princípio do interesse superior da criança não consiste num direito “*stricto sensu*”, mas antes um princípio interpretativo que deve guiar a aplicação de qualquer uma das disposições da Convenção sobre os Direitos da Criança, impõe obrigações imediatas aos Estados, não pode ser considerado de forma isolada (mas antes em conjunto ou articulação com a interpretação de um direito concreto), é um princípio relativo (pode alterar-se no tempo e no espaço) e deve ter em conta os interesses presentes e futuros da criança.

*“Terão primacialmente em conta”*

A expressão indica que o interesse superior da criança (e julgo que o original em língua inglesa é mais claro a este respeito do que a tradução portuguesa) não será sempre o único factor a ser tido em consideração, podendo haver vários interesses de direitos humanos – e mesmo interesses em conflitos. Esses interesses conflitantes podem existir entre diversas crianças, entre diversos grupos de crianças, e entre crianças e adultos. Contudo, o interesse da crianças deve ser sujeito a várias outras considerações. Por exemplo deve ser demonstrado que os interesses da criança foram explorados e tidos primacialmente em consideração . Houve algum debate durante as negociações da Convenção e foram feitas propostas para que o artigo referisse que o interesse superior da criança fosse a consideração primacial. Estas propostas foram rejeitadas. A



ampla formulação utilizada no artigo 3.º, n.º1 da Convenção – nos termos da qual “Todas as decisões relativas a crianças [...] terão primordialmente em conta o interesse superior da criança” – inclui situações em que outros podem ter o direito de ver os seus interesses considerados. (E/CN.4/L.1575, pp. 3-7, Detrick, pp. 132 and 133)

Noutros preceitos da CDC a expressão utilizada é diversa. Por exemplo no artigo 21.º sobre adopção, a Convenção determina que o “superior da criança será a consideração primordial”.

#### *Inadmissibilidade de Derrogações*

O Comité declarou ainda que os princípios gerais da Convenção não são passíveis de qualquer derrogação em situações de estado de sítio ou de emergência, ou mesmo em situação de conflito armado.

#### **4.1. Nas linhas de Orientação Gerais para a elaboração de relatórios periódicos a submeter pelos Estados Partes**

Vamos agora examinar as Linhas Gerais de Orientação relativas à forma e conteúdo dos relatórios periódicos a submeter pelos Estados Partes<sup>9</sup> (as quais devem guiar os Estados Partes na Convenção na elaboração dos relatórios nacionais sobre a aplicação da CDC), da autoria do Comité dos Direitos da Criança. Este documento, elenca o conjunto de informações que, no entender daquele órgão das Nações Unidas, os Estados Partes na CDC devem incluir nos seus relatórios periódicos. Trata-se pois de uma interpretação autorizada daqueles que devem ser as principais medidas a adoptar por um Estado para realizar neste caso o princípio do interesse superior da criança. Assim, o Comité menciona que os relatórios que os Estados Partes submetam àquele órgão das Nações Unidas

*“devem indicar se o princípio do interesse superior da criança e a necessidade de este constituir uma consideração primacial em todas as acções relativas às crianças está consagrado na Constituição, na legislação e regras nacionais.”*

<sup>9</sup> Linhas Gerais de Orientação relativas à forma e conteúdo dos relatórios periódicos a submeter pelos Estados nos termos do artigo 44.º, n.º 1, alínea b) da Convenção (Adoptadas pelo Comité dos Direitos da Criança na sua 343ª assembleia (décima terceira sessão), em 11 de Outubro de 1996), in: <http://www.gddc.pt/direitoshumanos/onu-proteccao-dh/orgaos-onu-comite-dc-general-guidelines.html>.



Os Estados Partes da Convenção são igualmente chamados a prestar atenção quanto à forma como o interesse superior tem sido consagrado nas

*“(a)fectações orçamentais, designadamente, a nível nacional, regional e local e, se for caso disso, a nível federal e provincial e nos Ministérios; Políticas de planeamento e desenvolvimento, nomeadamente, habitação, transporte e políticas ambientais; Adopção; Imigração, pedidos de asilo e processos relativos a refugiados; Administração da justiça infantil; Colocação e cuidado de crianças em instituições; Segurança social<sup>10</sup>.”*

Por fim, o Comité solicita igualmente aos Estados Partes que indiquem de que modo o princípio do interesse superior da criança é incluído na formação dos profissionais que lidam com os direitos da criança.

Através das suas Linhas de Orientação, o Comité mostra claramente a amplitude do princípio do interesse superior, o qual deve estar consagrado como princípio orientador na legislação nacional dos Estados Partes e ainda na elaboração de orçamentos (nacionais, regionais ou locais), na elaboração de políticas de habitação, transporte e políticas ambientais, nos casos de adopção, de imigração e pedido de asilo, entre outros.

#### 5. O princípio do interesse superior da criança nos relatórios periódicos dos Estados Partes na Convenção e na jurisprudência do comité dos Direitos da Criança

De seguida vamos examinar a forma como os Estados Partes na Convenção têm dado seguimento ao articulado da Convenção e às Linhas de Orientação Gerais do Comité.

Com efeito, a Convenção sobre os Direitos da Criança prevê, no seu artigo 43.º, a criação de um Comité, também ele dos Direitos da Criança, que tem por funções examinar os relatórios periódicos que os Estados Partes na Convenção lhe submetem, formular comentários gerais sobre os diversos preceitos da Convenção, organizar debates temáticos sobre artigos específicos da Convenção ou assuntos com ela conexos, solicitar ao Secretário-Geral das Nações Unidas a elaboração de

---

<sup>10</sup> Idem.



estudos sobre matérias específicas relativas aos direitos da criança e adoptar recomendações de ordem geral relativas a matérias contempladas na Convenção.

Os Estados Partes na Convenção devem assim apresentar periodicamente ao Comité relatórios sobre as medidas adoptadas a nível nacional para dar aplicação aos direitos reconhecidos pela Convenção e sobre os progressos realizados no gozo desses direitos. Esses relatórios devem ser submetidos ao Comité nos dois anos subsequentes à data de entrada em vigor da CDC para os Estados Partes (relatórios iniciais) e, de seguida, de cinco em cinco anos (relatórios periódicos).

Os relatórios devem indicar os factores e dificuldades que impeçam o cumprimento pelos Estados Partes, das obrigações decorrentes da Convenção e devem conter informações suficientes para dar ao Comité uma ideia precisa da aplicação da Convenção no referido país.

De seguida os relatórios são examinados pelo Comité durante os chamados “grupos de trabalho pré-sessão”, nos quais o Comité procede a uma análise preliminar dos relatórios dos Estados Partes e à identificação das principais matérias que necessitam ser discutidas com os representantes governamentais. De seguida, os Governos são convidados a discutir os respectivos relatórios perante o Comité numa sessão pública que se realiza em Genebra e a qual tem a duração de um dia.

No final do exame do relatório, o Comité apresenta as suas observações finais, as quais constituem uma espécie de veredicto deste organismo sobre o desempenho do Estado Parte em causa e correspondem à sua apreciação do relatório, bem como da discussão tida com os representantes da delegação nacional. Nas observações finais são realçados os aspectos positivos, os factores e dificuldades que impedem a aplicação da Convenção e os principais motivos de preocupação do Comité, bem como um conjunto de sugestões e recomendações dirigidas ao Estado Parte, com vista a promover uma melhor aplicação da Convenção a nível nacional.

As observações finais devem inspirar e mesmo guiar o Estado Parte na adopção de medidas relativas à infância nos anos que se seguem, devendo no próximo relatório apresentado ao Comité ser dada conta das mesmas.

Neste contexto, vamos de seguida verificar a forma como os Estados Partes na Convenção deram conta das medidas adoptadas a nível nacional com vista a assegurarem a realização do



princípio do interesse superior da criança, através do exame dos relatórios que os mesmos submeteram à apreciação do Comité.

Posteriormente indagaremos sobre a forma como o órgão encarregue de zelar pela observância e plena aplicação da CDC a nível nacional interpreta o princípio do interesse superior da criança e quais são as recomendações que, neste âmbito, tem dirigido aos Estados Partes.

Em ambos os casos, isto é tanto no exame dos relatórios nacionais como das observações finais, limitaremos a nossa pesquisa, cingindo-nos por isso às Observações Finais que o Comité dirigiu a países da União Europeia, uma vez que as problemáticas abordadas são frequentemente semelhantes revestindo-se por isso de maior interesse para o nosso país.

### **5.1. Como é que o interesse superior da criança se reflecte na adopção de legislação e outras medidas destinadas a aplicar a Convenção sobre os Direitos da Criança a nível nacional?**

Nos seus relatórios periódicos apresentados ao Comité dos Direitos da Criança os Estados Partes explicam ou justificam a adopção de determinadas leis ou políticas a nível nacional, precisamente como forma de assegurarem a realização do princípio do interesse superior da criança no país.

Assim, o **Reino Unido** na parte do seu relatório inicial<sup>11</sup> relativa às medidas adoptadas com vista a realizar o princípio do interesse superior da criança explica que as autoridades locais têm, desde 1986, tido a possibilidade de verificar junto da polícia o passado criminoso de pessoas que pretendam empregar em trabalhos com crianças. Esta possibilidade foi estendida em 1988 ao pessoal que trabalha com crianças no sistema nacional de saúde.

A **Irlanda**, no relatório inicial apresentado ao Comité<sup>12</sup>, explica que o interesse superior da criança constitui o princípio orientador em todos os assuntos que afectam o “bem-estar” da criança e, designadamente, a prestação de serviços de acolhimento de crianças naquele país. Assim, a secção 3 da Lei de Protecção da Criança de 1991, impõe um dever aos Conselhos de Saúde de promoverem o bem-estar das crianças que não recebem cuidados e protecção adequadas em suas

---

<sup>11</sup> Initial reports of States parties due in 1994: United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland. 28/03/94. CRC/C/11/Add.1. (State Party Report).

<sup>12</sup> Initial reports of States parties due in 1994 : Ireland. 17/06/96. CRC/C/11/Add.12. (State Party Report).



casas. Nos termos desta disposição, o Conselho de Saúde deve ter em conta o bem-estar da criança como a primeira e mais importante consideração.

A **Áustria**, no relatório inicial que apresentou ao Comité<sup>13</sup>, explicou que para certos crimes a ideia de interesse superior da criança pode significar a garantia de imunidade ao autor do mesmo. Por exemplo, nos casos de prática de abortos por raparigas menores de idade, a lei parte do princípio que as mesmas não estão ainda psicologicamente prontas para a maternidade, o que poderá acarretar graves consequências não só para a mãe como também para a futura criança. Desta forma a lei despenaliza a prática de aborto sempre que esteja em causa uma futura mãe com uma idade inferior a 14 anos.

No seu relatório inicial, a **Grécia**<sup>14</sup> explica que o artigo 1534 do seu Código Civil estipula que, no caso de haver uma necessidade urgente de intervenção médica destinada a evitar um perigo para a vida ou saúde de uma criança, e no caso de se verificar uma recusa injustificada por parte dos pais da criança para a realização dessa intervenção, o Ministério Público deverá conceder a autorização necessária ao médico responsável pelo tratamento da criança, em nome do interesse superior da criança. O Governo grego afirma ser dever especial do médico proteger a saúde da criança. A jurisprudência grega tem apoiado esta abordagem, a qual tem repetidas vezes afirmado que a recusa da realização de uma operação necessária para salvar a vida de uma criança ou preservar a sua saúde por parte dos pais é abusiva.

O relatório inicial da **Suécia**<sup>15</sup> menciona que o princípio do interesse superior da criança se aplica a todo o planeamento social. Este princípio influencia a definição de currícula, planos municipais de educação, projectos urbanísticos e de transportes, etc. Entre outras coisas o escritório do *Ombudsman* da Criança tem estado envolvido na supervisão do planeamento de locais destinados a crianças. As comissões governamentais que actuam em áreas relacionadas com as crianças e jovens tomam como ponto de partida para as suas deliberações a CDC e o interesse superior da criança.

---

<sup>13</sup> Initial reports of States parties due in 1994 : Austria. 26/06/97. CRC/C/11/Add.14. (State Party Report).

<sup>14</sup> Initial reports of States parties due in 1995: Greece.

<sup>15</sup> Second periodic reports of States parties due in 1997: Sweden. 11/02/98. CRC/C/65/Add.3. (State Party Report).



O princípio do interesse superior encontra-se igualmente expresso no contexto da adopção, uma vez que um tribunal só poderá dar autorização à realização de uma adopção se a mesma constituir uma vantagem para a criança. Este mesmo princípio é aplicado às questões da mudança de nomes, uma vez que para que a criança possa mudar de apelido, é por vezes necessário que um tribunal determine que esta alteração se encontra em conformidade com o princípio do interesse superior da criança.

O segundo relatório da **Finlândia**<sup>16</sup>, menciona que o Ministério da Justiça organizou entre 1997 e 1998 seminários sobre o interesse superior da criança destinados a pessoas que participam na consideração de casos relacionados com crianças perante tribunais administrativos. A experiência destas sessões de formação foi muito positiva e o objectivo do Governo consiste em proporcionar formação sobre o interesse superior da criança a todos os funcionários que lidem com o bem-estar da criança em tribunais administrativos.

O segundo relatório da **Suécia**<sup>17</sup> refere que o Código da Família proíbe expressamente desde 1979 que as crianças sejam sujeitas a castigos corporais ou a outros tratamentos degradantes.

Finalmente, **Portugal** menciona no seu segundo relatório de aplicação da CDC<sup>18</sup> que o conceito do interesse superior da criança deve estar na base do instituto da adopção, a qual permite a constituição ou reconstituição de vínculos em tudo semelhantes aos que resultam da filiação biológica.

Na discussão do mesmo 2.º relatório de **Portugal** perante o Comité dos Direitos da Criança, a qual se realizou no passado dia 1 de Outubro de 2001, a delegação nacional explicou que o Plano Nacional contra a violência doméstica adoptado pela resolução do Conselho de Ministros n.º 55/99 invoca precisamente o interesse superior da criança, uma vez que a CDC refere a necessidade de protecção e assistência especiais do Estado quando as crianças são privadas do seu ambiente familiar.

---

<sup>16</sup> Second periodic reports of States parties due in 1998: Finland. 18/11/98. CRC/C/70/Add.3. (State Party Report).

<sup>17</sup> Second periodic reports of States parties due in 1997 : Sweden. 11/02/98. CRC/C/65/Add.3. (State Party Report).

<sup>18</sup> Periodic reports due in 1997: Portugal. 26/02/2001. CRC/C/65/Add.11 (State Party report).





Por sua vez, a Lei de Protecção de Crianças e Jovens em Perigo refere que a intervenção para a promoção dos direitos e promoção da criança e do jovem em perigo obedece, entre outros, ao princípio do interesse superior da criança, sem prejuízo da consideração que for devida a outros interesses legítimos no âmbito da pluralidade de interesses presentes no caso concreto.

## 5.2. Como é que o Comité dos Direitos da Criança reflecte o interesse superior da criança nas suas Observações Finais?

Como já vimos, nas suas Observações Finais o Comité dos Direitos da Criança refere quais os aspectos do relatório e discussão oral com o Estado Parte que são considerados positivos ou negativos e elabora um leque de sugestões de medidas que os Estados Partes devem adoptar com vista a garantir uma melhor aplicação da CDC a nível nacional. A análise das mesmas, permite-nos perceber a forma como o Comité interpreta o princípio do interesse superior em casos concretos.

Assim, por exemplo aquando do exame do segundo relatório da **Finlândia**, o Comité referiu que,

*“Apesar de tomar nota dos esforços significativos do Estado Parte com vista a respeitar o princípio do interesse superior da criança, [se encontra] preocupado pelo facto de, em particular, as autoridades municipais não [terem] sempre este princípio plenamente em linha de conta e por o interesse superior das crianças não-acompanhadas requerentes de asilo e refugiadas não constituir sempre uma consideração primordial<sup>19</sup>.”*

Neste contexto o Comité recomendou que o Estado Parte considerasse todas as implicações do princípio do interesse superior da criança no âmbito das questões acima mencionadas e que fossem desenvolvidos esforços adicionais para assegurar que este princípio constitui uma consideração primordial em todas as decisões que afectam as crianças<sup>20</sup>.

Nas suas observações finais dirigidas à **Suécia** aquando do exame do primeiro relatório apresentado por aquele país, o Comité lembrou ao Estado Parte a importância de assegurar que as crianças detidas fossem separadas dos adultos, tendo em conta o interesse superior da criança<sup>21</sup>.

<sup>19</sup> Concluding Observations of the Committee on the Rights of the Child, Finland, 16/19/2000, CRC/C/15/Add. 132, §25.

<sup>20</sup> Idem, § 26.

<sup>21</sup> Concluding Observations of the Committee on the Rights of the Child, Sweden, 18/02/93, CRC/C/15/Add. 12, §12.



Nas observações finais que o Comité dirigiu à **Áustria**, o Comité exprimiu sérias preocupações relativamente à legislação que permite a detenção de crianças requerentes de asilo que aguardam deportação. Assim, o Comité

*“instou o Estado Parte a reconsiderar a prática de detenção de crianças requerentes de asilo e a tratar essas crianças de acordo com o interesse superior da criança e à luz das disposições dos artigos 20.º e 22.º da Convenção<sup>22</sup>.”*

Ainda em relação ao relatório inicial da **Áustria**, o Comité lamentou o facto de a “esterilização de crianças com deficiência mental ser legal, mesmo quando não exista consentimento parental. O Comité recomendou que a legislação fosse revista, por forma a exigir a intervenção dos tribunais em todos os casos de esterilização de crianças com deficiência, e que fossem assegurados serviços de aconselhamento destinados a assegurar que aquela intervenção é feita no respeito pelo princípio do interesse superior da criança<sup>23</sup>”

O Comité exprimiu também a sua preocupação pelo facto de os direitos consagrados no artigo 7.º, n.º1 da Convenção especialmente o direito da criança conhecer os seus pais, não ser respeitado no **Luxemburgo** em relação às crianças nascidas de mães «desconhecidas». Com efeito, a legislação luxemburguesa não concede às crianças o direito de descobrir a identidade dos seus pais, tendo esta disposição por objectivo proteger as futuras mães que se encontram em situações difíceis e encorajá-las a darem à luz o seu filho, por forma a evitar o recurso a abortos. Desta forma o Comité recomendou ao Estado Parte que

*“adoptasse todas as medidas apropriadas para assegurar que as regras constantes do artigo 7.º, especialmente o direito da criança conhecer os seus pais, seja plenamente aplicado à luz dos princípios da “não discriminação” e do “interesse superior da criança<sup>24</sup>”.”*

O Comité recomendou ainda ao Governo **italiano** que modificasse a legislação em vigor com vista a assegurar plenamente o tratamento igual das crianças nascidas fora do casamento, em conformidade com o princípio do interesse superior da criança<sup>25</sup>.

<sup>22</sup> Concluding Observations of the Committee on the Rights of the Child, Austria, 07/05/99, CRC/C/15/Add. 98, §27.

<sup>23</sup> Idem, para. 17.

<sup>24</sup> Concluding Observations of the Committee on the Rights of the Child, Luxemburg, 24/06/98, CRC/C/15/Add. 92, §29.



O Comité mostrou-se preocupado pelo facto de, na **Bélgica**, as crianças pertencentes a grupos mais desfavorecidos da população terem maiores probabilidades de serem colocadas em instituições de acolhimento. Assim,

*“Neste contexto o Comité relembra(ou) a importância da família na educação da criança e sublinha(ou) o seu ponto de vista de que a separação de uma criança da sua família deve ter como consideração primordial o interesse superior da criança<sup>26</sup>.”*

O Comité recomendou que, em nome do princípio do interesse superior da criança, o **Reino Unido** proibisse os castigos corporais a crianças no seio da família, à luz das disposições dos artigos 3.º [sobre o interesse superior da criança] e 19.º [sobre violência contra as crianças] da Convenção.

Assim, e

*“à luz do interesse superior da criança, o Comité sugere que o Estado Parte considere a possibilidade de desenvolver campanhas educativas adicionais. Tais medidas ajudariam a modificar as atitudes da sociedade quanto ao uso de castigos corporais no seio da família e promoveria a aceitação de uma proibição legal de castigos corporais contra crianças<sup>27</sup>.”*

Finalmente, o Comité sugeriu a vários Estados, nomeadamente à Itália, Alemanha, Luxemburgo, Reino Unido e Irlanda que reflectissem plenamente na legislação nacional os princípios da Convenção, nomeadamente o do interesse superior da criança.

Após a apresentação do Relatório Inicial pela **Bulgária** o Comité mostrou-se preocupado com a “insuficiente consideração do princípio do interesse superior da criança quando estão em causa situações de detenção, institucionalização e abandono de crianças, bem como em relação ao direito da criança testemunhar em tribunal<sup>28</sup>”.

No caso de **Portugal**, e após o exame do nosso segundo relatório periódico de aplicação da CDC, o Comité mostrou-se preocupado pelo facto de se recorrer com demasiada frequência à

---

<sup>25</sup> Concluding Observations of the Committee on the Rights of the Child, Italy, 27/11/95, CRC/C/15/Add. 41, §16.

<sup>26</sup> Concluding Observations of the Committee on the Rights of the Child, Belgium, 20/06/95, CRC/C/15/Add. 38, §10.

<sup>27</sup> Concluding Observations of the Committee on the Rights of the Child, United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland, 15/02/95, CRC/C/15/Add. 34, § 31.

<sup>28</sup> Initial reports of States parties: Bulgaria, Concluding Observations by the CRC, Add.66, para. 12.



institucionalização de crianças, bem como pelo facto de a revisão periódica da institucionalização de crianças ser inadequada. Assim, o Comité recomendou que Portugal “reforçasse a revisão periódica da institucionalização de crianças, por forma a que a mesma passe a ser realizada de forma regular e periódica e tenha em consideração os pontos de vista e o interesse superior da criança<sup>29</sup>.”

## 6. O princípio do interesse superior da criança na jurisprudência do TEDH

Apesar de a Convenção Europeia de Direitos Humanos não conter qualquer disposição que refira explicitamente o interesse superior da criança, a verdade é que a jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem se refere ao mesmo frequentemente quando estão em causa situações relativas a crianças. Assim, referindo de passagem dois casos mais recentes, no Caso Neulinger e Shuruk contra a Suíça (de 2010) o Tribunal decidiu que, por forma a respeitar o interesse superior da criança, o filho da Senhora Neulinger deveria ficar com a mãe na Suíça e não regressar a Israel onde vivia o pai – por um lado devido aos comportamentos desviantes do pai, mas também porque o regresso a Israel implicaria um corte da criança com os seus familiares, escola, amigos na Suíça – o que violaria o princípio do interesse superior da criança.

No caso Gas y Dubois contra a França (de 2012), um casal de lésbicas em que uma das parceiras (Nathalie Dubois) deu à luz uma criança e em que a outra parceira (Valérie Gas) a queria adoptar, o tribunal determinou que a adopção da criança pela Senhora Gas implicaria a perda do poder parental pela Senhora Dubois, uma vez que as duas não estão casadas – o que certamente iria contra o princípio do interesse superior da criança.

## 7. O princípio do interesse superior da criança na legislação e práticas nacionais

### 7.1. Tentativas de objectivação da noção de interesse superior da criança

A nível nacional há várias tentativas de completar ou “objectivar” a noção de interesse superior da criança.

Por exemplo no **Canadá** o projecto de revisão do “*Divorce Act*”, exige que o interesse da criança seja apreciado à luz dos seguintes elementos:

---

<sup>29</sup> Concluding Observations of the Committee on the Rights of the Child : Portugal. 06/11/2001. CRC/C/15/Add.162. (Concluding Observations/Comments), § 33.



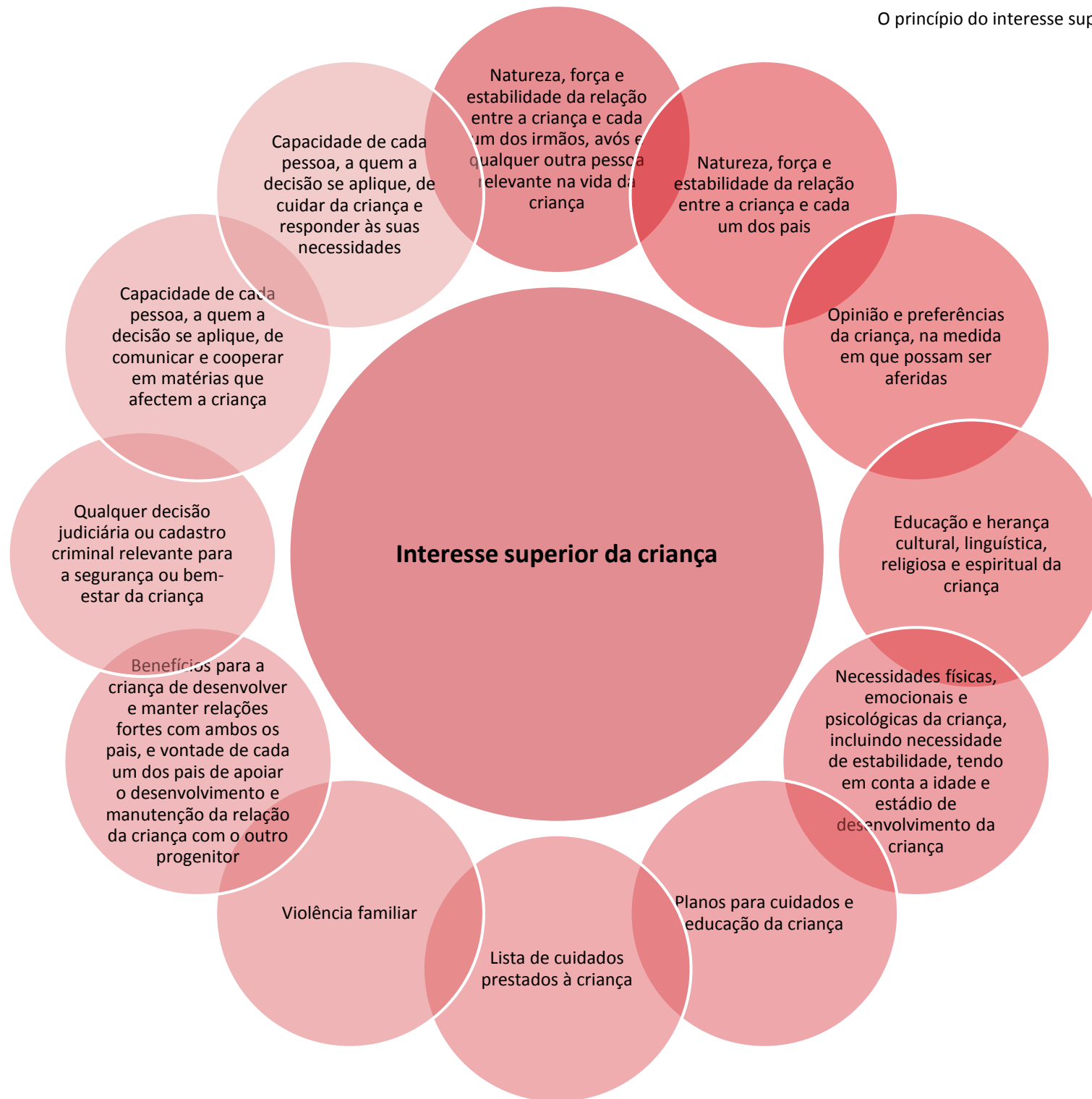
- a) natureza, estabilidade e intensidade da relação entre a criança e cada uma das pessoas envolvidas no processo;
- b) natureza, estabilidade e intensidade da relação entre a criança e outros membros da família onde a criança mora ou que estejam implicados na prestação de cuidados e educação à mesma;
- c) passatempos da criança;
- d) capacidade de cada pessoa proporcionar um quadro de vida, educação e todos os cuidados à criança;
- e) laços culturais e religiosos da criança;
- f) importância e vantagens de uma autoridade parental conjunta, assegurando a implicação activa dos dois pais após a separação;
- g) importância das relações da criança com os avós ou outros membros da família;
- h) as propostas dos pais;
- i) capacidade da criança se adaptar aos pontos de vista dos pais;
- j) capacidade dos pais facilitarem e assegurarem a manutenção de uma relação com outros membros da família;
- k) antecedentes que evidenciem violência contra a criança cometida por qualquer um dos pais;
- l) exclusão de preferências relativas ao sexo por parte de um dos pais;
- m) vontade manifestada por cada um dos pais de participar em sessões educativas;
- n) qualquer outro factor que possa influenciar a tomada de decisão.

Trata-se de uma longa lista – que não está completa, é certo – mas que tem o mérito de permitir uma abordagem mais concreta e de proporcionar um método de trabalho que permita melhor apreender o interesse da criança no caso concreto.

No Reino Unido, o “Children Act” de 1984 determina que o juiz tenha designadamente em conta na determinação do interesse superior da criança,

- a opinião da criança;
- as suas necessidades físicas, afectivas e educativas;
- efeitos que uma mudança produzirão sobre a criança
- idade, sexo e personalidade da criança;
- danos que a criança já tenha sofrido e possibilidade de cada um dos pais responderem de forma adequada às suas necessidades.





Estes exemplos que dei constituem tentativas de objectivar a noção de interesse superior da criança, de lhe definir os contornos e de eliminar os riscos de derrapagem ou de apreciação errónea. Apesar de ser verdade que estes esforços são imperfeitos, a verdade é que colocam balizas num caminho especialmente delicado. Estas balizas parecem-me ainda mais importantes nos casos em que as decisões não são tomadas por magistrados, mas antes por outros profissionais que não têm forçosamente a mesma preparação e conhecimentos em matéria de direitos da criança.

### III. Conclusão

Os governos – ou os adultos – invocam por vezes o interesse superior da criança para justificar medidas que, na realidade são violadoras dos seus direitos. Há que defender, por exemplo, os castigos corporais, invocando que os mesmos permitem ensinar às crianças quais os limites que não devem ser ultrapassados e que os mesmos lhes são infringidos para seu bem. Outros impediram crianças adoptadas de conhecerem a sua família biológica, no seu “próprio interesse”.

Outros retiraram crianças indígenas (por exemplo os aborígenes na Austrália) às suas famílias e colocaram-nos em instituições ou junto de famílias bancas, com o intuito de as civilizar – novamente em nome do seu interesse superior. Outros ainda sujeitam as crianças ao trabalho infantil.

É por isso indispensável não aplicar o princípio do interesse superior da criança no vazio. Este deve ser antes e sempre articulado com os diferentes direitos consagrados na mesma. E a aplicação do princípio do interesse superior da criança nunca poderá ser invocado ou aplicado para justificar ou conduzir à violação de um dos direitos da CDC. São as normas substantivas da CDC que dão orientações claras e fixam limites precisos quanto à forma como as crianças devem, ou não, ser tratadas.

O conjunto das normas da Convenção – apesar de necessariamente incompletas e genéricas – constituem uma boa base para determinar aquilo que é o interesse superior da criança. Por exemplo, e para retomar alguns exemplos que referi acima, é no interesse superior da criança receber uma educação (art. 28), ter relações familiares (art. 8), conhecer os seus pais e ser por eles educado (art. 7) e ainda ser ouvido em todas as questões que lhe digam respeito (art. 12). Por outro lado a Convenção enuncia as acções que não estão em consonância com o princípio do



interesse superior da criança, tais como a exposição da criança a diferentes as formas de violência (art. 19), a separação indevida dos seus pais (art. 9), ser alvo de práticas tradicionais prejudiciais à sua saúde (art. 24), efectuar um trabalho que o prejudique (art. 32) e ser vítima de qualquer tipo de exploração ou abuso (art. 33 a 36).

Como podemos constatar, e aliás como já tivemos oportunidade de mencionar, o âmbito deste preceito é muitíssimo vasto, uma vez que se aplica não só às acções da autoria do Estado, como também a organismos privados, abarcando todas as acções que afectem as crianças e devendo ser encarado como um guia simultaneamente na interpretação e na implementação da Convenção. Contudo este princípio reveste-se de utilidade,

1. Uma vez que traz **clareza e profundidade** aos outros artigos de natureza substantiva da Convenção, esclarecendo problemas ou situações que não são especificamente resolvidos ou previstos pela Convenção.

Por exemplo, o artigo 40.º, n.º 3 da Convenção exige que os Estados Partes estabeleçam uma idade mínima abaixo da qual se presume que as crianças não têm capacidade para infringir a lei penal. Quando for tomada essa decisão, a idade mínima deve ser fixada com vista a satisfazer o princípio do interesse superior da criança.

O mesmo sucede com o Protocolo Facultativo à Convenção sobre os Direitos da Criança relativo ao Envolvimento de Crianças em Conflitos Armados, o qual se limita a pedir aos Estados Partes que aumentem a idade mínima para o recrutamento voluntário de crianças. Infelizmente não foi possível chegar-se a um acordo sobre qual deveria ser essa idade mínima. Contudo, como já tivemos oportunidade de mencionar, o preâmbulo do Protocolo faz uma ligação entre a elevação da idade mínima para o recrutamento e a obrigação de os Estados respeitarem o princípio segundo o qual em todas as decisões relativas a crianças se terá primordialmente em conta o seu interesse superior.

2. Enquanto **guia na interpretação** da Convenção, por exemplo quando houver uma aparente contradição entre diferentes preceitos. Por exemplo, quando o direito de as crianças terem acesso a ambos os pais entra em rota de colisão com a protecção da criança contra os maus-tratos. Nestas situações é o interesse superior que vai determinar qual a acção a tomar.
3. Por servir de **ferramenta para o processo de avaliação de legislação** e outras medidas que





tenham alguma influência sobre a criança. Como refere Thomas HAMMERBERG<sup>1</sup>, antigo membro do Comité dos Direitos da Criança, o interesse superior deve influenciar não só decisões concretas relativas a crianças específicas, mas também o processo legislativo, as decisões administrativas e todas as outras acções que afectam as crianças.

4. Finalmente, o princípio do interesse superior não pode ser dissociado de outro princípio fundamental da Convenção, a saber o do **respeito pelas opiniões da criança** (artigo 12.º da CDC). Assim, para podermos determinar qual o interesse superior da criança numa situação determinada é indispensável escutar a opinião da própria criança de acordo com a sua idade e maturidade.

Após ter sido determinado o interesse superior da criança há, em segundo lugar, que solucionar possíveis conflitos de interesses entre

1. o “interesse superior” de uma criança ou das crianças enquanto grupo e os interesses de outras crianças,
  2. o “interesse superior da criança” e o interesse dos pais ou
  3. o “interesse superior da criança” e os interesses da sociedade no seu conjunto.
- 
1. Quando os interesses de uma criança colidem com os interesses de outras crianças: num artigo sobre a aplicação do interesse superior da criança na área da educação do Egipto, Adel AZER<sup>2</sup> explica que o governo egípcio não dispunha de um número suficiente de escolas para assegurar que os mais de 10 milhões de crianças tinham acesso à educação básica durante o dia inteiro. Por outro lado o governo também não dispunha de recursos para construir mais escolas. Assim, colocou-se o dilema de saber se seria melhor educar metade, ou ainda menos, das crianças que têm direito à educação básica ou se seria preferível adoptar um sistema de dois turnos, o qual reduziria por um lado o número de horas que os alunos permaneceriam nas escolas, mas que por outro lado permitiria que o dobro das crianças pudesse beneficiar de uma educação básica. A escolha que foi feita pelo governo egípcio – que teve em linha de

---

<sup>1</sup> Thomas Hammerberg, “Best Interest of the Child – the Principle and the Process”, in: Children’s Rights. Turning Principles into Practice, Save the Children Sweden, UNICEF (Regional Office for South Asia), 2000.

<sup>2</sup> Adel AZER, “Modalities of the best interests principles in education”, in: Philip Alston (Ed.), The Best Interests of the Child. Reconciling Culture and Human Rights, UNICEF, Clarendon Paperbacks, 1994.



- conta o direito de todas as crianças a uma educação básica – foi no sentido de educar um maior número de crianças.
2. Quando os interesses da criança colidem com os interesses dos pais: em primeiro lugar é importante referir que a própria filosofia subjacente à CDC – que se coloca do lado da criança por exemplo em casos de abusos ou negligência por parte dos pais – afasta afirmações que defendem que “o que é bom para a família é necessariamente bom para a criança” e que “só os pais sabem aquilo que é bom para a criança”. Assim, a Convenção reconhece por um lado que “a responsabilidade de educar a criança e de assegurar o seu desenvolvimento cabe primacialmente aos pais” (vide artigo 18.º, n.º 1 da CDC), mas por outro determina que, nos casos em que os pais maltratam ou negligenciam a criança, esta pode ser “separada dos seus pais contra a vontade destes” (vide artigo 9.º, n.º 1 da CDC).
  3. Quando os interesses da criança colidem com os interesses da sociedade: tal pode acontecer nomeadamente quando os custos para a satisfação do interesse superior da criança forem muito elevados, prejudicando desta forma os interesses da sociedade.

Neste contexto o artigo 4.º da CDC determina que

*“Os Estados comprometem-se a tomar todas as medidas (...) necessárias à realização dos direitos reconhecidos pela presente Convenção. No caso de direitos económicos, sociais e culturais, tomam essas medidas no limite máximo dos seus recursos disponíveis e, se necessário, no quadro da cooperação internacional.”*

Nestas situações há então que determinar em que consiste o “limite máximo dos recursos disponíveis”.

As respostas a estes dilemas não são evidentes. Mas o que nos parece ser importante acima de tudo é o procedimento adoptado, isto é, que, em todas as decisões que o Estado ou outras entidades tenham de tomar (e, de preferência, antes de serem tomadas essas decisões) o interesse superior da criança seja uma consideração sempre presente e que seja elaborado um estudo de análise do impacto da medida em relação às crianças (para a elaboração do qual as crianças devem ser ouvidas).

Como tão acertadamente referiu Guy Blodel (um antigo juiz belga num Tribunal de Família) “A lei é uma ferramenta. O que conta é o artesão e, se possível, o artista. Com excelentes leis, um juiz pode causar catástrofes. E, com leis medíocres, se o juiz tiver ouvidos, um pouco de coração e uma certa imaginação, pode salvaguardar o essencial. E o essencial, no caso concreto, é o



interesse superior da criança”.

Muito obrigada pela atenção



# A adopção e o direito da criança a uma família

---

Comunicação apresentada na ação de formação “Curso de Especialização Temas de Direito da Família e das Crianças”, no dia 04 de maio de 2012, em Aveiro.

**[Rosa Barroso]**



C E N T R O  
DE ESTUDOS  
JUDICIÁRIOS

Cumpr-me agradecer o honroso convite para participar neste encontro, tratando de um tema que sempre me tem interessado.

Limitar-me-ei a partilhar convosco algumas ideias e não mais do que isso, esperando que daqui possa resultar a possibilidade de alguma discussão e com isso possamos continuar a estudar a criança e a adopção.

### 1. O caminho para a adopção

Atrevo-me a iniciar as minhas considerações começando por aceitar que, quer a evolução legislativa, quer a prática dos tribunais estão a percorrer um caminho na procura da melhor solução para o regime da adopção, tentando o melhor para cada criança que se vê colocada na eminência de vir a ser adoptada.

A adopção é não mais do que a concretização do direito da criança a uma família alternativa aquela em que nasceu.

Existe actualmente consenso, no sentido de que a família é o espaço ideal do desenvolvimento de cada pessoa, o espaço de segurança e deve ser do bem-estar de cada um, em especial, da criança.

Saber o que é a família no início do século XXI não é tarefa fácil, sendo certo que não é, seguramente, a mesma que existia há décadas atrás.

O nosso ordenamento jurídico privilegia a estrutura familiar como lugar por excelência de bem-estar do indivíduo e como forma de realização da pessoa, em especial, de desenvolvimento para as crianças.

Existe um padrão de família normal?

É constituída pelos cônjuges, o marido e a mulher, os filhos, os avós, os tios e os primos?

É só a mãe e os filhos depois de uma separação ou de um divórcio? São as famílias recompostas com novos casamentos, novas uniões de facto, novos filhos e os filhos do outro? São os casais homossexuais (casados ou não), e os filhos de um e do outro, mais os filhos que ambos querem adoptar? São casais que numa azáfama sem fim delegam a educação dos filhos em terceiras pessoas, estas verdadeiras figuras de referência para as crianças?

É provavelmente tudo isto, além de outras formas.

Já em 1994, Ano da Família, as Nações Unidas entendiam por família: duas ou mais pessoas que partilham recursos e responsabilidades por decisões compartilham valores e finalidades e têm um compromisso umas com as outras de um tipo duradouro, independentemente



de laços de sangue, adoção ou casamento (definição considerada actualmente não satisfatória).

Evoluímos no sentido da família ser cada vez mais fruto do querer dos seus membros e não de imposições sociais ou mesmo legais.

O casamento na sua realização e na sua duração é cada vez mais entendido e sentido como um estado de realização pessoal e não como em tempos, como uma forma necessária e imposta em determinados momentos da vida.

De forma querida por ambos os cônjuges o casamento dura o tempo que eles querem, ou um deles quer. O mesmo se passa com as uniões de facto.

Embora cada vez menos, do casamento, da vivência em comum ou de outros encontros nascem crianças, dá-se a substituição de gerações.

E essas as crianças ficam, felizmente.

Há quem diga que as crianças são uma realidade que perturba esta mudança livremente escolhida pelos intervenientes.

Estamos seguramente no século da criança e esta é uma realidade que os ordenamentos jurídicos não podem menosprezar e que o aplicador tem que atender.

Kofi Annan escreveu:

*“Os países somente chegarão mais perto das suas metas de paz e de desenvolvimento se chegarem mais perto da realização dos direitos de todas as crianças”.*

Nalguns países, entre os quais está o nosso, a criança começa a ser um bem supremo, mas escasso.

Temos a obrigação de continuar a promover os seus Direitos para que cresçam de forma responsável e se tornem adultos capazes e, assim, promover também os Direitos das famílias.

São fontes das relações jurídicas familiares o casamento, o parentesco, a afinidade e a adoção (artigo 1576.º do Código Civil).

A adoção, como sabemos, implica um corte total e definitivo com a família biológica.

Os filhos só podem ser separados dos pais contra a vontade destes quando os pais não cumprirem os seus deveres e sempre mediante decisão judicial, conforme o impõe a nossa Constituição.

Por isso, não pode em caso algum, mesmo nas situações de urgência a criança ser retirada aos pais, contra a vontade destes, sem que de imediato um tribunal valide essa retirada.

O Tribunal, o juiz, só pode proceder a esse corte, no caso da adoção plena proferindo uma decisão irreversível, se estiverem verificadas as circunstâncias que a lei determina, ou seja, é necessário que não existam ou estejam seriamente comprometidos os vínculos próprios da filiação.



O que são os vínculos próprios da filiação? Eu tenho muitas dificuldades em enunciá-los e só caso a caso é possível trabalhar e tentar percebê-los.

É difícil saber o que é o perigo grave, o que é manifesto desinteresse pelo filho.

Como é difícil decidir visando realizar o superior interesse da criança, pensando no melhor para a criança, a existir corte com a sua família biológica, esse corte o mesmo deve acontecer o mais cedo possível.

Em Portugal temos muitos casais e pessoas singulares idóneos, seleccionados capazes de adoptar. Temos por outro lado muitas crianças em instituição.

É frequente todos nós ouvirmos tecer considerações a propósito desta situação, ou seja, por um lado crianças sem família que as acolha e trate bem e, por outro lado, famílias que querem crianças para adoptar.

Deste raciocínio resulta uma espera demasiadamente longa da criança e das famílias, ouvimos recorrentemente dizer. Culpados são os processos e quem os tramita.

Acreditamos que assim pode acontecer nalguns casos e o legislador atento a estes factos vem tentado acelerar este processo que se pretende de integração célere da criança em família.

Muitas vezes, no entanto, o tempo de espera é não mais do que o resultado do estudo da relação da criança com a sua família biológica. O aplicador da Lei deve em primeiro lugar tentar a reintegração na família biológica. As situações com que se deparam técnicos e o próprio tribunal são casos difíceis, zonas cinzentas, em que não é óbvio, no imediato, dizer se aquela criança deve ser afastada definitivamente da família biológica.

Sempre que existe prova suficiente da incapacidade da família biológica ficamos com o trabalho facilitado. Na verdade sabemos que uma criança para crescer de forma saudável precisa de uma família.

Família como espaço de afectividade e não apenas como conjunto de pessoas unidas por laços de sangue, no que à família biológica diz respeito.

É certo que a criança deve crescer e ser educada com o coração. Eu acredito nisto.

Aquilo que os juízes precisam é de factos para decidir, ou não, se naquele caso concreto é a adopção a melhor solução para concretizar o Direito da criança. Factos concretos, que podem parecer insignificantes mas que, para a apreciação de relações pessoais podem ser decisivos.

Não devem os técnicos dizer que a mãe é negligente, que os pais são incapazes, mas sim factos que possam criar a forte convicção e em último caso no julgador (certeza não teremos e é preciso aceitar isso) dessa incapacidade. É preciso fundamentar essa convicção nas decisões proferidas.

A adopção tem, entre nós, consagração constitucional (artigo 36.º, n.º 7 da Constituição da





República Portuguesa), estando o Estado obrigado a proporcionar a crianças desprovidas de um ambiente familiar normal – abandonadas, maltratadas ou negligenciadas um espaço familiar alternativo.

Imposição e garantia igualmente consagrada na Convenção sobre os Direitos da Criança, elaborada pelas Nações Unidas, em 1989, e ratificada pelo Estado Português no ano seguinte.

A idade mais conveniente para a adopção é a mais precoce possível, como já referimos.

Nunca esquecer que a criança mesmo aquela que é maltratada gosta dos seus pais e terá tanta maior ligação quanto mais idade tiver. São assim as relações da vida e a gestão dos afectos.

Obviamente que a criança precisa de adoptar os novos pais. Precisa de fazer a separação dos pais biológicos em termos afectivos, os seus termos afectivos e, aí, as instituições podem ter uma função única.

Deve, por isso, existir um grande cuidado na selecção dos pais adoptivos, mas sem exageros.

Sabemos que ninguém é perfeito. Não há pais perfeitos e uma saudável relação com os pais durante o crescimento da criança, passa obrigatoriamente por bons e menos bons momentos. Só nesta relação real podemos encontrar o caminho certo e criar crianças felizes

Aquilo que devemos procurar para uma criança são uns pais no verdadeiro sentido do que é ser pai e ser mãe, com tudo o que isso significa, por falarmos de seres humanos.

Por vezes queremos tanta perfeição, muito superior à de Deus, que acabamos por nos perder.

A adopção tem vindo e continua a fazer parte das nossas preocupações, a nós que a ela estamos ligados de alguma forma, num estudo permanente, num debate contínuo e numa formação permanente, exemplo o estarmos aqui hoje.

Temos de entender a sua plenitude e aceitar que existem casos cuja melhor solução não é a adopção, porque a mesma não é possível, porque já não vamos a tempo, porque a relação estabelecida na vida não se enquadra no direito que temos, porque não é a melhor solução para aquela criança em concreto.

Noutros casos e, são muitos, temos que aproveitar o trabalho efectuado por todos os que lidam com a criança e com a família. Não repetir diligências, não repetir tempo, não demorar porque o tempo é o maior inimigo de uma relação de afecto estável que se pretende.

Não temer decidir e não temer errar.

Não criar, ou permitir que se criem vínculos afectivos da criança com adultos que depois se destroem e assim sucessivamente. Sabemos como é fácil isso acontecer (basta ver os nossos processos).



Vem sendo procurado o melhor regime de encaminhamento para a adopção, nos casos em que a família biológica não pode criar a criança.

A protecção da infância não se pode centralizar apenas na ideia da recuperação da família biológica.

O perigo é o factor que legitima a intervenção na família a bem da criança. No conflito entre o interesse da criança e a intervenção mínima junto da família é a salvaguarda dos direitos da criança que prevalece, com todo o respeito que nos deve merecer a família biológica. Esta muitas vezes ela própria vítima de enorme desprotecção.

É imperioso que a sociedade não abandone o seu dever fundamental de respeitar e promover a família.

Daí que as medidas tomadas não são contra os pais mas a favor das crianças.

Existe a obrigação de definir em tempo útil um projecto que assegure um desenvolvimento integral e harmonioso dessa criança. Útil para não acrescer em danos.

É que a criança tem direito a crescer numa família. O princípio da prevalência da família vem sendo reafirmado em textos, quer nacionais quer internacionais.

O princípio da prevalência da família significa: que o menor tem o direito a desenvolver-se no seio duma família (enquanto célula fundamental da sociedade no seu processo de socialização e de desenvolvimento).

Se a criança tem uma família natural que quer assumir as funções parentais, de forma satisfatória, não deve a criança ser separada dessa família, ainda que com ajuda externa.

Só não a tendo, é que haverá que encontrar uma família adoptiva/substitutiva e, caso se demonstre ser essa a solução adequada, de acordo com os seus superiores interesses.

Esta prevalência da família deve ser entendida como a solução de prevalência da família, biológica, ou adoptiva, desde que seja uma família que assegura os seus direitos.

A protecção da infância não pode continuar exclusivamente centrada na ideia de recuperação da família biológica, a todo o custo, esquecendo que o tempo das crianças, não é necessariamente o mesmo das suas famílias de origem.

Daí que esgotadas as possibilidades de a criança usufruir de um crescimento feliz e saudável dentro da sua família biológica, com o apoio do Estado e da sociedade ou com o recurso à família biológica alargada, a adopção surge como a resposta possível e desejável.

A Convenção das Nações Unidas sobre o Direito das Crianças de 20 de Novembro de 1989 reconhece expressamente que:

*“esgotadas as possibilidades de a criança usufruir de um crescimento feliz e saudável dentro da sua família biológica, com o apoio do Estado e da sociedade, ou com o recurso à família biológica*



*alargada, a adopção surge com uma resposta possível e satisfatória”.*

Sempre que uma criança se encontre em perigo deve intervir-se.

Determinar o momento dessa intervenção não é fácil, como sabemos, tramitar e decidir qualquer um destes processos (que visa encontrar o projecto de vida da criança) pode ser fácil por vezes, mas é difícil, muitas vezes.

Os juízes, os magistrados do Ministério Público, sabem, devem saber, que a adopção é o fim de um ciclo, quase sempre, muito violento para a criança.

Estatui o artigo 1978.º do Código Civil que: “com vista a futura adopção, o tribunal pode confiar o menor a casal, a pessoa singular ou a instituição em qualquer das situações seguintes:

- a) Se o menor for filho de pais incógnitos ou falecidos;
- b) Se tiver havido consentimento prévio para a adopção;
- c) Se os pais tiverem abandonado o menor;
- d) Se os pais, por acção ou omissão, mesmo que por manifesta incapacidade devida a razões de doença mental, puserem em perigo grave a segurança, a saúde, a formação, a educação do menor ou o desenvolvimento do menor;
- e) Se os pais do menor acolhido por um particular ou por uma instituição tiverem revelado manifesto desinteresse pelo filho, em termos de comprometer seriamente a qualidade e a continuidade daqueles vínculos, durante, pelo menos, os três meses que precederam o pedido de confiança”.

Ao analisar tais requisitos, o tribunal deve ter sempre em conta, prioritariamente, o superior interesse do menor, pelo que a respectiva aferição deve ser feita objectivamente: a medida em causa não tem como objectivo punir ou censurar os pais, mas garantir a prossecução do interesse do menor, como se escreveu no Acórdão do STJ de 30.06.2011, proc. n.º 52.08.5TBCM.N.G1.S1 in [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

Cumprir reafirmar:

Sendo a situação irreversível em relação à reunificação familiar (família biológica) é imperativo à luz do interesse da criança encontrar um enquadramento familiar substitutivo, por ser o que mais se aproxima da família natural.

Quando a família biológica, a nuclear e a alargada, mesmo com o apoio da sociedade, das entidades ligadas à protecção da infância e com o apoio do Estado não são capazes de assegurar os direitos da criança, a adopção deve ser a resposta a encontrar.



Vivemos um tempo em que se conseguiu, fruto de alterações legislativas e de um diferente olhar sobre este instituto da adopção, encaminhar e definir de forma mais célere o projecto de vida da criança em perigo. Mas após este percurso é preciso concretizá-lo, executá-lo, decretando a adopção.

## 2. Quando se encaminha e deixa de haver caminho!

Antes de se concretizar a adopção muitas crianças estão institucionalizadas.

Muito tempo, demasiado tempo.

Podíamos tentar averiguar de quem é a culpa. Podemos dizer que muitas vezes não é de ninguém e é de todos, quase sempre

Não deve, por muito tempo, a criança ser privada de uma família.

Ultimamente deparamos com crianças em instituição cujo projecto está definido – é a adopção – mas não há quem as adopte.

Temos aqui um enorme problema. Cortamos a ligação à família biológica.

Fizemo-lo em cumprimento do legalmente determinado. Decretada a confiança judicial do menor ou a medida de promoção e protecção de confiança a pessoa seleccionada para a adopção ou a instituição com vista a futura adopção, ficam os pais inibidos do exercício do poder paternal (responsabilidades parentais), artigo 1978.º-A, do Código Civil.

Não temos família para lhes dar, família alternativa à biológica. Quem de nós não recorda um episódio de uma criança que aguarda por família e pergunta: Quanto tenho os novos pais? Porque não vieram ainda?

Quanto tempo deve a criança permanecer nesta situação?

Concordaremos que não pode ser indefinidamente.

É verdade que uma criança com 10/11 ou mais anos está numa idade em que é provável ser mais difícil o seu encaminhamento para a adopção.

Mas não o sabemos, nem podemos afirmar a sua não adoptabilidade, ainda que se entenda que mais fácil será a adoptabilidade de crianças de tenra idade, aliás conforme nos dizem as estatísticas.

Há, no entanto, quem entenda que a adolescência é um momento de excelência para a adopção, “já que se trata de uma escolha de assistência recíproca e deliberada – a dos adoptantes que querem dar a uma criança sem família os meios de continuar uma vocação precisa que, sem ajuda familiar ou personalizada, ela não poderia realizar; e a de um jovem – rapaz ou moça – que aceita, para honrá-lo, o nome dos pais que desejam transmiti-lo a alguém que saberá assumir a



linhagem”, como escreveu a pedopsiquiatra Françoise Dolto (Destinos de Crianças, Martins Fontes, 1998, pág. 164).

Certo é que, se não se aplicar a medida que determina como seu projecto de vida a adopção, a criança continuará colocada na instituição, nunca podendo vir a ser adoptado.

A criança tem direito a uma família, e isto é inquestionável nos dias de hoje. Tem que se procurar a melhor solução e o tribunal e as demais instituições que o cuidam têm a estrita obrigação de o fazer e terá que ser de uma forma rápida.

Caso não venha a ser possível, e nada significa que o não seja, quando proferimos a decisão, é preciso continuar a assegurar os Direitos da Criança. Não pode ser abandonada, não pode ficar esquecida indefinidamente à espera.

Encontramos o melhor caminho mas ele não está a ser percorrido.

Decorre do artigo 62.º-A, da Lei 147/99, de 01/09, que, contrariamente às demais medidas de promoção e protecção, a medida de confiança para adopção, não está sujeita a revisão, nos prazos e termos do artigo 62.º.

É verdade que a medida de encaminhamento para a adopção não está sujeita a revisão, ficando a aguardar-se que seja instaurado o processo de adopção, solicitando o tribunal informação, de seis em seis meses, ao organismo da segurança social sobre os procedimentos em curso com vista à adopção, conforme o estatui o artigo 62.º-A, da Lei n.º 147/99, 01/09.

Aquilo que se espera é um percurso do caminho normal do processo e que esteve na mente do legislador. Definido que o projecto de vida é a adopção a criança vai ser adoptada.

E se dessa informação resultar que não é possível encontrar família adoptiva, que a família encontrada não se adequa aquela criança?

Aqui chegados não afastamos a possibilidade de uma futura apreciação/reapreciação (será até obrigatória) aquando das informações a que alude o citado artigo, se motivos excepcionais e supervenientes, relativos à própria criança e pensando exclusivamente nos seus interesses, assim o vierem a determinar.

Como se explica a uma criança que os novos pais não vêm?

Neste tempo posterior à decisão de encaminhamento para a adopção têm que continuar a ser promovidos e exercitados os direitos da criança ou, com a sua integração em família ou, com a aplicação de outra medida (tutela, apadrinhamento civil, etc.).

Em relação a cada criança decide-se no momento, encontra-se a melhor solução com os elementos do processo, pensando do futuro. Este é incerto para qualquer um, mais incerto para uma criança.



Podemos aqui questionar se quando se define o projecto de vida da criança deveríamos dispor de alguns elementos que nos permitissem garantir a execução de tal medida, isto é, saber da viabilidade em concreto do projecto de vida encontrado para a criança.

Sabemos que, por vezes, não é possível e, sendo-o, poderíamos estar a colidir com outras importantes regras do instituto da adopção.

Cremos, no entanto, que não decidir com base numa incerteza em relação ao futuro, é não decidir, o que o julgador não pode fazer.

Decidido num determinado processo que a melhor solução para uma determinada criança é o seu encaminhamento para a adopção é preciso concretizar essa adopção.

Não sendo possível, o princípio fundamental em causa nestes processos, o do superior interesse da criança, impõe que se reveja a medida aplicada e caso necessário, se aplique outra medida.

Isto significa a possibilidade de revisão da medida aplicada se o superior interesse da criança assim o ditar.

Mas atenção. Não cabem aqui as situações em que circunstâncias supervenientes surjam por exemplo em relação aos progenitores.

A proibição de revisão para efeitos de reapreciação da condutas e condições supervenientes dos progenitores, estatuída na norma do artigo 62.º da Lei n.º 147/99, nada tem de inconstitucional, como determinou o Tribunal Constitucional no seu Acórdão n.º 416/2011, proc. n.º 416/2011. Na verdade, e se assim não fosse, admitindo-se a revisão, ficaria a criança sujeita a uma instabilidade na definição do seu projecto de vida, incompatível com a sua inserção o mais célere possível em ambiente familiar alternativo, como o impõe o artigo 36.º, n.º 7 da Constituição da República Portuguesa.

Como antes referi, admito a possibilidade de uma futura reapreciação da medida aplicada, recebidas as informações a que alude o citado artigo, se motivos excepcionais e supervenientes, relativos à própria criança e pensando exclusivamente nos seus interesses, assim o vierem a determinar, caso em que o direito da criança o impõe, não esquecendo que estamos a trabalhar no âmbito de processos de jurisdição voluntária.

Não se pode impedir a revisão das medidas nessas situações, ou seja, sempre que no decurso da execução dessas medidas ocorram factos supervenientes (prejudiciais ao interesse da criança) que impeçam a concretização da adopção.

Em jeito de conclusão, diria que estamos no âmbito de um instituto em que a evolução quer legislativa, quer social, nas últimas décadas, tem sido enorme, acompanhada de acrescida preparação de quem lida com o mesmo. Mas, em simultâneo, continuam a colocar-se e a



surgir problemas de aplicação e interpretação da lei a quem tem que preparar uma decisão numa matéria, seguramente das mais relevantes que aos Tribunais se colocam.

O exercício da cidadania implica o envolvimento da sociedade em iniciativas que a título preventivo afastem as crianças e as respectivas famílias do perigo e promovam os seus direitos, primeira forma de concretizar os direitos da criança.

As famílias devem assumir a responsabilidade de transformar a sociedade, cuidando de forma saudável dos filhos.

Quando não for possível, devemos pensar a família, quer a biológica quer a adoptiva, com as suas crianças e, num trabalho conjunto, tentar perceber o melhor caminho, concretizando-o e, assim, os tribunais aplicarem a mais justa decisão, sem preconceitos e com a certeza de cada criança faz uma história, sendo certo que nós somos intervenientes activos nessa mesma história e, por isso, co-responsáveis pela mesma.

Aveiro

Maio de 2012



# A adopção e o direito da criança a uma família

---

Comunicação apresentada na ação de formação “Curso de Especialização Temas de Direito da Família e das Crianças”, no dia 04 de maio de 2012, em Aveiro.

**[Helena Gonçalves]**





C E N T R O  
DE ESTUDOS  
JUDICIÁRIOS



#### I.

Início com uma confissão: o meu desempenho profissional, neste segmento temático, é marcado por sensações verdadeiramente antitéticas: segurança e medo. Segurança por saber que contamos com um quadro normativo de referência, produto de uma reflexão transnacional de décadas; segurança quando penso que a estrutura que suporta uma adopção não é solitária, contando com o contributo de outros saberes – Psicologia, Serviço Social, Medicina, Educação, Sistema judicial - ; segurança, ainda, porque sei estarmos a tentar colmatar uma ausência física e/ou emocional de quem tem o dever de cuidar. Todavia, quando atento no futuro da concreta criança em causa, razão de ser, parâmetro e destinatária da decisão de substituição/atribuição de pai(s), instala-se, não raras vezes, a insegurança.

Entendemos todos a razão para uma tal (aparente) contradição. A adopção não é, apenas, mais uma forma de proteger uma criança. Se o fosse, estaríamos, em simultâneo, a falar de família alargada, de padrinhos civis ou, até mesmo, de instituições de acolhimento.

\* O presente texto serviu de ponto de partida à comunicação oral da signatária na acção de formação levada a cabo pelo Centro de Estudos Judiciários, assumindo, por conseguinte, um registo coloquial



O que motiva a nossa insegurança e torna tão necessária esta reflexão é o facto da adopção constituir uma forma de filiação. Encontramo-nos num momento do desenvolvimento científico a que alguns chamam “*ditadura dos genes*” – refiro-me, como é evidente, à pesquisa biomédica, área que avança espartilhada por duas realidades que caminham paralelamente: a viabilidade técnica e a dignidade humana.

Estamos cientes que o processo de hominização não é, unicamente, resultado de uma evolução biológica, obrigando a que se considere um horizonte moral. Daí que, à semelhança de um conjunto de autores<sup>1</sup>, provenientes de quadrantes profissionais tão diversos como a medicina, antropologia, filosofia, direito e história, afirmemos, usando, de resto, as suas próprias palavras, “*(...) a humanidade permanece, necessariamente, inacabada, mais sonhada do que definida, mais imaginada do que plenamente realizada*”<sup>2</sup>.

Quando somos chamados a desempenhar funções que parecem próprias da natureza, a qual, para muitos não é sinónimo de meras reacções físicas e químicas, pisamos um solo escorregadio. São dois os vectores a ponderar: o corte com o biológico – que não deixa de ter uma componente afectiva – e/a ligação ao afectivo – que não deixa de ter uma dimensão física e material. Tudo num enquadramento cuja referência obrigatória é a dignidade da pessoa humana.

De facto, um breve olhar pela evolução dos direitos da criança e direitos do homem, revelam-nos que a luta tem sido paralela. Em causa, num e noutro caso, a dignidade da pessoa humana, a qual, reconhecidamente, tem estádios de vulnerabilidade, sendo que a pouca idade é, seguramente, um deles e, na actualidade, lhe confere direitos próprios.

Neste sentido, o próprio Preâmbulo da Convenção sobre os Direitos da Criança, já que principia por falar na **família** como elemento natural e fundamental da sociedade e meio natural para o crescimento e bem-estar de todos os seus membros, em particular das crianças e, só após, se refere à **criança**, dizendo que para o desenvolvimento harmonioso da sua personalidade, deve crescer num **ambiente familiar**, em clima de felicidade, amor e compreensão.

O edifício legislativo interno não é produto de uma reflexão solitária do Estado português e permite-nos condensar algumas grandes linhas de orientação.

<sup>1</sup> Henri Atlan, Marc Auge, Mireille Delmas-Marty, Roger-Pol Droit e Nadine Fresco, autores de *Clonagem Humana*, Quarteto Editora, 2001.

<sup>2</sup> Ob. cit, pag. 168.



Na vertente convencional, a adopção equaciona-se como uma medida alternativa face à privação do meio familiar ou, havendo-o, quando a criança “*não possa ser deixada em tal ambiente*” (art. 20º). Nesse sentido, inequivocamente, também apontam os artigos 7º – ao consagrar o direito da criança a conhecer os pais e de ser educada por eles – ; o artigo 8º – que impõe a obrigação dos Estados respeitarem o direito da criança e a preservar a sua identidade, incluindo o nome e relações familiares, nos termos da lei, sem ingerência ilegal – e o artigo 9º, – que estabelece o direito da criança não ser separada de seus pais contra a vontade destes, salvo se as autoridades competentes decidirem que essa separação é imposta para prossecução do seu interesse superior.

Em plena sintonia com este pilar convencional, a Constituição da República Portuguesa, em especial, os seus artigos 36º (Família, casamento e filiação) números 1, 5 6 e 7<sup>3</sup> e 69º (Infância) números 1 e 2<sup>4</sup>.

O quadro legislativo em foco é, de facto, minucioso e obriga a considerar outras fontes normativas internas, dispersas por diferentes diplomas<sup>5</sup>, cumprindo salientar que recentes condenações de Portugal no TEDH<sup>6</sup> não ocorreram por via da lei, mas dos procedimentos internos.

Voltando ao texto constitucional, salientamos o artigo 26.º que consagra como fundamentais os direitos à identidade pessoal, ao desenvolvimento da personalidade, à dignidade pessoal e à identidade genética do ser humano.

---

<sup>3</sup> Que prevê que os pais têm o direito e o dever de educação e manutenção dos filhos e que estes não podem ser separados dos pais, salvo quando os mesmos não cumpram os seus deveres fundamentais para com eles e sempre mediante decisão judicial.

<sup>4</sup> Que consagra o direito das crianças à protecção da sociedade e do Estado, especialmente contra todas as formas de abandono, de discriminação e de opressão e contra o exercício abusivo da autoridade na família e nas demais instituições, assegurando às órfãs, abandonadas ou por qualquer forma privadas de um ambiente familiar normal, especial protecção.

<sup>5</sup> A saber (i) Código Civil – artigos 1576º e 1973º a 2002 D – ; (ii) Decreto Lei nº 185/83, de 22 de Maio, com as alterações introduzidas pelo Decreto-lei nº 120/98 de 8 de Maio, Lei nº 31/2003 de 22 de Agosto e Lei nº 22/2007, de 2 de Agosto –; (iii) Organização Tutelar de Menores – artigos 146 alínea c), 147º alínea f), 149º a 161º e 162º a 173º G – ; Lei 144/99, de 1 de Setembro - artigos 11º alínea a), 21º nº 2 alínea f), 35º nº 1 alínea g) e nº 3 , 38º, 38º-A, 62º-A, 63º nº 1 alínea c), 65º nº 2 , 68 alínea a) , 88º nº 7, 104º nº 3 e 114º nº 2 - e, ainda, o Código de Processo Civil – artigos 1409º a 1411º (ex vi artigos 150 e 161º, da OTM).

<sup>6</sup> Casos Pontes c. Portugal e A. Chaves c. Portugal.



“Criança”, “Direitos” e “Família”, vértices do triângulo. Todos comunicantes, com espaços distintos, mas com um núcleo comum: dignidade pessoal/humana. Julgo ser esta realidade que dita que, por muito sólidos que sejam os nossos conhecimentos técnico-jurídicos, só pontualmente os casos de opção pela família alternativa não exigem uma atenção redobrada.

Recentemente, uma jovem de 18 anos, dirigiu um requerimento ao processo de adopção em cujo âmbito foi declarada filha de um casal que não a procriou, através do qual solicitou informação sobre a identidade de seus pais biológicos. Poderá a identidade pessoal considerar-se expressão da dignidade humana?

Nenhum de nós tem dúvidas quanto à nobreza e necessidade do instituto. A questão é, indubitavelmente outra. Quando é que a salvaguarda da dignidade deve ditar uma substituição?

## II.

Proponho-me, como metodologia interventiva, relatar dois casos.

Tomemos o primeiro. Duas crianças, de 2 e 1 ano, respectivamente. Um processo de promoção e protecção em juízo, subsequente a incumprimento de medida pelos pais, acordada em sede de processo que correu termos na Comissão de Protecção de Crianças e Jovens em Perigo, motivada por um quadro familiar de alcoolismo paterno, desemprego dos progenitores, violência doméstica, situação habitacional precária, falta de organização do lar, insalubridade da habitação; apresentando-se as crianças mal cuidadas, maltratadas e com sequelas ao nível do desenvolvimento, designadamente da fala e da locomoção. Aquando do acolhimento, de cariz provisório, em instituição (Março de 2007) o menino apresentava humor que oscilava entre o deprimido e o agressivo, era incapaz de lidar com manifestações de carinho, enquanto a menina se isolava, chorava e revelava insegurança.

No que aos laços afectivos com a mãe dizia respeito, no período compreendido entre Agosto de 2007 e Maio de 2008, foram juntos aos autos relatórios e informações com o sentido seguinte:



Agosto de 2007	Novembro de 2007	Mai de 2008
- Rejeição mãe	- Não interagem com a mãe	- Na separação não há angústia
- Querem sair sala	- Não são afectuosos com a mãe	- Na ausência da mãe não perguntam por ela
- Preferem colo prestador de cuidados	- Só interagem estimulados por chocolates, gomas, brinquedos	- Insegurança
- Sentimento de insegurança face figura materna		- Apatia/tristeza
		- Agressividade (ele)
		- Inibição (ela)

No que concerne aos aspectos relacionados com a habitação, emprego e aquisição de competências parentais, em momento próximo das alegações a que se reporta o artigo 114.º da Lei nº 147/99, de 1/09, a informação disponível dava conta de que:

EMAT	CAT
- Situação habitacional (espaço limpo, organizado)	- Situação habitacional melhorada
- Situação laboral (emprego s/ vínculo de efectividade)	- Melhoria providenciada por terceiros
- Família alargada (problemática; sem disponibilidade)	- Evolução precária nas competências
- Ligação afectiva com crianças: remissão para CAT	- Fraca relação afectiva com os filhos

Ponderados os factos que motivaram a intervenção protectora, a ausência de família alargada, a precariedade da evolução – decorrente do pouco tempo havido – e na ausência de laços de afectividade filhos/pais, o Ministério Público apresentou alegações pugnando pela aplicação da medida prevista no artigo 35º nº 1 alínea g) da Lei nº 147/99, posição que alterou aquando do debate judicial, o qual teve lugar cerca de três meses após a junção dos relatórios das entidades mencionadas. Naquela data (Fevereiro de 2008) julgamos adequado, proporcional e observador dos princípios orientadores da intervenção – a saber interesse superior, responsabilidade parental e prevalência da família – que a favor dos menores fosse aplicada uma medida de acolhimento de curta duração (seis meses), a concretizar-se no mesmo CAT, com revisões de dois em dois meses e possibilidade de visitas pelos pais. Relatórios circunstanciados revelavam-se, também, fundamentais.



O acórdão, apelando, além do mais, ao artigo 4º alíneas a), e), f) e g) da lei nº 147/99, e às normas constitucionais e convencionais a que supra aludimos, designadamente o carácter residual e alternativo da adopção, decidiu que importava aferir se os sinais de mudança positiva havidos tinham, ou não, natureza precária e fixou o acolhimento em seis meses, tendo estabelecidos aqueles que deveriam constituir os aspectos de incidência das avaliações e relatórios: manutenção de emprego; melhoria/manutenção das condições habitacionais; inscrição das crianças em equipamento de infância adequado; inscrição em unidade de saúde, qualidade das visitas e avaliação psicológica da mãe (os progenitores haviam-se separado e o pai acabara estava preso).

Impõem-se duas perguntas: Porquê a alteração de posição do Ministério Público? Tal alteração foi tomada sem que dúvidas se suscitassem? À pergunta em último equacionada respondo ter tido dúvidas. Muitas. Porque, e assim passo a reflectir sobre a primeira questão, o terreno era escorregadio: as condições materiais, facilmente apreensíveis, revelavam progressão e assim se mantinham há algum tempo, denotando investimento pessoal para além da intenção, enquanto os aspectos reportadas aos laços afectivos se apresentavam desencorajadores, negativos mesmo. Falava-se em pouca interacção. Existiriam, ainda, vínculos? Seriam o tempo e modo das visitas adequados aos fins do processo? Estaria a ruptura familiar a ser auxiliada pelo sistema, uma vez que o afastamento das crianças do seu ambiente familiar se arrastava há mais de um ano e o tempo de contacto com os progenitores era exíguo (1 hora por semana)?

Tendo presente que um adequado regime de visitas seria fulcral para aferir da (in)existência de vínculos entre as crianças e a progenitora, o Tribunal tentou, até final de Junho de 2008 – ou seja, nos quatro meses seguintes ao início da medida de acolhimento aplicada – estabelecer horários e condições favoráveis ao fim pretendido: fins-de-semana; com acompanhamento por técnico da EMAT – para evitar que os meninos evitassem a mãe e procurassem consolo na técnica cuidadora – ; fora das instalações do CAT – uma sala. Tentativas goradas, porquanto a EMAT informou não dispor de técnicos para fins-de-semana e o CAT veiculou que razões de organização interna e de falta de recursos humanos impediam que os contactos decorressem nos moldes pretendidos. A agravar, surgiram dificuldades de conciliação de duas das obrigações impostas pelo Tribunal àquela mãe, a saber manutenção da relação laboral e observância das visitas na instituição de acolhimento, sendo que tal impossibilidade de concertação residia em factores de natureza externa, alheios à vontade da progenitora das crianças. O horário de trabalho, o horário das visitas e a distância entre o local de trabalho e o CAT eram incompatíveis.

Assistia razão ao CAT quando afirmava que (i) *“capacidade de gostar não é capacidade de*



*criar*” e, ainda, que (ii) a alteração da vida quotidiana não tipificava, necessariamente, uma alteração da aptidão funcional. Estava com ele a razão quando alertava para a necessidade de definição do projecto de vida daqueles irmãos. Era tempo de ponderação!

O que se ponderou?

Faltava	Mãe	Crianças
- Formação parental	- Não foi passiva	- <b>Continuam tristes</b>
- Avaliação psicológica	- Não reposou sobre eficácia instituição	- <b>Continuam solitários</b>
- Interação (separação há 15 meses; visita 1x por semana; 1 hora)	- Desenvolveu acções	

Pesou, indubitavelmente, o facto de apenas não estarem a ser alvo de cumprimento as obrigações cuja concretização demandava apoio de terceiros, mais concretamente, no âmbito da formação parental – a única associação existente no concelho da residência da mãe não dispunha de horários compatíveis com os do trabalho desta – e da avaliação psicológica. Poderia o Tribunal decidir-se pela segurança conferida por pais alternativos face à incapacidade de, no tempo que fixara para a avaliação e definição do encaminhamento daqueles irmãos, apurar de aspectos que entendera essenciais, quando eles não estavam ao alcance da mãe? Não corresponderia uma tal atitude a puni-la? A lei estava a ser observada na sua letra e espírito?

O Tribunal estava certo de algumas premissas: (i) nenhuma criança nasce para viver institucionalizada; (ii) o tempo da criança não é o tempo de um adulto e (iii) uma decisão de encaminhamento para a adopção não pode fundar-se num juízo punitivo dos pais, mas (iv) num juízo de prognose de incapacidade ou de indisponibilidade para o exercício da parentalidade. Esse o juízo que não nos era legítimo fazer acerca daquela mãe!

Foi assim que, em Julho de 2008, a menos de um mês de cessar a medida de acolhimento, a mesma foi substituída, ao abrigo do artigo 62º n.º 3 alínea b) da Lei nº 147/99, pela prevista no artigo 35º n.º 1 alínea a) – apoio junto da mãe –, com duração de um ano, revisões trimestrais e fixação de obrigações à mãe.





Três meses volvidos sobre tal alteração, o quadro de mãe e filhos era descrito da seguinte forma:

Crianças	Mãe
– <i>Asseadas, assíduas, pontuais</i>	– <i>Receptiva e colaboradora (5 sessões psicologia)</i>
– <i>Ele: introvertido, integrado, bem disposto</i>	– <i>Com dificuldade em impor regras</i>
– <i>Ela: alegre, mexida, refilona, dificuldade na linguagem</i>	

Esta mãe não é, de facto, perfeita! O último relatório assinalou que a períodos de desorganização se seguiam períodos de organização e, ainda, que melhorou a vivência diária e se preocupava com a assiduidade e bem-estar dos filhos.

O relatório de avaliação psicológica foi junto aos autos em 29 de Junho de 2009! A mãe das crianças tem um potencial cognitivo baixo; dificuldade de atenção e concentração dispersa. “*A sua motivação na mudança está relacionada com a tutela dos filhos, mas precisa de supervisão e orientação*”, pode ler-se.

Questionei-me então, como agora poderia ter sido diferente? Respondo, sem qualquer hesitação, afirmativamente. Teria sido melhor? Não sei! Sei que promovi, sempre, com conhecimento e por reporte à lei, num trabalho de interpretação e de valoração factos/norma que julgo adequada.

### III.

É tempo do segundo caso. Um historial de maus-tratos, um pai condenado em pena de prisão efectiva, uma mãe que abandonou o filho e reside algures em África, a aplicação da medida prevista no artigo 35º nº 1 alínea g) da Lei nº 147/99. Oito anos de idade e...três tentativas de adopção inviabilizadas, o regresso à instituição de acolhimento e....um processo tutelar educativo aos 15 anos de idade.

Nenhuma criança nasce para viver institucionalizada, ou para viver institucionalizada até ser suficientemente resistente à sua própria família. O direito a uma família que dela cuidem e protejam é um direito fundamental de todas as crianças, dissemos já.

Os problemas, porém, não terminam com a decisão sobre a adequação da filiação alternativa de base afectiva. Até que atinja a maioridade, aquela criança que visamos proteger



estará sujeita a um universo de poderes-deveres, exercidos por pessoa(s) escolhidas em resultado da decisão de profissionais.

A par de condições de natureza material do potencial pai/mãe – facilmente apreensíveis – outras importa considerar que, sendo fundamentais a um correcto exercício da parentalidade, são particularmente difíceis de determinar, ainda que não de invocar.

Comecemos pela questão fulcral: quem procuramos? Alguém capaz de velar pela segurança e pela saúde, prover ao sustento, dirigir a educação e representar uma criança; promover o seu desenvolvimento físico, intelectual e moral; proporcionar-lhe adequada instrução geral e profissional; decidir sobre a educação religiosa até que aquele cumpra os seus dezasseis anos; alguém com quem este irá e terá de viver até à maioridade – artigos 1878º, 1885º, 1886º, 1887º, do Código Civil. Em suma, busca-se alguém que encerre em si aquele universo material e afectivo idóneo a permitir o crescimento e bem-estar da criança – a família onde esta crescerá em harmonia e equilíbrio.

Que mínimos, cabe perguntar? Personalidade, saúde, idoneidade para criar e educar o menor, situação económica do candidato, razões determinantes do pedido de adopção, constituem, indubitavelmente, aspectos a levar em linha de conta. Assim o dita o artigo 6º n.º 2 do Decreto-Lei n.º 185/93, de 22 de Maio, na redacção dada pela Lei nº 31/2003, de 22 de Agosto. Mas não só! Atente-se no advérbio “*nomeadamente*” constante do citado dispositivo, o qual aponta para a natureza meramente exemplificativa ou, pelo menos, não taxativa dos pressupostos a considerar. Outros poderão existir a tomar em linha de conta.

A primeira incógnita: quais? A par do elenco de factores que deverá nortear a pesquisa – porque é disso que se trata – dos candidatos que reúnem condições para adoptar, a lei prevê que tal tarefa seja levada a cabo por equipas técnicas pluridisciplinares, suficientemente dimensionadas e qualificadas em termos de recursos humanos, integrando designadamente as valências de psicologia, do serviço social, do direito e da educação – artigo 11º n.º 1 do Decreto-Lei nº 185/93, de 22/05. Uma garantia, sem dúvida. Profissionalismo, interdisciplinaridade, mas, novamente, um normativo que não pode considerar-se inequívoco no que às valências que deverão integrar as equipas técnicas respeita. O legislador voltou a usar um advérbio que exclui a taxatividade: “*designadamente*”.

Finalmente, se a decisão do organismo competente rejeitar a candidatura apresentada, recusar a entrega do menor ao candidato ou não confirmar a permanência do menor a seu cargo,



abre-se a possibilidade de recurso judicial – art. 7º/1 do DL 185/93. Será decisor, então, um juiz, alguém imparcial, neutro, a quem a Constituição da República atribui a função de julgar litígios, depois de ouvido o MP, a quem compete, legal e estatutariamente, zelar pelos interesses da criança. Em suma, a decisão vai caber a um magistrado, alguém cujas características não se reconduzem ao saber/competência, alguém que é também produto de valores, de uma vivência social.

Essa decisão tem por fim declarar se o candidato recusado, ao contrário do decidido pelas equipas técnicas pluridisciplinares e qualificadas para a selecção, está em condições de ser seleccionado como candidato. Cumpre, neste momento, ter presente o disposto no artigo 11º, do DL 185/83, que dispõe que os padrões mínimos de qualidade dos serviços de adopção, bem como de procedimentos na selecção dos candidatos a adoptantes, constará de normas a aplicar uniformemente por todos os organismos de segurança social, o que impõe a uniformidade de parâmetros e de procedimentos. E é, obviamente, um factor de segurança.

Existem raciocínios aparentemente tão elementares e escorreitos que quase dispensavam ser realizados, mas a tentação é grande. Já dissemos que o adoptante assumirá uma posição jurídica que faz recair sobre si as responsabilidades parentais. A selecção, por sua vez, mais não visa do que determinar se o candidato reúne capacidades para ser titular e exercer aquelas responsabilidades, pelo que importa estudar a pretensão deste, considerando aspectos relativos à sua personalidade, saúde, idoneidade para criar e educar o menor e à situação familiar e económica, assim como às razões determinantes do pedido de adopção.

Ora, previamente à avaliação das capacidades parentais do candidato importa, necessariamente, definir os itens que deverão integrar cada um dos aspectos que cumpre estudar; estabelecer qual a categoria de profissional mais bem colocado para proceder à avaliação e determinar o tipo de avaliação que deverá ser implementado. E, sublinhe-se, existe relativa uniformidade quanto a metodologias a aplicar: entrevistas; exames; visitas domiciliárias, pelo menos. Assim se conhecerá o candidato, a sua situação social, económica, as motivações para a sua pretensão, condições de saúde física e mental, situação familiar e conjugal, condições habitacionais; a eventual adesão da família mais próxima ao projecto, capacidade educativa, afectiva, etc.

Percebemos todos, técnicos e magistrados a importância desta avaliação. Percebemos, também, que o veredicto final está dependente de uma avaliação que pondere a totalidade dos elementos recolhidos. Mas, terão todos eles o mesmo peso na apreciação global? Colocada de outra



forma a questão: num momento em que as vidas familiares estão em mudança, em que existem famílias reduzidas, famílias numerosas, com rede familiares de apoio ou sem ela, em que coexistem projectos familiares diversos – desde a família nuclear (tradicional), família em processo de divórcio, famílias monoparentais, famílias multiraciais, famílias homoparentais, famílias multigeracionais, famílias imigrantes, famílias que enfrentam problemas físicos, famílias que enfrentam problemas de saúde mental – em que cada vez mais no centro da maior ou menor coesão familiar estão realidades tão diversas como intimidade, confiança, respeito, amor, individualidade, mas, sobretudo, em que as pessoas cuidam de forma diferente, qual o peso relativo a atribuir a cada um dos indicadores que importa considerar?

Por outro lado, os tempos mudaram as dinâmicas familiares. O que é, hoje a capacidade de cuidar? O que podemos designar por défice de cuidados?

É por demais conhecida a dificuldade em equilibrar o sentido do “eu” com as necessidades do “outro”. A capacidade de respeito, de auto-confiança, de atender às necessidades do outro, à capacidade de reparação, de aceitação, de adaptabilidade, de abertura, são condições fundamentais em sede de aferição da personalidade do candidato. São os seus valores que estão em causa.

Aliás, neste concreto aspecto estamos ao lado dos que defendem que é a partir destas realidades que parece ser possível avaliar correctamente as motivações da adopção, aspecto que, constituindo um dos requisitos gerais da adopção, só é alcançável por aproximação, não obstante seja fulcral, porquanto indissociável de um outro que importa ter presente ao longo de todo o processo que antecede e culmina na adopção: a satisfação do concreto interesse da criança desprovida ou separada do meio familiar de origem. Longe vão os tempos em que era objecto de posse. Nem sacrifícios no Nilo, nem Conselhos de Anciãos a decidirem sobre o seu direito à vida. Nem vulnerável como os velhos, nem oprimida como os senis. Longe da alçada de um poder paternal, é titular de um direito, o direito a uma família. Não uma qualquer família, mas aquela que, em razão das tendências dominantes do que deva entender-se por cuidados, formação moral e intelectual, equilíbrio emocional, segurança, esteja em condições de lhos garantir.

Não se pretende alguém amorfo, sem objectivo de vida para além da adopção que requer. Importa saber a medida do auto-respeito do candidato; da sua auto-estima, porque essa será também a medida da sua capacidade. A existência de questionários individuais que constituam ponto de partida para a investigação, revelam-se fundamentais. Porém, é imprescindível que os mesmos sejam, enquanto modelo, alvo de uma regular avaliação crítica, com vista à respectiva actualização. Da mesma forma, parece-nos de toda a acuidade que as experiências



negativas se vejam reflectidas na actualizações que se operem.

A investigação deve, garantidamente, contar com profissionais das áreas em causa: se o estudo da situação sócio-económica familiar deve caber a técnico de serviço social, o estudo da estabilidade familiar deve ficar a cargo de profissional da área da psicologia e/ou psiquiatria, o mesmo sucedendo com a clarificação de desejos, razões e intenções que subjazem à adopção.

A objectividade dos relatórios, com descrições dos factos carreados e da fundamentação dos juízos efectuados mais do que ideal, deve ter-se por imprescindível, pois só assim se garantirão critérios uniformes de avaliação.

Critérios uniformes e investigações em áreas que abrangem o candidato, a sua pessoa, o seu mundo social, profissional, familiar, afectivo, as suas condições habitacionais, económicas, de saúde, a sua capacidade de dar e de se relacionar, de aceitar e de lutar contra a adversidade. Em suma, que o definam como pessoa, para que possa efectuar-se um juízo de prognose quanto à hipótese de assegurar o núcleo de responsabilidades a cargo de um pai/mãe.

No fundo, procede-se a um balanço do desempenho de alguém enquanto pessoa. Não é fácil. É falível, até porque cada criança é um mundo, com necessidades próprias, a demandar, provavelmente, um pai/mãe com características especiais. Muitas vezes, alguém que consiga amar a diferença e ver nela parte da razão da sua vida. Alguém que até pode não integrar a lista de candidatos seleccionados.

Um risco, seguramente – também nosso, já que ao colocar a cargo de organismos externos ao Tribunal a selecção dos candidatos, o legislador mais não fez do que reconhecer a existência de entidades mais bem posicionadas para apurar tais aspectos, sem que, todavia, o tenha afastado – mas, seguramente, um risco maior para os titulares do direito que, pela via da adopção, visa satisfazer-se.

Aveiro, 2012



## Do cérebro à empatia. Do divórcio à guarda partilhada com residência alternada

---

Comunicação\* apresentada na ação de formação “Novos modelos e tendências na regulação do exercício das responsabilidades parentais – a residência alternada”, no dia 01 de junho de 2012, em Aveiro.

**[Ana Vasconcelos]**



\* Texto revisto e atualizado em julho de 2013.

C E N T R O  
DE ESTUDOS  
JUDICIÁRIOS

Num tema sobre responsabilidades parentais, é fundamental saber que a parentalidade saudável diz, sempre, respeito a vínculos, a laços de afectividade que se constroem e que têm uma representação estruturante na vida psíquica da criança.

Apesar de se falar muito de ser característico das actuais sociedades ocidentais dos dias de hoje, a par dos elevados graus de individualismo, de egocentrismo e de solidão, a perda de prestígio das principais fontes de socialização e de integração social da criança e do jovem, como é a família, ela continua a ser o primeiro espaço intersubjectivo da criança, onde a criança vai buscar os alicerces com que vai construir a sua identidade pessoal, corporal, afectiva e intelectual e onde vai adquirir os seus primeiros modelos de identificação como os seus modelos familiares, sociais e culturais. Donde, as situações de divórcio dos pais, pela fragilização dos laços afectivos entre os progenitores, podem tornar-se factores de vulnerabilidade para as dinâmicas do funcionamento da família e dos seus membros e precipitar crises individuais ou no funcionamento familiar que podem afectar a estabilidade afectiva da criança ou do jovem.

Os avanços da Psicologia da Criança das Relações de Vinculação e de intersubjectividade/ Subjectivação entre os filhos e os pais, desde o nascimento até à vida adulta e os estudos das Neurociências, nomeadamente sobre o “cérebro social” são contributos essenciais para um pedopsiquiatra reflectir a situação de Guarda Partilhada com Residência Alternada.

### **I. O cérebro social e a bússola empática**

Para compreender a complexidade da psique humana, pode-se recorrer, a uma metáfora, comparando o psiquismo em funcionamento com o mapa geográfico do mundo pois, à semelhança do globo terrestre, onde coexistem as zonas glaciais, onde tudo é frio e branco, com as zonas de calor tórrido africano e as zonas temperadas verdejantes, também no *mapa-mundi psíquico* existem zonas onde paira a calma que dá apaziguamento e amparo, contrastando com zonas onde, por vezes, a agitação e a turbulência dominam mais do que a bonança. Esta metáfora do mapa mundi psíquico permite compreender como, a cada momento, o pensamento se tem de orientar numa diversidade de territórios e de regiões do psiquismo que, tanto trabalham em sintonia como em oposição entre si. Mas sempre no respeito de dois instintos: o da sobrevivência pessoal, onde domina o egocentrismo e a preservação da self individual, do “Si-mesmo”, como o Prof. António Damásio o designa, e o da sobrevivência da espécie que, no humano, é regido pelo cérebro social que coordena as relações intersubjectivas e da subjectivação relacional.

Desde criança, e à medida que vai tomando consciência dos seus pensamentos e do seu funcionamento psicológico e que vai adquirindo um conhecimento de si, do seu modo de ser com





os outros e do que motiva o seu agir no mundo, cada pessoa adquire uma *bússola mental* que, quando se trata de guiar nos relacionamentos intersubjectivos com os outros, pode ser considerada como sendo uma *bússola empática*. Bússola que guia a pessoa, ao longo da sua vida, orientando a sua navegação pelos pontos cardeais dos seus distintos territórios psíquicos, prevenindo ou reduzindo os momentos de instabilidade emocional, causadores de desgaste, incoerência ou confusão nos seus pensamentos, nos seus sentimentos e nos seus comportamentos. Bússola que guia mas que, simultaneamente, se enriquece com as vivências emocionais, relacionais e cognitivas que a pessoa vai tendo na sua permanente inter-relação com o mundo e que não se enriquece, apenas, com experiências emocionais positivas, tornando-se, também, num guia, para as situações emocionalmente negativas e dolorosas. Bússola empática indispensável, pois não há cérebros saudáveis sozinhos! Não há cérebros que consigam navegar num mundo a-relacional! Como diz a canção, “navegar é preciso”, mas é preciso que seja em conjunto com os outros. Mesmo quando se navega num velejador solitário, há sempre quem esteja á espera no porto de chegada.

No início da vida e durante todo o tempo em que é suposto os pais tomarem conta e educarem os filhos, para a formação desta bússola empática e para que ela ajude na navegação no mapa mundi psíquico em construção da criança e do/a jovem, é fundamental que os pais sejam bússolas empáticas para a criança e para o/a jovem.

Graças à grande plasticidade do tecido neuronal, o cérebro está, sempre, em contínua mudança e transformações, sendo as interacções afectivas e sociais que a criança começa por ter com os progenitores e na família, a primeira fonte de regulação, de crescimento e de saúde mental.

Resultado desta plasticidade e das vivências e das circunstâncias que a pessoa foi tendo ao longo da sua vida, o cérebro é, por excelência, um *órgão* de adaptação, ou melhor dito, de adaptabilidade, que constrói as suas estruturas adaptativas a partir da interacção subjectiva com os outros. Esta capacidade de adaptabilidade do cérebro humano é muito grande durante a infância e a adolescência dado a enorme plasticidade do cérebro da criança e do jovem, o que origina que a sua desorganização e a sua reorganização sejam sempre possíveis.

O cérebro tece-se, assim, em conjunto com os outros cérebros com os quais comunica, desde o início da sua formação, ainda estando o bebé no útero da mãe e durante toda a vida. Este tecer é particularmente importante durante a infância e a adolescência, principalmente nos primeiros anos de vida, quando o cérebro da criança pequena se molda às relações de vinculação e de apego que a criança vai construindo com as suas primeiras figuras cuidadoras, como é óbvio, os pais, em primeiro lugar. São os cuidados e o afecto que a criança recebe dos pais e dos adultos cuidadores que vão formar os alicerces do seu cérebro, não apenas, para a sua sobrevivência pessoal e social mas também para o seu crescimento psicológico e para o seu bem-estar, desenvolvendo as áreas do cérebro que constituem o “cérebro social”. Os pais nunca deverão esquecer que os primeiros anos de



vida são um período em que existe um desenvolvimento cerebral exuberante, pelo que as primeiras vivências relacionais da criança têm um impacto muito grande nesse desenvolvimento.

A partir das primeiras experiências de trocas afectivas com os pais, a criança pequena vai vivenciando momentos de sintonização afectiva que são registados, privilegiadamente, nas zonas do seu cérebro social e são elas que vão permitir que a criança desenvolva a sua capacidade para intuir, nos outros, os comportamentos que expressam os afectos e as interações sociais, primeiros alicerces da *empatia*. Estes momentos de sintonização afectiva e social vão sendo armazenados no cérebro e vão funcionar como circuitos de recompensa que se mantêm na mente, ao longo da vida, como memórias gratificantes. Estas memórias gratificantes e enriquecedoras para o desenvolvimento psicológico da criança, onde afectividade e educação se misturam, de modo indissociável, vão moldando, ao longo do crescimento e das experiências afectivas e sociais, o estilo habitual da relação intersubjectiva que a criança e, depois, o/a jovem, vão ter nos seus relacionamentos interpessoais, desde os das relações de afectividade profunda, com as suas figuras parentais, até aos relacionamentos de camaradagem com os seus pares, estilo que vai perdurar durante toda a vida, obviamente seguindo a evolução psicológica da criança.

Por sua vez, a capacidade de intuir está, intimamente, ligada à capacidade da intencionalidade que a criança vai adquirindo para a ajudar a prever os comportamentos e as intenções dos outros que, com ela, se relacionam afectiva e socialmente, sendo os pais os seus primeiros modelos e guias na aquisição dessa capacidade de intuir as intenções dos outros.

Estudando estes circuitos cerebrais de recompensa, Jean-Pierre Changeux, eminente neurocientista francês, considera que as bases morais se alicerçam, desde tenra idade, nas ligações sociais onde existem situações de recompensas partilhadas. Partilhar e cooperar mostram ter um efeito positivo na qualidade moral e ética das relações sociais, sendo que as primeiras vivências de partilha e de cooperação, que nascem das relações de cuidar e de vinculação que os pais têm com os filhos, se recompensa e, por conseguinte, são os principais obreiros desses circuitos de alicerces do sentimento de segurança pessoal que permite relações interpessoais saudáveis e que perduram ao longo de toda a vida.

Contudo, o cérebro do humano está, igualmente, talhado para os comportamentos individualistas da sobrevivência pessoal que, em determinadas situações que a pessoa vivencia e sente que são ou se podem transformar numa ameaça à sua segurança pessoal, se podem sobrepor às capacidades de cooperação com os outros e às suas faculdades morais e de pensamento ético. Donde, quando os progenitores se estão a separar e a escolher os modos de prosseguir as suas responsabilidades parentais, é muito importante que se convoquem no seu ser-adulto real, com acções concretas, e uma postura empática para com os filhos para que estes possam continuar a construir, na nova realidade familiar, laços saudáveis de filiação. Os pais



devem, assim, procurar que os seus agires de adulto com a criança ou com o/a jovem possam continuar ser modelos de identificação úteis e eficazes que, apesar das mudanças da vida familiar, continuem a ajudar a criança ou o/a jovem a adquirir a sua própria bússola empática nos seus relacionamentos interpessoais.

Nesta procura e sempre que se trata de assuntos que envolvem a parentalidade, é fundamental, como tão bem explicitou Alain Renaut no seu livro *O Fim da Autoridade*<sup>1</sup>, que, apesar da separação conjugal e dos novos arranjos familiares, a autoridade parental se mantenha. Todo o processo de separação conjugal exige que os progenitores acordem e estipulem, na prática da vida quotidiana de ambos, na sua nova organização desse quotidiano, agora, como progenitores que já não partilham um dia a dia na mesma residência, como vão estabelecer as suas responsabilidades parentais conjuntas, devendo ter sempre presente que, mais importante do que escolher o melhor guardião entre os dois progenitores, ou uma guarda partilhada, devem esforçar-se por encontrarem as medidas e os modos de parentalidade que favoreçam uma maior integração das suas funções parentais para que sejam conservados os laços de vinculação e de filiação dos filhos para com eles de forma a que a sua autoridade parental possa continuar a ser exercida, por ambos, junto dos filhos. Autoridade que, apesar da separação conjugal, tem de ser mantida clara e objectiva nos seus propósitos e coerente e constante no seu procedimento, para que a criança e o/a jovem, possam subjectivamente aceitá-la e interiorizá-la de forma a poderem continuar a construir uma adequada consciência moral sem ser perturbada e invadida por conflitos de lealdade e a adquirir uma capacidade de responsabilidade que lhes permita poderem assumir, verdadeiramente, os valores da sua humanidade. Quando os pais escolhem a Guarda Partilhada com Residência Alternada, é muito importante que os progenitores a continuem a exercer de forma coerente e equitativa quando comunicam aos filhos o modo como pretendem fazer a partilha dos filhos nas duas residências parentais.

Como nota Alain Renaut, estando num momento da História dos Homens em que, progressivamente, se tem vindo a modernizar a educação, pensando a relação parental de um modo idêntico ao modelo da relação democrática, contudo, adverte este autor, esta democratização utiliza, muitas vezes, convicções que se constituem numa “ética da convicção”, que se alicerça em falsas ideias, muito frequentemente derivadas de falácias ditas científicas, mas sem fundamentos alguns de pensamentos científicos. Para contrariar este perigo, preconiza Renaut, o educador dos dias de hoje, onde se incluem em primeiro lugar, os progenitores, deverá ter a preocupação de ser um agente que actue, certo democraticamente, mas, igualmente, sob a égide da ética da responsabilidade, que atende às consequências das acções. É neste sentido que, no seguimento

---

<sup>1</sup> Renaut, A. (2004), *O Fim da Autoridade*, Instituto Piaget.



da permissividade que a segunda metade do século passado trouxe às práticas de parentalidade que acompanhou a desconstrução progressiva da autoridade parental clássica, advém a necessidade de consagrar a educação pela via da responsabilidade, consagração que fundamenta as novas posturas jurídicas no Direito da Família, da Criança e do Jovem, como a que veio substituir a designação de poder paternal pela de “responsabilidades parentais”. Nestas, a autoridade parental é definida, como um conjunto de direitos e de obrigações dos pais que têm, por finalidade o interesse da criança e que, pertencentes tanto à mãe como ao pai até à maioridade da criança, têm o triplo objectivo de proteger a segurança, a saúde e a moralidade da criança, de assegurar a sua educação e de permitir o seu desenvolvimento no respeito da sua pessoa. Autoridade parental que, em conjunto e em aliança com as responsabilidades parentais, não deixa de continuar a alicerçar-se na transmissão cultural e dos valores sociais e morais que são praticados na família.

## II. Guarda Partilhada com Residência Alternada

Os progenitores, mas, também, os técnicos que são chamados a dar pareceres sobre as Responsabilidades Parentais Conjuntas, devem procurar que as soluções encontradas favoreçam uma maior integração das funções parentais no respeito pela conservação dos laços de filiação com ambos os progenitores.

Sobretudo para os técnicos, é muito importante enquadrar qualquer modalidade escolhida pelos progenitores, no âmbito das Responsabilidades Parentais Conjuntas, no novo conceito de “Parentalidade Positiva” como foi definido como Recomendação do Conselho da Europa que teve lugar em Lisboa, em 2006. Nesta Recomendação, a Parentalidade Positiva é definida como um comportamento parental baseado no melhor interesse da criança e que assegura a satisfação das principais necessidades das crianças e a sua capacitação sem uso da violência, proporcionando-lhe o reconhecimento e a orientação necessários, o que implica a fixação de limites ao seu comportamento, para possibilitar o seu pleno desenvolvimento.

Reconhecendo que os pais e as mães são a melhor fonte de protecção para as crianças e os adolescentes, e o recurso normal para cobrir as suas necessidades de todo o tipo, a Parentalidade Positiva visa promover a continuidade dos afectos do menor na sua família.

Entre as políticas e medidas de apoio à Parentalidade Positiva, com particular importância quando um casal se separa e pretende estabelecer, em relação às suas responsabilidades parentais, uma Guarda Partilhada com Residência Alternada destacam-se:

- adoptar uma perspectiva baseada em direitos: tratar as crianças e os pais como sujeitos de direitos e deveres;
- reconhecer que os pais têm a responsabilidade primordial sobre os seus filhos, sujeita aos melhores interesses da criança (bom-trato vs. mau-trato);



- basearem-se no envolvimento igual de ambos os pais e respeitem a sua complementaridade;
- reconhecer a diversidade dos tipos de parentalidade e de situações parentais e adoptar uma perspectiva pluralista;
- reconhecer as potencialidades dos progenitores, colocando uma prioridade particular no uso de incentivos.

Apesar das novas configurações da família, como é a que está subjacente a uma escolha de Residência Alternada para os filhos, os progenitores nunca se devem esquecer que é a família, no seu todo, com ambos os progenitores e com as respectivas famílias alargadas (avós, tios, primos...) que mantêm a função de protecção da criança pequena e de transmissão da cultura e que é o cerne a partir do qual se constrói a estruturação psíquica do ser humano. Falhas ou rupturas do contexto conjugal e familiar são um risco grande de aparecimento de situações conflituosas entre os adultos que se podem tornar em momentos disruptivos na continuidade da vida familiar e que podem pôr em causa ou não respeitar que o maior interesse da criança seja condição prioritária a respeitar, sendo condição desse superior interesse, a necessidade de preservar os vínculos afectivos estruturantes da criança de forma a assegurar o seu desenvolvimento psíquico dentro das melhores condições possíveis.

Para que não seja, apenas um acto juridicamente legítimo mas tenha validade psíquica para a criança, a Residência Alternada deve ser, sempre, uma re-asseguração do direito da criança em seguir o seu desenvolvimento psicológico dentro das melhores condições possíveis, pelo que é fundamental que esta opção seja escolhida no respeito pelos aspectos subjectivos de todos os envolvidos, criança e progenitores.

Quando a Residência Alternada é decidida pelos progenitores, o imperativo ético de preservar os interesses da criança, só pode ser sustentado se forem reconhecidos, por todos os responsáveis implicados, progenitores mas, igualmente, familiares mais próximos, esses aspectos subjectivos, de forma a não cortar a relação da criança com as figuras de vinculação e apego mais importantes para ela nem a colocar num conflito de lealdades que ameace o seu bom desenvolvimento afectivo e cognitivo e o seu equilíbrio emocional.

É muito importante que a Residência Alternada seja escolhida porque, cada progenitor, deseja manter o vínculo com a criança, garantindo-lhe os cuidados adequados e dando prioridade ao seu desenvolvimento e nunca para satisfazer uma configuração vincular narcísica e conflituosa de um ou de ambos os progenitores, em que a criança é desconsiderada na sua subjectividade e pode vir a ficar em situação de total desamparo para enfrentar um ambiente altamente desfavorável ao seu equilíbrio emocional, como infelizmente, frequentemente, se constata.



A Residência Alternada não pode ser um acto de egocentrismo dos progenitores face à ruptura conjugal, devendo ser, sempre, uma forma de reorganização familiar a partir de um modelo de estrutura familiar que foi perdido mas que se quer preservar, no seu valor afectivo e educativo, agora com outros modos práticos dado a ruptura da relação conjugal.

Os alicerces para a Residência Alternada são, assim, o respeito pelo tipo de vínculo que a criança tem com ambos os progenitores, enquanto, figuras de vinculação e de apego que lhe proporcionam uma relação de confiança, com quem se sente protegida e em segurança, devendo visar a continuidade do desenvolvimento das suas potencialidades e da sua personalidade como um todo, tendo, sempre, em consideração, o período evolutivo em que a criança se encontra.

Como sempre quando um casal dissolve a sua relação conjugal, se é imprescindível saber a opinião da criança sobre o modo como vai, doravante, partilhar a sua vida familiar com os seus progenitores, nunca se lhe deve atribuir o papel de decidir com quem deseja ficar ou como deseja ficar, para que não se reforce um conflito de lealdade ou um eventual sentimento de culpa perante a separação e o conflito entre os progenitores.

Novamente nunca é demais relevar que, decorrendo a escolha e a instalação do processo de Residência Alternada, numa altura em que a separação dos pais pode comportar para a criança momentos de insegurança e de desconforto afectivo perante possíveis sentimentos de ameaça de abandono e de ruptura afectiva, a forma como ela é apresentada à criança e posta em prática deve sempre ser compreendida pela criança, como uma reafirmação da importância dos laços de parentalidade e de autoridade parental, tendo sempre a cautela que a instalação das medidas práticas da partilha das residências materna e paterna não cause danos psicológicos na criança. Por isso, o estabelecimento pelos progenitores do regime de Residência Alternada conclama, imprescindivelmente, os dois progenitores para a participação mútua na vida dos filhos, sendo uma situação de requisitos e efeitos muito mais amplos do que uma simples divisão igualitária do tempo por dois espaços que são a nova residência de cada um dos progenitores.

Como qualquer medida inserida na guarda partilhada, a Residência Alternada, não encerra apenas o tempo de convívio dos progenitores com os filhos pois trata-se, sempre, de um arranjo da vida familiar que pretende contribuir para o bom desenvolvimento dos filhos e para a continuidade saudável da vida familiar, o que impõe, sempre, que os adultos consigam romper o laço conjugal mas mantenham o laço parental através de um bom sistema de comunicação entre ambos. Não há hierarquia de papéis, ambos os pais exercem o seu papel parental, envolvendo-se directamente com as necessidades e os interesses dos filhos, somando esforços para o seu melhor crescimento e a sua melhor educação. Para mais, não existindo, nos dias de hoje, a hierarquia rígida e pré estabelecida relativamente aos poderes familiares nas decisões relativas à vida dos filhos, é exigido aos progenitores que põem termo à relação conjugal e em contrapartida a esta ausência de



rigidez, que tenham uma maturidade e um legítimo interesse pelo bem-estar da criança e do adolescente, um profundo respeito pelo outro progenitor e um real desejo de colaborar com ele. Se os progenitores não tiverem, ambos, esta exigência, pode haver o risco do re-arranjo familiar encontrado, após a separação conjugal, não funcionar e os progenitores recorrerem ao tribunal para resolver as questões mais simples da vida quotidiana (opção de escola, destino de férias) dado o conflito existente entre eles e que, por regra, vai atingir os filhos de forma traumática. Sempre que os progenitores conseguem ser participativos na vida dos filhos, envolvendo-se diretamente na sua educação e nos seus interesses, quem ganha são os filhos mas, também, os progenitores que conseguem viver plenamente a sua vivência da parentalidade.

Quando o regime da Residência Alternada respeita os requisitos subjetivos e práticos dos filhos e dos progenitores, ajudando a encontrar práticas de parentalidade adequadas à educação dos filhos e a uma comunicação adequada e eficaz entre os progenitores, é, sem dúvida, um modelo de prática de Parentalidade Positiva que possibilita uma maior integração dos progenitores no desempenho das suas funções materna e paterna, favorecendo o desenvolvimento da criança e do/a jovem. A prática adequada da Residência Alternada pode exercer uma função integradora nos cuidados e na educação da criança e do/a jovem, nomeadamente no modo como vão as tradições familiares e sociais e os valores da cultura como os valores morais, pois permite que, ambos os progenitores, possam dividir papéis inerentes à parentalidade e acutela a situação negativa da nomeação de um progenitor, como guardião, implicar a destituição do outro progenitor, junto dos filhos, do papel de educador e de “bússola empática”.

A prática da Residência Alternada não só permite como é um facilitador para que os pais continuem a mostrar aos filhos que continuam a dividir atribuições e responsabilidades parentais e tomadas de decisões em iguais condições, reconhecendo as suas diferenças, os seus atributos e as suas limitações bem como o valor do papel de figura de identificação de cada um para a criança ou o/a jovem. Esta diferença clara e coerente de papéis materno e paterno é fundamental para o saudável crescimento dos filhos pois permite uma estruturante identificação aos modelos parentais, essencial para um normal desenvolvimento da personalidade e, em concreto, da identidade pessoal. Neste sentido, pode-se afirmar que a Residência Alternada com Guarda Partilhada pode criar relações mais harmónicas entre pais e filhos que abrem o espaço para uma maior integração e participação dos progenitores na vida dos filhos, facilitando e promovendo o diálogo intergeracional, num clima de confiança e de reconhecimento que os progenitores, apesar da separação conjugal, se mantêm os seus educadores.

Contudo, como tudo na vida inter-relacional que joga no território das intersubjectividades e das subjectivações, a Residência Alternada pode ter inconvenientes ou trazer prejuízo à criança ou ao/a jovem, nomeadamente, em determinadas fases da sua evolução:



- crianças pequenas: pode comprometer a sua necessidade de experiências de continuidade com o progenitor cuidador que lhe transmite mais confiança e mais segurança, originando destabilização emocional;
- crianças mais velhas: pode desorganizar a rotina pessoal e escolar num momento em que é necessário estabilidade emocional para a aquisição de uma normal autonomia cognitiva e social;
- adolescentes: podem sentir a permanente troca de casa como uma restrição à sua liberdade de escolha e à sua necessidade de intimidade relacionada com o espaço do seu quarto.

### III. Modalidades do relacionamento de filiação

Para melhor ponderar as modalidades práticas que os progenitores poderão optar, no âmbito da Guarda Partilhada com Residência Alternada, pode ser útil ter em mente, de um modo esquemático, como se pode, conceptualizar a relação da criança com os seus dois progenitores, após a separação do casal, a partir de um contínuo de gradientes relacionais que vai, desde o relacionamento filial mais positivo, sem dúvida, o mais frequente, até ao mais negativo, onde se insere, infelizmente menos raramente do que se esperaria, a relação filial da “criança alienada”.

A Residência Alternada deve inserir-se no 1º destes gradientes, em que a criança tem um convívio normal com ambos os seus progenitores, no âmbito do que se designa por uma relação positiva com ambos os progenitores. Este tipo de relação é a que se encontra na maioria das situações das crianças que já não vivem ou nunca viveram com os dois progenitores a viverem maritalmente mas que valorizam a relação de filiação com ambos os seus progenitores e claramente desejam partilhar o seu convívio com os dois, de um modo significativo e, muitas vezes, em tempo igual.

Neste gradiente de relação positiva com ambos os progenitores, a criança pode, contudo, sentir uma maior afinidade com um deles, ou seja, dentro de um relacionamento saudável e positivo com ambos os progenitores, a criança pode preferir o convívio com um dos seus progenitores, mas mantendo um investimento afectivo positivo no outro progenitor, apesar da sua ambivalência em relação a este (“gosto mas...”). Neste caso, a Residência Alternada deve de ser bem ponderada pois têm de ser bem compreendidas as razões que levam a criança a demonstrar ou a expressar uma consistente preferência por um dos progenitores, preferência que, muitas vezes, só existe porque já existia quando o casal vivia maritalmente e que se manteve durante a separação. Esta preferência pode ser devida ao temperamento, ao sexo, à idade ou, ainda a partilha de interesses com o progenitor preferido; quando há mais do que um filho, a criança ou o jovem podem achar que um dos progenitores tem preferência por um dos irmãos,





sentindo-se a criança ou o jovem mais próximo do outro progenitor. Contudo, neste gradiente de maior afinidade por um dos progenitores, é regra que a criança continue a querer ter convívio com ambos, expressando gostar dos dois do mesmo modo e pode, mesmo, acontecer que a separação do casal, com uma redistribuição das responsabilidades parentais pelos dois progenitores, possa ser um modo de melhorar a aproximação da criança ao progenitor com quem se sentia com menos afinidade. Quando a criança tem uma declarada aliança com um dos progenitores, apesar de não rejeitar completamente o outro progenitor mas mostra sentimentos de ambivalência relacional para com esse progenitor, incluindo, resistência ao convívio com ele, a escolha da Residência Alternada poderá ser mais problemática. Esta aliança entre a criança e um dos progenitores, com afastamento do outro, pode advir de um intenso conflito entre os pais ou de dinâmicas familiares disfuncionais em que a criança é estimulada a tomar partido em relação a um dos progenitores contra o outro ou a ser o porta-voz de mensagens hostis, situações que se podem intensificar após a separação dos pais. Estas alianças, mesmo as mais fortes, são geralmente temporárias, principalmente se houver a intervenção de um técnico ou de um adulto da confiança da criança que ajude a criança a minimizar o conflito entre os progenitores e, principalmente se os progenitores um souber estar correctamente com a criança, no âmbito das suas competências parentais propícias a desenvolver os laços de filiação dos filhos para com eles.

Finalmente, ainda no âmbito deste percurso pelos gradientes relacionais esquemáticos entre os filhos e os seus progenitores, se a criança mostra ter, continuamente, uma vontade de afastamento em relação a um dos seus progenitores, deve-se, sempre, não menosprezar esta vontade da criança pois ela pode ser uma resposta psicológica saudável à presença nefasta e aos efeitos corrosivos desse progenitor que apresenta comportamentos desajustados, violentos ou de maus-tratos para com a criança ou para com as pessoas com quem convive, nomeadamente, com as pessoas da família que são afectivamente próximas da criança, tornando-se este sentimento de mal-estar e de estranheza da criança para com o progenitor, uma postura adaptativa, de auto-distância e de auto-protecção em relação a esse progenitor que a criança rejeita e que coloca à distância do seu convívio, com o objectivo de procurar um sentimento de segurança interna.

Como é óbvio, na maioria das situações, a criança ou o jovem têm uma relação positiva com ambos os progenitores, valorizando a sua relação de filiação com ambos e desejando, claramente partilhar o seu convívio com os dois, de um modo contínuo, significativo e, muitas vezes, em tempo igual.

A Guarda Partilhada com residência Alternada impõe, finalmente, que os adultos não tenham pensamento preguiçoso e sigam uma postura do saber cuidar própria da humanidade, do humano, e uma postura de prudência que já Epicuro, no século III a. C , realçava na sua *Carta Sobre a Felicidade*, como sendo a origem de todas as demais virtudes e o princípio e o bem supremo



para se ter uma “boa vida”, com dignidade. Uma vida limpa num tempo justo, como dizia Sophia de Mello Breyner Andresen.

Lisboa, 18 de Junho de 2012



C E N T R O  
DE ESTUDOS  
JUDICIÁRIOS

# **Novos modelos e tendências na regulação do exercício das responsabilidades parentais. Residência alternada: o debate fora da rede**

---

Comunicação apresentada na ação de formação “Novos modelos e tendências na regulação do exercício das responsabilidades parentais – a residência alternada”, no dia 01 de junho de 2012, em Aveiro.

**[Helena Gonçalves]**



C E N T R O  
DE ESTUDOS  
JUDICIÁRIOS

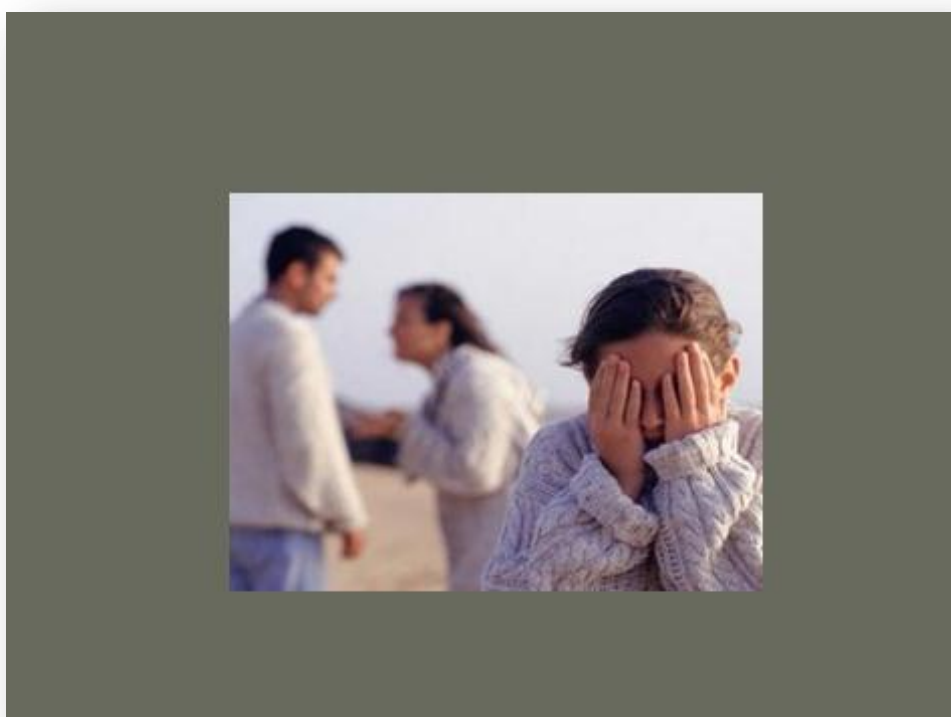
## I. Residência Alternada a caminho de padrão

Questiono-me sobre se, na actualidade a residência alternada deve ou deverá, a breve trecho, considerar-se padrão nas situações de regulação do exercício das responsabilidades parentais, na vertente da fixação da residência da criança. Os últimos anos ditaram, no segmento que ora considero, uma alteração de visão que identifico como evolução. Ditada pela experiência, pelo contributo dado por outros saberes – aos quais acedi, designadamente, por via de acções de formação como a presente, mas, também, pela dinâmica societária.



Prossigo com um desafio. Três imagens e, após, uma questão.







Alguns de nós se atreve a tentar identificar **a estrutura familiar a que cada uma destas crianças pertence?**

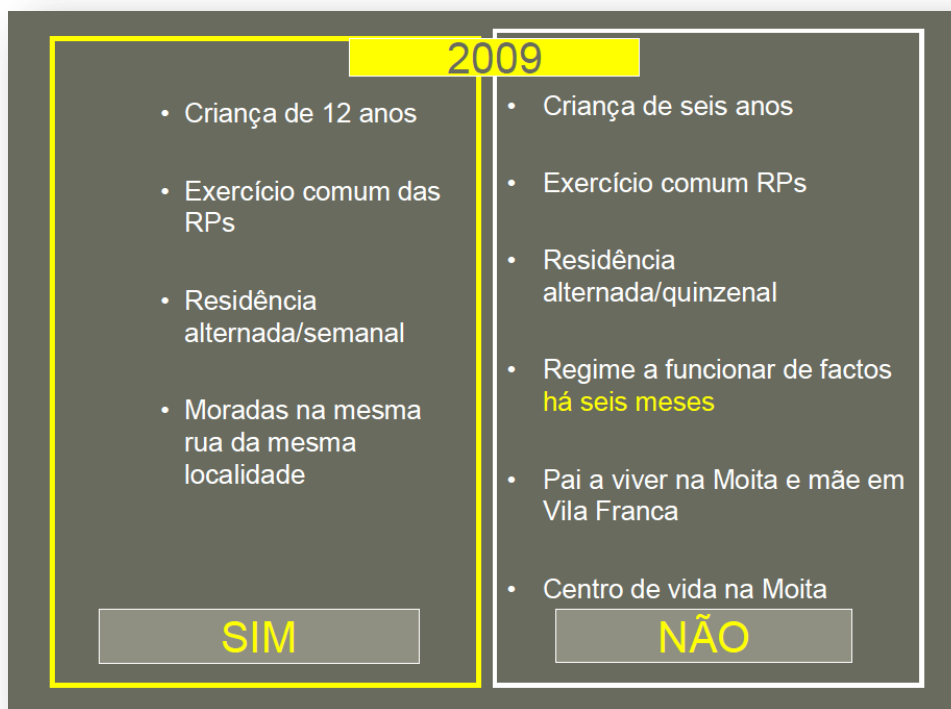
- família monoparental;
- família pluriparental;
- família recombinação;
- família avoengas;
- família nuclear fundada no casamento por amor;
- família de facto fundada por amor;
- serão filhos de pais separados?;
- residirão apenas com um progenitor?;
- o progenitor com quem vivam terá “aniquilado” o outro?;
- terá o Tribunal imposto contactos com o progenitor não residente que fiquem aquém das necessidades afectivas da criança?.

A resposta é, indubitavelmente, negativa. A experiência dita-nos que existem famílias nucleares fundadas no casamento por amor que integram crianças problemáticas e tristes, carecendo, não raras vezes, de apoio de profissionais para lograrem inverter a situação. E encontramos crianças equilibradas, com adequado desenvolvimento físico e psicológico cujo alicerce familiar não corresponde àquele padrão.





Sintomático da evolução que trilhei é considerar dois casos, muito simples, mas que denotam a existência de reservas (preconceito?) a uma modalidade de regulação do exercício das responsabilidades parentais que, não sendo inédita, continua a ser alvo de reticências, por alguns.



Num caso opinei afirmativamente, **mas só depois de saber a razão para tal pretensão dos pais.** No outro caso, o *não* foi peremptório logo que percebi a distância entre as residências e a idade da criança.

Subjacente à diversidade de resposta estava, seguramente, um entendimento: a residência alternada só seria solução adequada em casos excepcionais e pontuais, que reunissem um conjunto de pressupostos.


De facto, em Janeiro de 2009, num ciclo de conferências organizado pela delegação da Ordem dos Advogados, afirmei que



**JANEIRO DE  
2009**

- Capacidade de cooperação entre os pais
- Relação afectiva sólida com ambos
- Capacidade de avaliação dos interesses do filho
- Capacidade de por de parte diferendos pessoais
- Capacidade de dar prioridade às necessidades dos filhos
- Respeito e confiança mútuos
- Vontade de cooperar
- Identidade de estilos de vida e valores
- Capacidade de acordo em programa educativo da saúde, ensino, religião
- Proximidade de residências

**RESIDENCIA ALTERNADA: Regime ajustado em situações excepcionais**

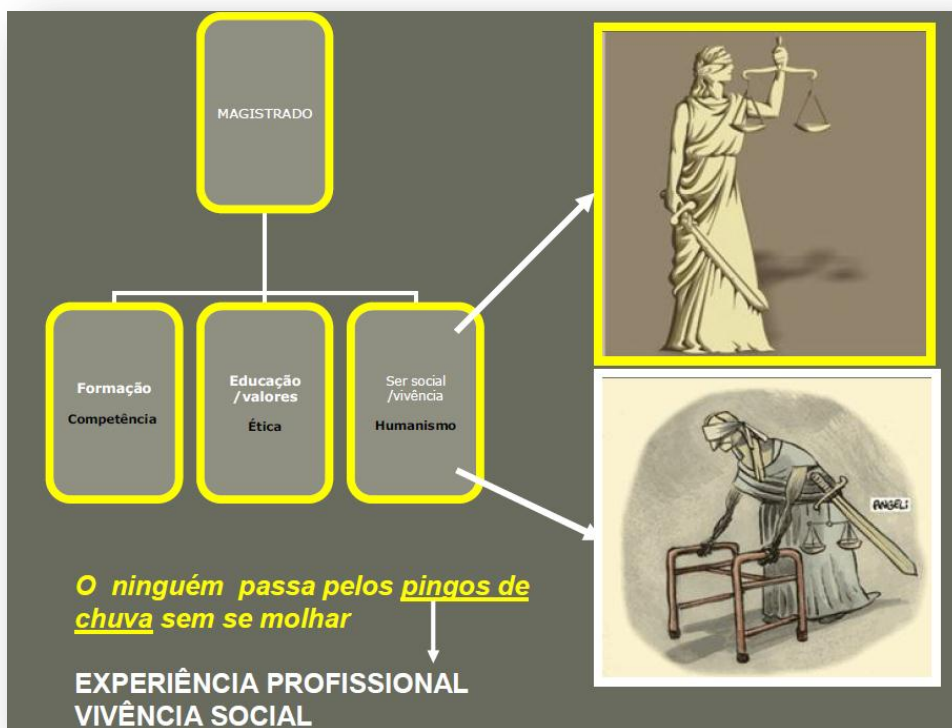


Quando tais pressupostos não estivessem reunidos, equacionava como altamente provável um aumentar dos desentendimentos, das discussões, dos requerimentos em juízo, com tudo o que de negativo isso acarretaria, directa ou indirectamente, para a estabilidade para a criança.

**Porém, ninguém passa pelos pingos de chuva sem se molhar.**

Quantas regulações tão primorosas, tão atentamente delineadas, esculpidas com o melhor material – mercê, designadamente, do contributo de especialistas – desembocam em incumprimentos e são, até, letra morta, existindo apenas em termos formais.

Creio que a formação técnico-jurídica não é condição única para a feitura da justiça. O humanismo, resultante da conjugação da nossa natureza de ser social a que acresce a experiência profissional, é determinante se pretendemos respostas actuais e adequadas aos fins que prosseguimos.



A evolução acontece naturalmente e, por vezes, resulta apelar á memória histórica.

A criança já ocupou diversos lugares.



Mas eis que chega o século por muitos intitulado “da criança”.



## SÉCULO XX





- Declaração universal dos Direitos da Criança
- Convenção sobre os Direitos da Criança
- Recomendação R (84) 4 sobre as responsabilidades parentais
- Constituição República
- Código Civil
  - Art. 1906º/5/7
- Legislação avulsa
  - LPCJP

**SUPERIOR INTERESSE**

A produção legislativa nacional e transnacional a partir da 1ª metade do século XX foi exuberante. Firmaram-se os grandes princípios.

*“Família elemento natural e fundamental para o crescimento e bem-estar de todos os membros e em particular das crianças “*



- Não separação de seus pais contra vontade destes – **art. 9º/1 CSDC ; 36º nº 6 CRP; ART. 4º a), f) e g) LPCJP**
- Em caso de separação de seus pais (um ou ambos) direito a manter relações pessoais e contactos - **art. 9º /3 CSDC; art. CC**
- Direito de manter tais contactos com os pais mesmo que residam em estados diferentes - **art. 10º/1 e 2 e 11º CSDC;**
- Direito a ser ouvida e ser ponderada a sua opinião – **art. 12º CSDC ; art. 4º i) LPCJP**

Mas, sobretudo, deu-se voz à criança. Voz directa e indirecta.

Sabemos hoje, porque elas assim o veiculam, que, **em regra**, querem ambos os pais. E querem porque precisam. Sabemo-lo porque nos é dito por quem é especialmente formado em áreas que não



dominamos e que são fundamentais para melhor decidirmos – psicologia, pedopsiquiatria, por exemplo.



Mas, as dúvidas persistem.

- Residência/guarda (com)partilhada
- Residência/guarda alternada

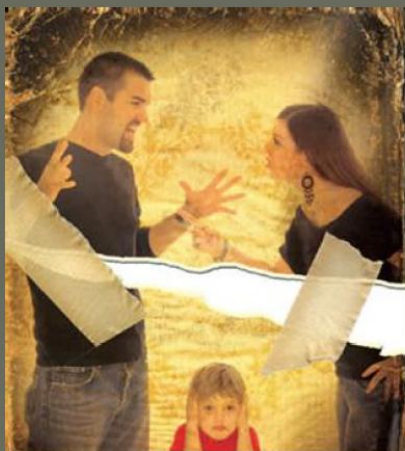
- SEMPRE?
- NUNCA?
- POR VEZES?

**QUANDO?**



Em conflitos de forte génese pessoal a decisão não é fácil e a única certeza é a de que cada família tem um segredo e o segredo é não ser igual às outras famílias.

### CONFLITOS DE FORTE GÉNESE PESSOAL



*“Cada família tem um segredo , e o segredo é o facto de não ser como as outras famílias”*

- (De)afectos
- relações familiares
- quadros múltiplos de parentalidade e conjugalidade
- transformação da intimidade

Talvez, atentar nas palavras de um jovem que partilha, em rede, a angústia provocada pela separação dos pais nos enriqueça a reflexão.

### QUE DIREITO? Qual o titular?



Tenho 16 anos e os meus pais vão separar-se. O que vai mudar? Além de não ter mais meu pai em casa, vou ter que abrir mão de coisas como colégio, roupas, e internet ?

#### Respostas:


1. Claro que não . Nessa história só tem lado bom
2. Se eles vão separar-se é porque brigavam.. se eles se separarem tal não voltará a suceder
3. Vais ter duas casa . Quando te cansares de um podes ir dormir para a casa de outro. Vais ter padrasto/madrasta que vão mimar-te para criar uma amizade contigo.
4. Os meus pais separaram-se quando eu tinha meses de vida. **Foi difícil crescer sem ter o meu pai por perto.** Eu chorava muito cada vez que via crianças felizes com os pais ou quando alguns colegas me perguntavam onde ele estava ou porque não me ia buscar ao colégio. **Ainda hoje me entristeço por conta disso mas foi algo que me ajudou a amadurecer cedo.** Acho que na tua idade é difícil uma separação, mas acredito que poderás visitar o teu pai sempre que pudieses
5. Mesmo que afecte a família com um todo, a separação é um assunto entre o casal. Eles têm que resolver para que não sofras tanto.
6. Não vais ter que abrir mão de nada. Apenas não vais ter o teu pai na mesma casa , a não ser que queiras morar com ele. Vais ter que escolher com quem queres ficar. Prepara-te. Pai ou mãe?



Quais serão, então, os parâmetros que deverão nortear-nos? Seguramente o interesse da criança...mas este importa ponderar os pais, seus direitos/deveres. **São factores que entram numa relação directa e devem ser aferidos em conjunto. Assim o ditam a maioria dos diplomas que urge considerar, como é o caso do preâmbulo da Convenção sobre os Direitos da Criança ao considerar que a família propicia o desenvolvimento pleno e harmonioso da criança e ao plasmar como direito seu, não ser afastada de seus pais, a não ser em casos excepcionais que correspondam ao seu (dela, criança) interesse.**

**Primado do interesse do filho**

- Participação de ambos os progenitores na sua vida
  - Responsável
  - Motivada
  - Coordenada
- “*Manter ambos os pais ao leme da sua vida*” –  
*P.GUERRA*
- Ver alterada no mínimo indispensável a sua vida  
**(diferente de rotina)**



**PAIS**

- Pais têm direito e o dever de educação e manutenção dos filhos – art. 36º 3/5/ CRP
- Direito a não ser separado dos filhos – art. 36º nº 6

**Factores numa relação directa**

Na linha de reflexão que temos vindo a desenvolver, julgamos dever equacionar-se como a forma ideal de fixação de residência da criança em caso de regulação do exercício das responsabilidades parentais o regime de alternância quando:



# REGRA

## PERMITA





- Minimizar os efeitos **NEGATIVOS** decorrentes de uma separação dos pais
- Manutenção de vida o mais parecida possível com a anterior
  - **Relação de afecto sólida**
  - **Esteja a ser praticado em condições de estabilidade**
- Continuar a manter um maior contacto com a família alargada de ambos os pais
- Uma vida gratificante
  - desenvolvimento emocional
  - desenvolvimento físico

E que não se afaste a residência alternada com base

### Residência (com)partilhada não deve ser afastada com base

- num qualquer preconceito ou experiências negativas não expressivas
- relutância em aceitar a mudança, porque ela começou há décadas e ganha terreno todos os dias;
- Em aspectos não estruturantes do interesse da criança
  - em aspectos banais
  - sem estrutura e peso
  - No evitar maiores transtornos aos pais





Seria esquecer que a formação/treino parental – a que a própria Lei 166/99 de 1 de Setembro, atribui especial importância mas que ainda não regulamentou – se destina, indiferenciadamente, a pais que vivem juntos mas também a pais separados.

Hoje conta-se





- **Treino parental**

- Intervenções que visam mudar práticas parentais para resolver problemas de crianças

**MODELOS ESTRUTURADOS  
CONTEÚDOS DIVERSIFICADOS  
que apoiam pais**

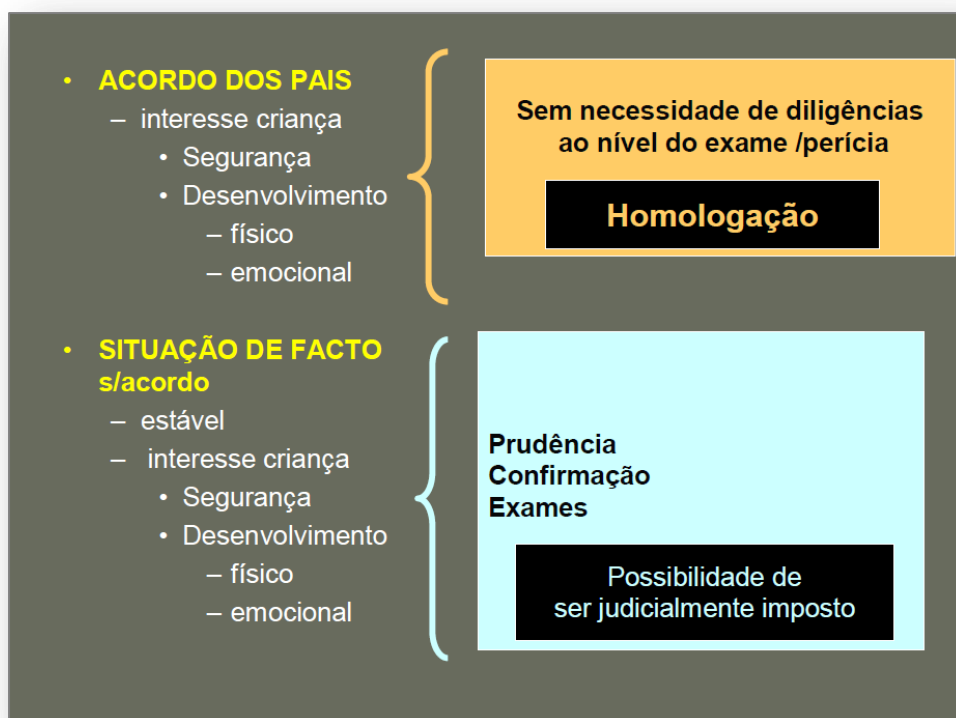
- Informando-os
- Transmitindo-lhes aprendizagens
- Promovendo competências parentais de comunicação e resolução problemas

E isto porque, existem diferentes modelos teóricos de relacionamento pais/filhos – baseados em controlo, igualdade, limites, cooperação, comunicação, por exemplo – que permitem ultrapassar diferendos entre os próprios progenitores e potenciar a manutenção de vínculos com os filhos em moldes semelhantes aos que existiam aquando do relacionamento quotidiano.

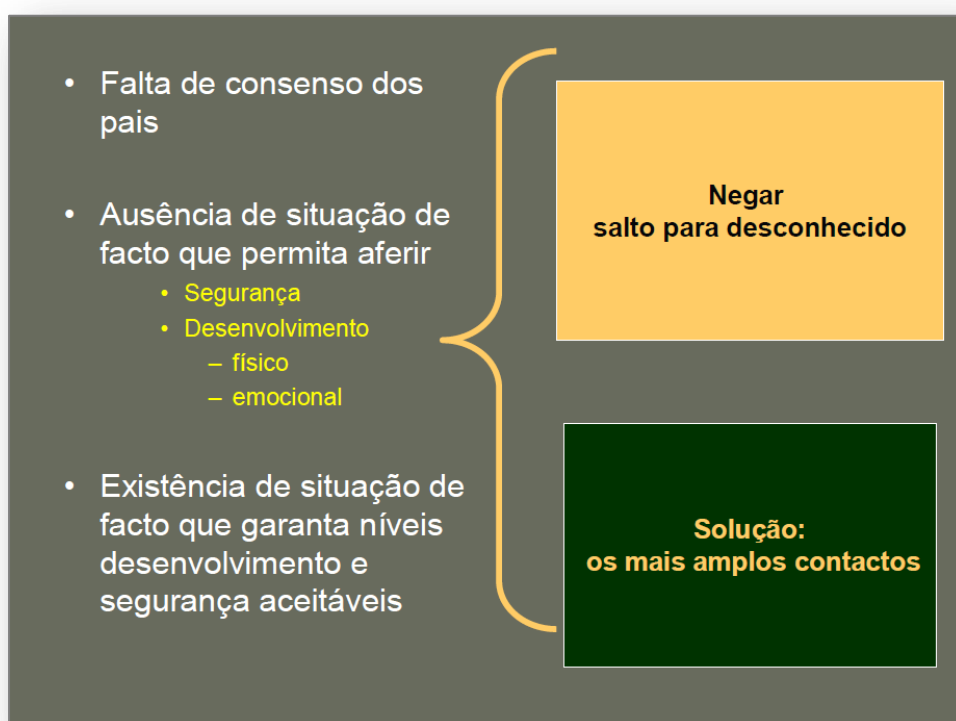
De facto, são já muitos os centros de formação.



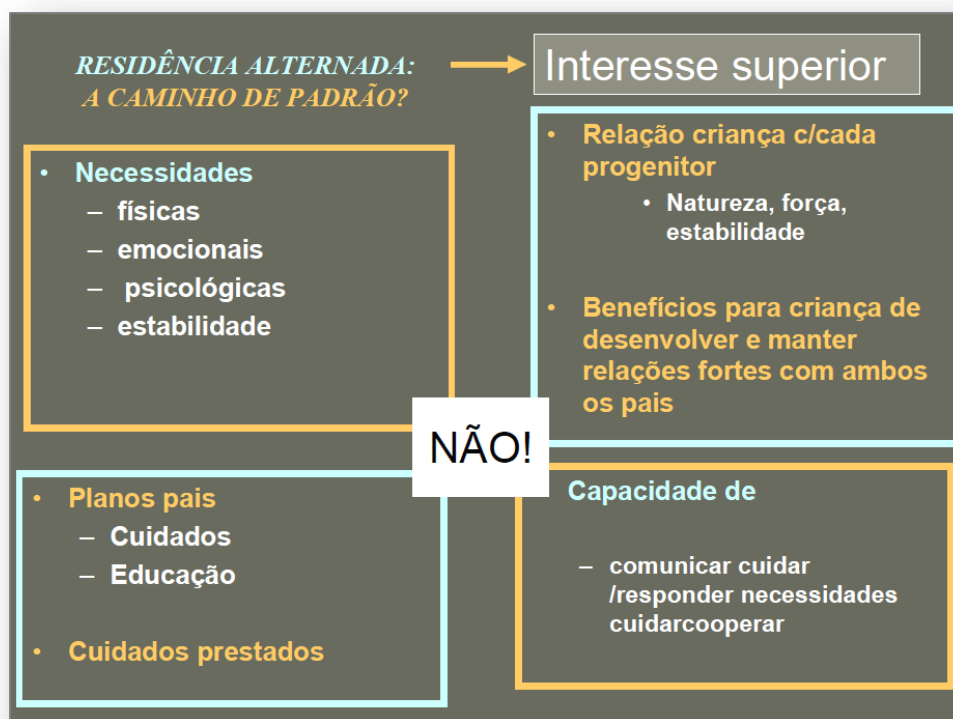
Caminho, como já se antevê, no sentido do respeito pelo acordo dos pais e da formalização da situação de facto que corresponda aos interesses da criança. Sempre norteada pelo interesse da concreta criança que estejamos a considerar, o que implica prudência e informação, **como em qualquer situação de fixação de residência de uma criança.**



Aponto no sentido da oposição ao sistema de residência alternada nos casos em que a mesma represente um “salto para o desconhecido” e sem prejuízo de fixação de contactos amplos.



Regressando à questão inicial, adiantamos que não existem padrões quando o que está em causa é o superior interesse de uma criança



Existem princípios! E exige-se que quem decide reúna, a par do conhecimento técnico-jurídico, prudência e abertura aos outros saberes e à diferença que são as relações familiares em geral e entre pais e filhos em especial.



# Possibilidade de alteração unilateral de obrigações contratuais (em especial, as resultantes de contratos de financiamento)

---

Comunicação apresentada na ação de formação “Direito bancário – contratos bancários e meios de pagamento (Dec.Lei n.º 317/2009, de 30 de outubro)”, no dia 01 de março de 2012, em Lisboa.

**[Rui Pinto Duarte]**



C E N T R O  
DE ESTUDOS  
JUDICIÁRIOS

## 1. Enquadramento da intervenção

As considerações que seguem são motivadas por perguntas típicas dos tempos por que passamos, de que são exemplos as seguintes:

- Tendo eu, trabalhador do sector privado, contraído um empréstimo bancário de muito longo prazo para aquisição de habitação própria, nos pressupostos de que manteria o emprego bem remunerado que tinha e de que, perdendo esse, facilmente obteria outro equivalente, agora que estou desempregado e sem perspectivas de me voltar a empregar com remuneração do mesmo nível, será que tenho direito a alterar as condições do mesmo?
- Tendo eu, trabalhador do sector público, contraído um empréstimo bancário de muito longo prazo para aquisição de habitação própria, no pressuposto de que manteria a remuneração que tinha, agora que, por força de atos do poder político, a minha remuneração diminuiu em mais de 20%, será que tenho direito a alterar as condições do mesmo?
- Tendo nós, banco, concedido empréstimos de muito longo prazo com taxas de juro indexadas a certa taxa mas com *spreads* fixos, no pressuposto de que manteríamos a possibilidade de nos continuarmos a financiar nos termos em que o fazíamos nos momentos da concessão desses empréstimos, agora que temos dificuldade de obter financiamentos e que aqueles que obtemos são a uma taxa mais elevada que a dos empréstimos que concedemos, será que temos direito a exigir o reembolso antecipado desses empréstimos ou, pelo menos, o direito de alterar a taxa de juro contratada para os mesmos?
- Tendo nós, banco, concedido financiamentos de médio e longo prazo, no pressuposto de que o valor mínimo da *ratio* entre os capitais próprios e o crédito concedido exigida pelo Estado no momento da concessão se manteria constante, agora que o Estado exige que essa relação seja mais elevada, será que nos casos de financiamentos por abertura de crédito temos direito a não desembolsar o que falte desembolsar e que nos outros temos direito a exigir o reembolso antecipado, pelo menos parcial, do capital mutuado?

Antes de avançar, duas prevenções:

- Pese embora a minha motivação seja a inerente às perguntas que formulei, uma parte do que vou dizer situar-se-á em patamares de abstração mais elevados, pois os problemas em causa a isso obrigam;



- O tema dos limites do dever de cumprir a palavra dada é muito antigo<sup>1</sup>; não sou tão néscio que tenha pretensão de dizer coisas novas sobre ele; mesmo restringindo a ambição à exposição do direito português vigente, não viso apresentar respostas, mas apenas contribuir para a sua procura.

## 2. Dois princípios a coordenar: *pacta sunt servanda*<sup>2</sup> e equilíbrio contratual

As obras gerais sobre Direito Civil, inclui as especificamente dedicadas ao Direito das Obrigações, ou ainda mais especificamente aos contratos, contêm todas as referências, mais ou menos extensas, ao princípio *pacta sunt servanda*<sup>3</sup>. O equilíbrio contratual não é apresentado como princípio, mesmo nas obras em que é dado relevo especial ao tema dos princípios<sup>4</sup>. No entanto, à face do

---

<sup>1</sup> Já Cícero escreveu: “(...) nem é contra o dever que a um menor se contraponha um maior, contanto aquilo que tenhas prometido te seja mais prejudicial do que o benefício que é facultado. Assim, se tivesses com alguém acordado comparecer no tribunal como seu advogado, e se entretanto o teu filho adoecesse gravemente, não constituiria violação do teu dever o facto de não cumprires aquilo com que te tinhas comprometido; muito mais aquele, com quem te tinhas comprometido, se afastaria do dever se porventura se queixasse de por ti ter sido abandonado»! (*Dos Deveres (De Officiis)*, tradução de Carlos Humberto Gomes, Lisboa, Edições 70, 2000, p. 26 – livro I, 32).

<sup>2</sup> Sobre as origens da fórmula latina, v. RICHARD HYLAND, *Pacta Sunt Servanda. Una Refléxion, in Del Ius Mercatorum al Derecho Mercantil*, obra coletiva “editada” por Carlos Petit, Madrid, Marcial Pons, 1997, pp. 359 e ss.

<sup>3</sup> A terminologia é que varia, como resulta dos seguintes exemplos da literatura portuguesa: MANUEL DE ANDRADE (*Teoria Geral das Obrigações*, 3.ª ed., Coimbra, Almedina, 1966, p. 277), INOCÊNCIO GALVÃO TELLES (*Direito das Obrigações*, 7.ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 1997, pp. 221 e 222), RIBEIRO DE FARIA (*Direito das Obrigações*, vol. II, Coimbra, Almedina, 1990, p. 260), LUÍS MENEZES LEITÃO (*Direito das Obrigações*, vol. II, 8.ª ed., Coimbra, Almedina, 2011, p. 146) referem-se ao “princípio da pontualidade”; ANTUNES VARELA refere-se à “regra da pontualidade” (*Das Obrigações em Geral*, vol. II, 7.ª ed., Coimbra, Almedina, 1997, p. 14); CARLOS ALBERTO MOTA PINTO refere-se “princípio da estabilidade dos contratos” (*Teoria Geral do Direito Civil*, 4.ª ed. por ANTÓNIO PINTO MONTEIRO e PAULO MOTA PINTO, Coimbra, Coimbra Editora, 2005, p. 607); MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA refere-se ao “princípio da força vinculativa ou da obrigatoriedade”, escrevendo que o mesmo se desenvolve em três princípios, que denomina “da pontualidade”, “da irrevogabilidade ou da irrevogabilidade dos vínculos contratuais” e “da intangibilidade do seu conteúdo”, acrescentando que os dois últimos se fundem no que também se designa por “princípio da estabilidade dos contratos” (*Direito das Obrigações*, 12.ª ed., Coimbra, Almedina, 2009, pp. 312 e 313); NUNO MANUEL PINTO OLIVEIRA, algo na esteira de Almeida Costa, refere-se ao princípio da vinculatividade contratual e a subprincípios do mesmo designados como “da pontualidade” e “da estabilidade” (*Princípios do Direito dos Contratos*, Coimbra Editora, 2011, p. 153 e ss.); ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO refere-se ao “princípio da correspondência” (*Tratado de Direito Civil Português II Direito das Obrigações*, tomo IV, Coimbra, Almedina, 2010, pp. 32 e 33).

<sup>4</sup> Duas ilustrações: CLAUD-WILHELM CANARIS faz um elenco (exemplificativo, é certo) de princípios constitutivos do sistema no campo do direito civil alemão, referindo o da autodeterminação, o da auto-responsabilidade, o da proteção do tráfego e da confiança, o da consideração pelas esferas de personalidade e liberdade dos outros e o da restituição do enriquecimento injusto (*Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*, trad. da



sistema jurídico português (e, tanto quanto é do meu conhecimento, dos demais sistemas da mesma família), existe um conjunto de normas que permite afirmar que os contratos são (também) governados por um princípio de equilíbrio. Muito mudou desde que Georges Ripert tratou o assunto sobretudo em termos de penetração das obrigações civis pela moral e tendo por referência a figura da lesão enorme<sup>5</sup>.

Como acontece muitas vezes, é mais difícil definir a ideia em causa do que obter consenso tácito sobre ela. Creio, porém, não dever fugir à dificuldade, pelo que explícito o que entendo por esse princípio.

Começo por dizer que o seu âmbito é o dos contratos comutativos. De seguida, indico que o seu objeto é a relação entre o valor das prestações. Avanço mais um passo dizendo, pela negativa, que o princípio não exige que os valores das prestações sejam iguais, mas antes limita a desigualdade, por um lado, em função do seu grau e, por outro, em função da correspondência desses valores com a vontade das partes<sup>6</sup>. O passo seguinte é o de apontar um conteúdo bifronte ao princípio: aplica-se no momento da contratação, limitando a medida em que as partes podem acordar em prestações desequilibradas, mas aplica-se também durante a execução do contrato, viabilizando a reposição das proporções iniciais entretanto perdidas. Por último, sublinho que, como de resto resulta do que acabo de dizer, o princípio do equilíbrio contratual assume especial relevância nos contratos de execução duradoura, pois é aí que os programas contratuais são menos definidos e é aí que mais frequentemente acontece o equilíbrio que estava previsto ser desvirtuado em função de factos não previstos.

Como é próprio dos princípios, as manifestações do princípio do equilíbrio contratual coordenam-se com as manifestações dos demais princípios jurídicos, nomeadamente o *pacta sunt servanda*: ao contrário de muitas normas, os princípios não se aplicam numa lógica de “tudo ou nada”, antes valem gradativamente e de forma coordenada com os demais elementos do sistema jurídico, nomeadamente com os outros princípios, incluindo os com eles potencialmente contraditórios.

---

2.ª ed. do original alemão, de 1983, Lisboa, Gulbenkian, 1989, p. 80); ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO toma como objeto de um parágrafo de um dos volumes do seu *Tratado de Direito Civil Português* dedicados ao Direito das Obrigações a construção de princípios específicos do subramo do Direito em causa, enunciando apenas a relatividade, a tutela do devedor, a irrenunciabilidade antecipada aos direitos e a causalidade (*Tratado de Direito Civil Português II Direito das Obrigações*, tomo I, Coimbra, Almedina, 2009, pp. 55 e ss.).

<sup>5</sup> *La Règle Morale dans les Obligations Civiles*, Paris, L.G.D.J., 1949, pp. 105 e ss.

<sup>6</sup> Uso a expressão “vontade das partes” por comodidade de linguagem, não visando tomar posição quanto ao papel da vontade nos negócios jurídicos.





Assim, da afirmação da vigência de um princípio do equilíbrio contratual não se deve retirar que todas prestações nos contratos comutativos devem ser equilibradas, mas apenas que na solução das perturbações surgidas na execução desses contratos há que ter em conta, entre outros elementos do sistema, esse princípio.

### 3. Bases legais do princípio do equilíbrio contratual no direito português vigente

Para quem estranhe a minha afirmação da vigência de um princípio do equilíbrio contratual ou ache excessivo o relevo que lhe atribuo, lembro – bem sabendo que todos os que me ouvem os conhecem – os seguintes preceitos legais, que são as principais bases (embora não únicas) da sua indução:

- Art. 237 CC, segunda parte: em caso de dúvida sobre o sentido dos negócios onerosos, prevalece “o que conduzir ao maior equilíbrio das prestações”;
- Art. 239 CC, parte final: na “integração dos negócios jurídicos”<sup>7</sup>, *os ditames da boa fé* prevalecem sobre a vontade que as partes teriam tido se houvessem previsto o ponto omissis;
- Art. 437 CC: quando as circunstâncias em que as partes fundam a decisão de contratar sofrem uma alteração anormal e *a exigência das obrigações* por ela assumidas *afete gravemente os princípios da boa-fé*, a parte lesada tem direito à resolução ou à modificação do contrato segundo *juízos de equidade* (desde que os efeitos da alteração não estejam incluídos nos riscos próprios do contrato<sup>8</sup>);

<sup>7</sup> Sobre a ideia de “integração dos negócios jurídicos”, v. RUI PINTO DUARTE, *Tipicidade e Atipicidade dos Contratos*, Coimbra, Almedina, 2000, pp. 139 e 140, texto e notas.

<sup>8</sup> Não é claro a que se referem as palavras “não esteja coberta pelos riscos próprios do contrato”. Na aparência seria à exigência das obrigações assumidas pela parte lesada (e assim o entende implicitamente ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO numa das formulações que usa - v. *Da Alteração das Circunstâncias*, in *Estudos em Memória do Professor Doutor Paulo Cunha*, Lisboa, 1989, p. 357, e *Tratado de Direito Civil Português II Direito das Obrigações*, tomo IV, Coimbra, Almedina, 2010, p. 325). No entanto, os autores, incluindo MENEZES CORDEIRO, apontam mais frequentemente como tal a alteração das circunstâncias. Valham como exemplos as seguintes afirmações: “A alteração diz-se anormal quando dela resulte um agravamento da obrigação assumida por uma das partes, que não esteja coberta pelo risco próprio do negócio (...)” (LUÍS A. CARVALHO FERNANDES, *Teoria Geral do Direito Civil*, 5.ª ed., vol. II, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2010, p. 478); “O art. 437.º/1, põe ainda, numa delimitação negativa aparente, que a alteração verificada não esteja coberta pelos riscos próprios do contrato” (ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Da Boa Fé no Direito Civil*, vol. II, Coimbra, Almedina, 1984, p. 1107); “Segundo o artigo 437.º/1, só há lugar ao esquema da alteração de circunstâncias quando esta “... não esteja coberta pelos riscos próprios do contrato” (ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Da Alteração das Circunstâncias*, in *Estudos em Memória do Professor Doutor Paulo Cunha*, Lisboa, 1989, p. 332 e *Tratado de Direito*



- Arts. 282 e 283 CC: são anuláveis ou alteráveis os negócios em que uma das partes tenha obtido, para si ou para terceiro, a promessa ou a concessão de “*benefícios excessivos ou injustificados*”, sempre que essa obtenção tenha resultado da exploração de situações de necessidade, inexperiência, ligeireza, dependência, estado mental ou fraqueza de carácter da outra parte;
- Art. 812 CC: “a cláusula penal pode ser reduzida pelo tribunal, de acordo com a equidade, quando for manifestamente excessiva, ainda que por causa superveniente”;
- Art. 1146 CC: as taxas de juros estipuladas para remunerar mútuos civis e as cláusulas penais relativas à mora no reembolso de tais mútuos têm limites, considerando-se as que os excedam reduzidas a esses limites;
- Art. 559-A CC: os referidos limites à liberdade de estipulação de juros nos mútuos civis aplicam-se a “toda a estipulação de juros ou quaisquer outras vantagens em negócios ou atos de concessão, outorga, renovação, desconto ou prorrogação do prazo de pagamento de um crédito e em outros análogos”;
- Art. 7.º, n.º 2, do Dec.-Lei 344/78, de 17 de Novembro: as cláusulas penais relativas à mora em operações bancárias ativas têm limites, considerando-se as que os excedam reduzidas a esses limites;
- Art. 28 do Dec.-Lei 133/2009, de 2 de Junho: as taxas de juros estipuladas para remunerar crédito ao consumo têm limites, considerando-se as que os excedam reduzidas a esses limites;
- Art. 1040 CC: “se, por motivo não atinente à sua pessoa ou à dos seus familiares, o locatário sofrer *privação ou diminuição do gozo da coisa locada*, haverá lugar a uma *redução de renda ou aluguer proporcional* ao tempo da privação ou diminuição e à extensão desta (...)”;
- Art.19, alíneas b, c), f), g) e h), do diploma que regula as cláusulas contratuais gerais e os contratos de adesão (Dec.-Lei 446/85, de 25 de outubro): nas relações entre empresários ou

---

*Civil Português II Direito das Obrigações, tomo IV*, Coimbra, Almedina, 2010, p. 297); “O artigo 437.º, n.º 1 do Código Civil, ao afastar da sua disciplina os casos em que a alteração das circunstâncias “esteja coberta pelos riscos próprios do contrato” (...)” (PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *Teoria Geral do Direito Civil*, 6.ª ed., Coimbra, Almedina, 2010, p. 370).

No seu texto *Crise Financeira Mundial e Alteração das Circunstâncias: Contratos de Depósito vs. Contratos de Gestão de Carteiras*, in *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 69, III/IV, Jul./Dez. 2009, a vários títulos relevante para o tema desta intervenção, MANUEL CARNEIRO DA FRADA, ao sistematizar os elementos da previsão do n.º 1 do art. 437, começa por usar as fórmula “(...) uma alteração (...) não coberta (...)” (p. 681), mas adiante escreve: “Nestes contratos, presente uma alteração anormal das circunstâncias, cabe ao banco que dela se queira prevalecer junto dos seus clientes demonstrar que as consequências da actual crise financeira não estavam cobertas (...) (p. 684). Creio que, atendendo à razão de ser da restrição, o mais rigoroso é, como faço no texto, à semelhança de MANUEL CARNEIRO DA FRADA no segundo trecho citado, considerar que a mesma consiste em os *efeitos da alteração* estarem incluídos nos riscos próprios do contrato.



entidades equiparadas, são proibidas, “consoante o quadro negocial padronizado”, as cláusulas gerais que “estabeleçam, a favor de quem as predisponha, *prazos excessivos* para o cumprimento, sem mora, das obrigações assumidas”, “consagrem cláusulas penais *desproporcionadas* aos danos a ressarcir”, “coloquem na disponibilidade de uma das partes a possibilidade de denúncia imediata ou com pré-aviso insuficiente, *sem compensação adequada*, do contrato, quando este tenha exigido à contraparte investimentos ou outros dispêndios consideráveis” e “consagrem, a favor de quem as predisponha, a faculdade de modificar as prestações *sem compensação correspondente* às alterações de valor verificadas”;

- Art. 22, n.º 1, alíneas d), e) e m), do diploma que regula as cláusulas contratuais gerais e os contratos de adesão (Dec.-Lei 446/85, de 25 de outubro): nas relações com consumidores finais, são proibidas, “consoante o quadro negocial padronizado”, as cláusulas gerais que “estipulem a fixação do preço de bens na data da entrega, sem que se dê à contraparte o direito a resolver o contrato, se o preço final for *excessivamente elevado* em relação ao valor subjacente às negociações”, as que “permitam elevações de preços, em contratos de prestações sucessivas, dentro de prazos manifestamente curtos, ou, para além desse limite, *elevações exageradas (...)*” e as que “estabeleçam garantias *demasiado elevadas* ou *excessivamente onerosas* em face do valor a assegurar”.

#### 4. Tipificação de situações de fixação ou alteração unilateral de obrigações contratuais

A possibilidade de fixação ou alteração unilateral de obrigações contratuais, não correspondendo à regra-base, é tão velha quanto os contratos. Lembro as seguintes situações-tipo, que vão servir de base à continuação das minhas considerações:

- A determinação da prestação ficar a cargo da parte devedora;
- As cláusulas de indexação de preço;
- A modificação ou resolução do contrato em resultado da alteração de circunstâncias.



## 5. A possibilidade de a determinação da prestação ficar a cargo de uma parte

A possibilidade de a determinação da prestação ficar a cargo da parte devedora resulta claramente do art. 400, n.º 1, CC: “a determinação da prestação pode ser confiada a uma ou outra das partes (...)”<sup>9</sup>.

Além disso, são de lembrar as várias normas que dão às partes a faculdade de se desviarem por decisão unilateral dos exatos termos do programa contratual (*ius variandi*). Sirvam como exemplos significativos:

- “O mandatário pode deixar de executar o mandato ou afastar-se das instruções recebidas, quando seja razoável supor que o mandante aprovaria a sua conduta, se conhecesse certas circunstâncias que não foi possível comunicar-lhe em tempo útil” (art. 1162 CC);
- “O dono da obra pode exigir que sejam feitas alterações ao plano convencionado, desde que o seu valor não exceda a quinta parte do preço estipulado e não haja modificação da natureza da obra” (art. 1216 CC);
- “O depositário pode guardar a coisa de modo diverso do convencionado, quando haja razões para supor que o depositante aprovaria a alteração, se conhecesse as circunstâncias que a fundamentam (...)” (art. 1190 CC);
- A aplicação, com as necessárias adaptações, às modalidades de prestação de serviço não reguladas especialmente pela lei da regra relativa ao mandato acima evocada (art. 1156 CC);
- Nos contratos sujeitos ao regime das cláusulas contratuais gerais e dos contratos de adesão, a proibição, nas relações com consumidores finais, «consoante o quadro negocial padronizado», das cláusulas gerais que atribuam a quem as predisponha o direito de alterar unilateralmente os termos do contrato, exceto se existir razão atendível que as partes tenham convencionado (art. 22, n.º 1, alínea c), do Dec.-Lei 446/85, de 25 de outubro).

Especificamente no respeitante a contratos de prestação de serviços financeiros a consumidores sujeitos ao regime das cláusulas contratuais gerais e dos contratos de adesão, é de lembrar a regra especial que determina que a proibição de cláusulas que atribuam a quem as predisponha o direito de alterar unilateralmente os termos do contrato (exceto se existir razão atendível que as partes tenham convencionado) não determina a proibição das cláusulas que concedam “ao fornecedor de serviços financeiros o direito de alterar a taxa de juro ou o montante de quaisquer encargos aplicáveis, desde que correspondam a variações de mercado e sejam comunicadas

<sup>9</sup> Sem prejuízo de ter de obedecer a um critério, não podendo ser deixada ao arbítrio da parte.



de imediato, por escrito, à contraparte, podendo esta resolver o contrato com fundamento na mencionada alteração” (art. 22, n.º 2, alínea a) do Dec. Lei 446/85, de 25 de outubro)<sup>10</sup>.

A este respeito, chamo a atenção para que, por circular de 17.5.2011 (com o n.º 32/2011/DSC), o Banco de Portugal estabeleceu orientações<sup>11</sup> a seguir pelas instituições de crédito na redação de cláusulas que lhes permitam “alterar unilateralmente as condições acordadas, nomeadamente a taxa de juro ou o montante de outros encargos aplicáveis”.

Entre essas orientações, destaco:

1.1. “Nos casos em que o contrato de crédito preveja factos que consubstanciam “razão atendível” à luz do disposto na alínea c) do n.º 1 do artigo 22.º do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro, ou que correspondam a “variações de mercado” para os efeitos previstos na alínea a) do n.º 2 do artigo 22.º daquele diploma, as instituições de crédito devem concretizar com detalhe suficiente tais factos.

1.2. Os factos especificados no contrato devem:

- a) Ser externos ou alheios à instituição de crédito, devendo situar-se fora da sua esfera de influência, actuação ou controlo; e
- b) Ser relevantes, excepcionais e ter subjacente um motivo ponderoso fundado em juízo ou critério objectivo.

1.3. As instituições de crédito devem estabelecer um prazo razoável para que o consumidor possa exercer o seu direito de resolução do contrato de crédito.

(...)

O Banco de Portugal entende que esse prazo não deverá ser inferior a 90 dias.

(...)

1.5. A cláusula que permite a alteração unilateral da taxa de juro ou de outros encargos deve prever a reversão das alterações quando e na medida em que os factos que as tenham justificado deixem de se verificar e estabelecer os procedimentos necessários para a respectiva produção de efeitos.

2. A alteração unilateral da taxa de juro ou de outros encargos de contratos de crédito.

2.1. Princípios

<sup>10</sup> Sobre a matéria, entre a vária bibliografia portuguesa pertinente, merece destaque ANDRÉ FIGUEIREDO, *O Poder de Alteração Unilateral nos Contratos Bancários*, in *Sub Judice* n.º 39, 2007 Abril-Junho 2007, pp. 9 e ss., em especial pp. 15 e ss.

<sup>11</sup> Sobre o valor e a natureza dos regulamentos do Banco de Portugal de que são destinatárias as entidades sujeitas à sua supervisão, v. FERNANDO CONCEIÇÃO NUNES, *Direito Bancário*, vol. I, Lisboa, AAFDL, 1994, pp. 77 e ss.



Nas situações em que, de acordo com o disposto na lei e no contrato de crédito, as instituições de crédito estejam legitimadas a alterar a taxa de juro ou outros encargos de contratos de crédito, o exercício dessa faculdade deve:

- a) Assentar numa relação de causalidade entre o evento invocado como razão atendível e o teor e alcance da alteração que a instituição de crédito pretende introduzir;
  - b) Obedecer ao princípio da proporcionalidade, evitando a criação de desequilíbrio injustificado na relação contratual.
- (...)”

## 6. As cláusulas de indexação de preço

No que toca às cláusulas de indexação de preço (entendendo por tal a definição indireta do preço por meio da sua ligação a outro valor), começo por notar que a sua admissibilidade resulta do próprio princípio da liberdade contratual.

Em segundo lugar lembro alguns dos casos em que lei, de modo direto ou indireto, as admite:

- “Se o preço não estiver fixado por entidade pública, e as partes não o determinarem nem convencionarem o modo de ele ser determinado, vale como preço contratual o que o vendedor normalmente praticar à data da conclusão do contrato ou, na falta dele, o do mercado ou bolsa no momento do contrato e no lugar em que o comprador deva cumprir (...)” – regra esta aplicável à compra e venda e à empreitada (arts. 883 e 1211, n.º 1, CC);
- “Pode convencionar-se que o preço da coisa venha a tornar-se certo por qualquer meio, que desde logo ficará estabelecido (...)” (art. 466 CCom);
- “Se o mandato for oneroso, a medida da retribuição, não havendo ajuste entre as partes, é determinada pelas tarifas profissionais (...) – regra esta também aplicável, com as necessárias adaptações, às modalidades de prestação de serviço não especialmente reguladas pela lei (arts. 1158, n.º 2, e 1156 CC);
- Nos contratos sujeitos ao regime das cláusulas contratuais gerais e dos contratos de adesão, as proibições, nas relações com consumidores finais, de cláusulas que atribuam a quem as predisponha o direito de alterar unilateralmente os termos do contrato (exceto se existir razão atendível que as partes tenham convencionado) e de cláusulas que estipulem a fixação do preço de bens na data da entrega, sem que se dê à contraparte o direito a resolver o contrato (se o preço final for excessivamente elevado em relação ao valor subjacente às



negociações), não implicam «a proibição das cláusulas de indexação, quando o seu emprego se mostre compatível com o tipo contratual onde se encontram inseridas e o mecanismo de variação do preço esteja explicitamente descrito» (art. 22, n.º 4, do Dec. Lei 446/85, de 25 de outubro).

Também a este respeito é de chamar a atenção para regras impostas pelo Banco de Portugal às instituições de crédito, mais precisamente para uma carta de 20.5.2011, na qual a entidade de supervisão em causa, em complemento da sua circular de 17.5.2011 atrás referida, estabeleceu:

“A utilização de indexantes em operações de crédito à habitação e de crédito aos consumidores sujeitas ao regime de taxa variável deve, na perspectiva deste Banco, obedecer aos seguintes princípios:

- a) Objectividade: o indexante deve ser determinado com recurso a uma metodologia objectiva, consistente e clara;
- b) Confiança: o indexante deve ser determinado por uma entidade independente ou por conjunto alargado de entidades de forma credível, transparente e imparcial;
- c) Transparência: o indexante deve ser amplamente divulgado, através de meios que possibilitem que o cliente possa facilmente aceder, de forma directa e gratuita, a informação sobre o indexante, permitindo-lhe acompanhar a sua evolução ao longo da vigência do contrato;
- d) Actualidade: o indexante deve ser revisto com a periodicidade do prazo a que se reporta, devendo essa revisão reflectir as alterações das condições de mercado de forma adequada e imediata;
- e) Adequação: o indexante deve estar associado a uma determinada variável financeira que seja adequada às características do produto em causa”.

## **7. Considerações sobre o regime da alteração de circunstâncias, em especial sobre se uma alteração legislativa pode ser considerada como tal**

Recapitulando, para efeitos de enquadramento, o difícil e discutido regime da alteração de circunstâncias, direi que as faculdades de resolução ou modificação unilateral por ele conferidas dependem de:

- Um pressuposto: as partes terem baseado a decisão de contratar em certas circunstâncias;
- Dois requisitos positivos: uma alteração anormal (*isto é, imprevisível*) de uma circunstância relevante e uma lesão (*não só danos, mas também riscos e sacrifícios*) grave (*isto é, “considerável” ou “descomunal”*);



- Um requisito negativo: os *efeitos da alteração* não estarem incluídos nos riscos próprios do contrato (*isto é, no programa contratual*)<sup>12</sup>.

*Para efeitos de obter respostas às perguntas que servem de mote a esta intervenção, interessa especialmente a questão de saber se uma alteração legislativa pode ser considerada uma alteração de circunstâncias.*

A resposta doutrinária e jurisprudencial é inequivocamente afirmativa. No primeiro campo, podem citar-se I. Galvão Telles<sup>13</sup>, Pires de Lima e Antunes Varela<sup>14</sup>, Menezes Cordeiro<sup>15</sup> e Menezes Leitão<sup>16</sup>.

Pela sua pertinência, vale a pena citar as seguintes palavras de I. Galvão Telles, inseridas na sua explicação do que são as circunstâncias em que as partes fundam a sua decisão de contratar: “Trata-se de realidades concretas de que as partes não tiveram consciência, pois nem sequer pensaram nelas, dando-as como pressupostas (exemplo: manutenção da legislação ou do sistema económico)”<sup>17</sup>.

No campo da jurisprudência, podem referir-se os acórdãos do STJ de 6.4.78<sup>18</sup> e de 12.3.81<sup>19</sup> – ambos proferidos a propósito do Dec. Lei 445/74, de 12 de Setembro. Quer num quer noutro, o STJ considerou que tal diploma legal representou “uma alteração imprevista e anormal das circunstâncias em que as partes fundaram a decisão de contratar”.

Vale a pena ainda acrescentar que o próprio legislador português já chegou a qualificar a entrada em vigor de uma lei sua como alteração anormal de circunstâncias, relevante para efeito de resolução de contratos-promessa de compra e venda. Foi o que aconteceu no art. 6.º da Lei 55/79, de 15 de Setembro, que introduziu limitações (entretanto revogadas) ao direito de denúncia do arrendamento para habitação própria do senhorio.

---

<sup>12</sup> V. *supra*, nota 8.

<sup>13</sup> *Manual dos Contratos em Geral*, 4.ª ed. Coimbra, Coimbra Editora, 2002, p. 344.

<sup>14</sup> *Código Civil Anotado*, vol. I 4.ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 1987, p. 415.

<sup>15</sup> *Da Boa Fé no Direito Civil*, vol. II, Coimbra, Almedina, 1984, pp. 930 e 931.

<sup>16</sup> *Direito das Obrigações*, vol. II, 8.ª ed., Coimbra, Almedina, 2011, p. 140.

<sup>17</sup> Ob. cit., p. 344.

<sup>18</sup> BMJ n.º 276, Maio 1978, pp. 253 e ss.

<sup>19</sup> BMJ n.º 305, Abril 1981, pp. 276 e ss.





Parece, pois, claro que o ordenamento jurídico português oferece aos contraentes prejudicados de modo grave por alterações legislativas um meio de reporem os equilíbrios iniciais dos seus contratos<sup>20</sup>. No entanto, esse meio, pelo seu *modus operandi*, não será socialmente eficiente se as situações em que seja necessário repor equilíbrios contratuais se massificarem. Verificando-se isso, só o legislador disporá de recursos para responder às necessidades sociais.

---

<sup>20</sup> Nesse sentido, v. o citado texto de MANUEL CARNEIRO DA FRADA, *Crise Financeira Mundial e Alteração das Circunstâncias: Contratos de Depósito vs. Contratos de Gestão de Carteiras*, in *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 69, III/IV, Jul./Dez. 2009, em especial pp. 691 e ss.



**Título: Jurisdição da Família e das Crianças.  
Jurisdição Civil, Processual Civil e Comercial..  
Ações de formação – 2011-2012. Textos  
dispersos**

Ano de Publicação: 2013

ISBN: 978-972-9122-42-2

Série: Formação Contínua

Edição: Centro de Estudos Judiciários

Largo do Limoeiro

1149-048 Lisboa

[cej@mail.cej.mj.pt](mailto:cej@mail.cej.mj.pt)