

Interesse da criança e ética de cuidado

1 de Junho de 2021



Por Maria Clara Sottomayor
Juíza Conselheira do Supremo Tribunal de Justiça
Doutorada em Direito Civil pela Universidade Católica
Portuguesa

O primado do interesse das crianças constitui um princípio fundamental de Direito da Família e das Crianças consagrado no Direito Internacional (artigo 3.º da Convenção das Nações Unidas sobre os direitos das crianças) e no Direito da União Europeia (artigo 24.º, n.º 2, da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia).

A legislação nacional, relativa aos direitos das crianças e dos jovens, estabelece que todas as decisões judiciais respeitantes ao destino ou projeto de vida das crianças e dos jovens, devem ter em conta, como critério primordial, os seus direitos e interesses. A Constituição, apesar de não lhe fazer referência expressa, consagra direitos fundamentais específicos das crianças, designadamente o direito da criança ao desenvolvimento integral, onde se insere o direito à manutenção das suas relações afetivas profundas (artigo 69.º, n.º 1, da CRP). Segundo os dados da psicologia, as crianças são pessoas em desenvolvimento, que passam por várias fases de crescimento, em que vão adquirindo progressivamente capacidades físicas, psíquicas, volitivas e intelectuais. Para ultrapassarem com sucesso cada etapa de desenvolvimento e os desafios que lhes são inerentes, as crianças precisam de ter vínculos afetivos seguros com os seus pais ou figuras de referência, que podem não ser os seus progenitores biológicos.

O interesse da criança tem sido o critério fundamental para tomar decisões que dizem respeito à sua guarda, projeto de vida, saúde, educação e regime de convívios em situação de divórcio dos pais. Trata-se de um conceito indeterminado, técnica legislativa que visa adequar o direito às circunstâncias do caso concreto e às características e necessidades afetivas e educativas de cada criança.

O legislador não se comprometeu com qualquer ideologia ou corrente científica acerca do desenvolvimento das crianças, remetendo para o julgador a prerrogativa de analisar os factos de caso concreto e decidir com base numa apreciação individualizada. Foi sempre este o objetivo da utilização dos conceitos indeterminados e cláusulas gerais em questões de direito da família. A lei pretendeu permitir aos juízes, devido à proximidade em relação às situações em julgamento, uma decisão casuística e ajustada aos factos. Todavia, os conceitos indeterminados, em especial o conceito civilístico de “*interesse do menor*”, acabam por atribuir poderes quase discricionários a quem tem de julgar, abrindo a porta à “*subjetividade judiciária*” e à falta de transparência na fundamentação das decisões judiciais. É que o carácter vago e aberto do conceito, juntamente com a sua força apelativa e simbólica, permite, na prática, sustentar qualquer decisão, mesmo que imbuída de preconceitos e destinada a favorecer os interesses dos pais ou de um deles, colocando na sombra os interesses dos filhos.

Mas, a indeterminação do conceito de interesse da criança tem a vantagem de abrir a porta a sentimentos de humanidade e de empatia com as crianças, estes sim, desejáveis, por permitirem a percepção da perspectiva da criança e das suas necessidades. Como diz Carbonnier¹, os Tribunais de Família “*têm de decidir de acordo com a sensibilidade*”, “*(...) o coração deve ter o seu lugar na aplicação do direito com o mesmo título da razão. Trata-se de um novo campo a investigar: a lógica do coração*”.

O Direito da Família e das Crianças sempre foi um ramo do direito altamente permeável às crenças da sociedade quanto aos papéis de género, às religiões e a alterações políticas. Só o sistema constitucional dos direitos fundamentais da pessoa humana transforma o Direito da Família e das Crianças num espaço de igualdade, liberdade e responsabilidade. Neste espaço, as crianças e os jovens são sujeitos de direito e deixam de ser vistos como incapazes de agir ou de exercer os seus direitos, mas como pessoas, titulares de direitos fundamentais. As mais recentes reformas dos códigos civis na Europa orientaram-se por um princípio geral de capacidade natural dos menores, de acordo com as faculdades físicas, intelectuais e volitivas presentes em cada fase ou etapa de desenvolvimento.

Os direitos das crianças, apesar de integrarem o capítulo dos direitos e deveres económicos, sociais e culturais (artigo 69º da CRP), constituem direitos fundamentais análogos aos direitos, liberdades e garantias (artigo 17º da CRP). Em caso de conflito entre o interesse da criança e os direitos dos pais, estes não se podem sobrepor à preservação da saúde mental e da integridade emocional da criança. Não existe um direito à criança, mas um conjunto de deveres dirigidos à promoção do desenvolvimento das crianças nas suas múltiplas dimensões.

A Convenção sobre os Direitos da Crianças das Nações Unidas, no artigo 12.º, reconhece pela primeira vez às crianças espaços de autodeterminação e direitos de participação nas decisões que lhes dizem respeito, sobretudo, na esfera pessoal e das relações familiares. As crianças têm direito a que sejam considerados, em todas as decisões que lhes dizem respeito, a sua opinião e sentimentos.

Na relação com os pais, os filhos menores deixam de estar sujeitos ao “poder paternal” enquanto dever de obediência a uma autoridade hierarquicamente superior, para serem tratados pela lei como pessoas por cujo desenvolvimento os pais são responsáveis,

¹ Carbonnier, Jean, «Les Notions a Contenu Variable dans le Droit Français de la Famille», in *Les Notions a Contenu Variable en Droit*, Études publiées par Chaïn Perelman et Raymond Vander Elst, Bruxelles, 1984, pp. 110-111.

constituindo a parentalidade não uma relação de poder, mas uma relação afetiva modelada por deveres recíprocos de respeito, auxílio e assistência (artigo 1874.º do Código Civil), em que as crianças têm voz nos assuntos familiares (artigo 1901.º, n.º 3, do Código Civil) e gozam de uma autonomia condicente com a sua idade e maturidade (artigo 1878.º, n.º 2, 2.ª parte, do Código Civil). Este modelo de família impõe aos pais um dever positivo de respeito pela personalidade dos filhos, pelas especificidades do seu temperamento e maneira de ser, permitindo às crianças desenvolverem espírito crítico e serem elas próprias. A lei reconhece, assim, os dados da psicologia e da antropologia, de acordo com os quais as crianças não são seres passivos e irracionais, mas seres em desenvolvimento, que contribuem de forma ativa para a construção das normas educativas e sociais que orientam a sua vida.

A definição do interesse da criança, de acordo com a sua vontade e sentimentos, tem-se revelado uma tarefa difícil para os tribunais, devido à pouca empatia com o sofrimento das crianças, à falta de apoio especializado durante a audição, e a uma insuficiente compreensão das necessidades específicas das crianças, da sua linguagem própria, ritmo de pensamento e expressão.

Na prática, os tribunais fazem coincidir o interesse abstrato da generalidade das crianças com a premissa segundo a qual estas têm direito a conviver e a serem educadas por ambos os pais biológicos, sendo esta premissa de tal forma forte no plano simbólico e das crenças, que, por vezes, se sobrepõe ao interesse de cada criança nas suas circunstâncias e contextos vivenciais concretos. Este processo de abstração do conceito de interesse da criança surge como particularmente visível na prevalência atribuída ao vínculo biológico de parentalidade, quando este não coincide com o vínculo afetivo, e na imposição da residência alternada das crianças com ambos os pais depois do divórcio, mesmo em situações de perigo. A romantização dos vínculos biológicos e da família pós-divórcio ainda continua a ser o pano de fundo de muitas decisões judiciais, sociais ou administrativas tomadas em relação às crianças.

O Direito da Família e das Crianças está assim repleto de interpretações da noção de interesse da criança contrárias ao seu bem-estar psíquico e dominadas pelos interesses dos adultos, como a recusa em ouvir as crianças nos processos judiciais que lhes dizem respeito, a aplicação da guarda conjunta em situações de violência doméstica, a imposição de visitas da criança a progenitores com quem não têm laços afetivos ou que a maltratam.

A importância das decisões relativas às crianças exige a densificação do conceito de interesse da criança, subdividindo-o em critérios específicos e suscetíveis de prova em

tribunal. Nesta sede, para dirimir conflitos entre progenitores quanto à guarda das crianças, depois de uma separação ou divórcio, tenho proposto a regra da pessoa de referência.

Nos processos litigiosos de regulação das responsabilidades parentais, em casos de divórcio, os tribunais já desenvolveram a aplicação do critério da pessoa de referência, destinado a determinar qual dos pais presta, de forma predominante, os cuidados quotidianos aos filhos, por exemplo, o ato de deitar a criança à noite e de a levantar de manhã, de tratar da sua alimentação, higiene, vestuário e saúde, de lhe prestar assistência na doença, de lhe ensinar regras de etiqueta, de zelar pela sua educação escolar, social e moral, de organizar a sua vida social, a prática de desporto e o convívio com outras crianças ou atividades lúdicas². No caso de filhos adolescentes, importa determinar, por exemplo, qual dos pais acompanha emocionalmente o/a jovem, se apercebe melhor das suas mudanças de humor e dos seus problemas, com quem se sente o/a jovem mais confortável a fazer confidências.

Em contexto de conflito parental, a regra da figura primária de referência consiste num critério funcional e prático, demonstrável com segurança através dos meios probatórios tradicionais (prova testemunhal e documental acerca de qual dos pais cuidou predominantemente dos filhos, na constância do casamento, desde o seu nascimento), e que permite evitar processos judiciais morosos e causadores de muito sofrimento para as crianças. A prova destes atos de cuidado, no dia-a-dia, desde o nascimento das crianças, permite presumir a existência de uma relação afetiva recíproca intensa entre a pessoa de referência e a criança. Este critério tem a virtualidade de ser aplicado também em situações de conflito entre os pais biológicos e uma terceira pessoa que assumiu com continuidade, em substituição daqueles, a sua guarda de facto ou de direito.

A titularidade das responsabilidades parentais, como efeito da filiação, resulta, em regra, da verdade biológica e pertence sempre e apenas às pessoas que têm, perante a lei,

² Cfr. Sottomayor, Maria Clara, *Regulação do exercício das responsabilidades parentais nos casos de divórcio*, 7.^a edição, Almedina, Coimbra, 2021, pp. 76-82. Pode causar estranheza que, quando os pais viveram juntos como casal, seja necessário escolher um deles e que a divisão de tarefas entre ambos tenha sido desigual de forma a ter por consequência que um deles assumiu, em termos predominantes ou exclusivos, os cuidados prestados aos filhos. Todavia, a análise empírica da realidade permite-nos ter conhecimento que, em regra, num casal, são as mulheres que executam a maioria dos cuidados aos filhos, sobretudo quando estes são de tenra idade. Os casos de igualdade de facto na responsabilidade quotidiana pelo cuidado dos filhos/as são raros, por força dos padrões de divisão de tarefas praticados pelos pais, durante a constância do casamento ou da união de facto. O critério da pessoa de referência é, contudo, um critério neutro em relação ao género, permitindo que quando a sociedade evoluir para um papel dos homens como cuidadores primários dos seus filhos, sejam também eles a pessoa de referência dos seus filhos a obter a guarda, nos casos de litígio judicial.

a qualidade jurídica de pai e de mãe. Já o exercício das responsabilidades parentais, enquanto desempenho efetivo de prestação de cuidados e de responsabilidades educativas e financeiras (artigos 1878º e 1885º, ambos do Código Civil), pode ser atribuído, por decisão judicial, a terceiras pessoas (artigos 1907º, 1918º e 1919º, todos do Código Civil). A lei, conhecedora da realidade de pais que abandonam e maltratam os filhos ou que não têm capacidade parental, ainda que sem culpa sua, para deles cuidar, admite que a procriação biológica não coincide sempre com capacidade parental, amor e responsabilidade, e fornece, para proteger as crianças, várias figuras jurídicas que permitem que aquelas sejam educadas ou cuidadas e protegidas por terceiras pessoas: as limitações e inibições ao exercício das responsabilidades parentais (artigos 1915º e 1918º); as medidas de proteção de confiança a pessoa idónea ou a família de acolhimento (artigo 35º, alíneas *c*) e *e*), da LPCJP); a medida de proteção de confiança judicial com vista a futura adoção (artigos 35º, al. *g*), da LPCJP e 1978º do Código Civil); a tutela (artigos 1921º e ss.); o apadrinhamento civil (Lei n.º 103/2009, de 11 de setembro). Por último, o instituto da adoção, que implica a extinção da relação jurídica da criança com a família biológica e a sua integração como filha na família adotiva (artigo 1986º, nº 1), bem como a elaboração de um novo assento de nascimento que inclua a adoção e a alteração do nome e apelidos da pessoa adotada (artigo 123º, nº 1, do CRC).

A relação afetiva é o critério que define a natureza e a qualidade dos vínculos das crianças com os pais ou com terceiras pessoas que delas cuidam no dia-a-dia e com quem constroem um vínculo semelhante à filiação.

O afeto ou a relação afetiva são conceitos jurídicos, desde logo porque consagrados na lei e objeto de apreciação e aplicação pelos tribunais. A lei de proteção de crianças em perigo contém uma noção de perigo, no artigo 3º, que abrange a criança que não recebe os cuidados e a *afeição* adequados à sua idade. Considerando que a criança está em perigo, se não recebe cuidados e afeição, a lei remete para os dados científicos que demonstram que a continuidade da relação afetiva da criança com os seus cuidadores é o aspeto mais importante no seu processo de desenvolvimento. Este conceito de afeição remete para o que resulta das regras de experiência e da vida corrente das pessoas e das famílias, sendo um conceito cujo conhecimento é acessível à generalidade das pessoas e, portanto, também dos juristas.

A LPCJP consagrou também o princípio fundamental do superior interesse da criança no seu artigo 4.º, al. *a*), nos termos do qual «*A intervenção para a promoção dos direitos e proteção da criança e do jovem em perigo obedece aos seguintes princípios:*

a) Interesse superior da criança e do jovem - a intervenção deve atender prioritariamente aos interesses e direitos da criança e do jovem, nomeadamente à continuidade de relações de afeto de qualidade e significativas, sem prejuízo da consideração que for devida a outros interesses legítimos no âmbito da pluralidade dos interesses presentes no caso concreto» (realce nosso). Este princípio é aplicável a todos os processos tutelares cíveis, por força do artigo 4.º, n.º 1, do RGPTC (Regime Geral dos Processos Tutelares Cíveis) – Lei n.º142/2015, de 8-09) e tem sido reafirmado e desenvolvido pela jurisprudência (cfr., entre outros, Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 09-02-2021, proc. n.º 211/20).

A LPCJP, de acordo com as alterações introduzidas pela Lei n.º 142/2015, de 08-09, estabelece no artigo 3.º, n.º 2, al. d) que se considera que a criança ou o jovem está em perigo quando, designadamente, *«Está aos cuidados de terceiros, durante período de tempo em que se observou o estabelecimento com estes de forte relação de vinculação e em simultâneo com o não exercício pelos pais das suas funções parentais»*.

O artigo 4.º estabeleceu ainda um novo princípio de Direito das Crianças, na sua al. g), o princípio do *«Primado da continuidade das relações psicológicas profundas»*, de acordo com o qual, *«a intervenção deve respeitar o direito da criança à preservação das relações afetivas estruturantes de grande significado e de referência para o seu saudável e harmónico desenvolvimento, devendo prevalecer as medidas que garantam a continuidade de uma vinculação securizante»*. A alínea h) do mesmo preceito, que consagra o princípio da *“Prevalência da família”*, foi alterada de forma a especificar que o conceito de família aqui previsto, inclui não só a família biológica, mas a adoção ou outra forma de integração familiar estável. Estas alterações legislativas foram o resultado de uma proposta do Instituto de Apoio à Criança³, cujo objetivo foi *“(…) consagrar de forma expressa a defesa do direito fundamental da criança à continuidade das relações afetivas estruturantes e privilegiadas, contribuindo assim para a promoção do seu superior interesse, com vista ao desenvolvimento integral”*. De acordo com os conhecimentos científicos atuais, *“A criança desenvolve, assim, através das interações com as pessoas que lhe prestam cuidados, modelos internos de vinculação, ou seja, como sublinha Soares (2001), «um conjunto de conhecimentos e expectativas sobre o modo com essas figuras respondem aos seus pedidos de ajuda e protecção [...] e sobre o self, em termos do seu valor próprio (Soares, 1.2001). (...) São as relações de afecto que*

³ *O superior Interesse da Criança na perspectiva do respeito pelos seus direitos*, Instituto de Apoio à Criança, Centro de Estudos, Documentação e Informação sobre a Criança, Lisboa, 2009

garantem a segurança e os vínculos que medeiam a organização de uma arquitetura neuronal e sináptica afim daquelas relações desde os primeiros dias de vida (Gomes-Pedro, 2007)». Prossegue o documento do Instituto de Apoio à Criança, afirmando que apesar de “estes conhecimentos actuais serem pacificamente aceites, nem sempre, na aplicação ao caso concreto, assistimos a uma interpretação uniforme da lei”, e, defendendo, em consequência que “só um interpretação sistemática e teleológica nos conduz àquele direito, supra mencionado, à continuidade dos laços psicológicos estabelecidos cuja violação representa um profundo sofrimento para a criança e provoca necessariamente sérios danos para o seu integral desenvolvimento”. A proposta que veio a dar origem à lei visou, assim, “uma clarificação dos conceitos, por forma a evitar decisões fundadas em conceções divergentes sobre a mesma matéria” e para assegurar o “(...) afastamento do perigo que consiste em não garantir o respeito pelos laços afectivos profundos, comprometendo a vinculação já estabelecida”.

A ciência demonstra que a relação afetiva precoce com os pais ou figuras de referência de substituição parental promove a segurança, a proteção e a regulação emocional, marca o desenvolvimento psicológico, os sentimentos existenciais de confiança e segurança, em si próprio e no outro. A separação das crianças em relação à(s) sua(s) pessoa(s) de referência provoca-lhes sofrimento e danos psíquicos segundo a teoria da vinculação de John Bowlby e Mary Ainsworth, que, criada na década de 50 do século XX, continuou a ser desenvolvida e, apesar de conhecer algumas variações, permanece válida⁴.

A norma de direito da família (artigo 1978º do Código Civil) corrobora a tese da essencialidade da relação afetiva para o desenvolvimento infantil e para a caracterização dos vínculos de filiação. Para definir os requisitos da confiança judicial com vista a futura adoção, este preceito utiliza o conceito de vínculo afetivo, determinando que a criança pode ser encaminhada para adoção sempre que, para além das situações tipificadas no n.º 1, se encontrem «*seriamente comprometidos os vínculos afetivos próprios da filiação*». O Código Civil considera assim decisivo, para que os direitos dos progenitores biológicos sejam protegidos, a existência de vínculos afetivos próprios da filiação, isto é, abrangendo os cuidados essenciais ao desenvolvimento das crianças.

⁴ Cf. Cassidy, Judy/Shaver, Phillip (eds.), *Handbook of Attachment: Theory, Research and Clinical Applications*, 1999; Soares, Isabel (coordenação), *Relações de vinculação ao longo do desenvolvimento: Teoria e avaliação*, Braga, 2007.

Urge perguntar, portanto, como se determina em tribunal o conceito de relação afetiva. Relação afetiva pressupõe, em primeiro lugar, reciprocidade e interação gratificante. O afeto dos adultos pelas crianças, em si mesmo, não basta. O conceito de relação exige pelo menos dois sujeitos ligados por sentimentos mútuos. Ou seja, a criança tem de sentir afeto e participar com alegria e sem medo nessa relação de filiação ou semelhante à filiação.

A relação afetiva relaciona-se com a atitude de zelar pela satisfação das necessidades fundamentais das crianças (alimentação, saúde, vestuário, educação) e de criar para elas um mundo onde sejam felizes e possam viver com a descontração típica da infância: o direito a brincar, a formação escolar, intelectual e lúdica, uma vida sem violência, protegida contra todas as formas de abuso e de exploração.

O afeto é um conceito jurídico e suscetível de prova porque objetivado em atos de cuidado demonstráveis em tribunal. As crianças, sobretudo nos primeiros anos de vida, exigem um cuidado e uma atenção permanentes para satisfazer as suas necessidades de alimentação, saúde, higiene, carinho, desenvolvimento e comunicação. Cuidar de uma pessoa dependente significa amor e sacrifício, renúncia aos interesses pessoais de quem cuida, altruísmo e dedicação. O afeto nunca é apenas uma afirmação ou um sentimento. Tem de se traduzir em atos objetivos de cuidar do outro, cuja demonstração é passível de ser feita em tribunal através dos meios tradicionais de prova, designadamente, testemunhos de educadores/as e professores/as das crianças, do médico/a de família, de membros da comunidade ou da vizinhança, que conheçam a criança e a sua família.

A natureza íntima dos afetos traduz-se na dádiva do tempo à criança, e essa dimensão é objetiva e visível. Assim como é a qualidade do cuidado dos dependentes que define o grau de humanismo de uma sociedade, também é no uso dos tempos para a prestação de cuidados às crianças que reside o amor filial:

“Porque tive fome, e destes-me de comer; tive sede, e destes-me de beber; era estrangeiro, e hospedastes-me; Estava nu, e vestistes-me; adoeci, e visitastes-me; estive na prisão, e foste me ver.”

(Mateus 25:35,36)