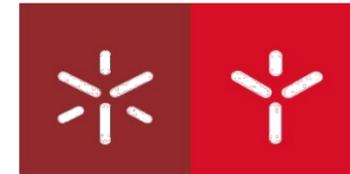




Silvia Daniela Moreira de Oliveira

O Fundo de Garantia de Alimentos Devidos a Menores
O Carácter Autónomo do *quantum* face à Obrigação do Devedor Originário

outubro de 2016



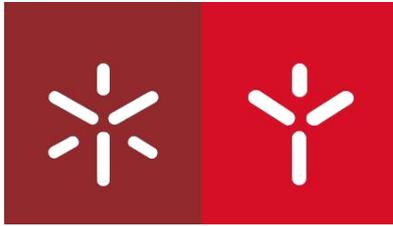
Universidade do Minho

Escola de Direito

Sílvia Daniela Moreira de Oliveira

O Fundo de Garantia de Alimentos Devidos a Menores – O Carácter Autónomo do *quantum* face à Obrigação do Devedor Originário

outubro de 2016



Universidade do Minho

Escola de Direito

Sílvia Daniela Moreira de Oliveira

**O Fundo de Garantia de Alimentos
Devidos a Menores – O Caráter
Autónomo do *quantum* face à Obrigação
do Devedor Originário**

Dissertação de Mestrado

Mestrado em Direito das Crianças, Família e Sucessões

Trabalho realizado sob a orientação da

**Professora Doutora Eva Sónia Moreira da
Silva**

outubro de 2016

DECLARAÇÃO

Nome: Sílvia Daniela Moreira de Oliveira

Título Dissertação: O Fundo de Garantia de Alimentos Devidos a Menores – O Caráter Autónomo do *quantum* face à Obrigação do Devedor Originário

Orientadora: Eva Sónia Moreira da Silva

Ano de conclusão: 2016

Designação do Mestrado: Mestrado em Direito das Crianças, Família e Sucessões

É AUTORIZADA A REPRODUÇÃO INTEGRAL DESTA TESE/TRABALHO APENAS PARA EFEITOS DE INVESTIGAÇÃO, MEDIANTE DECLARAÇÃO ESCRITA DO INTERESSADO, QUE A TAL SE COMPROMETE.

Universidade do Minho, ___/___/____

Assinatura: _____

AGRADECIMENTOS

Neste espaço dedico os meus mais sinceros agradecimentos a quem me acompanhou nesta etapa.

À minha Orientadora, Professora Doutora Eva Sónia Moreira da Silva, pelos conselhos e pela atenção dedicada, que fizeram com que este projeto acontecesse.

À Dr.^a Alexandra Oliveira Barbosa, pela compreensão face às ausências do escritório e, sobretudo, por apoiar a minha formação académica.

Aos meus pais, pelo apoio incondicional em todos os momentos, pelo esforço constante em me ajudar a concretizar os meus sonhos.

Ao Bruno, por todo o apoio e carinho, e por nunca duvidar das minhas capacidades.

Aos amigos que me acompanharam e me ajudaram, que seja assim por muito tempo.

Apoio financeiro: Direção Geral do Ensino Superior

**“O Fundo de Garantia de Alimentos Devidos a Menores – o Caráter Autônomo do
quantum face à Obrigação do Devedor Originário”**

RESUMO

A elaboração da presente dissertação representa um projeto, antes de mais, pessoal, mas sobretudo de contributo à comunidade sobre um tema em constante discussão, tanto na doutrina como na jurisprudência.

Assim, este excurso procura responder a algumas questões: qual o papel do Fundo de Garantia de Alimentos Devidos a Menores na proteção das crianças e jovens? Como se compatibiliza e se distingue da obrigação de alimentos? Enquanto prestação social, poderá revestir uma proteção distinta da obrigação do progenitor, mormente, um montante maior, à luz da Lei que a regula?

No fundo, este estudo permitirá concluir que a flexibilização é uma característica inerente ao Fundo de Garantia e, portanto, subsumindo tal autonomia às disposições que o regulam, este poderá apresentar um montante dispar dos alimentos anteriormente fixados, se as necessidades da criança assim o ditarem.

Palavras-chave: alimentos; FGADM; prestação social; autonomia.

**“Guarantee Fund for Maintenance due to Minors – The Autonomous Character of
the *quantum* in view of Primitive Debtor’s Duty”**

ABSTRACT

The elaboration of this dissertation represents a project, first personal, but rather a contribution to the community on a topic in constant discussion, both in doctrine and jurisprudence.

Thus, this excursus seeks to answer some questions: what is the role of Guarantee Fund for Maintenance due to Minors in protecting children and young people? As reconciles and is distinguished from the maintenance obligation? While social benefit, could take a distinct protection of the parent obligation, especially, a greater amount in the light of the law that regulates it?

Basically, this study will conclude that flexibility is an inherent feature of the Guarantee Fund and, thus, subsuming such autonomy provisions that regulate, it may display a disparate amount of previously set food if the needs of the child dictate.

Key Words: Maintenance; Guarantee Fund for Maintenance due to Minors; social benefit; autonomy.

ÍNDICE

Agradecimentos	iii
Resumo	v
Abstract	vii
Lista de siglas e abreviaturas	xi
Considerações Introdutórias	1
Capítulo I - A dissolução conjugal e o Superior Interesse da Criança.....	5
1. A proteção da criança ao nível Internacional e Interno	5
2. As Responsabilidades Parentais: o regime; breve resenha sobre algumas alterações	6
2.1. Da Obrigação de Alimentos por parte do Progenitor, Devedor Originário	12
2.1.1. Do incumprimento do dever de alimentos devidos a menores	16
Capítulo II - Do Fundo de Garantia de Alimentos Devidos a Menores	19
1. Âmbito Internacional.....	19
2. A Legitimidade do Estado na Proteção da Criança	20
3. O Direito da (e à) Segurança Social.....	22
4. O Regime do Fundo de Garantia de Alimentos Devidos a Menores: a Lei n.º 75/98, de 19 de novembro; o Decreto-Lei n.º 164/99, de 13 de maio.....	25
4.1. Dos Requisitos	26
4.2. Das limitações de atuação.....	28
4.3. Do Procedimento	29
4.4. A Recuperação do Montante: do Instituto da Sub-rogação	30
5. Outros Ordenamentos: breve resenha	34
5.1. O Ordenamento Espanhol.....	34
5.2. O Ordenamento Alemão	36
5.3. O Ordenamento Brasileiro	38
Capítulo III - Do Aspeto Controvertido do Montante do Fundo de Garantia de Alimentos Devidos a Menores	43
1. Da caracterização da prestação do Fundo de Garantia de Alimentos Devidos a Menores.....	43
1.1. Subsidiariedade	44
1.2. Provisoriedade	45
1.3. Proteção Específica	46
1.4. Substituição	46
1.5. Autonomia enquanto Prestação Social	47

2.	A Abordagem da Problemática do quantum: Divergência doutrinal e jurisprudencial	50
2.1.	A Tese Flexível: Fundo De Garantia com um quantum inferior, igual ou superior à Prestação Alimentícia.....	52
2.1.1.	O critério da decisão judicial anterior.....	52
2.1.2.	Das diligências probatórias.....	53
2.1.3.	Da sub-rogação.....	54
2.1.4.	Autonomia	56
2.2.	A tese Restritiva: A pensão de alimentos como limite	57
2.2.1.	Interpretação dos pressupostos.....	57
2.2.2.	Força das diligências probatórias	58
2.2.3.	Da Sub-rogação	59
2.2.4.	A provisoriedade do Fundo.....	60
2.2.5.	O princípio da igualdade.....	61
2.2.6.	Do incentivo ao incumprimento.....	61
2.2.7.	A crise económica e a sustentabilidade	62
2.2.8.	Alteração das Responsabilidades Parentais	63
2.2.9.	O próprio nome da Lei n.º 75/98.....	63
2.2.10.	Subsidiariedade e substituição	63
3.	Da fixação de Jurisprudência: o Acórdão Uniformizador do Supremo Tribunal de Justiça n.º 5/2015, de 19 de março	64
4.	A nossa posição	68
5.	A Reforma como Solução? Críticas à Lei.....	84
5.1.	Os “menores”	85
5.2.	O limite de 1 IAS por cada devedor.....	86
5.3.	Os filhos maiores	87
5.4.	As prestações de alimentos vencidas.....	88
5.5.	Possíveis concretizações: uma proposta de desjudicialização do Fundo de Garantia de Alimentos Devidos a Menores	89
	Considerações Finais	92
	Referências Bibliográficas.....	96
	Referências Jurisprudenciais	106

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

AAFDL – Associação Académica da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

AA.VV. – vários autores

Ac. – Acórdão

Art. – Artigo

BGB - *Bürgerliches Gesetzbuch*

BMJ – Boletim do Ministério da Justiça

CDC – Convenção dos Direitos da Criança

Cfr. – Conforme

CC - Código Civil

CDFUE – Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia

CE – Conselho Europeu

Coord. - coordenação

CP – Código Penal

C.P.Civ. – Código de Processo Civil

CRP – Constituição da República Portuguesa

DL – Decreto-Lei

ed. – edição

et. al. – e outros

FGAD – Fundo de Garantia de Alimentos Devidos a Menores

FGADM – Fundo de Garantia de Alimentos Devidos a Menores

IAS – Indexante de Apoio Social

IGFSS – Instituto de Gestão Financeira da Segurança Social

LPCJP – Lei de Proteção de Crianças e Jovens em Perigo

MP – Ministério Público

n.º – Número

n.ºs - Números

ob. cit. – Obra Citada

OUP – *Oxford University Press*

org. - organizadores

p. – Página

pp. – páginas

Proc. – Processo

PUF – *Presses universitaires de France*

RD – *Real Decreto*

s.l. – *sine loco*

s.n. – *sine nomine*

ss. – Seguintes

STJ – Supremo Tribunal de Justiça

T. - tomo

tb. – também

TC – Tribunal Constitucional

TJUE – Tribunal de Justiça da União Europeia

Trad. - traduzido

TRC – Tribunal da Relação de Coimbra

TRG – Tribunal da Relação de Guimarães

TRL – Tribunal da Relação de Lisboa

TRP – Tribunal da Relação do Porto

Vol. – Volume

UVG - *Unterhaltsvorschussgesetz*

*“Quando se escreve e as coisas se interligam,
Se atravessam, descruzam e desbotam,
E se noutra irisação da cave ao sótão,
Aguardam só que as digam e desdigam,
nunca há um ponto final, mas um desfecho
de incompletude em que elas reverberam.”*

Vasco Graça Moura

CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS

A Família é a instituição mais próxima do indivíduo, e é nela que este – principalmente, a criança - encontra proteção, em primeiro lugar¹. Herman Heller assim realça: “[...] mal iria o cuidado e educação dos filhos se só houvesse de depender das disposições de Direito da Família que o Estado estabelece [...]”². Contudo, uma rutura conjugal, situação essa tão frequente nos dias que correm, pode colocar a criança numa situação frágil, atentos os problemas que os seus progenitores possuem. Não obstante, o rumo para a solução deverá ter como foco principal a proteção da criança.

A isto acresce o facto de situações existirem, independentes e não controláveis no seio familiar, que podem intensificar as necessidades da criança.

A crise económica reveste uma sombra que nos acompanha e nos influencia, a maioria das vezes, de forma negativa. Numa fase em que as famílias não conseguem suportar os encargos e acautelar as suas necessidades básicas, é chamado o Estado para acudir a quem é mais carenciado, porém, a resposta nem sempre poderá ser a mais adequada. É na conjuntura de *tormentas* que as legislações internacionais são, muitas vezes, criadas, face à restrição ou violação de direitos inerentes a cada ser. Para além disso, é no contexto de uma crescente globalização que as legislações se harmonizam e propugnam os mesmos objetivos. Muitos dos intuitos passam, inerentemente, por salientar e exaltar, para o coração dos Estados, os direitos fundamentais dos cidadãos, percorrendo, cada ordenamento, as águas necessárias para atingir metas coletivas. Um dos objetivos passa por acalmar os tempos atuais, que exigem uma maior proteção dos direitos das crianças por parte da sua família e, em última instância, por parte do Estado. Este, na sua veste de protetor social, deverá assegurar os direitos das crianças que não possam ser acautelados dentro da esfera íntima.

Portanto, parece-nos de extrema importância analisar como o nosso ordenamento aborda a proteção das crianças numa conjuntura tanto abalada por uma rutura conjugal como por uma crise económica, sendo ambas estas circunstâncias bastante atuais e frequentes.

¹ Cfr. Fabíola LATHROP GÓMEZ / Rodrigo BARCIA LEHMANN, «Fundamentos del Derecho de Familia y de la Infancia», *Revista de Derecho - Universidad Católica del Norte*, Año 19, N.º 1 (2012), p. 494.

² Cfr. Hermann HELLER, *Teoría del Estado*, México, Fondo de Cultura Económica, 1989, p. 205.

Por conseguinte, é em resposta às carências que o Fundo de Garantia de Alimentos Devidos a Menores surge como uma forma importantíssima de proteger as crianças, desabrigadas dos alimentos, exigíveis e incumpridos pelos progenitores não residentes. Assim, o Fundo de Garantia de Alimentos procura proteger, na medida do possível, um ser sujeito de direitos, porém, incapaz de prover ao seu sustento. Por conseguinte, esta pensão trará à sua esfera, talqualmente o seu objetivo postula, os alimentos a que tem direito. Na verdade, e face às tormentas económicas atuais, o número de beneficiários do Fundo de Garantia de Alimentos Devidos a Menores tem aumentado nos últimos anos, ao lado de uma crescente taxa de desemprego. De facto, quase 20.000 crianças auferiam, em 2014, esta pensão social³.

Ora, a pertinência do estudo desta pensão social parece-nos tanto mais evidente ao compreender que, não sendo uma pensão social recente, apresenta muitos problemas, nomeadamente, nos diplomas que a sustentam – a Lei n.º 75/98, de 19 de novembro, e o Decreto-Lei n.º 164/99, de 13 de maio. Entre estas questões, encontramos a problemática da quantificação do montante a dispor pelo Fundo, quando existe, anteriormente, uma decisão proferida por um tribunal que fixou o montante de alimentos.

Assim, e não descurando a atualidade que nos presenteia, o Supremo Tribunal de Justiça proferiu um Acórdão de Uniformização de Jurisprudência⁴, que veio ditar a limitação da prestação do Fundo à decisão proferida pelo Tribunal, em relação aos alimentos a que a criança tem direito, independentemente da formação de novas circunstâncias, novas necessidades, baseando essa restrição na interpretação dos diplomas *supra* mencionados. Contudo, a doutrina e a jurisprudência sempre percorreram um caminho bifurcado nesta questão, pelo que a interpretação ditada por esta decisão uniformizadora não é unânime, até porque a realidade pode ditar e exigir outras soluções, outros montantes.

É inegável a importância deste estudo: foi proferida uma decisão com força uniformizadora que muito influenciará o futuro das crianças e jovens, baseada em disposições legais alvo de variadas quezílias ao nível doutrinal e jurisprudencial. Assim, procuraremos salientar a fragilidade dos elementos enformadores da prestação social, ao mesmo tempo que tentamos reforçar as suas

³ Cada vez mais pais deixam de poder pagar pensões de alimentos aos filhos. Cfr. Natália Faria 08/11/2014, jornal Público.

⁴ Cfr. Acórdão de Uniformização de Jurisprudência n.º 5/2015, de 19 de março.

caraterísticas base, o seu intuito originário, e a forma como o julgador, muitas vezes, se afasta dessas considerações iniciais.

Não obstante, o foco será direcionado para o problema do montante que o Fundo de Garantia pode conter: pretendemos explorar, dentro do pensamento originário do legislador, a flexibilidade do Fundo de Garantia na vertente da possibilidade, ou não, de um montante superior ao pré-fixado na prestação alimentícia, ou se a prestação social deverá subsumir-se inteiramente aquela.

Posto isto, procuramos dar uma proposta de solução com base no que referimos anteriormente, com consideração dos instrumentos, cada vez mais globalizados, que apresentam a prossecução de proteção de direitos fundamentais. O objetivo deste excurso é indagar uma resposta a esta questão, que seja adequada e ponderada, não sem antes efetuar uma reflexão acerca dos diplomas em questão, das caraterísticas que exaltam.

Não queremos, com isto, defender que a flexibilidade do Fundo de Garantia tenha de ser regra. Contudo, queremos denotar que a fixação geral de um limite pode criar, em situações específicas, uma injustiça gritante, quer porque o montante de alimentos é, por si só, insuficiente, quer por alguma alteração superveniente das necessidades da criança.

Com isto queremos dizer que não nos vamos guiar, apenas e só, pelos sentimentos. O intuito das próximas linhas não será mais do que apresentar um *iter* lógico sobre uma questão que precisa, manifestamente, de ser apaziguada. A procura da resposta irá ao encontro de todos os instrumentos relacionados, analisando-os à luz de um entendimento que se requer, sempre, ajustado à conjuntura atual, e as específicas necessidades daquele sujeito.

Numa primeira parte do estudo, imprescindível será o enquadramento do Fundo de Garantia dentro do Direito da Família, analisando, *en passant*, as responsabilidades parentais. E como a aludida pensão social terá em conta a pensão alimentícia da criança, a abordagem aos alimentos devidos será feita de forma mais intensificada. Num segundo momento, o enquadramento será realizado no prisma da Segurança Social, onde nos debruçar-nos-emos efetivamente sobre a presente prestação social, analisando as disposições que a regulam, não sem antes contextualizar a figura do Estado como legítimo protetor da criança, à luz das recomendações internacionais. Importante será frisar o instituto da sub-rogação, mecanismo que permite ao Estado português exigir do progenitor aquilo que despende.

A seguir, o nosso foco irá pender para as formas de intervenção de outros ordenamentos jurídicos, nomeadamente, o espanhol, o alemão e o brasileiro, sem descurar o ordenamento austríaco⁵. Num próximo passo, após a análise, focar-nos-emos em qualificar o FGADM, com auxílio da jurisprudência. No capítulo III iremos ter em conta a verdadeira divergência sobre o montante da pensão social, tomando uma análise bifurcada das posições. E porque as decisões dos tribunais são tantas e tão dissonantes, a análise não deixará de referir parte delas, culminando com a análise da última decisão uniformizadora do tribunal sobre o assunto. Por fim, a conclusão trará o nosso entendimento, que podemos sucintamente descortinar: a limitação desta quantia não encontra base na Lei, quando interpretada consoante o espírito que a enforma, e à luz de uma Constituição que preconiza a proteção das crianças, acima de qualquer restrição injustificada dos seus direitos. Entendemos, portanto, que o aresto uniformizador muito influenciará situações de restrição de direitos das crianças, seguindo um rumo que tem vindo a ser contornado, atento o superior interesse da criança. Contudo, acreditamos que o cerne da questão muito passará pela problemática da qualificação desta prestação social. Quanto a nós, propugnamos esta pensão como perfeitamente autónoma, característica essa independente da intervenção subsidiária, já que uma característica não embebe a outra. E essa autonomia encontra lugar no seio das disposições referentes ao FGADM e à luz da nossa Lei Fundamental.

Antes de terminar o estudo, e porque a questão central do nosso estudo se relaciona com um problema maior, propomo-nos a alargar a nossa abordagem, fazendo uma avaliação geral das disposições legais inerentes ao Fundo de Garantia, focando alguns pontos que merecem alterações significativas.

Porque é imperioso agilizar soluções que reduzam os danos no seio das crianças, acima de dissonâncias ao nível dos conceitos e das interpretações...

Para nós, intérpretes, a discussão continua.

⁵ Por limitações linguísticas, é de referir que a abordagem aos ordenamentos alemão e austríaco irá ser feita *en passant*, com referências maioritariamente de língua inglesa.

CAPÍTULO I - A DISSOLUÇÃO CONJUGAL E O SUPERIOR INTERESSE DA CRIANÇA

1. A proteção da criança ao nível Internacional e Interno⁶

A Lei Fundamental Portuguesa permite, no nosso ordenamento, o acolhimento de variadas disposições imperativas ao nível internacional e comunitário em resposta à aclamada proteção dos direitos da criança. Falamos, principalmente, da Convenção dos Direitos da Criança (doravante, CDC), de 1989; a par desta importantíssima legislação, e no plano comunitário, encontramos a Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia⁷. Como tal, verifica-se que a Constituição da República Portuguesa – na sua figura supralegal – acolhe o entendimento do primado de velar pela posição da criança, numa área tão protegida, ao nível jurídico, como é a da Família⁸. Consequentemente, a regulação da relação entre pais e filhos, e os deveres que assentam nos primeiros em relação aos segundos, encontra-se imperativamente fixada na Lei Fundamental, no seu artigo 36.º, n.º 5 que “(...) atina com um dever irremovível e inderrogável de aqueles que deram a vida a alguém terem, enquanto durar a incapacidade de eles angariarem sustento pelos seus próprios meios (...)”⁹, incumbindo aos pais o dever de assistir aos filhos em tudo o que lhes for necessário¹⁰, tal como a CDC propugna¹¹. Subjacente a este auxílio está, outrossim, a condição

⁶ Advertimos o leitor que, no presente estudo, e por uma questão de economia, sempre que referimos “crianças” referimo-nos, obviamente, a “crianças” e “jovens”, “adolescentes”.

⁷ Ao nível internacional, é importante realçar que o instituto da Família não possui uma definição expressa, tendo como referência o artigo 8º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem a noção de vida familiar. Cabe a sua definição e interpretação ao tribunal, de forma casuística. Cfr. Susana ALMEIDA, *Respeito pela Vida (Privada e) Familiar na Jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem: a Tutela das Novas Formas de Família*, Coimbra, Coimbra Editora, 2008.

⁸ “Ao referir-se à Família, a Constituição da República usa a fórmula mais tradicional e expressiva: chama-lhe «elemento fundamental da sociedade» e consagra uma extensa linha de obrigações do Estado cujo cumprimento se pretende «para protecção da Família» (artigo 67.º)”. Cfr. Guilherme de OLIVEIRA, «Protecção de Menores / Protecção familiar», in, *Temas de Direito da Família*, Coimbra Editora, 2001, pp. 295-303.

⁹ Cfr. Acórdão STJ 22-05-2013, em que foi relator o Juiz Conselheiro Gabriel Catarino, relativo ao processo n.º 2485/10.8TBGMR.G1.S1.

¹⁰ Nesta senda, Gomes Canotilho e Vital Moreira definem as responsabilidades parentais como um verdadeiro direito-dever subjetivo. Cfr. J. J. Gomes CANOTILHO; Vital MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vol. I, 4ª ed. Revista, Coimbra Editora, 2007, pp. 365-366; Orlando de Carvalho propugna a inserção das responsabilidades, como direito subjetivo, dada a legitimidade de quem as exerce: o dever de efetivar cabe a um órgão que apresenta preocupação para com a criança, dado que quem se importa não acolhe uma obrigação *tout court*. Cfr. Orlando de CARVALHO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 3ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2012 pp. 131 e ss.

¹¹ Art. 18.º, n.º 1, CDC, onde se lê: “Os Estados Partes diligenciam de forma a assegurar o reconhecimento do princípio segundo o qual ambos os pais têm uma responsabilidade comum na educação e no desenvolvimento da criança. A responsabilidade de educar a criança e de assegurar o seu desenvolvimento cabe primacialmente aos pais e, sendo caso disso, aos representantes legais. O interesse superior da criança deve constituir a sua preocupação fundamental”.

de maior vulnerabilidade dos filhos menores de idade e o “direito a uma vida digna”, que tem um correlativo dever de sustento pertencente, por natureza, à Família.

Porém, essa proteção deverá ganhar protagonismo perante desagregações conjugais, face ao princípio do superior interesse da criança, que deverá ser sempre acautelado¹².

2. As Responsabilidades Parentais: o regime; breve resenha sobre algumas alterações

A relação de filiação acarreta, quase de forma automática, deveres aos progenitores, desde o nascimento da criança: o estágio de infância não está apenas ligado a uma dada idade limite, mas também ao moroso processo de maturação. Portanto, compete aos pais zelar pelo bem-estar dos seus filhos, dentro das denominadas responsabilidades parentais (artigo 1878.º, n.º 1, do Código Civil).

Vários autores procuram definir as responsabilidades dos pais de acordo com a sua função: Maria Clara Sottomayor salienta a função de “suprimento da incapacidade negocial de exercício dos filhos/as menores de 18 anos, não emancipados”¹³; de forma semelhante, Maria Amália Pereira dos Santos qualifica-as como um “conjunto de poderes e deveres que compete aos pais relativamente à pessoa (artigos 1885º a 1887º do CC) e aos bens (artigos 1888º a 1900º do CC) dos filhos menores não emancipados”¹⁴. Jorge Duarte Pinheiro acrescenta a estas definições os poderes-deveres de guarda, sustento e direção da educação¹⁵; Gomes Canotilho e Vital Moreira

¹² Sobre isto, cumpre fazer uma breve reflexão. Face a um imbróglgio de definições sobre o superior interesse deste sujeito – que não queremos, de todo, substituir ou eliminar -, diremos que é importante verificar, no caso concreto, o seu superior interesse, no sentido de encontrar aquele que seja *primordial* para a criança. Com isto queremos dizer que, na nossa ótica, a criança não apresenta interesses imperiosos em relação a outros sujeitos - numa perspetiva de hierarquia -, mas sim interesses específicos que necessitam de um olhar mais cuidadoso em tempos de crise, com influência direta na sua esfera jurídica. Deste modo, e colhendo o verdadeiro significado da expressão utilizada nos diplomas internacionais – tal como o artigo 3.º da Convenção dos Direitos da Criança -, diremos que é necessário, perante um facto – mormente a dissolução do casamento -, encontrar para a criança o seu superior interesse, interpretando-o como aquele direito com “consideração primordial” em relação a todos os outros que se convoquem. *In casu*, o primordial interesse da criança será, inevitavelmente, a sua proteção, acima de qualquer modificação familiar. Cfr. Jacob DOLINGER, *Direito Internacional Privado: A Criança no Direito Internacional*, vol. I, tomo II, Rio de Janeiro, 2003, p. 81.

¹³ Cfr. Maria Clara SOTTOMAYOR, *Regulação do Exercício das Responsabilidades Parentais nos Casos de Divórcio*, Coimbra, Almedina, 2014, p. 19.

¹⁴ Cfr. Maria Amália Pereira dos SANTOS, «O dever (judicial) de fixação de alimentos a menores», *Julgaz Online*, 2014, disponível em <http://julgar.pt/wp-content/uploads/2014/09/O-dever-judicial-de-fixacao-de-alimentos-a-menores.pdf>, consultado em 10-10-2015, p. 6.

¹⁵ Cfr. Jorge Duarte PINHEIRO, *O Direito da Família Contemporâneo*, Lisboa, AAFDL, 2010, p. 279.

definem como sendo um direito subjetivo dos pais¹⁶. No entanto, cremos estar perante verdadeiros poderes funcionais, dado que, como refere Jorge Miranda, para além do dever de respeito quanto aos direitos dos filhos, os pais “fica[m] adstritos a deveres (positivos)”¹⁷ para com aqueles, função essa prioritária a “qualquer coisa que pertence ou cabe “de direito” ao [progenitor]”¹⁸.

Ora, esses poderes funcionais ganham protagonismo no Código Civil, que dedica um capítulo a estas responsabilidades, dentro dos efeitos da filiação, intensificando a sujeição da conduta dos pais aos interesses dos descendentes, ao mesmo tempo que se aceita gradualmente o seu tratamento como sujeito detentor de autonomia crescente¹⁹.

São componentes das responsabilidades o poder-dever de guarda, o poder-dever de vigilância, o poder-dever de velar pela sua saúde, o poder-dever de prover ao seu sustento e o poder-dever de educar. A importância que tomam estes poderes é enormíssima, dado que as responsabilidades inerentes aos pais são irrenunciáveis – artigo 1882.º, do Código Civil -, e extinguem-se com a maioridade, à exceção do dever de alimentos (artigo 1877.º, do Código Civil). Com a dissolução da relação conjugal dos cônjuges progenitores, o exercício das responsabilidades parentais continua, hoje, a pautar-se por um acatamento conjunto²⁰, constituindo, na atualidade, uma responsabilidade comum^{22 23}. Porém, e de forma a prevenir

¹⁶ Cfr. Gomes CANOTILHO / Vital MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vol. I, 4ª ed. Revista, Coimbra Editora, 2007, p. 222.

¹⁷ Cfr. Jorge MIRANDA, «Sobre o Poder Paternal», in *Escritos vários sobre direitos fundamentais*, Estoril, Principia Editora, Lda., 2006, p. 28.

¹⁸ Cfr. Heinrich Ewald HÖRSTER, *A Parte Geral do Código Civil Português, Teoria Geral do Direito Civil*, Coimbra, Almedina, 2000, p. 45.

¹⁹ Cfr. artigo 1878, n.º 1 e 2, do Código Civil. Em relação à autonomia crescente dos menores, o n.º 2, conjugado com o artigo 127.º do Código Civil, demonstra que, apesar da incapacidade negocial, estes têm espaços de autonomia (*maxime*, maioridades especiais) onde apenas se exige a sua capacidade natural de discernimento. Sobre a autonomia do menor, *vide* Sónia MOREIRA, «A autonomia do menor no exercício dos seus direitos», *Scientia Iurídica*, Tomo L, n.º 291, Setembro-Dezembro, 2001, pp. 159 a 194.

²⁰ Apesar de ter sido uma inovação no nosso ordenamento, o Código Civil Alemão já presumia este exercício conjunto, no seu artigo 1671.º. Cfr. Dagmar ZORN, *Das Recht der elterlichen Sorge: Voraussetzungen, Inhalt und Schranken*, Berlim, Walter de Gruyter, 2016, pp. 133-134.

²¹ Sobre as reservas face a uma guarda conjunta, *vide* Maria Clara SOTTOMAYOR, «The Introduction and Impact of Joint Custody in Portugal», in John DEWAR/Stephen PARKER, *Family Law: Processes, Practices and Pressures*, Oxford, Hart Publishing, 2003, pp. 591-596.

²² É importante salientar a alteração legislativa efetuada em 2015, através da Lei n.º 137/2015, de 7 de setembro. Nos termos desta disposição, o(a) companheiro(a) do progenitor poderá ter uma obrigação de cuidado em relação aos filhos do companheiro, em caso de algum impedimento previsto, de acordo com a atual redação do artigo 1906.º, do Código Civil.

²³ Cfr. artigos 1901.º, 1906.º, do Código Civil, *ex vi*, artigos 18.º, n.º 1, e 27.º, n.º 2, da Convenção sobre os Direitos da Criança.

conflitos entre os pais, o exercício das questões de particular importância²⁴, pela sua extrema relevância, é a única situação em que se exige cooperação dos pais²⁵.

O presente estudo que nos cabe surge num período em que o Direito da Família sofre grandes mutações legislativas no âmbito dos direitos das crianças. Com a entrada em vigor da Lei n.º 61/2008, assistimos a uma marcada mudança de paradigma, maioritariamente focada nos interesses da criança. Não há muito tempo, escrevia-se que os progenitores detinham o “poder paternal” sobre os filhos²⁶. John Locke definia-o como um poder dos pais para governar os seus descendentes para o bem deles²⁷. A expressão desencadeava sentidos nefastos, atendendo-se a duas razões, conforme cada palavra: o “poder”²⁸, que remetia para a autoridade, punição, superioridade dos pais; na esteira de Edward Kruk: “Children are viewed at different times as fathers’ property, as requiring the “tender care” of mothers, and as rightfully “belonging” to one or the other parent”²⁹. Por outro lado, a palavra “paternal” supunha, muito devido à conceção histórica que assume, a autoridade da figura do pai, enquanto titular elevado da ordem diante dos filhos³⁰.

Os caminhos do Direito da Família não deixaram que a expressão progredisse até aos tempos hodiernos, pois entende-se que a instituição familiar, por ser a mais íntima, não tem mais poder autoritário, e deverá revestir “o espaço da maior segurança, do maior afecto, da melhor

²⁴ Sobre as questões de particular importância, *vide* Eliana GERSÃO, *A Criança, a Família e o Direito*, Lisboa, Fundação Francisco Manuel dos Santos, 2016, pp. 31-32. Neste prisma, *vide*, também, a abordagem feita por Susana Maria Azevedo BARROSO, *Do incumprimento das responsabilidades parentais ao ilícito de subtracção de menor*, Braga, Tese de Mestrado, 2015, disponível em <https://repositorium.sdum.uminho.pt/handle/1822/40932>, pp. 43-48.

²⁵ Cfr. Guilherme de OLIVEIRA, «A Nova Lei do Divórcio», Revista *Lex Familiae, - Revista Portuguesa de Direito da Família*, Ano 7, n.º 13, 2010, Coimbra, Coimbra Editora, pp. 5-32.

²⁶ Como faz notar Tomé d'ALMEIDA RAMIÃO, *O divórcio e questões conexas: regime jurídico actual de acordo com a lei n.º 61/2008 : responsabilidades parentais, partilha de bens comuns, crédito de compensação, alimentos, casa de morada de família, arrolamento*, Lisboa, Quid Juris, 2009, p. 140, a definição das responsabilidades parentais não alterou o conteúdo do poder paternal.

²⁷ Cfr. John LOCKE, *Second Treatise of Government*, Awnsham Churchill, 1689, p. 19 e ss.

²⁸ A título de breve resenha, referir que o ordenamento brasileiro alterou o “pátrio poder” para o “poder familiar”. Apesar de não ser um ordenamento influenciado pelas normas comunitárias, tal alteração tem sido suscetível de inúmeras críticas, por denotar incapacidade de acautelar a nova realidade de autonomia dos interesses da criança. *Vide* Fabiola Albuquerque LOBO, «Reflexões Sobre o Instituto da Guarda Compartilhada no Ordenamento Jurídico Brasileiro e Português», *RJIB*, ano 1 (2015), n.º 1, pp. 738-740.

²⁹ Cfr. Edward KRUK, «Child Custody, Access and Parental Responsibility», in www.fira.ca/cms/documents/181/April7_Kruk.pdf consultado em 25-01-2016, p. 1.

³⁰ Cfr. Projeto de Lei n.º 509/X.

compreensão”^{31 32}, pelo que a afirmação das “responsabilidades parentais” foi um dos marcos da Lei n.º 61/2008. Maria Clara Sottomayor foi pioneira neste sentido, e refere-a como fazendo parte de uma “concepção personalista do direito paternal”³³. A mesma Autora salienta a importância das palavras e da linguagem: “[a] mudança social não se opera só, nem principalmente, através da lei³⁴, e a linguagem é um instrumento de mudança”³⁵. De facto, a alteração da nomenclatura não alterou o escopo essencial, mas o tratamento da criança passa a ser, segundo Tomé d’Almeida Ramião, o “centro da atenção”³⁶. Por outro lado, Lima Pinheiro³⁷ e Jorge Duarte Pinheiro³⁸ defendem a utilização da nomenclatura “responsabilidade paternal”, dada a tradução que consideram infeliz, pois *parental* significaria, no caso, uma *obrigação de parente* - qualquer parente -, não se dirigindo ao pai e à mãe.

Ora, não vemos a utilização da expressão “parental” como um problema de maior: de facto, a expressão *paternal*, no nosso ordenamento e em tantos outros, está intrinsecamente ligada a um simbolismo histórico bastante carregado, que deriva, efetivamente do poder do pai se demonstrar superior ao da mãe. Ora, o objetivo primordial é precisamente contrariar esse simbolismo, e melhor forma não haveria senão remover esse termo. A mudança de semântica não deveria ser realizada só pela metade, a importância das palavras, deste modo, teve um enfoque, na prática, bastante expressivo e adequado à igualdade que se quer imprimir.

Agora, as Responsabilidades Parentais denotam uma direção mais apurada do que essa qualificação poderia inferir: de facto, as obrigações voltadas para o bem-estar da criança acarretam poderes funcionais na esfera dos pais, “(...) impõe[m] iguais deveres e confere[m] iguais direitos a ambos os pais na educação e manutenção dos filhos (...)”³⁹.

³¹ *Ibidem*.

³² Antes desta alteração, o Regulamento n.º 2201/2003 do Conselho (CE), de 27 de novembro de 2003 utilizara a atual expressão de “responsabilidades parentais” no seu artigo 2.º, n.º 7. Porém, já o Anexo à Recomendação n.º R (84) a, sobre as responsabilidades parentais tinha inovado ao utilizar este conceito.

³³ Cfr. Maria Clara SOTTOMAYOR, *Regulação do Exercício das Responsabilidades Parentais em Caso de Divórcio*, *ob. cit.*, pp. 21-23.

³⁴ Cfr. Lei n.º 61/2008, de 31 de outubro.

³⁵ Cfr. Maria Clara SOTTOMAYOR, *ob. cit.*, p. 24.

³⁶ Cfr. Tomé d’Almeida RAMIÃO, *Regime Geral do Processo Tutelar Cível Anotado e Comentado*, Lisboa, Quid Juris, 2015, p. 142.

³⁷ Cfr. Luís de Lima PINHEIRO, *O reconhecimento de decisões estrangeiras em matéria matrimonial e de responsabilidade paternal*, disponível em www.oa.pt/Conteudos/Artigos, consultado em 2-12-2015.

³⁸ Cfr. Jorge Duarte PINHEIRO, *ob. cit.*, p. 280.

³⁹ Cfr. Ana PRATA, *Dicionário Jurídico*, 3ª ed., revista e atualizada, Coimbra, Almedina, 1999, p. 742.

A importância destas obrigações é evidente: são os *supra* referidos poderes-deveres⁴⁰ de sustento, educação, de guarda, que atualmente não depreendem um caráter punitivo⁴¹. A proteção que às crianças é devida passa pelo reconhecimento da sua qualidade como *sujeitos de proteção*⁴², dotados de direitos, e não como *objetos de proteção* por parte dos progenitores⁴³.

Neste âmbito de evoluções sobre as responsabilidades parentais, impõe-se uma breve análise ao Regime Geral dos Processos Tutelares Cíveis. Volvidos quase 40 anos de plena vigência da Organização Tutelar de Menores⁴⁴, a vigência atual do Regime Geral do Processo Tutelar Cível – regulado pela Lei n.º 141/2015, de 08 de setembro - veio revogar todas as suas disposições, ainda que mantendo algumas das suas diretrizes básicas. De facto, a vetustez daquela Lei, *de per se*, propugnava a necessidade constante de se ver alterada para poder acompanhar outras modificações no foro familiar⁴⁵: era inevitável que a fragilidade desse diploma resultasse na sua revogação.

Ora, o novo regime propõe uma nova perspetiva: incentiva a uma celeridade efetiva do processo, através de uma agilização virada para a oralidade⁴⁶, que promete ser praticamente constante ao longo da lide⁴⁷. O objetivo é claro: a rapidez que enforma as declarações orais, sem qualquer necessidade de transcrição, permite um aceleração que se quer influenciável na vida da criança, tantas vezes na mira de uma situação angustiante⁴⁸. A ligeireza processual parece ter

⁴⁰ Os poderes-deveres são obrigações que não se confundem com as estritamente contratuais, na medida em que “não são, como o dever de prestar, próprio das obrigações, prescritos no exclusivo interesse da outra parte; são verdadeiros deveres morais impostos também, se não principalmente, no interesse da própria pessoa vinculada e ainda no interesse superior da sociedade conjugal ou da comunidade familiar”. Cfr. Antunes VARELA, *Das obrigações em Geral*, Vol. I, 10ª ed., Coimbra, Almedina, 2014, p. 199.

⁴¹ Cfr. Cristina M. Araújo DIAS, «A criança como sujeito de direitos e o poder de correção», *Julgat*, n.º 4 (2008), pp. 96-101.

⁴² Cfr. Aisling PARKES, *Children and International Human Rights Law: The Right of the Child to be Heard*, Oxon, Routledge, 2013, p. 5.

⁴³ Cfr. Artigos 5.º, 12.º e 14., n.º 2 da Convenção sobre os Direitos da Criança.

⁴⁴ DL n.º 314/78, de 27 de outubro.

⁴⁵ Referimo-nos à Lei n.º 61/2008, à Lei n.º 47/99, de 1 de setembro, que aprovou a Lei de Protecção de Crianças e Jovens em Perigo, e à Lei n.º 166/99, de 14 de setembro, que aprovou a Lei Tutelar Educativa, revogando os artigos 1.º a 145.º da OTM, passando a constar da OTM apenas a disciplina dos Processos Tutelares Cíveis.

⁴⁶ “As declarações e depoimentos orais deverão ser gravados, e não reduzidos a escrito, solução que advém da expressão usada “documentos em auto”. Cfr. Tomé d’Almeida RAMIÃO, *Regime Geral do Processo Tutelar Cível Anotado e Comentado*, *ob. cit.*, p. 69.

⁴⁷ Veja-se, nomeadamente, o depoimento oral das partes e a assessoria técnica dos tribunais.

⁴⁸ “essa realidade não é compaginável com delongas da marcha processual, nem com a inerente dilação das decisões”. *Vide* Proposta de Lei n.º 338/XII.

o ensejo de modificar a vida da criança no mais curto tempo possível, mitigando consequências penosas e difíceis de ultrapassar com o tempo prestado.

Uma inovação a denotar – esperamos, com efeitos na prática -, é o facto de o diploma dedicar uma disposição total para a audição da criança⁴⁹, no seu artigo 5.º, acatando o postulado no artigo 12.º, da Convenção dos Direitos da Criança, bem como o que fora alicerçado na diretriz 54 das Diretrizes do Comité de Ministros do Conselho da Europa para uma Justiça amiga das Crianças, de 17 de novembro de 2010⁵⁰ 51. No entanto, serão necessárias algumas considerações adicionais: tal audição deverá ser sempre proporcional à capacidade de discernimento para emitir uma opinião⁵², e, portanto, a análise casuística surge como imprescindível, nestes moldes⁵³, devendo ter por assente que nem sempre a capacidade de compreensão está intimamente relacionada com a idade, nem pode ser esta, de *per si*, o único critério avaliador da criança⁵⁴. Porém, duvidamos da efetivação da proximidade que o Regulamento deseja alcançar: a logística de um tribunal, bem como a presença das diferentes entidades que podem interrogar a criança, poderão prolongar um efeito intimidatório, despoletando respostas não consentâneas com a sua vontade. No nosso entender, é necessário que os tribunais tenham em consideração a informalidade que seja necessária para a criança se adaptar a um contexto compatível com a exteriorização das suas necessidades, devendo apostar na sua audição em espaços idênticos aos que a criança esteja acostumada a ver.

Por outro lado, denote-se o renascimento da assessoria técnica nos trâmites processuais, - incluída na versão originária da OTM, descartada pela “operacionalidade que nunca teve”⁵⁵ - “criando maior proximidade e potenciando o recurso à audição técnica especializada sempre que

⁴⁹ Sobre a audição da criança, *vide* Aisling PARKES, *Children and International Human Rights Law: The Right of the Child to be Heard*, Oxon, Routledge, 2013, pp. 5 e ss.

⁵⁰ Disponível em <http://www.coe.int/en/web/children/child-friendly-justice>.

⁵¹ Tal como já era plasmado na LPCJP, artigo 4.º, al. j) e no artigo 147-A da OTM.

⁵² Opinião essa que só será devidamente prestada quando o esclarecimento for, do mesmo modo, claro e total – artigo 5.º, n.º 3.

⁵³ Uma criança pode ter capacidade para se exprimir e emitir uma opinião sobre uma determinada questão que, no processo, a afete, e não ter capacidade para compreender os atos processuais.

⁵⁴ Cfr. Bárbara SANTA ROSA, Francisco CORTE-REAL, Duarte Nuno VIEIRA, «O Respeito pela Autonomia da Criança na Regulação das Responsabilidades Parentais», *Acta Médica Porto*, 2013 Nov-Dec;26(6):637-643, disponível em <http://repositorio.ucp.pt/bitstream/10400.14/17265/1/Disserta%C3%A7%C3%A3o%20Ana%20Vilas%20Boas.pdf>.

⁵⁵ Cfr. DL n.º 314/78, de 27/10

o juiz entenda necessário para o processo”⁵⁶. Para além disto, o juiz tem a faculdade de requerer um relatório sempre que entenda necessário⁵⁷.

Uma outra inovação que nos parece mais importante, em relação à OTM, será a possibilidade de patrocínio judiciário diretamente à criança. Para além da representação do Ministério Público, esta Lei permite a possibilidade de a criança ter acesso a um advogado em todos os processos tutelares cíveis, quando a sua posição for conflitante com os interesses dos seus pais, ou quando assim a criança requerer, atenta que seja a sua maturação. Porém, da leitura da Lei não se retira o modo como o Ministério Público e o advogado da criança se compatibilizarão ao nível das suas respetivas funções.

O *supra* exposto revela que todas estas alterações salientam um novo paradigma de regulação, virado para a criança, enquanto sujeito de direitos, na medida em que são “dotados de uma progressiva autonomia no exercício dos seus direitos em função da sua idade, maturidade e desenvolvimento das suas capacidades”⁵⁸. A sua proteção dentro do espectro familiar, influenciará diversas questões com ele relacionadas e, para além de proteger, deverá afirmar os seus direitos.

2.1. Da Obrigação de Alimentos por parte do Progenitor, Devedor Originário

Inerente às responsabilidades parentais encontramos regulado, no Código Civil, a prestação de alimentos devidos à criança. De acordo com Ceballos, a obrigação de alimentos insere-se no princípio da solidariedade familiar⁵⁹ - que, na senda do mesmo Autor, se subdivide numa solidariedade afetiva e económica⁶⁰ porque, em primeiro lugar, dependente da relação biológica, e, em segundo lugar, porque se exterioriza como uma prestação pecuniária.

Atento o superior interesse da criança, numa situação de rutura conjugal, importante será dar prioridade aos seus direitos. Antes de qualquer dever inerente aos pais, o direito a alimentos constitui um direito *primacial* da criança. E como a cada direito das crianças corresponde uma

⁵⁶ Cfr. Proposta de Lei n.º 338/XII, p. 3.

⁵⁷ Cfr. Artigo 47.º da Lei n.º 141/2015, de 8 de setembro.

⁵⁸ Cfr. Rosa Cândido MARTINS, «Poder Paternal vs Autonomia da Criança e do Adolescente?», *Lex Familiae – Revista Portuguesa de Direito da Família*, Ano 1, n.º 1, 2004, p. 69.

⁵⁹ Ceballos define a solidariedade familiar como o resultado do “deber de socorro mutuo”, uma “interdependencia recíproca entre los miembros del grupo”. Cfr. Óscar BUENAGA CEBALLOS, *La familia y la seguridad social*, Madrid, Librería-Editorial Dykinson, 2014, pp. 46-47. ⁶⁰ Ora, denotamos que o princípio da solidariedade mais não postula do que uma especificação do Princípio da dignidade da pessoa humana – neste caso – da criança, sujeito de direitos e de necessidades constantes.

⁶⁰ Cfr. Óscar BUENAGA CEBALLOS, *ob. cit.*, p. 64.

obrigação dos pais, Remédio Marques e Ceballos afirmam que a solidariedade familiar constitui uma obrigação natural que se torna obrigação jurídica quando reveste a forma de obrigação de alimentos⁶¹. É apodítica a sua ligação aos direitos fundamentais – mormente, o direito à vida e à integridade física, previstos na Constituição Portuguesa. Pormenorizadamente, e sem ser necessário enumerar grandes argumentos, a criança tem o direito a uma vida digna, com a devida proteção das suas necessidades básicas. A sobrevivência do filho, na escala dos valores legais, é preponderante, prevalecente aos interesses dos progenitores.

A partir desta perspetiva, podemos encarar a dissolução do matrimónio – ou outra relação equiparada – dos pais, como uma etapa importante para reunir condições para que a cessação da relação conjugal não prejudique, de forma alguma, a criança, pelo que o instituto dos alimentos se autonomiza (artigo 1905.º Código Civil). Portanto, tal direito assume central importância, acrescida após a dissolução do matrimónio, carecida de uma regulação, no cerne das responsabilidades parentais.

O direito a alimentos⁶² subsume-se ao vínculo biológico instaurado e, enquanto vigorar a incapacidade do sujeito menor, o progenitor deverá ser sempre devedor do seu sustento⁶³, de forma irrefutável. Esta forma de solidariedade no seio da família é irrenunciável, imprescritível e indisponível⁶⁴. Carbonnier dá-nos conta do conteúdo dos alimentos⁶⁵, que segrega tudo o que a

⁶¹ Cfr. J. P. Remédio MARQUES, «O nascimento e o *dies a quo* da exigibilidade do dever de prestar por parte do Fundo de Garantia de Alimentos Devidos a Menores», *Cadernos de Direito Privado*, n.º 34 (abril/junho 2011), p. 26; Óscar BUENAGA CEBALLOS, *ob. cit.*, p. 61.

⁶² A regulação dos alimentos devidos a menor apresenta o seu processo, agora, regulamentado em processo especial, no âmbito do regime geral dos processos tutelares cíveis – artigos 45.º e ss.

⁶³ Ao referir “o progenitor”, fazemo-lo de forma abstrata, sem especificação de género, pois “o critério primordial para atribuir a guarda normal do menor não é o da primazia maternal, mas o do progenitor que possa assumir o papel de maior protetor do filho (...)”. Cfr. Acórdão proferido pelo Tribunal da Relação de Coimbra, de 06-10-2015, em que foi relator o Venerando Juiz Carlos Moreira, relativo ao processo n.º 3079/12.9TBCSC.C1.

⁶⁴ Cfr. art. 2008.º, do Código Civil.

⁶⁵ Cfr. Jean CARBONNIER, *Droit Civil, Tome II, La Famille, l'enfant, le couple*, Paris, PUF, 1996, p. 521.

criança precisa⁶⁶, para além dos alimentos *tout court* – incluindo ajuda com a sua instrução⁶⁷ e educação⁶⁸, bem como situações de lazer, indispensáveis ao bem-estar da criança⁶⁹.

Algumas questões enformam o atual instituto dos alimentos, designadamente, existe o problema de saber se deverá ser fixada uma prestação alimentícia quando se desconheçam as possibilidades do obrigado. Remédio Marques segue a resposta positiva, atenta a permanente obrigação de prestar alimentos, mesmo na hipótese de desemprego dos progenitores⁷⁰. No mesmo sentido, ainda que comum fundamento diferente, Ana Leal defende a fixação atendendo à capacidade de trabalho do devedor⁷¹. Para Tomé d'Almeida Ramião, a fixação de alimentos não tem cabimento quando a situação económica é desconhecida⁷². No entendimento de Maria Clara Sottomayor, a não fixação de alimentos não deverá ser entrave à efetivação do Fundo de Garantia, à luz do direito à vida, ao livre desenvolvimento e integridade pessoal⁷³.

A nosso ver, a fixação de uma prestação alimentícia deverá ser, quanto possível, realizada, mesmo na falta de informação quanto ao progenitor faltoso, de forma a afirmar o dever de alimentos existente, independentemente dos fatores relativos ao devedor. Portanto, estando perante estas situações, deverá ser sempre efetivado um juízo de prognose sobre como albergar a dignidade da pessoa humana, pois são essas suposições necessárias e inultrapassáveis para o Fundo libertar os seus efeitos na esfera jurídica do necessitado. A sua balança não se aplica apenas e só aos casos de conhecimento dos rendimentos, pelo que somos da *opinio iuris* de que a decisão judicial deve decidir sempre pela fixação da obrigação. Para além disso, a leitura que fazemos do artigo 1905.º também se direciona na necessidade de fixação.

⁶⁶ Semelhante ao artigo 142.º, do Código Civil Espanhol. O Código Civil Belga divide a obrigação de alimentos da seguinte forma: o seu artigo 203.º, do *Code Civil*, define alimentos talqualmente o nosso artigo 2003.º. Porém, o diploma civilístico belga acrescenta outras disposições - artigos 205.º, 207.º, e 208.º -, que regulam os alimentos baseados na filiação, independentemente da idade do filho, sendo uma obrigação, deste modo, para além de irrenunciável, permanente.

⁶⁷ Assim é preconizado no ordenamento alemão: § 1610 II BGB.

⁶⁸ Cfr. Ana LEAL, *Guia Prático da Obrigação de Alimentos*, Coimbra, Almedina, 2012, p. 7. Tb., no ordenamento italiano, Massimino DIGLIOTTI, «Doveri Familiare e obbligazione alimentare», in Antonio CICU/Francesco MESSINEO, *Trattato di Diritto Civile e Commerciale*, VI, t. 4, Milão, Giuffrè Editore, 1994, pp. 50 e 129.

⁶⁹ Cfr. Sónia MOREIRA, *ob. cit.*, pp. 159 a 194.

⁷⁰ Cfr. Remédio MARQUES, *Algumas Notas sobre Alimentos (Devidos e Menores)*, Direito da Família, N.º 2, Coimbra, Coimbra Editora, 2000, pp. 72-73.

⁷¹ Cfr. Ana Leal, *ob. cit.*, pp. 28-29.

⁷² Cfr. Tomé d'Almeida RAMIÃO, *ob. cit.*, pp. 125-126.

⁷³ Cfr. Maria Clara Sottomayor, *ob. cit.*, pp. 421-422.

Porém, e antes de fixar o seu *quantum*, é importante encontrar o ponto de equilíbrio no fornecimento dos alimentos, isto é, a sua adequação, que é alvo de quezília ao nível doutrinal: Ana Leal⁷⁴ defende uma quantificação e fornecimento do montante coincidente com o nível adequado de vida, observado anteriormente. Da mesma forma, Tomé d’Almeida Ramião defende ser de manter o “padrão de vida”⁷⁵. Por sua vez, Vaz Serra⁷⁶ e Moitinho de Almeida⁷⁷ propugnam a satisfação restrita às necessidades indispensáveis.

Sufragamos o entendimento de Ana Leal e Tomé d’Almeida Ramião. De facto, não descuroamos a importância de a esfera jurídica da criança não se dever subsumir a uma dissolução conjugal, porquanto a medida dos alimentos deverá ser adequada às necessidades e à vida condigna, caso seja possível, no caso em concreto⁷⁸. Portanto, as necessidades da criança deverão ser contabilizadas talqualmente o seriam já na constância do matrimónio. No entanto, devemos ter em consideração os casos de uma vida luxuosa, possivelmente insustentável pelo progenitor obrigado a alimentos após a rutura conjugal. Aqui, não nos esqueçamos que, apesar de a sua situação anterior dever ser mantida quanto possível⁷⁹, devemos ter em conta que deverá estar sempre dependente das possibilidades do progenitor⁸⁰. Só assim fará sentido, no nosso entender, atento o artigo 2004.º, n.º 1, do Código Civil – em detrimento de hipotéticos luxos anteriores à dissolução do matrimónio, a criança deverá ter os alimentos proporcionais “aos meios daquele que houver de prestá-los”⁸¹. De facto, a necessidade da criança, prevista nesta norma, não se coaduna com um nível de vida luxuoso, se o progenitor assim não o puder acautelar⁸². Desta forma,

⁷⁴ Cfr. Ana LEAL, *ob. cit.*, pp. 15-16.

⁷⁵ Cfr. Tomé d’Almeida RAMIÃO, *ob. cit.*, p. 124.

⁷⁶ Cfr. VAZ SERRA, «Anotação ao Acórdão de 21-06-1968», *Revista de Legislação e Jurisprudência*, ano 102, (1969-1970), n.º 3398, p. 262; no mesmo sentido, no ordenamento espanhol, *vide* Manuel ALBALADEJO, *Curso de Derecho Civil*, Vol. IV – Derecho de Familia, 8.ª ed., Barcelona, Jose Maria Bosch Editor, 1997, pp. 19-20.

⁷⁷ Cfr. L. P. Moitinho de ALMEIDA, «Os Alimentos no Código Civil de 1966», *Revista da Ordem dos Advogados*, 1968, p. 93.

⁷⁸ Este entendimento não propugna, de todo, que se deva por em perigo a esfera jurídica do alimentante para prover ao sustento da criança, apenas secundamos que as possibilidades podem acarretar um grau (razoável) de sacrifício caso seja necessário.

⁷⁹ Fazendo uma comparação com o ordenamento alemão, o § 1610 I BGB refere que o montante *des Unterhalts* será indicado através das necessidades da criança, nada referindo quanto às possibilidades do progenitor.

⁸⁰ No mesmo sentido, *vide* Maria Clara Sottomayor, *ob. cit.*, p. 331; Ac. relação Guimarães de 11-07-2013, em que foi relator a Juíza Desembargadora Rita Romeira, relativo ao processo n.º 232/10.3TBVV-B.G1.

⁸¹ Cfr. Artigo 2004.º, n.º 1, do Código Civil.

⁸² O mesmo se entende no ordenamento jurídico espanhol: art. 147.º, CC. Cfr. Óscar BUENAGA CEBALLOS, *ob. cit.*, p. 62.

o direito a alimentos da criança deverá ter em conta as possibilidades do obrigado progenitor não residente⁸³, sustentando possíveis desproporcionalidades.

Outra questão passa pela definição do âmbito das possibilidades do obrigado. Ana Leal afirma que tal aferição se efetua com base nos rendimentos, mas também no património de que o progenitor não residente é titular. Tomé d'Almeida Ramião parece defender o sentido oposto, restringindo as suas possibilidades aos seus rendimentos⁸⁴. Na verdade, parece-nos ser esse o sentido que se quis dar ao que se encontra preceituado no artigo 2004.º, do Código Civil. Para além disso, esta ponderação entre as esferas jurídicas do alimentado e alimentante deverá dotar-se de atualidade, na medida em que a sua determinação se apura dos dados vigentes⁸⁵ no presente momento. Devido a essa atualidade, e na esteira de Ana Leal⁸⁶, essa obrigação é passível de variações consoante as necessidades e/ou possibilidades das partes respetivas (artigo 2012.º, do Código Civil).

Por todo o ante exposto, concluímos que a criança é beneficiária de um direito de cariz pecuniário que não deverá ser restringido – no sentido de ser prejudicado –, face a desagregações nos trâmites conjugais. Porém, o seu interesse primordial, muitas vezes, é subjugado por conflitos, sobretudo devido a omissões de proteção por parte do progenitor.

2.1.1. Do incumprimento do dever de alimentos devidos a menores

Um olhar atento permite afirmar que é cada vez mais premente e preocupante a existência de situações que espelham casos reais de incumprimento das responsabilidades parentais, na vertente de prestação de alimentos. Nesta senda, citamos o exposto no Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 12-07-2011: “[A] natureza constitucional da obrigação de prestação de alimentos encontra expressão ordinária, ao nível da tutela penal da violação da obrigação do credor de alimentos menor, com consagração no artigo 250º, do Código Penal, e na específica compressão, em sede executiva, do próprio direito à sobrevivência condigna do progenitor vinculado ao dever de prestar alimentos, desanexado, atento o referencial básico das necessidades

⁸³ Na senda de Remédio Marques, deve sempre existir sacrifício do património, salvo se o sacrifício puser em causa a subsistência do obrigado a alimentos. Cfr. J. P. Remédio MARQUES, *ob. cit.*, pp. 266-267; Abel DELGADO, *O Divórcio*, 2ª ed., Lisboa, Livraria Petrony, 1994, p. 167.

⁸⁴ Cfr. Tomé d'Almeida RAMIÃO, *ob. cit.*, p. 124.

⁸⁵ Cfr. L. P. Moitinho de ALMEIDA, *ob. cit.*, p. 125.

⁸⁶ Cfr. Ana LEAL, *ob. cit.*, p. 11.

fundamentais dos filhos menores [...]”⁸⁷. Assim, verificamos que o nosso ordenamento facultava várias formas de garantir o direito a alimentos, dever incumprido pelo progenitor. Outrora invocado o artigo 189.º da Organização Tutelar de Menores, “um incidente pré-executivo tendente a tornar efetiva a prestação de alimentos”⁸⁸, vemos agora a sua atuação no artigo 48.º do Regime Geral dos Processos Tutelares Cíveis, e com poucas alterações no seu regime⁸⁹.

Pressupondo a anterior fixação de prestação de alimentos – independentemente das condições factuais apuradas ou não -, o incidente de incumprimento, para ser despoletado, exige que não tenha havido cumprimento dentro de 10 dias após o seu vencimento⁹⁰. Para tanto, o tribunal procederá a diligências – que se desejam ver efetuadas com toda a discrição necessária, de forma a que o devedor não se furte das suas incumbências – através de uma cooperação elaborada entre o progenitor residente, o tribunal e a entidade patronal do progenitor não residente e obrigado.

Em alternativa a este meio⁹¹ existe a opção da execução especial por alimentos (cfr. artigos 933.º e ss, do CPC). Porém, Ana Leal aviva para as restrições que uma execução possui, no que concerne aos rendimentos passíveis de execução⁹².

Quanto à tutela penal conferida a este direito, vertido no artigo 250.º do Código Penal, assume-se como um crime contra a família, em que o legislador pretendeu proteger o bem jurídico que, *in casu* - e concordando com Paulo Pinto de Albuquerque -, será a “satisfação das

⁸⁷ [...]. Cfr. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 12-07-2011, em que foi relator o Juiz Conselheiro Hélder Roque, relativo ao processo n.º 4231/09.OTBGMR.G1.S1.

⁸⁸ Cfr. Acórdão proferido pelo Tribunal da Relação de Lisboa, de 01-03-2012, em que foi relator o Venerando Juiz Sousa Pinto, referente ao processo n.º 622/09.4TMFUN-G.L1-2.

⁸⁹ O espaço europeu reconheceu a fragilidade de um incumprimento alimentício quando envolva os espaços comunitários, com a publicação do Regulamento (CE) n.º 4/2009, de 18 de dezembro.

⁹⁰ Sendo possível obter a dedução das quantias segundo a alínea a) do n.º 1, Tomé d’Almeida Ramião salienta a preferência deste procedimento especial em detrimento de uma ação executiva *tout court*, “por ser mais célere e garantir de forma mais eficaz os interesses da criança”, ressaltando a impossibilidade de deduções, por exemplo, da pensão social de invalidez e o rendimento social de inserção. Cfr. Tomé d’Almeida RAMIÃO, *Organização Tutelar de Menores Anotada e Comentada, ob. cit.*, pp. 177-178.

⁹¹ Alternativa esta sufragada pelo Supremo Tribunal de Justiça, no Acórdão de 08-10-2009, em que foi relator o Juiz Conselheiro Lopes do Rego, relativo ao processo n.º 305-H/2000.P1.S1.

⁹² Cfr. Ana LEAL, *ob. cit.*, p. 33.

«necessidades fundamentais» do titular do direito a alimentos”⁹³ perante um incumprimento inteiramente culposo por parte do progenitor.

Aproveitamos para fazer uma ressalva quanto a esta norma: o seu intuito, maioritariamente preventivo, contém um efeito punitivo quanto ao incumprimento, impondo a pena de prisão nos casos mais graves, previstos nos seus n.ºs 2 e 3. Porém, será esse o efeito ideal? Não devemos esquecer que a privação de liberdade poderá levar ao efeito contrário, na hipótese de inexistência de rendimentos, perdurando a carência da criança...

⁹³ Cfr. Paulo Pinto de ALBUQUERQUE, *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 2.ª Edição Atualizada, Universidade Católica Editora, 2010, p. 660.

CAPÍTULO II - DO FUNDO DE GARANTIA DE ALIMENTOS DEVIDOS A MENORES

1. Âmbito Internacional

Como vimos, o cumprimento das responsabilidades parentais é indispensável para o bem-estar da criança. Daí que o seu inadimplemento seja de prevenir, tal é a penosidade que acomete no sujeito menor de idade. Mas há um problema que se coloca: e se o progenitor não cumprir, por incapacidade sua? E se esse incumprimento for de tal modo grave, que a criança não consiga ver as suas necessidades básicas acauteladas?

O incumprimento das responsabilidades parentais, ou a sua prossecução de forma insuficiente – por exemplo, nas famílias monoparentais carenciadas -, tem sido vista de perto ao nível internacional, e a ação do Conselho da Europa⁹⁴ foi fundamental neste ponto. Tomando a perspetiva da criança como sujeito de direitos, as obrigações que daí advenham não sujeitam apenas a família a novas condutas: impulsionam, na esfera do poder estatal, a obrigação de criação de formas de acautelar a sua posição.

Tomamos como indispensável o contributo efetuado pelas Recomendações advindas do Conselho da Europa⁹⁵. Pese embora a sua vinculação facultativa por parte dos Estados, estas espelham o desejo de suster carências das crianças, ao nível comunitário, propondo a cada Estado Membro serviços de solidariedade para com os seres menores, quando os pais falham nas suas obrigações. No fundo, o Conselho da Europa enunciou regras gerais que, no plano interno de cada Estado, tomarão diferentes formas, dada a liberdade de criação de objetivos sociais pelos Estados. Contudo, é praticamente uniforme que o auxílio estatal, neste prisma, toma a forma de um adiantamento da prestação de alimentos. Ora, encontramos, neste sentido, a Recomendação R (82) 2, de 4 de fevereiro de 1982⁹⁶, que, ao longo dos seus seis princípios, propugnou a criação de um sistema antecipatório de pagamentos à criança carenciada na falta de um sistema familiar,

⁹⁴ Sem descurar o papel da Carta Social Europeia e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem.

⁹⁵ Recomendações do Conselho da Europa R(82)2, de 4 de Fevereiro de 1982, relativa à antecipação pelo Estado de prestações de alimentos devidos a menores, e R(89)I, de 18 de Janeiro de 1989, relativa às obrigações do Estado, designadamente em matéria de prestações de alimentos a menores em caso de divórcio dos pais.

⁹⁶ Disponível em [http://www.kekidatabank.be/docs/Instrumenten/RvE/1982%20CMRec\(82\)2_on%20payment%20by%20the%20State%20of%20advances%20on%20child%20maintenance.pdf](http://www.kekidatabank.be/docs/Instrumenten/RvE/1982%20CMRec(82)2_on%20payment%20by%20the%20State%20of%20advances%20on%20child%20maintenance.pdf).

ou na sua falha⁹⁷. Deste modo, a Recomendação propugnou a criação de uma espécie de antecedência das obrigações alimentares, de forma a prevenir a carência extrema das crianças. Também a Recomendação R (89) I⁹⁸, relativa às obrigações do Estado, designadamente em matéria de prestações de alimentos a menores em caso de divórcio dos pais, proclama que nenhuma criança poderá ficar sujeita às consequências nefastas do divórcio dos pais, devendo o estado criar mecanismos de auxílio nesse sentido.

Já ao nível da União Europeia, esse sistema antecipatório é definido pelo Regulamento (CE) n.º 883/2004 do Parlamento Europeu do Conselho, de 29 de abril de 2004, relativo à coordenação dos sistemas de segurança social: “constituem adiantamentos recuperáveis destinados a compensar o incumprimento por um dos pais da sua obrigação legal, estabelecida no direito da família, de prestação de alimentos aos filhos”⁹⁹. Tais pagamentos serão fixados casuisticamente, pese embora a fixação de um limite geral, e a cessação da sua atuação quando o devedor originário o puder fazer.

2. A Legitimidade do Estado na Proteção da Criança

Já aqui realçamos o papel fundamental da Família, e a necessidade de esta acautelar as necessidades básicas das crianças. Porém, por outro lado, a proteção *poderá advir*¹⁰⁰ de uma instituição exterior ao plano privado familiar: do Estado¹⁰¹. Essa proteção externa, de cariz estatal, deverá cumprir o estipulado no artigo 12.º da Declaração Universal dos Direitos Humanos: “Ninguém sofrerá intromissões arbitrárias na sua vida privada, na sua família, no seu domicílio ou na sua correspondência, nem ataques à sua honra e reputação. Contra tais intromissões ou ataques toda a pessoa tem direito a proteção da lei”¹⁰².

⁹⁷ Cfr. Margaret KILLERBY, «The Council of Europe’s contribution to Family Law (Past, Present, and Future)», in Nigel VAUGHAN/Gillian DOUGLAS, *Families Across Frontiers*, Boston, M. Nijhoff Publishers, 1996, p. 20.

⁹⁸ Disponível em <https://wcd.coe.int/com.instranet.InstraServlet?command=com.instranet.CmdBlobGet&InstranetImage=610132&SeMode=1&DocId=699832&Usage=2>.

⁹⁹ Cfr. Considerando 36 do Regulamento (CE) n.º 883/2004 do Parlamento Europeu do Conselho, de 29 de abril de 2004, relativo à coordenação dos sistemas de segurança social.

¹⁰⁰ Utilizamos esta expressão para salientar a figura subsidiária do Estado, que iremos abordar *infra*.

¹⁰¹ Cfr. artigo 16, n.º 3 Declaração Universal dos Direitos Humanos.

¹⁰² O mesmo se retira do artigo 17.º do Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos.

Iniciamos a seguinte exposição antecipando a conclusão: é indiscutível o poder estatal e a sua legitimidade para “acudir” aos mais frágeis, economicamente carenciados¹⁰³, já que “o Estado assegura especial proteção às crianças órfãs, abandonadas ou, por qualquer forma, privadas de um *ambiente familiar normal*”¹⁰⁴. Ora, “como Estado de Direto Democrático, [deve] respeitar e garantir a efetivação dos direitos e liberdades fundamentais”¹⁰⁵. E isto, desde logo, dadas as dificuldades económicas que as famílias sofrem, podem torná-las incapazes de cumprir as obrigações que, diretamente, afetam os direitos das crianças e jovens¹⁰⁶; e, porque a Lei Fundamental assim o sustenta, nos seus artigos 63.º e 69.º, em que o poder legitimador do Estado deverá sempre ir ao encontro do desenvolvimento integral da criança. Deste modo, a par do já analisado princípio da solidariedade familiar e com confluência no mesmo, surge o dever de proteção da infância – art.º 69.º, n.º 1, da CRP. Caberá, portanto, ao Estado, no caso concreto, prover à situação incapacitante que atinge a criança.

De forma a realçar este dever como indispensável, Ribot Igualada qualifica esta legitimidade como uma verdadeira obrigação jurídica¹⁰⁷. De facto, é pacífico, também nos ordenamentos que nos rodeiam – muito se devendo à afirmação da Convenção dos Direitos da Criança e às legislações europeias *supra* referidas -, de que o Estado tem o dever, tal como os pais, de prover à efetivação dos direitos das crianças, criando meios para esse intuito¹⁰⁸. Esta intervenção é, maioritariamente, subsidiária, porquanto o Estado intervém nos casos em que a família não tem possibilidade de atuar face às necessidades da criança. Em todo o caso, o Estado e a família perseguem o mesmo propósito. E tal retira-se, no nosso ordenamento, da previsão constitucional

¹⁰³ Lembramos que tal afirmação já fora alvo de quezílias, com a crise do estado-providência, ao lado de uma consolidação irrefutável do direito ao respeito pela intimidade da vida familiar, consagrado nos artigos 16 da Convenção dos Direitos da Criança e artigo 8.º, n.º 1 da Carta Europeia dos Direitos do Homem. Cfr. J. P. Remédio MARQUES, *ob. cit.*, p. 13.

¹⁰⁴ Cfr. Jorge MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional, ob. cit.*, p. 61.

¹⁰⁵ Cfr. Alexandra Viana LOPES, «A justiça na tutela dos direitos das crianças e das famílias sob a intervenção do Estado e a coesão social-contributos para uma reflexão judiciária», *Revista do Centro de Estudos Judiciários*, n.º 2 (2.º semestre 2013), p. 143.

¹⁰⁶ 67 % dos jovens adultos portugueses – entre os 18 e os 29 anos de idade - ainda vivem com os pais, apresentando uma das maiores percentagens da Europa. Cfr. Gerardo MEIL, «Individualization and Family Solidarity», *Social Studies Collection*, Barcelona, Welfare Projects, n.º 32.

¹⁰⁷ Cfr. Ribot IGUALADA, *Alimentos entre parientes y subsidiariedad de la protección social*, Valencia, Tirant lo blanch, 1999, pp. 164-165.

¹⁰⁸ Cfr. Wolfgang VOEGELI/Barbara WILLENBACHER, «Children’s Rights and Social Placement: A Crossnational Comparison of Legal and Social Policy towards Children in One-Parent Families», in John EEKELAAR/Petar Sarcevic (ed.), *Parenthood in Modern Society: Legal and Social Issues for the Twety-first Century*, London, Martinus Nijhoff Publishers, 1993, p. 561.

da proteção por parte do Estado, nos artigos 67.º e 69.º da CRP. Especificando detalhadamente tal posição, de cariz subsidiário¹⁰⁹, “a prestação de alimentos incumprida pelo primitivo devedor funciona apenas como um pressuposto legitimador da intervenção subsidiária do Estado para satisfazer uma necessidade actual do menor”¹¹⁰. Nas douradas palavras de Remédio Marques, o papel do Estado no âmbito da solidariedade social não se enforma com um mero carácter de beneficência¹¹¹: “traduz-se no acesso a condições de subsistência mínimas, o que, em especial no caso das crianças, não pode deixar de comportar a faculdade de requerer à sociedade e, em última instância, ao próprio Estado as prestações existenciais que proporcionem as condições essenciais ao seu desenvolvimento e a uma vida digna”¹¹².

O Estado revela-se, assim, o “pai social”¹¹³ em relação à criança carenciada, desprovida de rendimentos advindos do cumprimento das responsabilidades parentais, constituindo um abrigo em segunda instância.

3. O Direito da (e à) Segurança Social

Em traços muito largos, dedicamos aqui este espaço à segurança social dado o facto de se apresentar como um ramo jurídico distinto do direito da família. Porém, os objetivos que os movem poderão ser bastante similares e convergentes, embora com âmbitos díspares. Este ramo baseia-se na solidariedade, tendo como propósito proteger o cidadão, sem qualquer necessidade de existência de relações pré-existentes. Tal solidariedade, direcionada para as crianças, reveste, também aqui, uma prestação pecuniária. De facto, é o adiantamento das prestações alimentícias, aludido *supra*, que confere um direito a prestações¹¹⁴, mormente, por parte da criança: esta tem o direito a exigir que seja protegida face a entidades sociais, por regulação do Estado. O direito a

¹⁰⁹ Cfr. Ribot IGUALDA, *ob. cit.*, pp. 69 e ss. No mesmo sentido, Encarna ROCA/Isabel MIRALLES, «Establishing Paternity in Judicial Proceedings in Spain: What Protection for Human Rights?», in John DEWAR/Stephen PARKER, *Family Law: Processes, Practices and Pressures*, Oxford, Hart Publishing, 2003, pp. 136-137.

¹¹⁰ Cfr. Acórdão proferido pelo Tribunal da Relação de Guimarães, de 29-03-2011, em que foi relatora a Veneranda Juíza Isabel Rocha, referente ao processo n.º 651/06.OTBGM-R.B.G1.

¹¹¹ Cfr. J. P. Remédio MARQUES, *ob. cit.*, pp. 10 e ss.

¹¹² Cfr. Acórdão proferido pelo Tribunal da Relação de Coimbra, de 22-10-2013.

¹¹³ Expressão utilizada por Paulo Távora VÍTOR, «A carga do sustento e o “pai social”» in Guilherme de OLIVEIRA (coord.), *Textos de Direito da Família: para Francisco Pereira Coelho*, Coimbra, Imprensa da Universidade de Coimbra, 2016, p. 641.

¹¹⁴ Cfr. Ilídio das NEVES, *Direito da Segurança Social – Princípios Fundamentais numa Análise Prospectiva*, Coimbra Editora, 1996, p. 278; tb. J. P. Remedio MARQUES, «O nascimento e o *dies a quo* da exigibilidade do dever de prestar por parte do Fundo de Garantia de Alimentos Devidos a Menores», *ob. cit.*, p. 27, e Catarina Santos BOTELHO, *ob. cit.*, p. 272, que fazem notar que o direito a prestações não é um direito subjetivo da criança.

prestações (segundo Remédio Marques, prestações *de dare*¹¹⁵), por parte do Estado insere-se no espírito de um verdadeiro direito social das crianças¹¹⁶, que também encontra proteção e afirmação na CDFUE, considerando-se mesmo como um verdadeiro direito fundamental¹¹⁷.

Deste modo, a convergência entre o ramo da segurança social e o Direito da Família é evidente e necessária. Maria Vaz Tomé afirma que “o direito da segurança social penetrou no grupo familiar, pois que na época contemporânea e nas sociedades industrializadas a família não consegue assegurar cabalmente a segurança dos seus membros”¹¹⁸. Daqui se pode extrair a clara subsidiariedade deste ramo jurídico no que toca ao acautelamento de situações tão imbricadas no ramo familiar na medida em que este último seja incapaz de o fazer.

A mesma Autora sustenta que “as instituições da segurança social se substituíram ao grupo familiar”¹¹⁹, de forma automática, definitiva e linear. Não concordamos com tal entendimento, já que inculca a ideia de desoneração dos deveres familiares, o que claramente não acontece no nosso ordenamento jurídico. O direito da segurança social não se afere pela sua hipotética alternatividade, já que ele próprio “apoia-se numa presunção de normalidade: a de que existe uma comunidade de interesses e afectos e que, nessas circunstâncias, as pessoas que vivem em tais comunidades partilham recursos, de forma a extrair as consequências jurídicas desse facto”¹²⁰. Segundo Remédio Marques, não existe substituição atenta a “reserva do possível”, insuficiente para prover à solidariedade que a Família realiza¹²¹.

¹¹⁵ Expressão utilizada por J. P. Remédio MARQUES, «Em torno do estatuto da pessoa idosa no direito português – obrigação de alimentos e segurança social», *RIPE – Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos*, Bauru, vol. 41, n.º 47 (jan.-jun. 2007), p. 13.

¹¹⁶ Como faz notar Ricardo de Gouvêa Pinto, o titular do direito a prestações é a criança, e não o seu representante. Cfr. Ricardo de Gouvêa PINTO, «Limite de validade da lei e vinculação aos direitos fundamentais. Uma aplicação: pagamento de prestações sociais pecuniárias a menores de idade», *Revista de Direito Público*, Ano VI, n.º 13 (Jan./Jun 2015), p. 72.

¹¹⁷ Cfr. Rodrigo Garcia SCHWARZ, «A Concretização Dos Direitos Sociais Como Direitos Humanos Fundamentais: Alguns Elementos Para Um Pensar e Um Agir Garantistas e Democráticos», *Julgar Online*, Dezembro 2015, disponível em <file:///C:/Users/S%C3%ADlvia%20de%20Oliveira/Downloads/20151206-ARTIGO-JULGAR-Direitos-sociais-como-direitos-humanos-fundamentais-Rodrigo-Schwarz.pdf>, consultado em 07-08-2016, pp. 7-8.

¹¹⁸ Cfr. Maria João Romão Carreiro Vaz TOMÉ, «Reflexões sobre a obrigação de alimentos entre ex-cônjuges», in Guilherme de OLIVEIRA (coord.), *Textos de Direito da Família. para Francisco Pereira Coelho*, Coimbra, Coimbra, Imprensa da Universidade de Coimbra, 2016, p. 576.

¹¹⁹ *Ibidem*.

¹²⁰ Cfr. Acórdão da Relação do Porto 03-11-2005, em que foi relator o Juiz Desembargador Fernando Baptista, relativo ao processo n.º 0534922.

¹²¹ Cfr. J. P. Remédio MARQUES, «O nascimento e o *dies a quo* da exigibilidade do dever de prestar por parte do Fundo de Garantia de Alimentos Devidos a Menores», *ob. cit.*, pp. 26-27.

O direito à proteção da segurança social encontra-se constitucionalmente consagrado nos artigos 63.º e 81.º, al. a) e b), da Lei Fundamental, num sentido universal, já que constitui um direito de todos, para todos¹²². No entanto, define-se como uma norma programática, o que dá liberdade variadas concretizações posteriores. De facto, a não delimitação ao nível constitucional do seu âmbito deixa aspetos por definir¹²³.

Abstratamente falando, o direito à segurança social tem em vista proteger e tutelar a situação dos que se encontrem numa situação de vulnerabilidade, fragilidade económica e social, proteção essa feita dentro de um estado de previdência. Ao nível legislativo, essa atuação vai concretizando especificações graduais, culminando numa tutela que se deseja concreta ao indivíduo, consoante as suas necessidades. Em suma, falamos aqui de direitos sociais que sustentam, acima de tudo, no fundamento da dignidade da pessoa humana (art. 1.º, da Declaração Universal, art. 1.º, da Constituição Portuguesa).

Em concreto, do ponto de vista de proteção das crianças, o direito à segurança social tem por base constitucional o artigo 69.º da Constituição da República Portuguesa, com vista ao seu desenvolvimento integral. Tal base despoletou, no nosso ordenamento, uma prestação de carácter estritamente social, conforme o sentido de uma “recalibragem distributiva”¹²⁴, no sentido de “redistribuir-se de quem tem mais para quem tem menos, reduzindo assim a desigualdade de rendimentos e riqueza resultante do funcionamento de mercado”¹²⁵.

O direito à segurança social dirigido às crianças que não veem cumpridas as responsabilidades parentais vê-se espelhado, por exemplo, no Fundo de Garantia de Alimentos Devidos a Menores. Este constitui uma proteção através de prestações pecuniárias dirigidas às

¹²² Apesar da igualdade, o direito à segurança social atua no âmbito de situações específicas: “Nos direitos sociais, parte-se da verificação da existência de desigualdades e de situações de necessidade – umas derivadas das condições físicas e mentais das próprias pessoas, outras derivadas de condicionalismos exógenos (económicos, sociais, geográficos, etc.) – e da vontade de as vencer para estabelecer uma relação solidária entre todos os membros da mesma comunidade política”. Cfr. Jorge MIRANDA, *Novos Paradigmas do Estado Social*, Conferência proferida em 28 de setembro de 2011, Belo Horizonte, XXXVII Congresso Nacional de Procuradores de Estado, disponível em <http://www.icjp.pt/sites/default/files/media/1116-2433.pdf>, p. 4.

¹²³ Cfr. Catarina Santos BOTELHO, «Os direitos sociais num contexto de austeridade: um elogio fúnebre ao princípio da proibição do retrocesso social?», *Revista da Ordem dos Advogados*, I/II, ano 75 (2015), pp. 265-268.

¹²⁴ Expressão utilizada por Anton HEMERIJCK, *Changing welfare states*, Oxford, OUP, 2013, p. 110.

¹²⁵ Neste sentido, vide Lílíana PALHINHA/Matilde LAVOURAS, “Fundo de Garantia de Alimentos Devidos a Menores – Crítica de Jurisprudência”, *Revista do Ministério Público*, Ano 26 (Abril/junho 2005), n.º 102, p. 152.

crianças em situação de carência económica, advinda da impossibilidade de sustentar a situação por parte da Família.

Imprescindível será analisá-lo logo de seguida.

4. O Regime do Fundo de Garantia de Alimentos Devidos a Menores: a Lei n.º 75/98, de 19 de novembro; o Decreto-Lei n.º 164/99, de 13 de maio

Cada vez mais se exige, da figura do Estado, o auxílio necessário para suprir a incapacidade dos progenitores de sustentar os seus filhos, sobretudo devido à crise que teima em nos acompanhar, bem como devido à subida do nível de escolaridade¹²⁶ ¹²⁷. Foi a preocupação de proteção da vida das crianças que originou a pensão do Fundo de Garantia de Alimentos Devidos a Menores (doravante, FGADM, vulgo Fundo de Garantia). O Fundo constitui uma prestação social que vem substituir o que a solidariedade familiar não tem como prover. Atendendo ao imperativo de acautelar as necessidades das crianças, a Lei n.º 75/98, de 19 de novembro, criou a presente Garantia de Alimentos Devidos a Menores, regulamentada pelo Decreto-Lei n.º 164/99, de 13 de maio.

Analisando a sua nomenclatura, o Fundo de Garantia constitui e qualifica-se como um mecanismo de salvaguarda perante a incapacidade familiar para acautelar as necessidades básicas da criança. Poderá definir-se como “[...] uma prestação social que visa colmatar uma situação de carência económica decorrente do incumprimento da obrigação de prestar alimentos por quem a ela está obrigado e que, como tal, tem como finalidade assegurar as condições de subsistência mínimas e essenciais para o crescimento e desenvolvimento do menor em condições de dignidade”¹²⁸. Integra, destarte, uma garantia¹²⁹, gerada e exteriorizada numa prestação pecuniária, atribuída de forma mensal¹³⁰, ancorada em disposições constitucionalmente

¹²⁶ Cfr. Decreto-Lei n.º 164/99, de 13 de maio.

¹²⁷ Refira-se, *en passant*, a Lei n.º 122/2015, que liberta a esfera jurídica do filho maior do ónus da prova da sua situação ainda dependente dada a formação profissional, até aos 25 anos.

¹²⁸ Cfr. Acórdão TRC 11-02-2014, em que foi Relatora a Juíza Desembargadora Catarina Gonçalves, referente ao Processo. N.º 10033-A/1999.C1.

¹²⁹ Cfr. Decreto-Lei n.º 133/2012, no seu artigo 15-G, n.º 2, qualifica o Fundo como uma pensão de alimentos.

¹³⁰ O Fundo é proporcionado pelo Instituto de Gestão Financeira da Segurança Social, sob tutela do Ministério do Trabalho, Solidariedade e Segurança.

imperativas – nomeadamente, no artigo 69.º, da Constituição da República Portuguesa¹³¹, lendo-se no seu preâmbulo que traduz “um avanço qualitativo inovador na política social desenvolvida pelo Estado, ao mesmo tempo que se dá cumprimento ao objectivo de reforço da protecção social devida a menores”¹³² ¹³³. Dado que os alimentos são “devidos”, atento o facto indispensável e irrefutável do direito dos menores à vida, e a viver condignamente¹³⁴, é objetivo insofismável deste Fundo atribuí-los.

É importante examinar o preâmbulo do Decreto-Lei n.º 164/99, que começa por referir a obrigação inerente ao Estado de protecção das crianças, tendo como pano de fundo as bases constitucionais e internacionais já *supra* aludidas. Evitar e travar desigualdades económicas e pobreza advindas de um incumprimento inerente ao exercício das responsabilidades parentais é o objetivo que o legislador pretende atingir, ao mesmo tempo que suscita o condicionalismo que se encontra na base da pensão social. Ainda no preâmbulo, o legislador salienta a capacidade dos órgãos a isso competentes de acautelar as necessidades da criança.

4.1. Dos Requisitos

Prosseguindo com a averiguação dos traços gerais das disposições, iniciaremos, pois, pela indagação dos requisitos para a beneficiação do Fundo, o que nos reconduzirá ao seu âmbito de aplicação. Desde logo, vemos que a prestação social tem base legal e parâmetros próprios, distinguíveis da prestação alimentícia. A Lei n.º 75/98, nos seus breves artigos, fixa inicialmente o seu âmbito de aplicação, com requisitos cumulativos, exigindo a assunção de variados critérios ínsitos nos artigos 1.º, n.º 1, da Lei n.º 75/98, e artigo 3.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 164/99. Para além de dizer respeito apenas a sujeitos menores de idade, a Lei exige a existência de uma decisão

¹³¹ “Todas as crianças, independentemente do sexo, idade, nacionalidade, origem social, raça ou outras condições especialmente valiosas, são titulares do direito à protecção da sociedade e do Estado, com vista ao seu desenvolvimento integral”.

¹³² Cfr. Preâmbulo do DL n.º 164/99.

¹³³ Convergindo e cooperando, deste modo, com o que já vinha plasmado do plano comunitário, dez anos antes, nomeadamente, no artigo 27.º, n.º 1, da Convenção dos Direitos da Criança: “os Estados reconhecem à criança o direito a um nível de vida suficiente, de forma a permitir o seu desenvolvimento físico, mental, espiritual, moral e social”. Também de acordo com o seu n.º 3, onde se lê: “os Estados-partes (...) tomam as medidas adequadas para ajudar os pais e outras pessoas que tenham a criança a seu cargo a realizar este direito e asseguram em caso de necessidade, auxílio material e programas de apoio, nomeadamente no que respeita à alimentação, vestuário e alojamento”.

¹³⁴ Cfr. Preâmbulo do DL n.º 164/99.

que justifique, *ab initio*, a necessidade de um apoio social. Assim, exige-se a existência de uma regulação de alimentos fixada pelo tribunal.

Mas não basta a existência desta decisão: a Lei exige uma ordem de intervenção, devendo o FGADM assistir a criança se os instrumentos pré-executivos do artigo 48.º do RGPTC não permitirem tal assistência. Deste requisito retiramos o facto de a Lei não se bastar com uma potencialidade de falta de pagamento, exigindo a concretização do incumprimento da conduta postulada pelo tribunal em sede de regulação das responsabilidades parentais. Assim, e antes de uma intervenção exterior, ancorada na legitimidade do Estado, deverá esgotar-se todos os meios *contra* o progenitor. Assim, é necessário que a tutela, por parte da pensão, seja literalmente necessária, e a Lei fixa como limiar de necessidade um rendimento bruto inferior ao Indexante de Apoio Social. Portanto, só a verificação cumulativa destes requisitos legitima a efetivação da prestação social.

Destarte, no que respeita a esta análise, é da máxima relevância para a tutela dos direitos da criança apurar o número de membros do agregado familiar e respetivos rendimentos. Esta capitação de rendimentos, nos termos do artigo 3.º, n.º 2, do DL n.º 164/99, utiliza um conceito de agregado familiar que, atualmente, é mais abrangente que o conceito de família *stricto sensu*, englobando, por exemplo, o companheiro do progenitor residente, o padrasto ou a madrasta¹³⁵, nos termos do artigo 4.º, n.º 1, al. b), do Decreto-Lei n.º 70/2010, de 16 de junho¹³⁶. Para efeitos de contabilização do rendimento, o IAS¹³⁷, atual referência utilizada¹³⁸, situa-se atualmente nos € 419,22¹³⁹, e constitui um requisito de natureza económica, referência para apuramento da situação de carência da criança. Ilídio das Neves, referindo-se às prestações sociais no geral, relembra-nos um problema: as prestações sociais analisam apenas os rendimentos, e não as despesas ou encargos, apesar de analisar a composição do agregado familiar. Parece-nos que tal análise

¹³⁵ Cfr. Paulo Távora VÍTOR, «A carga do sustento e o “pai social”», in Guilherme de OLIVEIRA (coord.), *Textos de Direito da Família, ob. cit.*, p. 641.

¹³⁶ Deste modo, a capitação dos rendimentos será feita através de uma escala de valores: o requerente da prestação toma a posição de 1, os demais indivíduos maiores de idade estão fixados em 0,7; aos indivíduos menores de idade é conferido o valor de 0,5.

¹³⁷ De acordo com a conjuntura económica que se vive, o presente Indexante permanece, desde 2010, sem qualquer atualização. Assim foi ordenado pelo DL n.º 323/2009, de 24 de dezembro, *ex vi* artigos 5.º e 6.º da Lei n.º 53-B/2006, de 29 de dezembro.

¹³⁸ Anteriormente, a referência utilizada era o salário mínimo nacional. Tal alteração ocorreu com a Lei n.º 66-B/2012, de 31 de dezembro, que aprovou o Orçamento de Estado para 2013.

¹³⁹ Aliás, o seu montante, desde a sua criação – Lei n.º 53-B/2006 – nunca sofreu alterações. Cfr. Lei n.º 82-B/2014, de 31 de dezembro.

poderá suscitar desigualdades em relação a cada caso concreto, em que se desconhece as despesas necessárias¹⁴⁰.

A análise do montante de alimentos fixado vem realçar a necessidade da existência de uma decisão judicial que imponha a prestação alimentícia, sendo o seu *quantum* essencial para verificar como o direito a alimentos fora fixado, *in concretum*, para aquela criança carenciada, não descurando, claro está, as suas verdadeiras necessidades, revistas, agora, num plano puramente social.

Uma vez fixada a legitimidade, a Lei indica que, na quantificação do Fundo, se atenderá à capacidade económica do agregado familiar, ao montante de alimentos fixado e às necessidades específicas da criança – artigo 2.º, n.º 2, da Lei n.º 75/98. Com a expressa indicação de que a prestação social irá ter em conta as reais necessidades da criança, o legislador parece referir-se, pois, a uma análise tripartida das circunstâncias que a rodeiam, para além de um mero adiantamento da quantia peticionada. Parece, pois, que o legislador quis que o Fundo de Garantia se abeirasse da real situação de carência, para além de uma mera antecipação dos alimentos.

4.2. Das limitações de atuação

O âmbito de aplicação desta prestação social também traz restrições de atuação, principalmente no que concerne à sua quantificação. De facto, para além de poder perdurar até aos 18 anos de idade, a ajuda económica prestada pelo Fundo não pode ultrapassar o valor, em todos os casos, do Indexante de Apoio Social: o limite de 419,22€ resulta, de forma expressa, do artigo 2.º, n.º 1, da Lei n.º 75/98, bem como no artigo 5.º, n.º 3, do DL n.º 164/99¹⁴¹.

Analisando o normativo *supra* referenciado, este sofreu uma alteração penosamente restritiva para as crianças beneficiárias, impondo este limite quantitativo “independentemente do número de filhos menores”¹⁴². Ademais, o Supremo Tribunal de Justiça pronunciara-se sobre a questão, afirmando o critério de um IAS como consentâneo com um limite de “responsabilidade financeira

¹⁴⁰ Cfr. Ilídio das NEVES, *ob. cit.*, p. 501.

¹⁴¹ António José Fialho indica-nos que a existência do IAS tem como intuito ser um modelo de cálculo independente, de modo a não sujeitar a remuneração mínima mensal garantida às atualizações das prestações sociais. Assim, quaisquer atualizações das pensões não sujeitarão o “salário mínimo”. Cfr. António José FIALHO, *ob. cit.*, p. 98.

¹⁴² Cfr. Artigo 2.º, n.º 1, da Lei n.º 75/98, alterado pela Lei n.º 66-B/2012, de 31/12.

pública” e como “obstáculo inultrapassável”, dada a letra da lei¹⁴³ ¹⁴⁴. Ou seja, e exemplificando: se A estava obrigado a prestar alimentos a B, C e D, seus filhos e, havendo incumprimento, o Fundo acautelará a posição de B, C e D com um montante, no máximo de € 419,22 euros no seu todo, e não a cada um deles. Ana Leal, por exemplo, criticara este limite, contraproducente perante o princípio da igualdade¹⁴⁵.

Não vemos com bons olhos este limite. Perante a expressa limitação ínsita no artigo 2.º, n.º 1, *in fine*, não haverá espaço para tomar como critério a situação de cada credor. Entendemos que o limite deveria dedicar-se a cada criança, e o nosso fundamento é por demais evidente: apesar de ser uma solução, agora, *contra legem*¹⁴⁶, é importante notar que a realidade das muitas decisões judiciais, já de si, acautela a posição de cada menor de forma deficitária; a pluralidade de sujeitos beneficiários do mesmo benefício dificulta penosamente a vida a cada criança. De facto, sufragamos a posição de que um limite tão restrito numa hipotética situação de filhos numerosos poderá colidir com um direito subjetivo da criança: em último caso, o direito à vida.

Por outro lado, e aplauda-se, a Lei não prevê qualquer limite ao nível temporal para além do marco da maioridade: o Fundo atua enquanto for necessário às exigências advindas da incapacidade do menor e dos seus progenitores¹⁴⁷, independentemente do período de tempo em que essa necessidade tiver que perdurar¹⁴⁸ - artigo 3.º, n.º 4, da Lei n.º 75/98. Mas saliente-se: garantido que esteja o pagamento pelo FGADM, de modo algum a Lei descarta a obrigação de informação sobre os rendimentos do beneficiário, à luz da obrigação de uma constante atualização sobre as necessidades da criança e a impossibilidade de as atenuar no seio familiar (artigo 7.º, do Decreto-Lei n.º 164/99).

4.3. Do Procedimento

Posto isto, a Lei procede à indicação dos procedimentos a ter em conta para confirmar a necessidade de intervenção do Fundo. Desde logo, o artigo 3.º da Lei n.º 75/98, positiva a

¹⁴³ Cfr. Acórdão STJ de 07-04-2011, em que foi relator o Juiz Conselheiro Lopes do Rego, relativo ao processo n.º 9420-06.6TBCSC.L1.S1.

¹⁴⁴ Esta decisão baseia as prestações sociais num âmbito subsidiário, não sendo um direito subjetivo da criança. Cfr. J. P. Remédio MARQUES, *Algumas Notas sobre Alimentos (Devidos e Menores)*, *ob. cit.*, pp. 214-215.

¹⁴⁵ Cfr. Ana LEAL, *ob. cit.*, pp. 41-42.

¹⁴⁶ Cfr. artigo 2.º, n.º 1, *in fine*, da Lei n.º 75/98.

¹⁴⁷ Cfr. Ilídio das NEVES, *ob. cit.*, p. 524, que qualifica este tipo de prestações sociais como “prestações com termo certo”.

¹⁴⁸ Cfr. Tomé d'Almeida RAMIÃO, *ob. cit.*, p. 179.

legitimidade ativa para requerer a intervenção do Fundo, sempre aliada à proteção da criança do ponto de vista da sua incapacidade permanente durante a menoridade, ao incluir no seu campo o Ministério Público como parte legítima, mediante prévia comunicação¹⁴⁹.

É de salientar o trabalho preparatório estipulado na Lei, no seu artigo 3.º, n.º 3, e artigo 4.º, n.º 1 e 2 do DL n.º 164/99: a necessidade de uma prévia investigação sobre as necessidades da criança, de forma a apurar as reais e prementes ajudas a proporcionar. Retiramos daqui a tendencial cooperação entre as entidades judiciais e sociais, aludindo, sufragando o mesmo objetivo de atender às carências. Posto isto, e entendendo o tribunal estarem completas as exigências proclamadas pela Lei, é decretado o Fundo de Garantia, sujeito a comprovação anual da situação económica da criança (cfr. artigo 3.º, n.º 6, da Lei n.º 75/98).

Como contraposição a esta atuação, cabe uma obrigação ao progenitor de devolver o que for despendido pelo Fundo de Garantia, logo após o fornecimento da primeira prestação social, sob pena de cobrança coerciva (cfr. artigo 5.º, n.ºs 1, 2 e 3, do DL 164/99).. Sobre esta questão cabe fazer algumas considerações, mais demoradas, vertidas mais à frente.

4.4. A Recuperação do Montante: do Instituto da Sub-rogação

Preceitua o artigo 6.º, n.º 3, da Lei n.º 75/98, de 19 de novembro¹⁵⁰, que o Estado, ao fornecer a prestação do Fundo à criança, fica sub-rogado em todos os direitos do credor – aqui, o beneficiário, a criança -, “com vista à garantia do respectivo reembolso”¹⁵¹. O mesmo é propugnado pelo artigo 5.º, n.º 1 e 2, do Decreto-Lei n.º 164/99. Não resultando, é aplicado o n.º 3, acionando o sistema de cobranças coercivas da segurança social.

A Lei é expressa: é o expediente da sub-rogação que permite, ao Estado, num primeiro momento, ter a legitimidade de intervenção na situação concreta e, a *posteriori*, recuperar a montante dispensado. Sendo um mecanismo originariamente regulado no Código Civil, Antunes Varela define-o como a “substituição do credor na titularidade do direito a uma prestação fungível, pelo terceiro que cumpre em lugar do devedor ou que faculta a este os meios necessários ao

¹⁴⁹ Comunicação feita através de incidente de incumprimento, por apenso ao pleito principal (artigo 48.º RGPTC).

¹⁵⁰ O mesmo se encontrando no artigo 5.º, n.º 1, do DL n.º 164/99.

¹⁵¹ Cfr. Artigo 6.º, n.º 3, da Lei n.º 75/98.

cumprimento”¹⁵². Deste modo, dá-se a transmissão de um crédito¹⁵³ – *in casu*, de modo subjetivo¹⁵⁴ -, previsto nos artigos 589.º e seguintes do Código Civil, sob a epígrafe “Sub-rogação”¹⁵⁵. A Lei n.º 75/98 atribui poderes ao FGADM, na sua posição de terceiro: há uma alteração na titularidade do direito de crédito¹⁵⁶, pois que a criança vê acautelada a sua situação, porém, não com o cumprimento da obrigação por parte do devedor originário – *in casu*, o progenitor faltoso -, mas por um terceiro – o Estado, com toda a sua legitimidade de proteção nos casos que assim o exigem.

Por conseguinte, o que se opera aqui será uma mera transmissão do crédito, de forma pessoal, mas não uma extinção do crédito, por muito que a esfera jurídica da criança seja melhorada através do pagamento do terceiro: a sub-rogação não extingue a obrigação em relação ao devedor primitivo, não o desonera, definitivamente, da sua obrigação principal¹⁵⁷.

Por isso, aqui, não podemos falar de uma assunção de dívida. Analisando as normas a subjacentes à assunção de dívida, verificamos que o seu objetivo é o cumprimento da obrigação, permitindo precisamente a desoneração do devedor primitivo. Ora, já aludimos *supra*: o Estado enquanto “pai social” não surge como alternativa, surge como *ultima ratio*, nunca substituindo verdadeiramente o progenitor devedor. Não constituindo alternativa, a sua posição não desobriga o devedor originário, já que cumpre uma obrigação sua, mas sempre em expectativa de um reembolso, dada a falta de exoneração do inadimplente. O mesmo se retira da Lei e do Decreto-Lei, ao exigirem o respetivo reembolso.

Outra distinção que nos logra ser de extrema importância salientar, é a seguinte: o instituto da sub-rogação não permite, na esfera jurídica do terceiro, um *direito de regresso* para com o

¹⁵² Cfr. Antunes VARELA, *ob. cit.*, p.335.

¹⁵³ Não é por acaso que este instituto, de acordo com o nosso Código Civil, se encontra regulado no Capítulo das garantias de crédito, e não no âmbito do cumprimento das obrigações. Esta foi, desde há muitos anos, a posição que melhor sistematizara este mecanismo, de acordo com Júlio Manuel Vieira Gomes. Apresenta-se, destarte, como uma forma de transmissão de crédito e não como forma de extinção. Cfr. Júlio Manuel Vieira GOMES, «Do Pagamento com Sub-rogação, Mormente na Modalidade de Sub-rogação voluntária», in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Inocêncio Galvão Telles*, I vol., Coimbra, Almedina, 2002, p. 114. Sob o mesmo prisma, encontramos a sub-rogação no ordenamento francês. Cfr. Dennis TALLON, «Contract Law», in George A. BERMANN/Etienne PICARD, *Introduction to French Law*, Netherlands, Wolters Kluwer, 2008, p. 227.

¹⁵⁴ Falamos, *in casu*, de uma transmissão pessoal e não real.

¹⁵⁵ No *Code Civil*, veja-se os artigos 1250.º e ss.

¹⁵⁶ Cfr. J. P. Remédio MARQUES, *ob. cit.*, p. 122.

¹⁵⁷ Há, assim, uma transferência do crédito, “mas sem que essa transferência corresponda a total desresponsabilização das pessoas prioritariamente obrigadas a prestar alimentos legais, já que a isso obsta o mecanismo sub-rogatório”. Cfr. J. P. Remédio MARQUES, *ob. cit.*, p. 246.

devedor. O seu direito não é novo, não existe aqui “uma relação especial já existente entre o autor do pagamento e o devedor”¹⁵⁸. O mesmo se pode retirar da parte final do artigo 6.º, n.º 3, da Lei n.º 75/98, que confere ao Estado o *direito de reembolso*¹⁵⁹.

Assim, especificado este instituto, podemos classificá-lo como de tipo pessoal e legal: pessoal, dada a alteração da parte creditória; legal, porque é a própria disposição normativa que fixa e obriga a aplicação do instituto, independentemente de qualquer declaração expressa das partes nesse sentido¹⁶⁰. O que se exige é que o terceiro acautelador tenha interesse direto na obrigação, que não se deve ficar pelo interesse moral; ao invés, a sua atuação deverá ser decisiva enquanto questão patrimonial. É precisamente o que se encontra estipulado no artigo 592.º, do Código Civil¹⁶¹. Remédio Marques vai mais longe, entendendo que o terceiro (a segurança social) cumpre uma “obrigação própria”, mas que tem a função de suprir incumprimentos que não são da sua responsabilidade¹⁶².

Subsumindo o *supra* exposto à função do Fundo de Garantia, poderíamos dizer que se operaria, obrigatoriamente, a sub-rogação total do montante em dívida, verificada que esteja a prestação alimentícia, atenta a expressão da lei, que refere que o Fundo se sub-roga em *todos os direitos* do credor. Ora, isto inculca a ideia de que a totalidade dos direitos do credor serão aqueles plasmados na decisão judicial anterior, devendo o Fundo pôr cobro a esses direitos na mesma medida. Porém, a prestação do Fundo, apesar de se sub-rogar em todos os direitos da criança, não poderá apresentar uma faceta de sub-rogação parcial, se assim tiver por conveniente, caso acautele a dívida originária em montante inferior? Ora, nesse caso, o Fundo de Garantia acataria um valor distinto, inferior ao montante de alimentos, e devendo o progenitor restituir, *a posteriori*, essa quantia¹⁶³.

Distinto é o caso de sub-rogação parcial, na medida em que acautele a dívida originária em montante superior. Por outras palavras, a hipótese agora em questão seria a de aumentar o

¹⁵⁸ Cfr. Menezes LEITÃO, *Direito das Obrigações*, vol. II, Coimbra, Almedina, 2016, p. 33.

¹⁵⁹ Ao contrário do que menciona Ana Sofia GOMES, *Responsabilidades Parentais*, 2ª ed., Lisboa, Quid Juris, 2009, p. 50, ao referir que o Estado se constitui “titular do direito de regresso sobre o devedor que é o progenitor faltoso”.

¹⁶⁰ Cfr. Júlio Manuel Vieira GOMES, *ob. cit.*, p. 129.

¹⁶¹ Cfr. J. P. Remédio MARQUES, «Em torno do estatuto da pessoa idosa no direito português – obrigação de alimentos e segurança social», *ob. cit.*, p. 35, afirma que a segurança social tem um interesse jurídico próprio, subsumido, *in casu*, ao artigo 63.º, da Constituição.

¹⁶² Cfr. J. P. Remédio MARQUES, «Em torno do estatuto da pessoa idosa no direito português – obrigação de alimentos e segurança social», *ob. cit.*, p. 33.

¹⁶³ Cfr. Menezes LEITÃO, *ob. cit.*, pp. 38-39.

montante a ser recebido pelo credor, não obstante o devedor apenas estar obrigado à quantia originária. Neste âmbito, acreditamos que isso é possível, à luz da Lei n.º 75/98, bem como da regulação ínsita no Código Civil: ou seja, o Estado pode sub-rogar-se na posição da criança, na totalidade do montante que pagou no lugar do devedor, a ele acrescentando uma quantia *ex novo*, independentemente da dívida. Neste caso, também a poderemos definir como sub-rogação de tipo parcial, mas, como qualifica Maria Clara Sottomayor, de forma atípica¹⁶⁴. No entanto, neste caso, a sub-rogação parcial para além do montante não iria originar um novo montante para o devedor pagar. É importante notar que, à luz do artigo 593.º, n.º 1, do Código Civil, a sua dívida – agora, perante o Estado terceiro -, iria sempre fixar-se apenas no montante primitivo¹⁶⁵. Apesar de o terceiro ter liberdade de fixação do montante que mais achar adequado – *in casu*, porque assim permite o artigo 2.º, n.º 2, da Lei n.º 75/98, dado que não estabelece limites à determinação do valor a pagar à criança -, não poderá impor o valor superior ao devedor, porquanto este é-lhe inexigível, não cabe no que é transmitido, não faz parte do que é sub-rogado. O que não quer dizer que o terceiro, no seio da sua autonomia, não possa fornecer ao credor originário uma quantia diferente, possivelmente superior.

Subsumindo a hipótese à Lei n.º 75/98, defendemos esta possibilidade de transmissão parcial - abaixo ou para além do montante -, através da interpretação da letra da Lei, porquanto o artigo 2.º, n.º 2, da Lei n.º 75/98 não apresenta qualquer limitação em relação ao instituto consagrado no Código Civil, nem em relação ao montante, nem quanto ao tipo de sub-rogação que deve imperar nesta transmissão. Ademais, e sendo aceite pela maioria da doutrina, a sub-rogação parcial poderá inserir-se no enquadramento normativo da pensão social, sendo certo que a expressão de sub-rogação “em todos os direitos do credor” não limita este entendimento. Todos os direitos poderão transparecer um quantitativo inferior, ou superior ao montante petitionado. No entanto, no caso de um montante superior, deveremos interpretar a norma no sentido de que o Fundo se sub-roga em todos os direitos do credor *fixados anteriormente*, apenas¹⁶⁶.

Neste ponto, também a jurisprudência já tomou diversas decisões dissonantes. O Acórdão Uniformizador de Jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça de 19 de março de 2015 afirma

¹⁶⁴ Cfr. Maria Clara SOTTOMAYOR, *ob. cit.*, p. 406.

¹⁶⁵ Cfr. Antunes VARELA, *ob. cit.*, pp. 346-348.

¹⁶⁶ Neste sentido, *vide* J. P. Remédio MARQUES, «O montante máximo da prestação social a suportar pelo Fundo de Garantia de Alimentos Devidos a Menores – Ac. de Uniformização de Jurisprudência n.º 5/2015, de 19.3.2015, Proc. 252/08.8TBSPRP-B-A.E1.S1-A», *Cadernos de Direito Privado*, n.º 51, (Julho – setembro 2015), p. 57, qualificando esta espécie de sub-rogação como “atípica”.

que “[a] natureza do instituto da sub-rogação, tal como está delineado na Lei n.º 75/98 e no DL n.º 164/99, que a regulamentou, estabelecido com o propósito de assegurar o reembolso do devedor originário de todas as quantias pagas aos menores não é conciliável com a interpretação que consente ao FGADM o pagamento de uma prestação alimentícia superior à do primitivo devedor”¹⁶⁷.

Por outro lado, o Acórdão da Relação de Coimbra, de 24 de junho de 2008 entendera que a fixação de um montante superior ao plasmado por sentença, quanto aos alimentos, não fere o instituto da sub-rogação¹⁶⁸, já que “[s]e fixada no âmbito do processo de incumprimento uma prestação superior à fixada no processo de regulação do exercício do poder paternal, a sub-rogação que o FGADM venha a exercer contra o progenitor/incumpridor será apenas parcial e até ao limite da condenação deste último”¹⁶⁹.

Acreditamos que a decisão do último aresto *supra* referido será a mais coincidente com o escopo da Lei. *Maxime*, sendo o Fundo uma prestação autónoma em relação à dívida, é claro: o Estado acha-se como novo credor face a uma situação de insuficiência, e face às necessidades da criança, pode acautelar a dívida em questão e aumentar o crédito. Por conseguinte, entendemos que pode haver uma transmissão do crédito e, em simultâneo, um aumento do *quantum* a prestar pelo terceiro, sem que haja uma colisão com os trâmites da Lei. De todo o modo, voltaremos a esta questão em páginas posteriores deste estudo...

5. Outros Ordenamentos: breve resenha¹⁷⁰

5.1. O Ordenamento Espanhol

Com um sistema bastante idêntico ao que apresenta o nosso ordenamento, baseado na solidariedade familiar e social, a magistrada Encarna Roca define o Direito da Família espanhol

¹⁶⁷ Cfr. Acórdão Uniformizador de Jurisprudência de 19-03-2015, em que foi relatora a Juíza Conselheira Fernanda Isabel Pereira, relativo ao processo n.º 252/08.8TBSRP-B-A.E1.S1-A.

¹⁶⁸ Vejamos que esta parcialidade também não colide com o artigo 7.º, do DL n.º 164/99 quando exige do devedor aquilo que o Estado despendeu, a título de reembolso.

¹⁶⁹ Cfr. Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 24-06-2008, em que foi relator o Juiz Desembargador Jacinto Meca, relativo ao processo n.º 29-A/2000.C1.

¹⁷⁰ As próximas páginas abordarão ordenamento jurídicos similares ao ordenamento português, em que o Estado, como vimos, tem um papel subsidiário na proteção das crianças. Porém, convém notar que noutros ordenamentos, o Estado tem um papel ativo na proteção da criança, mesmo nas famílias em que não existe carência económica. Falamos, no geral, dos ordenamentos escandinavos. Aliás, reconhece-se que o papel do Estado, em alguns casos, será direcionado ao fornecimento de apoios, diretamente aos pais, caso seja necessário. Cfr. Jane MILLAR/Andrea WARMAN, *Family Obligations in Europe*, London, Family Policy Studies Centre, 1996, pp. 26-27.

como um sistema misto, dado que o financiamento das suas necessidades advém dela própria, mas também do Estado enquanto autoridade pública¹⁷¹. O ordenamento jurídico espanhol, apesar das suas divisões regionais e das regras autónomas que daí advém, reconhece, ao nível nacional, o *Fondo de Garantía del Pago de Alimentos*, criado pela *Ley* n.º 42/2006, 28 de dezembro, regulamentada pelo Real Decreto 1618/2007, de 7 dezembro. Na esteira de uma intervenção puramente subsidiária, na falta de atuação dos pais - quando o progenitor obrigado não cumpre¹⁷² o disposto no artigo 93 do Código Civil Espanhol¹⁷³ *ex vi* artigo 39.º da Constituição Espanhola¹⁷⁴, o *Fondo* vem dar azo a uma das soluções subsidiárias para a vida da criança. O preâmbulo do Real Decreto inicia a sua abordagem concedendo a legitimidade ao Estado para atuar, talqualmente o ordenamento jurídico português¹⁷⁵.

Tal como o plasmado no nosso ordenamento, a ativação do *Fondo* está dependente de uma decisão judicial – art.º 2.2. e 2.4, da *Ley* n.º 42/2006¹⁷⁶. Ademais, e como pressuposto efetivador, o *Fondo* avaliará as capacidades económicas do agregado familiar, o que nos leva a crer que se afastará, muitas vezes, das específicas e individuais necessidades da criança¹⁷⁷. Seguindo a ordem de tramitação da Lei, a função de *anticipos* é limitada no seu artigo 6: não pode superar a quantidade resultante da multiplicação da quantia anual do *Indicador publico de Renta de efectos múltiples*¹⁷⁸, sempre se baseando nos rendimentos que o agregado familiar aufere. Esta limitação também ganha protagonismo nas disposições seguintes, restringindo a atuação deste *Fondo* de forma mais intensa que o FGADM – a prestação social não pode, em todo o caso, ultrapassar os

¹⁷¹ Cfr. Encarna ROCA / Isabel MIRALLES, *ob. cit.*, p. 137.

¹⁷² Atente-se que o motivo que leva ao incumprimento poderá ser variado, tanto que a doutrina espanhola relaciona este benefício com as vítimas de violência de género, apesar de a Lei assim não o expressar. Neste prisma, *vide* Maria PAZ GARCIA RUBIO, «El marco civil en la violencia de género», in AA.VV., *Tutela jurisdiccional frente a la violencia de género: Aspectos procesales, civiles, penales y laborales*, Valladolid, Lex Nova, 2009, pp. 170-172.

¹⁷³ Art. 93 Código Civil: “[e]l Juez, en todo caso, determinará la contribución de cada progenitor para satisfacer los alimentos y adoptará las medidas convenientes para asegurar la efectividad y acomodación de las prestaciones a las circunstancias económicas y necesidades de los hijos en cada momento (...)”.

¹⁷⁴ “1. Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia”.

¹⁷⁵ Onde se pode ler: “El Estado, ante el fracaso de la ejecución judicial del título que reconoció el derecho a alimentos, debe garantizar ante todo el superior interés del menor, sufragando con cargo los fondos públicos las cantidades mínimas necesarias para que la unidad familiar en que se integra pueda atender a las necesidades del menor”. Cfr. Preâmbulo Real Decreto 1618/2007, de 7 de dezembro.

¹⁷⁶ Para além disso, o relação da territorialidade é fundamental, como no nosso ordenamento: os titulares deste direito têm de ter residência fixa em Espanha.

¹⁷⁷ Cfr. Art. 13 do Real Decreto, sendo competência da “Dirección General de Costes de Personal y Pensiones Públicas del Ministerio de Economía y Hacienda”.

¹⁷⁸ Cfr. Carmen FLORIT FERNANDEZ, *Las Pensiones Alimenticias Treinta Años Después de la Modificación del Código Civil por la Ley 11/1981, de 13 de mayo*, Universidad de Murcia, tesis doctoral, p. 43.

100 euros mensais¹⁷⁹ nem os 18 meses de prestações, continuadas ou não¹⁸⁰. Ora, também neste ordenamento, tão similar ao português, e por ser um “derecho de naturaleza pública”, e porque é um *adiantamento*, é postulado o reembolso do devido segundo o instituto da sub-rogação¹⁸¹: “los anticipos recibidos indebidamente deberán ser reintegrados”¹⁸².

De facto, parece-nos o limite do Fondo, na sua *cantidad*, bastante restritivo, já que fixa uma regra para todos os menores, sem olhar para as suas inerentes características e necessidades¹⁸³. Blanca Gómez Bengoechea duvida da eficácia do valor estipulado em casos de pobreza extrema¹⁸⁴. Podendo culminar numa situação de desproporcionalidade de recursos em relação à situação da criança carecida, vale dizer que o presente benefício carece de autonomia em relação à prestação alimentícia¹⁸⁵.

5.2. O Ordenamento Alemão

Um ordenamento pioneiro na afirmação de direitos sociais é o ordenamento alemão¹⁸⁶. O direito a alimentos por parte da criança encontra base constitucional, mormente nos n.ºs 6 e 4 do artigo 6.º, da Constituição Alemã¹⁸⁷.

Também neste ordenamento se verifica que intervenção do Estado é subsidiária¹⁸⁸ e, na falta de cumprimento de alimentos por parte do progenitor faltoso¹⁸⁹, poderá ser realizado fornecimento de prestações, ao abrigo da Lei sobre o Adiantamento do Pagamento de Alimentos, de 23 de julho de 1979, denominada *Unterhaltsvorschussgesetz* (UVG). O seu artigo 1.º refere expressamente que a criança terá direito à pensão de alimentos incumprida - com a condição de viver em território alemão -, e o *quantum* fornecido será equivalente ao fixado como obrigação alimentícia. A Lei

¹⁷⁹ Cfr. Art. 8, n.º 3 RD 1618/2007; Remédio MARQUES, *ob. cit.*, p. 55.

¹⁸⁰ Cfr. Art. 9 RD 1618/2007.

¹⁸¹ Cfr. Art. 1209.º do Código Civil Espanhol.

¹⁸² A obrigação prescreve “a los cuatros años, contados a partir de la fecha de cobro, o desde que fue posible ejercitar la acción para exigir su devolución” (art. 25 RD 1618/2007).

¹⁸³ Cfr. Albert AZAGRA MALO, *El Fondo de Garantía del Pago de Alimentos - Comentario al RD 1618/2007, de 7 diciembre, de organización y funcionamiento del Fondo de Garantía del Pago de Alimentos*, Barcelona, outubro 2008.

¹⁸⁴ Cfr. Blanca GÓMEZ BENGOCHEA, «Los cambios en la familia española a través de las leyes», in *Horizontes de La Familia ante el s. XXI: Reflexiones con motivo del XXV aniversario del Instituto Universitario de La Familia*, Madrid, Universidade Pontificia Comillas, 2011, pp. 33-34.

¹⁸⁵ Cfr. J. P. Remédio MARQUES, *ob. cit.*, pp. 54-55.

¹⁸⁶ A este respeito, referimo-nos à Constituição de Weimar, uma das primeiras constituições a consagrar, de forma expressa, os direitos sociais, no início do século XX.

¹⁸⁷ Cfr. Paulo Távora VITOR, *ob. cit.*, p. 84.

¹⁸⁸ Cfr. art. 6.2 da Lei Fundamental da República Federal da Alemanha.

¹⁸⁹ Obrigação ancorada no § 1612-A, n.º 1, do BGB, consoante a idade da criança.

apresenta um limite temporal: a prestação é fornecida com duração nunca superior a seis anos¹⁹⁰. Para além disso, a pensão é fornecida apenas até aos 12 anos de idade¹⁹¹. Identicamente ao disposto na Lei n.º 75/98, a Lei alemã prevê o reembolso das prestações despendidas, exigindo o pagamento do devedor primitivo, ou nos casos em que não é comunicada a alteração das necessidades económicas em relação à criança. Porém, diz-se que, *in casu*, o Estado tem direito de regresso em relação ao que fora prestado, contra o progenitor¹⁹², atenta a *legalzession* que se opera para este tipo de manutenção¹⁹³.

Por outro lado, a atuação do Estado é mais agilizada, quando comparada com o ordenamento português, porquanto é despoletada através de um requerimento, com questões pré-elaboradas¹⁹⁴.

Porém, devemos focar um ponto: a nomenclatura da Lei define a sua função como um adiantamento; ademais, é a própria disposição a mencionar a sua função de fornecer a pensão de alimentos. Ora, julgamos que, apesar da natureza social – ainda que não inserida no Código Social Alemão -, a Lei fornece a prestação a que o devedor estava obrigado¹⁹⁵, tendo em conta a situação de carência, mas sobretudo porque há um incumprimento por parte do devedor dos alimentos. Deste modo, parece-nos que a presente Lei logra acautelar uma verdadeira prestação familiar, ainda que com o auxílio do Estado: neste caso, o adiantamento por parte do “pai social” subsume-se inteiramente à prestação incumprida. Como vimos anteriormente, o direito a prestações nasce com o estado de necessidade, o que, neste caso, não parece que seja o pressuposto primacial.

Apesar da sua função, verificamos que o âmbito temporal da Lei é excessivamente restrito: o limite dos 12 anos é, precisamente, contrário à intenção de acautelar as suas necessidades, que não desaparecem nessa idade.

¹⁹⁰ Cfr. § 3, UVG.

¹⁹¹ Cfr. § 1, n.º 1.1, da UVG. Vide Joachim ZEKOLL / Matthias REIMANN, *Introduction to German Law*, 2.ª ed., The Hague, Kluwer Law International, 2005, pp. 266-267.

¹⁹² Identicamente ao nosso ordenamento, o reembolso é exigido através do mesmo modo: a sub-rogação legal (*cessio legis*). Cfr. Dieter MARTINY, «Jurisdiction, recognition and Enforcement in Cases of Reimbursement Claims by Public Bodies», in Paul BEAUMONT, [et. al.], *The Recovery of Maintenance in the EU and Worldwide*, Oxford and Portland, Hart Publishing, 2014, pp. 488-489; Joachim ZEKOLL/Mathias REIMANN, *ob. cit.*, p. 266.

¹⁹³ Vide artigo 28.º.

¹⁹⁴ Vide https://www.gera.de/fm/193/Antrag_UVG.pdf.

¹⁹⁵ Prestação, numa primeira fase, igual à que é exigível nos termos do já citado § 1612-A, n.º 1, do BGB.

Para além desta prestação de manutenção, o ordenamento apresenta outras formas de proteção da criança e dos seus direitos. A este respeito, Paulo Távora Vítor salienta, neste prisma, benefícios estatais, como a ajuda direcionada aos estudantes, através da Lei Federal de promoção da educação¹⁹⁶ ¹⁹⁷.

5.3. O Ordenamento Brasileiro

Parece-nos pertinente, nesta abordagem de direito comparado, analisar um ordenamento que não seja Estado signatário das recomendações comunitárias, referidas *supra*. Apesar de algum distanciamento ao nível de legislação, o Brasil acata a Convenção sobre os Direitos da Criança desde 1990 e, desde esse ano, sensivelmente, que a sua perspetiva sobre a criança e os poderes sociais se tem transformado.

Antes de mais, a Constituição Federal Brasileira, no seu art.º 6, considera os alimentos como sendo *direitos sociais*, ao lado da *previdência social* e a *proteção à infância*¹⁹⁸. Ao nível infraconstitucional, o Estatuto da Criança e do Adolescente fortaleceu ativamente essa mudança de paradigma, constituído pela Lei Federal n.º 8.069/1990, marcando inadvertidamente o salto do ponto de vista protetor para analisar a criança com o *status* de sujeito de direito.

O artigo 23.º do Estatuto, ao analisar a privação do poder familiar, ressalva que a falta de recursos económicos não constitui, de *per si*, motivo suficiente para a suspensão do poder familiar, "devendo o menor, se não houver outro motivo que autorize a decretação da medida, ser incluído

¹⁹⁶ Cfr. Paulo Távora VÍTOR, *ob. cit.*, p. 84.

¹⁹⁷ Parece-nos importante descortinar algumas considerações sobre o ordenamento austríaco, que dispõe de semelhante forma de adiantamento de pensões (*Unterhaltsvorschussgesetz* 1985). Neste ordenamento, necessária será a existência de um título executivo (§ 3 (1), UVG), e a fixação do adiantamento é feita através de uma escala pré-fixada (§ 6, UVG). Denote-se que a Lei já sofreu alterações, no sentido de aumentar a pensão por cada criança. Intensa foi a jurisprudência europeia sobre a questão da natureza deste adiantamento – se social, se familiar. Ora, a maioria das decisões optou pela qualificação como prestação familiar inserida na segurança social, dado que a sua função coincidia com a definição de prestação familiar insita no antigo Regulamento n.º 1408/71, no sentido de que sistem encargos familiares. Porém, o Regulamento (CE) n.º 883/2004 veio remover os adiantamentos de pensões de alimentos da definição de prestações familiares. Cfr. n.º 49 do Acórdão *Offermanns*, proferido pelo Tribunal de Justiça da União Europeia (Quinta Secção), de 15 de março de 2001, referente ao Processo C-255/99, disponível em <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?jsessionid=9ea7d2dc30dc8f640686e55f456a9ffdba11bcf9ceed.e34KaxiLc3qMb40Rch0SaxuMbNz0?text=&docid=45909&pageIndex=0&doclang=PT&mode=Ist&dir=&occ=first&part=1&cid=717560>; conclusões do advogado-geral S. Alber, Processo C-255/99, disponível em <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?jsessionid=9ea7d2dc30db3fbd99e833524bc8a4c4db663cbcd76.e34KaxiLc3qMb40Rch0SaxuKaN50?text=&docid=45699&pageIndex=0&doclang=PT&mode=Ist&dir=&occ=first&part=1&cid=19572>.

¹⁹⁸ Jorge Miranda realça a constituição brasileira como um diploma em constante construção de direitos sociais, contribuindo vivamente para a consagração de um Estado de direito social. *Vide* Jorge MIRANDA, *ob. cit.*, pp. 9-10.

em programas oficiais de auxílio¹⁹⁹. Por outro lado, verificamos que não há um organismo que responda única e exclusivamente face às incapacidades dos pais, antes essa legitimidade de intervenção tem uma face heterogênea, albergando a União, os Estados Federados e os Municípios, tomando uma responsabilidade tripartida e solidária na resposta²⁰⁰ - artigo 196.º da Constituição da República Federativa do Brasil, *lato sensu*, quando a família não tem condições de o fazer, através de um funcionamento descentralizado²⁰¹, *ex vi*, artigo 227.º do mesmo diploma²⁰², que traduz o Princípio da Prioridade Absoluta dos Direitos das Crianças²⁰³²⁰⁴ nesse sentido. Para além disso, ao contrário da prestação de alimentos do ordenamento português, aqui, a prestação não se traduz numa prestação monetária, antes funciona como um fornecimento de alimentos e medicamentos *in specie*²⁰⁵.

Ademais, a Lei Orgânica da Assistência Social tem como objetivos, entre outros, acautelar “a proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice” e “o amparo às crianças e adolescentes carentes”²⁰⁶. No que concerne à proteção das crianças, o seu artigo 22.º refere o fornecimento de “benefícios eventuais”. Aqui, as provisões eventuais, de caráter temporário, podem ser em espécie ou tendo a forma pecuniária.

¹⁹⁹ Cfr. Maria Denise Bento Nejar LEIVAS, *Aspectos Poléctos da Guarda Compartilhada*, pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul - PUCRS. Porto Alegre, 2007, p. 6. Disponível em: http://www.pucrs.br/uni/poa/direito/graduacao/tc/tccl/trabalhos2007_2/Maria_Denise.pdf. Acesso em 02 mai. 2015.

²⁰⁰ Neste ponto, Henrique Chaves Faria CARVALHO, “Evolução e Crise do Estado Social do Brasil”, *Revista do Centro Acadêmico Afonso Pena*, n.º 2, V. XVII, 2011, p. 128, afirma que “A sobreposição de programas e a falta de coordenação entre União, Estados e Municípios, além da ausência de centralização (cada programa era vinculado a um Ministério distinto), acabavam por gerar injustiças, tratando famílias em mesma situação de modo desigual”.

²⁰¹ Sendo a descentralização uma das diretrizes da Lei Orgânica da Assistência Social, no seu artigo 5., n.º 1, *ex vi*, artigo 204.º da Constituição Federal.

²⁰² “Artigo 227.º:

²⁰³ Princípio consagrado na Constituição Federal Brasileira desde 2009, que postula a proteção primária das crianças e adolescentes, dada a sua incapacidade de prover ao sustento de forma autónoma: o princípio exige “atenção e tratamento *prioritários*”, e que essa “prioridade seja *absoluta* (ou seja, antes e acima de qualquer outra)”. Cfr. Murillo José DIGIÁCOMO / Ildeara de Amorim DIGIÁCOMO, *Estatuto da Criança e do Adolescente Anotado e Interpretado*, 6ª Edição, Paraná, Centro de Apoio Operacional das Promotorias da Criança e do Adolescente, 2013, p. 6, disponível em http://www.crianca.mppr.mp.br/arquivos/File/publi/caopca/eca_annotado_2013_6ed.pdf.

²⁰⁴ Cfr. Aline Taiane KIRCH; Livia Copelli COPATTI, «O direito a alimentação de crianças e adolescentes: uma discussão acerca do papel dos poderes do estado e da sociedade civil em prol da concretização», *Revista de Estudos Jurídicos UNESP*, Vol. 17, n.º 26, (2013), disponível em <http://seer.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/article/view/839/1170>, p. 5.

²⁰⁵ *Idem*, pp. 5 e ss.

²⁰⁶ Cfr. Artigo 2.º, n.º 1 e 2, da Lei Orgânica da Assistência Social do Brasil.

Para além destes benefícios, e numa tentativa de programas dirigidos à família, é de notar o papel do Programa Bolsa Família (Lei 10.836/04), dirigido ao grupo familiar, constituindo uma espécie de renda mensal, cumpridos que estejam os pressupostos relativos ao rendimento do agregado familiar²⁰⁷. Sendo um apoio dirigido à família, este dispõe de uma escala de montantes consoante a faixa etária do indivíduo, consoante a respetiva insuficiência de rendas, o que tem sido criticado pela sua desproporcionalidade em relação às crianças e jovens, sujeitos incapazes²⁰⁸.

Em bom rigor, o ordenamento não apresenta um instituto sub-rogatório no fornecimento do auxílio, o que tem sido passível de algumas críticas, já que não foi estabelecido um critério de compensação e ressarcimento por parte de quem paga, absorvendo muitas das receitas públicas sem contrapartida. Daqui se infere um verdadeiro problema entre a providência e o princípio da reserva do possível, dada a incapacidade dos organismos públicos internos face às necessidades da população, e a extrema desigualdade social.

Da análise deste ordenamento concluímos que ainda falta muito trabalho na defesa das crianças. As soluções verificadas podem não abranger todas as necessidades do menor pela falta de manuseamento de soluções, na criação de perspetivas sociais. Parece-nos que o programa *supra* aludido será uma solução ajustada, dado ter um carácter monetário. Contudo, o seu montante deverá ser adequado a cada criança, devendo ser o sujeito mais protegido. O desajustamento do benefício advém do facto de este não ser um apoio direccionado à criança em si.

É importante ressaltar, como conclusão deste percurso ao nível transfronteiriço, que a existência de um verdadeiro Estado Social de Direito é imprescindível para vincar a dignidade da pessoa da criança quando a Família não o faz. E temos como exemplos positivos o ordenamento espanhol e o ordenamento alemão. Porém, no ordenamento brasileiro, questionamos se existe, efetivamente, a afirmação de um Estado de Direito Social, pelo menos, focado nas necessidades da criança, de forma eficaz. Como vimos, não existe um mecanismo uniforme de resposta a carência alimentícia da criança, muitas vezes se distanciando deste sujeito de direitos. Com isto, não queremos dizer que não há direitos sociais. Porém, e como realça Henrique Chaves Faria de

²⁰⁷ Indicando como pressuposto de aplicação uma renda mensal do agregado familiar igual ou inferior a R \$ 120,00.

²⁰⁸ Cfr. Paulo TAFNER [*et. al.*], «O aprimoramento das políticas sociais: rumo ao Bolsa Família 2.0», in Fabio GIAMBIAGI/Octavio de BARROS (org.), *Brasil pós-crise: agenda para a próxima década*, Rio de Janeiro, Elsevier Editora, 2009, pp. 185-186.

Carvalho, denotamos um distanciamento exagerado entre o postulado nas normas fundamentais e a consagração real dos direitos²⁰⁹.

²⁰⁹ Segundo Henrique Chaves Faria CARVALHO, *ob. cit.*, p. 125: “A distancia entre a letra das normas constitucionais e a praxis é tão grande que acaba por ofuscar as vistas, levando-nos à conclusão de que não há Estado Social no Brasil”.

CAPÍTULO III - DO ASPETO CONTROVERTIDO DO MONTANTE DO FUNDO DE GARANTIA DE ALIMENTOS DEVIDOS A MENORES

1. Da caracterização da prestação do Fundo de Garantia de Alimentos Devidos a Menores

No antecedente capítulo deste estudo, realizámos uma análise das disposições legais referentes ao Fundo de Garantia de Alimentos Devidos a Menores. Ora, a leitura daqueles normativos permite-nos densificar algumas características inerentes ao Fundo de Garantia. Necessário se torna análise do Fundo descortinando as suas características. Ensaieemos a sua qualificação.

A forma como a jurisprudência qualifica a atuação do Fundo de Garantia é dissonante e, desse modo, despoleta atuações diferentes desta prestação social que mais à frente, neste estudo, iremos analisar. A título de exemplo, o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 30 de janeiro de 2014, afirma que o FGADM “configura uma verdadeira obrigação autónoma, mas dependente e subsidiária da do devedor originário de alimentos”²¹⁰. Na mesma senda, o Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 25 de maio de 2004, diz-nos que o Fundo é subsidiário em relação à prestação de alimentos fixada, porquanto apenas atua quando esta não se realiza, mais acrescentando outra característica, na sua senda, automática em relação à primeira: “Significa isto que o Fundo é apenas um substituto do devedor de alimentos”²¹¹.

O Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 29 de maio de 2014, vai mais longe, afirmando que o Fundo constitui uma “medida de cariz quase assistencial”, já que “visou apenas evitar situações de carência extrema”, ao invés de auxiliar todas as crianças beneficiárias de pensão de alimentos²¹².

²¹⁰ Cfr. Acórdão da Relação de Lisboa, de 30-01-2014, em que foi relator o Juiz Desembargador António Martins, relativo ao processo n.º 306/06.5TBAGH-A.L1-6.

²¹¹ Cfr. Acórdão da Relação de Coimbra, de 25-05-2004, em que foi relator o Juiz Desembargador António Piçarra, relativo ao processo n.º 70/04.

²¹² O mesmo é propugnado no aresto pelo mesmo Tribunal, a 13 de novembro de 2014: “o FGADM foi gizado para prever situações de carência específica, não estando configurado como um mecanismo universal de assistência a menores”.

Posição diversa emanou já, por exemplo, da apreciação feita pelo Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 12 de outubro de 2013²¹³, que concluiu pela primacial autonomia da prestação social, pelo que a subsidiariedade e a substituição apenas se afirmam quanto à sua aplicação posterior ao incumprimento dos alimentos devidos à criança. No sentido da qualificação primordial do Fundo como prestação autónoma, veja-se o Aresto do Tribunal da Relação de Guimarães, de 10 de dezembro de 2013²¹⁴, que precisa a autonomia do FGADM através da distinção entre a substância dos alimentos devidos ao filho pelo progenitor e a natureza do Fundo.

Ora, enaltecer o caráter da subsidiariedade ou da autonomia traz diretas consequências completamente diferentes. É claro, através da análise jurisprudencial, que existe uma certa “colisão” entre as características suscitadas, - já que uma parte da jurisprudência propende para realçar e salientar a subsidiariedade para além da autonomia, vendo o Fundo como a última solução; a outra parte foca a característica da autonomia como determinante. Passemos a discriminá-las.

1.1. Subsidiariedade

Remédio Marques, debruçando-se sobre o papel da segurança social, neste tipo de prestações, refere que a sua obrigação é subsidiária, dada a sua inserção no regime não contributivo²¹⁵. Ora, esta característica específica do Fundo vai ao encontro do que já referimos em linhas anteriores: o papel do Estado, ele próprio, nas situações de carência económica, atua de forma subsidiária, quando os pilares familiares assim não o fazem.

De facto, é praticamente pacífico nas decisões judiciais e na doutrina o entendimento de que o Fundo apresenta um caráter marcadamente subsidiário em relação à prestação originária, familiar, que o progenitor tem a incumbência de cumprir: atentos os pressupostos de aplicação da prestação social, já aludidos *supra*, o Fundo só atua, na medida da sua obrigação, quando tal não é efetuado pelo progenitor obrigado. Segundo Remédio Marques, “é seu pressuposto legitimador a não realização coativa da prestação alimentícia *já fixada* através das formas previstas

²¹³ Cfr. Acórdão da Relação de Coimbra, de 12-10-2013, em que foi relator o Juiz Desembargador Carlos Moreira, relativo ao processo n.º 3310/08.5TBVIS-E.C1.

²¹⁴ Cfr. Acórdão da Relação de Guimarães de 10-12-2013, em que foi relator o Juiz Desembargador Filipe Carço, relativo ao processo n.º 290/08.0TBMNC-E.G1.

²¹⁵ Cfr. J. P. Remédio MARQUES, «Em torno do estatuto da pessoa idosa no direito português – obrigação de alimentos e segurança social», *ob. cit.*, p. 32.

no art. 189.º OTM”²¹⁶ ²¹⁷. Ora, é necessário que se verifique que o progenitor obrigado não cumpra a obrigação no tempo e modo fixado judicialmente. *Ergo*, através do suscitado incumprimento das responsabilidades parentais, ao abrigo do preceituado no artigo 48.º RGPTC, e realizadas as diligências nesse sentido, é que o Fundo tem legitimidade de intervenção na esfera jurídica da criança. Podemos dizer, deste modo, que o incumprimento por parte do progenitor é o modo de partida para chegar à intervenção estadual através desta pensão. Flagrantemente, existe, aqui, um *nexo de causalidade* que liga o Fundo de Garantia a uma omissão da prestação alimentícia, ou seja, a atuação do Fundo é subsidiária, posterior, surgindo na prática depois de fixados os alimentos e posteriormente incumpridos²¹⁸. Para tal, é necessário que se suscite, na esfera jurídica da criança, um circunstancialismo factual enformador de carência de solidariedade familiar e subsequente carência no sector económico, diretamente por si sentida. Portanto, à luz do que é o ramo social, podemos dizer que o Fundo de Garantia é subsidiário à pensão de alimentos na medida em que, suscitado, apenas se aplica quando existem omissões passíveis de provocar um risco social, omissões ora subsumíveis ao artigo 48.º, do Regime Geral dos Processos Tutelares Cíveis. Ao atuar apenas após o *status* de carência económica, verificamos que há, aqui, quase que uma exigência de se ter de passar pelo pior para que a prestação social de garantia venha colmatar a carência e atuar como um mal menor.

1.2. Provisoriedade

A provisoriedade do Fundo de Garantia é outra característica que parece ser uniformemente aceite e salientada, sem espaço para divergências: o Fundo de Garantia de Alimentos só atua na esfera jurídica da criança enquanto perdura o incumprimento e impossibilidade de adimplir do progenitor, nos termos do artigo 9.º, n.º 1, do DL n.º 164/99. Deste modo, verificada que esteja possibilidade de cumprimento do progenitor, o Fundo de Garantia cessa automaticamente as suas funções, exigindo deste o reembolso de tudo o que fora prestado. Nestes termos, o Fundo de Garantia não concorre com a prestação familiar, não se constitui como alternativa à esfera jurídica

²¹⁶ Agora, artigo 48.º RGPTC.

²¹⁷ Cfr. J. P. Remédio MARQUES, *Algumas Notas sobre Alimentos (Devidos e Menores)*, *ob. cit.*, p. 235.

²¹⁸ Segundo Ana PEDROSO, «Cobrança Forçada de Alimentos Devidos a Menores», *Lex Familiae,- Revista Portuguesa de Direito da Família*, p. 102, “Esta nova prestação social assume como que um carácter subsidiário, na medida em que é a própria lei a colocá-la na dependência do não cumprimento da obrigação de alimentos por parte do sujeito diretamente obrigado”.

familiar, decorrendo mesmo esta provisoriedade do cerne da sua atuação, cessando com o *terminus* do incumprimento ou das necessidades da criança.

1.3. Proteção Específica

Também denotamos que a natureza jurídica desta pensão social se distingue da pensão alimentícia no seguinte: o Fundo de Garantia não atua como prestação geral, abrangendo todas as crianças beneficiárias de alimentos, antes procura sustentar a pobreza extrema das crianças mais vulneráveis, as que não obtêm qualquer quantia dos progenitores, ao nível de alimentos. Por isso, Ana Leal atribui à sua natureza o caráter “excepcional”²¹⁹. Porém, apesar de se propor atuar sob um grupo mais restrito de situações, essa característica não lhe diminui a força: é esse o intuito do direito social, de verdadeira prestação social. Apreciando a atuação da pensão, parece-nos que, apesar de subsumida a um fator de impotência de fornecimento de alimentos, constitui um verdadeiro apoio social, contrariando vozes que qualificam esta pensão como *quase assistencial*²²⁰. Portanto, não nos revemos nesta característica, já que o âmbito de aplicação, subsidiário e restrito, não oculta nem restringe a sua força assistencial.

1.4. Substituição

Depreendemos, da análise da Lei n.º 75/98, que o Fundo de Garantia substitui o devedor originário diretamente, na esfera jurídica da criança, porquanto acautela as suas necessidades em vez do progenitor faltoso. Reconduz-se, portanto, ao mesmo objetivo de sustentar as carências do sujeito menor. Porém, não podemos ver esta questão de uma forma tão linear. É frequente ler-se, na jurisprudência os termos de “prestação subsidiária” e “substitutiva” como que se interligassem automaticamente: deste modo, o Fundo de Garantia, acionado, substituiria o devedor primitivo, como se uma característica estivesse dependente da outra. Porém, este ponto necessita de complementos: a nosso ver, a prestação social não substitui a prestação familiar *tout court*, na medida em que não desonera o devedor primitivo da sua obrigação. Claro que, na prática, é esse o objetivo que transparece na esfera da criança, e é essa a linha de conduta. Porém, deveremos reter, nos conceitos empregues, a referida provisoriedade, e que essa substituição alberga dois pontos essenciais:

- 1) a substituição só se verifica na esfera jurídica da criança;

²¹⁹ Cfr. Ana LEAL, *ob. cit.*, p. 45.

²²⁰ Cfr. Acórdão proferido pelo Supremo Tribunal de Justiça, de 29 de maio de 2014, em que foi Relator o Juiz Conselheiro Bettencourt de Faria, relativo ao processo n.º 257/06.3TBORQ-B.E1.S1.

2) por seu turno, a falar de substituição, esta é temporária, não esquecendo nem desligando os deveres originários do progenitor.

Para além disso, o objetivo da substituição, *in casu*, implica uma mudança subjetiva, mas não uma desobrigação de quem foi substituído, já que apenas constitui a antecipação de um montante que o progenitor deveria acautelar no tempo adequado. Deste modo, concordamos com Tomé d' Almeida Ramião quando refere que o Estado, através do Fundo de Garantia, “não se substitui incondicionalmente ao devedor originário de alimentos, apenas assegura o pagamento efectivo duma prestação, desde que o menor deles careça e enquanto o devedor não inicie o seu pagamento ou não cesse essa obrigação, ficando este onerado com o reembolso dessa prestação”^{221 222}.

Analisado o artigo 5.º da Lei n.º 75/98, este preceitua que o mecanismo que efetiva a prestação social é o instituto da sub-rogação. Ora, apesar da alteração subjetiva, desta mudança sobre quem acautela a criança²²³, esta não desonera o primitivo devedor, ficando em débito para com o terceiro que acautela a situação do menor²²⁴. A nosso ver, a substituição existente limita-se ao plano processual, formal, e nunca substancial, sendo marcada pela provisoriedade que comporta. Portanto, podemos qualificar a atuação do Fundo de Garantia como determinada pelo caráter de suplência relativa.

1.5. Autonomia enquanto Prestação Social

Aludimos, a final, à característica que, a nosso ver, mais se afirma a partir dos eixos enformadores da presente prestação social – a autonomia do Fundo de Garantia.

Diremos que o caráter autónomo advém, desde logo, da sua qualificação enquanto prestação social. Para tanto, tomamos como nossas as palavras de Ana Leal: o Fundo de Garantia “[n]ão se destina, assim, a substituir a prestação de alimentos definida nos termos do Código Civil, a qual

²²¹ Cfr. Tomé d'Almeida RAMIÃO, *ob. cit.*, p. 200.

²²² O mesmo foi espelhado na decisão Acórdão do STJ de 10-07-2008, em que foi relator o Juiz Conselheiro Azevedo Ramos, relativo ao processo n.º 08A1860: “não se substitui incondicionalmente ao devedor originário dos alimentos e apenas se limita a assegurar os alimentos de que o menor carece, enquanto o devedor primitivo não pague, ficando onerado com uma nova prestação e devendo ser reembolsado do que pagar.”

²²³ “Ao cabo e ao resto, estas prestações revestem, na perspetiva do beneficiário, um caráter “substitutivo” do cumprimento da obrigação de alimentos a que os familiares mais próximos (...) estão adstritos. Cfr. J. P. Remédio MARQUES, *ob. cit.*, p. 247.

²²⁴ Apesar de, em termos práticos, reconhecermos que o instituto assim o objetiva, tal como o nome indica.

tem por base a relação de parentesco”²²⁵. Já anteriormente Remédio Marques afirmara que o Fundo de Garantia tem como objeto “propiciar uma prestação autónoma de segurança social”²²⁶. Ora, a autonomia que aqui falamos está intrinsecamente relacionada com um direito originário a prestações, totalmente independente da prestação de alimentos, atuando sobre a carência da criança *ex novo, id est*, pela primeira vez.

Esta autonomia está, de resto, reconhecida no Regulamento (CE) n.º 883/2004 do Parlamento Europeu do Conselho, de 29 de abril de 2004, quando incluiu, no seu anexo, a previsão do Fundo de Garantia como uma prestação familiar abrangida pelo ramo da segurança social (cfr. artigo 4.º, n.º 1, alínea h), do Regulamento n.º 1408/71). No entanto, convém denotar: realizado o périplo pelos ordenamentos, podemos realçar esta autonomia, por exemplo, através de uma comparação do Fundo de Garantia com a prestação do ordenamento austríaco. Apesar de ambas as prestações advirem de um propósito inicial de adiantamento por parte do Estado, entendemos que a prestação austríaca apresenta um adiantamento *tout court*, na medida em que não tem em consideração, nos seus requisitos, as necessidades da criança: a Lei não refere, diretamente, que irá atender às carências económicas atuais²²⁷. Ora, não é isso que ocorre no nosso ordenamento, através do entendimento do artigo 2.º, n.º 2, da Lei n.º 75/98, que exige a aferição das necessidades das crianças. Isto posto, entendemos que a sua qualificação como prestação social é perfeitamente enquadrável no seu escopo, indo mais além dos meros adiantamentos *supra* aludidos.

Apesar de a nomenclatura do Fundo ressaltar a sua função de garantir os alimentos devidos, a sua função acaba por ser distinta, pois que não se subsume à primeira – ao contrário do que ocorre no aludido ordenamento espanhol -, indo mais longe nos seus objetivos. *In casu*, apesar de o Fundo depender necessariamente dos pressupostos de incumprimento, a sua atuação posterior desapega-se dessas exigências, funcionando como uma prestação social, que é, com a função principal que tem, “no sentido de que o Estado não se vincula a suportar os precisos alimentos incumpridos, mas antes a suportar alimentos fixados *ex novo*”²²⁸ de modo que a sua função foca-se nas prementes necessidades da criança, podendo extravasar a prestação alimentícia se as

²²⁵ Cfr. Ana LEAL, *ob. cit.*, p. 138.

²²⁶ Cfr. J. P. Remédio MARQUES, *ob. cit.*, p. 234.

²²⁷ *Vide* Conclusões de S. Alber — Processo C-255/99: “[p]ressuposto da atribuição não é a carência social ou mesmo a necessidade social, mas tão só a existência de um direito à pensão de alimentos”.

²²⁸ Cfr. Acórdão Uniformizador de Jurisprudência n.º 12/2009, de 7 de julho, em que foi relator o Juiz Conselheiro Azevedo Ramos, relativo ao processo n.º 09A0682.

primeiras assim exigirem. Como Remédio Marques salienta, “é indiferente a situação e as possibilidades económicas do obrigado a alimentos [...]; relevante é, isso sim, a necessidade actual, real e concreta do menor, bem como a situação económica da pessoa ou agregado familiar a cujo cargo esteja”²²⁹. Ao fim e ao cabo, as funções, as bases, e os intuitos da presente prestação social são díspares dos traços enformadores de uma prestação alimentícia.

Pois bem, podemos observar os preceitos constitucionais em que se alicerça a prestação de alimentos advinda das responsabilidades parentais: o seu escopo tem como corolário o artigo 36.º, n.º 5, da CRP que, aliado às disposições civilísticas, cria uma pensão com o pressuposto cimeiro de cuidar da criança, atento o pressuposto biológico, e conforme as necessidades do progenitor. Depois, a prestação alimentícia do progenitor para o filho tem um cariz *intuitu personae*, dependente dos laços biológicos firmados. Pelo contrário, a prestação social²³⁰ que se afirma em vez daquela, de forma provisória, segue a *ratio* postulada nos artigos 63.º e 69.º da CRP, que ilustram um cuidado abstrato, uma obrigação *ex novo* na esfera jurídica do Estado, que não depende de requisitos subjetivos *ab initio*. Portanto, o pressuposto cimeiro será, nesta esteira, “[...] prover à satisfação das necessidades básicas das crianças para que não vivam abaixo do limiar de sobrevivência, garantindo-lhes um nível mínimo de vida para realização dos seus direitos fundamentais à vida e ao desenvolvimento”²³¹. O seu objetivo acaba por ser, efetivamente, mais abrangente que o mero dever de cuidado e sustento inerente aos laços biológicos²³², e essa abrangência será determinante para firmar a autonomia do benefício social, lançando na esfera jurídica da criança um meio de sobrevivência apenas baseado na carência económica, verificado que esteja o incumprimento da prestação alimentícia.

²²⁹ Cfr. J. P. Remédio MARQUES, «O montante máximo da prestação social a suportar pelo Fundo de Garantia de Alimentos Devidos a Menores – Ac. de Uniformização de Jurisprudência n.º 5/2015, de 19.3.2015, Proc. 252/08.8TBSPRP-B.A.E1.S1-A» *ob. cit.*, p. 55.

²³⁰ Como iremos ver nas páginas seguintes, António José Fialho, na proposta elaborada, embora defenda a subsidiariedade do Fundo, ressalva que a prestação “assume-se como prestação autónoma da segurança social quanto aos critérios de atribuição e de cálculo”. Cfr. António José FIALHO, «Contributo para uma desjudicialização dos processos de atribuição de pensão de alimentos a cargo do Fundo de Garantia de Alimentos Devidos a Menores», *Lex Familiae – Revista Portuguesa de Direito da Família*, ano 10, n.º 19 (janeiro/junho 2013), p. 103.

²³¹ Cfr. MARIA Clara SOTTOMAYOR, *ob. cit.*, p. 397.

²³² Tomamos as doudas palavras proferidas pelo Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, em que foi relator o Juiz Desembargador Carlos Moreira, referente ao processo n.º 3310/08.5TBVIS-E.C1, que propugna: “[a]ssentando esta autonomia na sua própria génese, *ratio* e teleologia: ela não radica na obrigação natural, legalmente acolhida, derivada dos laços familiares, mas antes dimana da função social do Estado que lhe impõe que garanta aos seus cidadãos, máxime os de tenra idade que não podem prover ao seu sustento, o mínimo de subsistência material necessário à salvaguarda dos seus direitos e interesses basilares e da sua própria dignidade humana”.

Atendendo à dicotomia *supra* cotejada, parece-nos claro que a presente prestação social é maioritariamente guiada por um cerne de autonomia e independência, sempre respeitando o ponto de partida de incumprimento por parte do devedor.

As próximas linhas demonstrarão que a qualificação ora efetuada irá determinar a forma como o Fundo de Garantia se afirma na prática.

2. A Abordagem da Problemática do *quantum*. Divergência doutrinal e jurisprudencial

Desvelados já os contornos que o Fundo de Garantia toma, focar-nos-emos, agora, no *punctum saliens* deste estudo. Como referimos e analisámos *supra*, a decretação judicial que permite a atuação do Fundo de Garantia, casuisticamente, inclui a determinação do valor a fornecer para acautelar as reais necessidades da criança. Porém, a questão da quantia a ser fornecida traz consigo imbróglis inerentes, sobretudo, à natureza do Fundo, bem como ao instituto da sub-rogação que a move. É tempo de nos abeirarmos do cerne do problema desencadeado pela inexistência, na Lei n.º 75/98, de normativos definidores do alcance que a prestação social do Fundo de Garantia poderá tomar.

É mister questionar: poderá o Fundo de Garantia, atentas as necessidades atuais da criança, distintas das que originaram a decisão judicial de alimentos, ultrapassar essa pensão ao nível do montante? E mesmo que as necessidades da criança sejam as mesmas, se a quantia fixada para alimentos era diminuta dadas as frugais possibilidades do progenitor, não poderá o tribunal fixar um montante superior a pagar pelo Fundo?

Antes de mais, estas questões coadunam-se com a interpretação jurídica da norma do artigo 2.º, n.º 2, da Lei n.º 75/98, de 19 de novembro. Recorde-se que o aludido preceito exige que o Tribunal atenda às necessidades da criança, aos alimentos fixados e à capacidade económica do agregado familiar em que a criança se insere. Contudo, é importante chamar à colação outras questões: será necessário retirar o verdadeiro sentido da sub-rogação que a Lei consagra, não descurando o alcance que o legislador quis dar às diligências probatórias, ínsitas no artigo 3.º, n.º 3, da Lei n.º 75/98.

A resposta seria fácil de achar se chamássemos à colação os princípios da proporcionalidade e da adequação: ora, bem sabemos que a tenra idade de um ser humano traz consigo necessidades constantemente em mutação, a maioria das vezes sempre exigindo mais encargos.

Deste modo, a pensão do Fundo poderia propor e fixar uma quantia maior de alimentos, já que a criança dela necessitaria, e tal se demonstraria adequado *in casu*. Porém, a questão não se fica por aqui: não podemos deixar de lado a questão de existir um devedor originário, e que o Fundo não o substitui, atuando provisoriamente.

Chega-se, assim, a uma dicotomia bastante vincada, tanto que a jurisprudência se dividira marcadamente nos últimos anos. Também aqui se repercute a perniciosa distinção entre a prestação maioritariamente autónoma ou essencialmente subsidiária, apontando, por um lado, para a limitação da atuação do Fundo ao que previu a fixação da pensão de alimentos; por outro lado, decisões existiram que concedem e reconhecem que a prestação social possui autonomia tal que permite fixar uma prestação social díspar da decisão referente às responsabilidades parentais, se tal for necessário.

Para exemplificação geral da divergência que estamos a abordar, propomos o seguinte exemplo factual:

A e B divorciaram-se em 2010, tendo como filho comum C, atualmente com 8 anos de idade. Com a regulação das Responsabilidades Parentais, foi homologado que C ficaria à guarda de B, sendo A obrigado à prestação mensal de alimentos de € 50,00 (cinquenta euros), assentes os seus parcos rendimentos.

A nunca pagou a pensão, tendo ficado desempregado em 2011, não tendo bens em seu nome. B, tendo como único meio de sustento o rendimento mínimo, requereu a intervenção do FGADM em sede de incumprimento das Responsabilidades Parentais.

Atendendo a que: C é menor de idade, tem problemas concernentes com a atividade motora desde 2014, precisa de terapia ocupacional semanal e de acompanhamento escolar especial, qual o montante a fixar pelo FGADM?

Perante a situação exposta, duas questões se impõem realizar:

a) Deverá a prestação social fornecer a mesma quantia, ainda que – claramente – diminuta em relação à realidade?

Ou,

b) Poderá a pensão extravasar o montante fixado, efetuando uma triagem sobre essa realidade?

Tudo isto se debruça, então, sobre a questão do *quantum* de fixação da prestação social com base nestas circunstâncias. Posto isto, explanaremos ambas as posições em confronto.

2.1. A Tese Flexível: Fundo De Garantia com um *quantum* inferior, igual ou superior à Prestação Alimentícia

Atendendo ao circunstancialismo fáctico aventado, facilmente vemos que, muito provavelmente, a situação económica na esfera jurídica da criança seria insustentável, dadas as necessidades que C apresenta, bem como as dificuldades de sustento por parte dos pais.

Ora, assim sendo, uma parte da doutrina e jurisprudência, com a mesma perceção de falta de subsistência económica, caminharia pela decisão de que tal pensão de alimentos seria insuficiente e desproporcional às necessidades da criança. Portanto, optaria por fixar uma prestação social de valor superior, defendendo, mormente, a flexibilidade da prestação social, podendo ser maior, menor²³³ ou igual à prestação a cumprir pelo progenitor faltoso.

2.1.1. O critério da decisão judicial anterior

Maria Clara Sottomayor e Remédio Marques entendem a possibilidade de uma prestação social elástica em relação à decisão que fixou os alimentos, baseando-se na letra do artigo 2.º, n.º 2, da Lei 75/98, que não limita a atuação desta à decisão judicial de regulação dos alimentos, sendo apenas um “elemento de ponderação do novo *quantum*”²³⁴. Nesta linha de pensamento, ainda que de forma mais mitigada, Helena Bolieiro e Paulo Guerra entendem que “*parece possível*”²³⁵ fixar uma pensão social superior à alimentícia²³⁶. No mesmo sentido, Ana Leal admite que o Fundo de Garantia possa apresentar um “montante diverso”²³⁷. Subsumindo tal flexibilidade à Lei n.º 75/98 e respetivo diploma regulamentar, verificamos que a tese jurisprudencial e doutrinária se segura e se baseia, em primeiro lugar, no que prescreve o artigo 2.º, n.º 2: de facto, os pressupostos de aplicação contêm a exigência de analisar o montante fixado ao nível de alimentos, mas em nada se prevê e se exige que esse montante seja um limite. Portanto, pelos

²³³ Pois que a diminuição das necessidades, apesar das mutações ao nível da idade, pode acontecer: como ilustra o acórdão TRL 10.02.2014, “basta, por exemplo, que a mãe das crianças passe a ter uma atividade profissional remunerada”.

²³⁴ Cfr. Maria Clara SOTTOMAYOR, *ob. cit.*, p. 400; J. P. Remédio MARQUES, *Algumas Notas sobre Alimentos (Devidos e Menores)*, *ob. cit.*, p. 237;

²³⁵ Cfr. Helena BOLIEIRO, Paulo GUERRA, *A Criança e a Família – Uma Questão de Direitos*, 2ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2014, p. 254.

²³⁶ *Ibidem*.

²³⁷ Cfr. Ana LEAL, *ob. cit.*, p. 46.

pressupostos de aplicação, seria viável uma decisão diferente ao nível da prestação social, sendo a decisão judicial anterior um mero indicador equivalente aos restantes aí plasmados, atendendo à estrutura da norma.

Assim decidiu o Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 24 de junho de 2008, ao afirmar que a verificação do montante anteriormente fixado se revela apenas como um mero critério, uma tarefa de abarcamento de informações anteriores²³⁸. Constitui, segundo Maria Clara Sottomayor, “uma possibilidade de atualização da pensão de alimentos, para que esta tenha aptidão para satisfazer as necessidades actuais das crianças”²³⁹.

Sendo possível tal flexibilidade *ab initio*, isto é, logo no âmbito de aplicação, no seu campo de aplicação positivo, isso também será assim no campo negativo: ora, de acordo com o artigo 2.º, n.º 1, verificamos que o único limite que a Lei impõe para o Fundo de Garantia se afirmar será o Indexante de Apoio Social. A Lei é omissa em relação a qualquer outro teto limite ao nível de quantificação, o que significará, portanto, que os alimentos fixados pelo tribunal poderão apresentar uma barreira perfeitamente transponível.

Portanto, nesta perspetiva, “o tribunal deve atender ainda à capacidade económica do agregado familiar e ainda às necessidades do menor, não sendo, pois, aquele o único elemento balizador do quantum da prestação”²⁴⁰.

2.1.2. Das diligências probatórias

Continuando o percurso atento às disposições da Lei n.º 75/98, verificamos a importância, para esta corrente, do artigo 4.º do DL n.º 164/99: o Fundo de Garantia, para se afirmar, precisa de uma base de investigação, de praticar diligências verificativas do estado da criança pois, como afirmara o já citado Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 24 de junho de 2008, “é um facto notório que as necessidades aumentam com a idade”²⁴¹, e a aplicação do Fundo é posterior à análise feita para a fixação de alimentos, iniciando a sua intervenção com, porventura, novas circunstâncias. Esta atividade baseia-se no facto de o Fundo de Garantia obedecer a critérios de

²³⁸ Cfr. Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 24-06-2008, em que foi relator o Juiz Desembargador Jacinto Meca, relativo ao processo n.º 29-A/2000.C1.

²³⁹ Cfr. Maria Clara SOTTOMAYOR, *ob. cit.*, p. 398.

²⁴⁰ Cfr. Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 27-03-2014, em que foi relator o Juiz Desembargador Acácio Neves, referente ao Processo. N.º 36-F/2000.E1.

²⁴¹ Cfr. Acórdão de 24 de junho de 2008, em que foi relator o Juiz Desembargador Jacinto Meca, relativo ao processo n.º 29-A/2000.C1.

aplicação diferentes, mormente os do artigo 2004.º, do Código Civil, que não são equivalentes no caso; segundo Maria Clara Sottomayor, o Fundo de Garantia não pondera as possibilidades do obrigado, apenas e tão só analisa as necessidades e os rendimentos da esfera jurídica carenciada²⁴², pelo que a análise feita anteriormente, em sede de alimentos, não é suficiente. Segundo o Acórdão TRG, de 10 de dezembro de 2013²⁴³, a Lei não prevê aqui diretamente a ponderação dos meios daquele que houver de prestá-los, mas apenas a prestação de alimentos fixada e as necessidades do menor, numa fórmula que se preocupa com a adequação das necessidades da criança²⁴⁴.

Diz-nos Remédio Marques²⁴⁵ que a prática de diligências para fornecer um montante estático imbuiria a disposição numa evidente inutilidade na sua realização. Portanto, para esta posição, será imprescindível a tarefa de análise e de triagem, dela se poderá concluir ser necessário alterar o montante se a situação concreta da criança for gritante em relação ao que estava decidido nas vias judiciais. Para esta corrente, é este o intuito principal das diligências, é para isso que elas existem²⁴⁶.

2.1.3. Da sub-rogação

Como já fora aludido, e analisando o instituto da sub-rogação subsumido à flexibilidade do montante, verificamos que esta corrente que flexibiliza o *quantum* da prestação social, também permite uma flexibilidade no que toca à transmissão da obrigação, por muito que a quantia seja alterada²⁴⁷. Ora: o instituto da sub-rogação, *in casu*, despoletaria uma transmissão da obrigação parcial, pois que, sendo o montante alterado, e sub-rogando-se o Estado em *todos os direitos do menor* em relação ao progenitor faltoso, essa sub-rogação só iria valer em relação à prestação alimentícia fixada, não mais²⁴⁸. *Ergo*, a sub-rogação seria possível através do seu modo parcial que,

²⁴² Cfr. Maria Clara SOTTOMAYOR, *ob. cit.*, p. 401.

²⁴³ Em que foi relator o Juiz Desembargador Filipe Carço, relativo ao processo n.º 290/08.0TBMNC-E.G1.

²⁴⁴ Segundo Helena BOLIEIRO e Paulo GUERRA, *ob. cit.*, p. 233, “No fundo, o critério de fixação dos alimentos que o Estado assegura não é o mesmo que vigora no âmbito das responsabilidades parentais”.

²⁴⁵ Cfr. J. P. Remédio MARQUES, «O montante máximo da prestação social a suportar pelo Fundo de Garantia de Alimentos Devidos a Menores – Ac. de Uniformização de Jurisprudência n.º 5/2015, de 19.3.2015, Proc. 252/08.8TBSPRP-BA.E1.S1-A», *ob. cit.*, pp. 52-53.

²⁴⁶ O Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, de 06-02-2014, em que foi Relatora a Juíza Desembargadora Helena Melo, referente ao Processo. N.º 1467/11.7TBEPS-B.G1, remete diretamente o escopo destas diligências para o mencionado no preâmbulo do DL, que fixa o objeto de atuação desta prestação social à luz do artigo 69.º da nossa Lei Fundamental.

²⁴⁷ Cfr. Helena BOLIEIRO, Paulo GUERRA, *ob. cit.*, p. 254.

²⁴⁸ Cfr. Paulo Távora VÍTOR, *ob. cit.*, pp. 91-92.

como vimos, tanto se permite por defeito ou por excesso. Segundo Maria Clara Sottomayor, a sub-rogação parcial é a solução “mais adequada à *ratio legis* e ao contexto sócio-normativo dos diplomas que criaram o FGAD”²⁴⁹, realçando, assim, uma harmonia entre o elemento teleológico e o elemento sistemático. A mesma Autora ressalva que o reembolso que a Lei exige respeitaria apenas em relação à prestação, essa sim, originária, “constituindo a diferença entre a dívida originária e a prestação paga pelo Fundo uma medida de natureza assistencialista a suportar com as receitas provenientes de impostos, destinada a combater a pobreza”²⁵⁰.

Desta feita, o Estado respeita, pois, as expectativas do progenitor, ao mesmo tempo que melhora a intervenção sobre as necessidades básicas da criança²⁵¹. Neste ponto, também a corrente jurisprudencial utiliza a prestação anterior como um mero índice, e como limite apenas para a obrigação do devedor, assim se respeitando o mecanismo de transmissão de obrigação originário: “[c]omo a aquisição do sub-rogado se funda substancialmente no acto do cumprimento, só lhe será lícito porém exigir do devedor uma prestação igual ou equivalente àquela com que tiver sido satisfeito o interesse²⁵² do credor”²⁵³.

Por último, verificamos que também os tribunais aproveitam o artigo 7.º da Lei n.º 75/98 para realçar que o reembolso não prejudica a obrigação de prestar alimentos previamente fixada²⁵⁴. Ora, interpretam esta salvaguarda no sentido de que o Estado, enquanto terceiro, pode ir mais além que a obrigação originária, sem prejudicar o devedor originário²⁵⁵.

Porém, dentro desta perspetiva, também existem decisões que defendem que, estando o Estado sub-rogado em todos os direitos do credor, o progenitor devedor teria de pagar tudo o que

²⁴⁹ Cfr. Maria Clara SOTTOMAYOR, *ob. cit.*, p. 404.

²⁵⁰ Cfr. *Idem*, p. 395.

²⁵¹ Segundo Maria Clara SOTTOMAYOR, *ob. cit.*, pp. 404-405, a sub-rogação parcial permitirá que o direito se adapte “às necessidades da vida, sendo, nestes casos, a mais consentânea com a natureza não contributiva da medida em causa (...)”.

²⁵² Na sistematização operada por VAZ SERRA, «Sub-rogação nos direitos do credor», *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 37, 1953, p. 47, a sub-rogação opera-se aqui, pelo facto de o terceiro ter “direito de satisfação”: “[e]le satisfaz o credor levado pela necessidade; vê-se forçado a satisfazê-lo, para evitar um prejuízo grave (...)”.

²⁵³ Cfr. Acórdão da Relação do Porto, de 15-10-2013, em que foi relator o Juiz Desembargador Vieira e Cunha, relativo ao processo n.º 151/12.9TBARC.P1.

²⁵⁴ Cfr. Acórdão Relação Lisboa de 02-10-2014, em que foi relatora a Juíza Desembargadora Ana Luísa Galdes, relativo ao processo n.º 140/09.OTMPDL-D.L1-8.

²⁵⁵ Segundo o acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 30-09-2008, em que foi relator o Juiz Conselheiro Sebastião Póvoas, relativo ao processo n.º 08A2953, o Estado não se substitui ao devedor de alimentos no cumprimento da obrigação, não se está aqui perante uma qualquer assunção de dívida, antes o estado se propõe a satisfazer as necessidades básicas de subsistência e desenvolvimento do menor, sempre que tal não possa ser assegurado.

o fundo proporcionara, pese embora a alteração das quantias, desde que tenha rendimentos e património que assim possibilite²⁵⁶.

Ora, discordamos desta última tese jurisprudencial: sendo uma prestação social proveniente de regime não contributivo, e dadas as expetativas do devedor originário, este não tem que estar submetido a um novo credor para além da dívida original. Ocorrendo a transmissão do crédito e não a sua extinção, deverá o progenitor ficar apenas sujeito ao crédito primitivo²⁵⁷.

2.1.4. Autonomia

A defesa de um montante superior caso a situação da criança assim o exija, despoleta a importância superior de umas características do fundo em relação a outras. Assim, Remédio Marques não duvida da autonomia da pensão social, já que é uma “obrigação nova” e dispar da obrigação de alimentos”²⁵⁸. Aliás, é unânime, por parte dos autores citados, a autonomia desta prestação social, pois que “uma coisa é a prestação fixada ao obrigado a alimentos e outra coisa é (ou pode ser) a prestação fixada nos termos daquela lei”²⁵⁹. A corrente foca-se na distinção das características, não absorvendo a subsidiariedade qualquer característica autónoma do Fundo de Garantia, pois que a prestação social tem, ela própria, bases constitucionais distintas das que propugnam uma prestação alimentícia, porquanto falamos do artigo 69.º e 63.º, n.º 3 da CRP. São meios de obtenção diferentes para alcançar o mesmo fim: o respeito do direito à vida, ao desenvolvimento da personalidade e integridade pessoal²⁶⁰. Segundo Paulo Távora Vítor, o Estado é “dirigente e motor de uma igualdade real informada por princípios de justiça material”²⁶¹, já que, desencadeado que seja o Fundo perante crianças com fixação de alimentos diferentes mas com necessidades idênticas - ponderada a idade, e subsequentes necessidades, e rendimentos -, não se entenderia a fixação de montantes díspares limitados por alimentos anteriormente fixados -

²⁵⁶ Vide Acórdão da Relação de Guimarães de 17-12-2013, em que foi relator o Juiz Desembargador Moisés Silva, relativo ao processo n.º 987/03.ITBFLG-B.G1: “O organismo competente para o efeito pode substituir-se ao menor e reaver do obrigado a prestar tudo o que tiver pago, desde que este tenha no seu património os bens necessários para o efeito”.

²⁵⁷ Cfr. VAZ SERRA, *ob. cit.*, p. 5.

²⁵⁸ Cfr. J. P. Remédio MARQUES, «O nascimento e o *dies a quo* da exigibilidade do dever de prestar por parte do Fundo de Garantia de Alimentos Devidos a Menores», *ob. cit.*, p. 32.

²⁵⁹ Cfr. Acórdão TRC 05.03.2002; no mesmo sentido, *vide* Paulo Távora VÍTOR, *ob. cit.*, p. 88.

²⁶⁰ Cfr. Maria Clara SOTTOMAYOR, *ob. cit.*, pp. 394-395.

²⁶¹ Cfr. Paulo Távora Vítor, *ob. cit.*, p. 89.

também eles, díspares -, pelo que estas decisões dos tribunais também permitem alcançar o imperativo princípio da igualdade.

Esta corrente flexível logra alcançar a adequação às necessidades da criança, acima de tudo, ao contrário de outras decisões, porquanto essas são mais focadas nas possibilidades do progenitor, critério esse que, no âmbito da prestação social, não existe: o mais importante é assegurar a prestação social *tout court*, em nada sujeita a parâmetros limitadores de outras áreas jurídicas, sendo um originário e legítimo dever do Estado²⁶². Em todo o caso, esta corrente apoia-se, no princípio da dignidade da pessoa humana²⁶³, valor determinante para fixação da pensão social. A sua liberdade de fixação é oposta à circunscrição da ajuda do Estado, quando a alteração superveniente dos factos é relevante e substancial.

Remédio Marques salienta que, se é poder dos tribunais fixar o montante de acordo com as possibilidades do progenitor, também é poder jurisdicional rever esse montante e fixar outro distinto à luz de critérios distintos, virados somente para a proteção da criança²⁶⁴.

2.2. A tese Restritiva: A pensão de alimentos como limite

Tendo em conta o exemplo *supra* visado, se adotarmos a perspetiva limitativa do Fundo ao *quantum* da pensão alimentícia, este fornecia o mesmo valor fixado pelo tribunal em momento anterior: a prestação de € 50,00 mensais. Subjacente a esta argumentação está o entendimento de que “o Fundo visa tão só a reposição do rendimento de que as crianças beneficiariam, não fosse o incumprimento do devedor originário”²⁶⁵. Na verdade, segundo esta posição, o montante fixado nessa decisão é condição *sine qua non* da prestação social, figurando como limite no auxílio prestado. Muitas decisões jurisprudenciais tomaram o mesmo rumo restritivo. Vejamos os argumentos nesse sentido.

2.2.1. Interpretação dos pressupostos

Esta corrente analisa a Lei n.º 75/98 e o seu Decreto regulamentar de uma forma específica, sustentando que é seu intuito restringir e resguardar a pensão social apenas para o que fora

²⁶² Neste sentido, encontramos o aresto proferido pelo Tribunal da Relação de Guimarães de 10-12-2013, em que foi relator o Juiz Desembargador Filipe Carço, relativo ao processo n.º 290/08.OTBMNC-E.G1.

²⁶³ Tal como é salientado no próprio preâmbulo do DL n.º 164/99.

²⁶⁴ Cfr. J. P. Remédio MARQUES, *Algumas notas sobre alimentos (devidos a menores)*, *ob. cit.*, p. 239.

²⁶⁵ Cfr. Ata II Encontro Anual do Ministério Público, área de Família e Menores, Procuradoria Geral da Relação do Porto, 2014, disponível em file:///C:/Users/S%C3%ADlvia%20de%20oliveira/Downloads/ata_ii_encontro_familia_e_menores.pdf.

decidido para a pensão de alimentos. Atentos os pressupostos de aplicação da prestação, preceituados no artigo 2.º, n. 2, entende-se que o pressuposto de atender à decisão anterior tem mais força que todos os outros.

Assim, a tomada em consideração do montante alimentício fixado é determinante, indispensável e necessário, de forma a que o Fundo não o possa ultrapassar. Este pressuposto está redigido de forma a funcionar, apenas e só, como um limite quantitativo que a pensão social não poderá transpor, independentemente de alterações supervenientes na esfera pessoal da criança: “[...] Se se estabelece como factor de ponderação o “montante da prestação de alimentos fixada”, tal só pode constituir factor limitativo, pois, se assim não fosse, bastariam os outros dois critérios – as necessidades do menor²⁶⁶ e a capacidade económica do agregado familiar em que se integra”²⁶⁷. Deste modo, a prestação social respeita a decisão judicial antecedente.

Destaca-se como defensores desta tese Tomé d’Almeida Ramião e, ainda, António José Fialho, que afirma a desnecessidade de o legislador demonstrar que o critério da decisão anterior é cimeiro e determinante para esta prestação social²⁶⁸, já que a interpretação contrária “não corresponde à letra e à teleologia”²⁶⁹ do preceituado.

Deste modo, entende-se que a interpretação literal da norma fornece o espírito inabalável de restrição do *quantum* devido pelo Fundo de Garantia.

2.2.2. Força das diligências probatórias

A tese limitativa propugna o mesmo *quantum* a partir do artigo 3.º, que manda o tribunal atender a diligências probatórias, realizando uma fase instrutória.

Resumindo os argumentos, tal diligência seria realizada apenas para apurar se a criança precisa, efetivamente, do apoio social. Ademais, tal diligência só faz sentido através de uma perspetiva puramente preventiva, excludente de abusos, e restritiva, já que a corrente defende a

²⁶⁶ Neste sentido se pronuncia o aresto da Relação de Guimarães, de 14-11-2013, em que foi relator o juiz desembargador Jorge Teixeira, relativo ao processo n.º 699/11.2TBCBT-A.G1.: “[s]e a prestação social pudesse ser fixada em valor superior não se justificaria racionalmente que a lei a fizesse depender do incumprimento do obrigado, antes deveria depender apenas e tão só as necessidades actuais do menor”.

²⁶⁷ Cfr. Acórdão de 30.01.2014, em que foi relator o Juiz Desembargador António Martins, relativo ao processo n.º 306/06.5TBAGH-A.L1-6.

²⁶⁸ Cfr. Tomé d’Almeida RAMIÃO, *ob. cit.*, pp. 174 e ss. No mesmo sentido, *vide ac.* TRC 28-11-2013, em que foi relatora a Juíza Desembargadora Judite Pires, relativo ao Processo n.º 0534922.

²⁶⁹ Cfr. Acórdão Relação de Coimbra de 25-05-2004, em que foi relator o Juiz Desembargador António Piçarra, relativo ao processo n.º 70/04.

sua realização apenas para refutar qualquer tipo de realização, *ex ante*, de conluio entre os progenitores – no sentido de acordarem um montante deveras elevado, de forma a não conseguir acautelar, e assim o Fundo intervir em montante superior, - e revalidar a situação carenciada da criança²⁷⁰. A principal preocupação desta fase seria, assim, filtrar qualquer tipo de práticas condenáveis por parte dos pais. António José Fialho destaca o facto de as entidades administrativas terem uma tarefa complicada de analisar o *quantum* a prestar a partir de uma reapreciação de uma decisão judicial²⁷¹.

2.2.3. Da Sub-rogação

Em todo o caso, e percorrendo a Lei, segundo esta tese, a limitação quantitativa também encontra suporte no âmbito do mecanismo do instituto da sub-rogação, previsto no artigo 5.º. Como *supra* aludido é analisado, o Estado enquanto terceiro sub-roga-se em todos os direitos do beneficiário, atenta a transmissão da obrigação. Assim, terá toda a legitimidade para exigir o reembolso de tudo o que despendeu em relação ao devedor originário.

Ora, nesta senda, respeitando a modalidade de sub-rogação parcial, o Estado não poderia exigir o que pagasse a mais. Segundo a interpretação da corrente, à luz deste princípio, o Fundo não pode pagar mais porque não pode reaver esse excesso, caso contrário, a elasticidade conduziria a um “fundo perdido”, sem qualquer tipo de recompensa, o que a Lei não prevê que suceda²⁷².

Para esta corrente jurisprudencial, ao instituto da sub-rogação, mormente legal, não se aplica a parcialidade²⁷³: o Estado sub-roga-se nos direitos do credor – que são exatamente aqueles fixados na decisão judicial - e não mais, pelo que não seria de todo possível engendrar um suplemento²⁷⁴. Saliendam estes autores que o presente mecanismo de transmissão de créditos não origina um

²⁷⁰ Cfr. Tomé d'Almeida RAMIÃO, *ob. cit.*, p. 202.

²⁷¹ Cfr. António José FIALHO, *ob. cit.*, p. 103.

²⁷² Cfr. Acórdão proferido pelo Supremo Tribunal de Justiça, de 13-11-2014, em que foi relatora a Juíza Desembargadora Ana Paula Boularot, relativo ao Processo n.º 415/12.1TBV-A.E1.S1.

²⁷³ O Acórdão proferido pelo Tribunal da Relação de Lisboa, de 30-01-2014, em que foi Relator o Juiz Desembargador Tomé Ramião, relativo ao processo n.º 130/06.5TBCLD-E.L1-6, defende que a fixação de um montante superior desvirtuaria o próprio instituto da sub-rogação, constituindo uma “ilogicidade jurídica”.

²⁷⁴ Assim decidira o Acórdão Tribunal da Relação de Lisboa, de 10-04-2014, ao referir que “[...] nada encontramos na letra da lei que nos permita admitir, com a necessária segurança, que se tenha pretendido consagrar um regime de sub-rogação parcial, antes tal conclusão pressupõe a realização de um percurso lógico e demonstrativo prévio que, como se crê ter tornado patente, não foi realizado no âmbito da defesa da apontada tese da ausência de limitação superior da prestação substitutiva pelo valor da prestação do progenitor obrigado”.

direito de regresso do Estado, pelo que não é um direito *ex novo*. Ora, sendo uma transmissão sem mais, o reembolso deverá cifrar-se como a quantia originária se encontra fixada, pelo que o Estado não pode exigir o aumento da prestação social em relação à familiar²⁷⁵.

Na senda de Tomé d'Almeida Ramião, é possível entender a sub-rogação ínsita no artigo 5.º como restrita à decisão judicial anterior, na modalidade de sub-rogação total²⁷⁶. Pelo que defende que um entendimento contrário só iria subverter o escopo das normas e do próprio instituto, chamando à colação o artigo 9.º, n.º 3, do Código Civil²⁷⁷.

2.2.4. A provisoriedade do Fundo

Outra característica que nos parece importante destacar é a provisoriedade do Fundo. Neste ponto, António José Fialho justifica a sua posição restritiva pelo facto de a Lei não prever que, após o progenitor voltar a cumprir os alimentos, “esta entidade continuaria vinculada a pagar alimentos ao menor, agora no montante equivalente à diferença entre a prestação que o FGADM estava a pagar e aquela que o devedor recomeçou a pagar”²⁷⁸. Ou seja: durando enquanto a carência e impotência prevalecer, o Fundo cessa funções aquando o reativar da pensão alimentícia. Ora, atuando aquele com uma pensão superior, a criança vê os seus rendimentos diminuídos quando o progenitor volta a cumprir. Para esta tese, a conduta *supra* referida é contraditória: estaríamos perante um auxílio estatal que ajudaria com tudo o que pudesse, para posteriormente retirar, voltando ao que estava antes. Deste modo, “[h]averia aqui uma contradição, entre o Estado entender que o menor precisava de uma prestação mais elevada, atribui-la e, depois, privar o menor da mesma quando o obrigado a cumprir iniciasse o cumprimento a que estava adstrito”²⁷⁹.

Pois bem, segundo esta tese, tal atuação provisória, fugaz, com uma assistência melhorada, não teria legitimidade para se retirar de forma repentina, deixando a criança à mercê da pensão

²⁷⁵ Cfr. Acórdão proferido pelo Tribunal da Relação de Lisboa, de 02-10-2014, em que foi relatora a Juíza Desembargadora Ana Luísa Galdes, relativo ao processo n.º 140/09.OTMPDL-D.L1-8.

²⁷⁶ Cfr. Tomé d'Almeida RAMIÃO, *Regime Geral do Processo Tutelar Cível Anotado e Comentado*, *ob. cit.*, p. 182.

²⁷⁷ Cfr. Tomé d'Almeida RAMIÃO, *O divórcio e questões conexas: regime jurídico actual de acordo com a lei n.º 61/2008 : responsabilidades parentais, partilha de bens comuns, crédito de compensação, alimentos, casa de morada de família, arrolamento*, *ob. cit.* p. 202.

²⁷⁸ Cfr. António José FIALHO, *ob. cit.*, p.103.

²⁷⁹ Cfr. Acórdão proferido pelo Supremo Tribunal de Justiça, de 29-05-2014, em que foi relator o Juiz Desembargador Bettencourt de Faria, relativo ao Processo. N.º 257/06.3TBORQ-B.E1.S1.

do progenitor. Tal oscilação colide com o que a proteção estatal e assistencial defende, distanciando das regras constitucionais que pressupõe cumprir²⁸⁰.

2.2.5. O princípio da igualdade

Podemos encontrar, nesta posição, vezes que se fundamentam através de normas constitucionais, relacionando a problemática do *quantum* com o princípio da igualdade. Nesta senda, defende-se que o aumento do Fundo de Garantia em relação ao montante alimentício origina discriminações e desajustamentos na pensão de alimentos em relação a outras crianças que não tiveram o auxílio do Fundo, apesar das mesmas dificuldades económicas dos progenitores em prover ao seu sustento²⁸¹.

No âmbito do II encontro anual do Ministério Público, da Procuradoria Geral Distrital do Porto, o incumprimento das responsabilidades parentais não despoleta diferenciações bastantes para que se justifique tratamento diverso, pelo que há violação do princípio da igualdade²⁸².

A vigência do Fundo sem olhar para as possibilidades do obrigado, atuando através de um montante superior, poderá suscitar desigualdades prementes, já que uma criança iria ter direito a uma prestação social, quiçá superior, dado que o seu progenitor não pagava, independentemente das suas possibilidades, e outra criança não teria qualquer auxílio, mas, atentas as possibilidades do progenitor não guardião, este realiza esforços constantes para cumprir, por muito que lhe seja custoso e penoso.

2.2.6. Do incentivo ao incumprimento

Enformando o Fundo, em montante superior aos alimentos, um crédito sem retorno, e sabendo o progenitor de antemão que a hipotética quantia superior não lhe seria exigível, tal originaria situações de fraude, no sentido de que poderia ser fixado um montante alto, de tal forma que o progenitor sabia que não o poderia acautelar nunca, e assim, ativar o Fundo, proporcionando melhores condições às crianças.

²⁸⁰ Também neste sentido, *vide* Ac. Relação do Porto de 18-02-2014, em que foi relatora a Juíza Desembargadora Márcia Portela, relativo ao processo n.º 2247/05.4TBPRD-A.P1; Ac. Relação de Lisboa de 11-09-2014, em que foi relator o Juiz Desembargador Luís Correia de Mendonça, relativo ao processo n.º 3699/03.2TBSXL-G.L1-8.

²⁸¹ Assim, v. Ac. STJ uniformizador de jurisprudência de 19-03-2015, em que foi relatora a Juíza Conselheira Fernanda Isabel Pereira, relativo ao processo n.º 252/08.8TBSRP-B-A.E1.S1-A.

²⁸² Cfr. Ata II Encontro Anual do Ministério Público, área de Família e Menores, Procuradoria Geral da Relação do Porto, 2014, disponível em file:///C:/Users/S%C3%ADlvia%20de%20oliveira/Downloads/ata_ii_encontro_familia_e_menores.pdf.

Neste ponto, encontramos Tomé d'Almeida Ramião, que qualifica esta conduta como argumento “*ad absurdum*”²⁸³, dado o incumprimento propositado advindo de outro incumprimento, que é precisamente o que a Lei quer evitar²⁸⁴. Segundo o mesmo Autor, “estava aberta a porta para os incumprimentos, incentivando [os progenitores] até, sabendo-se antecipadamente que a prestação a fixar pelo “Fundo de Garantia” poderia ser bem superior à anteriormente fixada a cargo do devedor principal, beneficiando, desse modo, o próprio filho, e cujo reembolso não lhe poderia ser exigido, pela totalidade, mas apenas na medida da sua obrigação quantificada judicialmente”²⁸⁵.

2.2.7. A crise económica e a sustentabilidade

Ainda sob esta corrente, existem arestos que suscitam a natureza do fundo de uma forma mais aprofundada, ao realçar que, não tendo o Fundo de Garantia uma função assistencialista generalizada, *id est*, dirigida a todas as crianças beneficiárias de alimentos, não assume a veste, já aludida, de pensão *quase assistencial*²⁸⁶.

A corrente inclui uma posição marcadamente economicista, mais virada para a poupança dos dinheiros, dando prioridade às contas orçamentais, ao balanço contabilístico da segurança social: “no actual contexto de crise económica, em que são escassos os recursos orçamentais, a sustentabilidade do Fundo só será possível a médio e a longo prazo, se o recurso ao mesmo for gerido com temperança”²⁸⁷.

Assim, não pode o Estado assegurar mais que a esfera privada não garante, até porque a crise económica obriga o Estado ter ponderação na sua assistência em tempos de crise, dentro daquilo que se dispõe ao nível das reservas orçamentais para este efeito.

²⁸³ Expressão utilizada no Acórdão proferido pelo Tribunal da Relação de Lisboa, de 30 de janeiro de 2014, em que foi Relator o Juiz Desembargador Tomé Ramião, relativo ao processo n.º 130/06.5TBCLD-E.L1-6.

²⁸⁴ Cfr. Tomé d'Almeida RAMIÃO, *ob. cit.*, p. 200.

²⁸⁵ Cfr. Tomé d'Almeida RAMIÃO, *ob. cit.*, pp. 200-201.

²⁸⁶ “o legislador não pretendeu resolver cabalmente o problema da assistência económica aos menores, (...) visou apenas evitar situações de carência extrema”. Cfr. Ac. STJ 29-05-2014, em que foi relator o Juiz Conselheiro Bettencourt de Faria, relativo ao processo n.º 257/06.3TBORQ-B.E1.S1.

²⁸⁷ Cfr. Acórdão STJ 19-03-2015, em que foi relatora a Juíza Conselheira Fernanda Isabel Pereira, relativo ao processo n.º 252/08.8TBSRP-B-A.E1.S1-A.

2.2.8. Alteração das Responsabilidades Parentais

Esta tese apoia-se na ideia de que a alteração do montante iria despoletar uma alteração das responsabilidades parentais que não é legitimidade do Fundo fazer^{288 289}.

Ora, a Lei n.º 75/98 apenas se aplica através do artigo 42.º, do Regime Geral dos Processos Tutelares Cíveis - que vem substituir o artigo 189.º, da OTM - e não pelo artigo 182.º, da OTM. A sua atuação deverá circunscrever-se ao âmbito do incumprimento, em que um dos progenitores suscita o inadimplemento por parte do outro progenitor. No caso da alteração das responsabilidades parentais, tal é acordado por ambos. Assim, não pode o Fundo, segundo esta teoria, preconizar uma alteração quantitativa dos alimentos que não é da sua legitimidade, atenta a norma que o despoleta.

2.2.9. O próprio nome da Lei n.º 75/98

A tese restritiva também se baseia na forma como a própria Lei se define, na sua designação. Segundo o Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 28 de novembro de 2013²⁹⁰, a nomenclatura utilizada pelo Fundo de Garantia, mormente a “garantia de alimentos”, descortina-se a ideia de que o Fundo apenas toma a figura de mero garante dos alimentos anteriormente prestados. Nesta senda jurisprudencial, a *garantia* pressupõe acautelar o que já fora fixado anteriormente, não sendo uma nova prestação social. E se o título o menciona, será esse o sentido a tomar em todo o seu articulado superveniente.

2.2.10. Subsidiariedade e substituição

Por todo o *supra* exposto, retiramos a conclusão que a presente corrente jurisprudencial, bastante vincada em torno dos pressupostos restritivos, baseia-se, em parte, nas características a que aludimos *supra*. Assim, o Fundo de Garantia, neste prisma, apesar de se reconhecer que é autónomo, independente, atenta a sua natureza social, não deverá ultrapassar o quantitativo de carácter familiar, porquanto a subsidiariedade e a substituição são marcas intransponíveis,

²⁸⁸ Estritamente relacionado com este argumento encontramos a defesa que o Ministério Público postulou, no recurso STJ de 19-03-2015, ao afirmar que o Fundo de Garantia de Alimentos, ao fixar um montante superior, iria desrespeitar a separação de poderes, ao colocar os tribunais em posição de sugar poderes inerentes exclusivamente ao poder estatal, nomeadamente a administração de dinheiros públicos.

²⁸⁹ É importante denotar que o presente aresto compara o Fundo de Garantia de Alimentos com o Fundo de Garantia Salarial, também este com a sub-rogação como instituto cimeiro, dispondo a prestação do direito ao reembolso do que fora prestado.

²⁹⁰ Cfr. Acórdão Relação do Porto de 28-11-2013, em que foi relatora a Juíza Desembargadora Judite Pires, relativo ao Processo n.º 0534922.

superiores a qualquer emancipação²⁹¹. Portanto, a pensão social subordina-se aos trâmites da decisão judicial em toda a sua atuação, dado que apesar de ter por objetivo “proteger as crianças dos perigos em que se encontram perante uma situação de incumprimento, porém, isso não significa que tenha como objetivo a satisfação integral das suas necessidades”²⁹². A sua atuação cronologicamente posterior, dependente de um incumprimento, despoleta uma prestação social apenas para segurar o que fora ditado pelo tribunal em sede de alimentos.

Destarte, o Fundo de Garantia limitar-se-á, nas decisões judiciais, a este limite quantitativo, que se transpõe aqui como intransponível.

3. Da fixação de Jurisprudência: o Acórdão Uniformizador do Supremo Tribunal de Justiça n.º 5/2015, de 19 de março²⁹³

Toda esta divergência fora recentemente resolvida, jurisprudencialmente, pelo recente Acórdão Uniformizador de Jurisprudência, do Supremo Tribunal de Justiça n.º 5/2015, de 19 de março. Atendendo que tal decisão influenciará as futuras decisões jurisprudenciais, passemos à sua análise.

Viremo-nos para os factos aí vertidos. A questão fundamental é a de saber se o Fundo de Garantia pode assumir contornos diferentes da prestação de alimentos, podendo ultrapassar esse pressuposto. A matéria de facto demonstra o incumprimento do progenitor obrigado a alimentos numa pensão fixada, de forma mensal, em € 75,00 (setenta e cinco euros), atualizável anualmente. Por conseguinte, o progenitor obrigado encontrava-se em situação de desemprego, tendo a mãe da criança como rendimentos apenas o rendimento de inserção social.

Ademais, o único salário existente no agregado familiar pertencia ao companheiro da requerente, que se fixava em € 575,00 (quinhentos e setenta e cinco euros) mensais. Portanto, o rendimento do agregado, cifrava-se em € 799,00 € (setecentos e noventa e nove euros).

²⁹¹ Segundo Márcio Rafael Marques RODRIGUES, *Da Obrigação de Alimentos à Intervenção do FGADM*, Coimbra, tese de mestrado, 2014, disponível em <https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/28481/1/Da%20obrigacao%20de%20alimentos%20a%20intervencao%20do%20FGADM.pdf>, p. 64, a subsidiariedade e a substituição do fundo advêm da própria “gênese” desta prestação social.

²⁹² Cfr. Ata Relação Porto, 2014. No mesmo sentido, Ac. TRP 18-02-2014, em que foi relatora a Juíza Desembargadora Márcia Portela, relativo ao processo n.º 2247/05.4TBPRD-A.P1.

²⁹³ Cfr. Acórdão Uniformizador de Jurisprudência 5/2015, de 19 de março, em que foi relatora a Juíza Conselheira Fernanda Isabel de Sousa Pereira, relativo ao processo n.º 252/08.8TBSPR -B -A.E1.S1-A.

Cumpridos os pressupostos, o Fundo de Garantia foi acionado, tendo a prestação social sido fixada em 100,00 € (cem euros) mensais, acionando a prestação social em quantia superior à pensão alimentícia devida.

Em sede de recurso, o MP realçou a origem do Fundo de Garantia, inserindo-o numa época em que se pretendeu acautelar a situação da criança quando não o era possível pelo artigo 189.º da OTM, mais criticando a existência de um crédito sem contrapartida, já que entende não se poder obrigar o tribunal a fixar prestações provenientes de dinheiros públicos. Utiliza como argumento a crise económica, aglutinadora, assim, de quaisquer necessidades superiores ao que está disposto a pagar.

Analisada a decisão uniformizadora, o Supremo Tribunal de Justiça tomou uma decisão limitativa, consagrando o entendimento do Ministério Público e de parte de decisões jurisprudenciais há muito conhecidas: a de balizar o *quantum* do Fundo de Garantia ao teto quantitativo da prestação alimentícia. Talqualmente outras decisões judiciais o fizeram, este aresto vem salientar a característica da subsidiariedade da intervenção do Estado, tendo como condição o incumprimento do devedor originário, sendo esta subsidiariedade limitativa, *ab initio*, de qualquer flexibilização dos valores fixados nos alimentos.

Preconiza o aresto que um montante superior da prestação social iria violar o princípio da igualdade, porquanto “o pagamento as crianças, cujos progenitores, voluntária ou involuntariamente, não cumprem o dever essencial de assegurar alimentos aos filhos menores, de uma quantia superior à prestação alimentícia que aqueles estavam obrigados a pagar, porque mais consentânea com as suas necessidades específicas, estaria a beneficiar um grupo de crianças em detrimento de outro, constituído por progenitores com escassos recursos e que, embora com sacrifício pessoal, cumprem os seus deveres”²⁹⁴. Ora, desta forma, afirma que o Fundo não tem carácter assistencialista geral.

Logo a seguir, remata com o seguinte entendimento: “A natureza substitutiva e subsidiária da prestação do FGADM não pode dissociar-se do conceito de limite ou de tecto, mesmo tratando-se de prestação autónoma e independente”²⁹⁵.

²⁹⁴ Cfr. Acórdão Uniformizador de Jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça n.º 5/2015, de 19 de março.

²⁹⁵ *Ibidem*.

Ademais, a decisão do Supremo compara o Fundo de Garantia de alimentos com o Fundo de Garantia Salarial, na medida em que ambos têm como prossecução o reembolso e não um direito novo como o direito de regresso, pelo que só pode exigir o que já era exigível ao progenitor. Para além disso, não deixa de apontar as incongruências relativas ao instituto da sub-rogação, entendendo que o reembolso “não é conciliável com a interpretação que consente ao FGADM o pagamento de uma prestação alimentícia superior à do primitivo devedor”²⁹⁶.

Assim, tomou a decisão de determinar a pensão nos 75 euros mensais, o mesmo ocorrendo a todas as decisões posteriores.

Apesar da sua força uniformizadora no plano jurisprudencial, as críticas não se contiveram, e isso depreende-se das declarações de voto vencido. No geral, as declarações entroncam perfeitamente a tese contrária à tomada pelo Acórdão Uniformizador, preconizando a flexibilidade do Fundo de Garantia, no presente caso, devendo ser superior à prestação de alimentos fixada.

O Juiz Desembargador Paulo Arminio de Oliveira e Sá salienta a função constitucional que o fundo acautela - o direito a vida -, e, se assim é, constitui uma prestação autónoma, que visa “prover à satisfação das necessidades básicas das crianças para que não vivam abaixo do limiar de sobrevivência, garantindo-lhes um nível mínimo de vida”²⁹⁷. Ademais, discorda da violação do princípio da igualdade, porquanto as situações são diferentes, logo exigem prestações e acautelamentos diferentes.

Tal como a jurisprudência anterior no mesmo sentido, realça a importância das diligências probatórias, que vão para além da verificação da existência de carência, analisando as necessidades da criança, independentemente de qualquer teto máximo advindo dos alimentos. Ademais, acrescenta: “quisesse o legislador consignar que a prestação a suportar pelo Fundo nunca iria exceder a anteriormente fixada, tê-lo-ia dito com a mesma facilidade com que fixou o montante a não ultrapassar”²⁹⁸.

Para além disso, defende a possibilidade de uma sub-rogação parcial, e remata com a seguinte expressão que nos parece preeminente: “não nos parece que, na interpretação de

²⁹⁶ Cfr. Acórdão Uniformizador de Jurisprudência n.º 5/2015, de 19 de março, em que foi relatora a Juíza Conselheira Fernanda Isabel de Sousa Pereira, relativo ao processo n.º 252/08.8TBSRP -B -A.E1.S1-A.

²⁹⁷ *Ibidem*.

²⁹⁸ *Ibidem*.

qualquer diploma que crie e regule um determinado fundo de garantia, se deva privilegiar a respetiva sustentabilidade financeira”²⁹⁹.

Na mesma esteira se verifica o voto de vencido de Pizarro Beleza, na medida em que segrega o pressuposto do montante dos alimentos à mesma importância dos outros requisitos plasmados no artigo 2.º. Salaria o facto de este acórdão contrariar alguns pontos do Acórdão Uniformizador de Jurisprudência n.º 12/2009³⁰⁰, em que esse salienta a autonomia e independência do fundo enquanto prestação social, “embora subsidiária da respetiva obrigação”. A Veneranda Juíza discorda de qualquer incongruência relacionada com a cessação do Fundo, já que a sua função nasce numa situação de incumprimento e tem de terminar na situação possibilitadora de cumprimento.

Oliveira Vasconcelos, no seu voto de vencido, salienta a incongruência do facto de o poder judicial ficar limitado a decisão de alimentos anterior, “não sendo racional, dentro do contexto da lei, que nessa altura não possa ou não deva fixar esse montante e seja obrigado a fixar um outro, desatualizado, anteriormente fixado”³⁰¹. A alteração das circunstâncias, e das necessidades parece ser motivo fundamental e determinante para se destacar um montante dispar.

Por último, Maria Clara Sottomayor realça a importância das interpretações à luz da Constituição da República Portuguesa. Na esteira da Juíza, o “pensamento decisivo” será aquele que for mais adequado a proteção da dignidade da pessoa humana³⁰². Assim sendo, uma interpretação restritiva não é consentânea com este valor constitucional, através do elemento sistemático de interpretação. Enfatizando a figura da sub-rogação parcial, admite que o fundo forme um montante superior, como já tinha feito, em respeito à “jurisprudência de valores”.

²⁹⁹ Cfr. Acórdão Uniformizador de Jurisprudência n.º 5/2015, de 19 de março, em que foi relatora a Juíza Conselheira Fernanda Isabel de Sousa Pereira, relativo ao processo n.º 252/08.8TBSP -B -A.E1.S1-A.

³⁰⁰ Cfr. Acórdão Uniformizador de Jurisprudência n.º 12/2009, de 7 de julho, em que foi relator o Juiz Conselheiro Azevedo Ramos, relativo ao processo n.º 09A0682.

³⁰¹ Cfr. Acórdão Uniformizador de Jurisprudência n.º 5/2015, de 19 de março, em que foi relatora a Juíza Conselheira Fernanda Isabel de Sousa Pereira, relativo ao processo n.º 252/08.8TBSP -B -A.E1.S1-A.

³⁰² Cfr. Com o mesmo propósito, Maria Clara SOTTOMAYOR, *ob. cit.*, p. 406.

4. A nossa posição³⁰³

Toda esta caminhada ao nível dos meandros doutrinários e jurisprudenciais contribuiu para analisar e decifrar a resolução que entendemos ser a mais adequada para o problema suscitado. E, por “mais adequada”, queremos definir a solução mais ajustada à *ratio essendi* da Lei e do seu Decreto-Lei. É esta a questão nuclear do presente estudo, relativamente à qual urge encontrar a solução mais razoável. Apesar de fechada a questão dissonante, na prática jurídica, com um acórdão que uniformizou todas as decisões posteriores, tal não faz cessar, de todo, as dilações em torno dele e das decisões que daí advierem. Portanto, passaremos a explicar o nosso contributo, dissonante do entendimento do Tribunal.

De facto, verificamos, desde logo, que toda a dissonância entre autores e entre tribunais tem, em grande parte, origem no problema de interpretação da Lei, da hermenêutica jurídica. As várias formas de interpretação das disposições culminam em modos diferentes de aplicação da Lei n.º 75/98 ao caso concreto. Mister será encontrar a melhor forma de interpretação e, desse modo, tentar responder e dar um contributo à problemática.

Como é sabido, à luz dos modos de interpretação jurídica, a mais direta, simplista e condutora será a interpretação segundo a letra da Lei. Porém, se assim for necessário, e tal como ensinou Baptista Machado³⁰⁴, devemos reconhecer que as normas podem não ter como intuito e fim primordial o sentido primeiro que se retira de uma leitura rápida, *in primo conspecto*, pelo que pode exigir um juízo de prognose aprofundado para chegar à sua verdadeira *ratio*³⁰⁵, pelo que é indispensável atentar ao espírito da norma e ao elemento teleológico que, como sabemos, define o fim da norma no âmbito da sua justificação social: as razões que subjazem à sua existência, o seu fim máximo.

³⁰³ Advertimos, desde já, o leitor, de que, pese embora as próximas páginas terem como intuito concretizar o que defendemos sobre a questão fulcral deste estudo, tal será subsumido ao Acórdão supra analisado, por o mesmo abarcar todos os argumentos em confronto. Posto isto, a nossa *opinio iuris* revestirá, de certa forma, e simultaneamente, um comentário ao aresto do Supremo.

³⁰⁴ Cfr. Baptista MACHADO, *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, Coimbra, Almedina, 1983, p. 203.

³⁰⁵ Como refere o Acórdão STJ de 13-11-2014, em que foi relatora a Juíza Desembargadora Ana Paula Boularot, relativo ao Processo n.º 415/12.1TBVV-A.E1.S1., “[s]e é certo que o brocardo “in claris non fit interpretatio”, não contém em si uma verdade insofismável, porque por muito clara que seja a lei, é sempre necessária alguma interpretação, uma vez que a clareza pode ser enganadora, por outra banda, dizer-se que a lei clara não carece de interpretação significa, essencialmente, que um texto legislativo escorreito facilita muito a interpretação do seu sentido e alcance, embora não encerre a questão interpretativa”.

Outra questão que nos parece ser de extrema importância é a interpretação das normas à luz da Lei Fundamental: o princípio da interpretação das leis em conformidade com a Constituição da República Portuguesa, modelo denominado de *verfassungskonforme auslegung*, no ordenamento alemão³⁰⁶. Em poucas palavras, este princípio permite que, perante dissonâncias interpretativas numa concreta norma, essas poderão subsistir, se forem conformes à Constituição³⁰⁷. Por outro lado, tendo a Lei Fundamental um leque de direitos protegidos, as Leis deverão respeitá-los, pelo que a *interpretatio* será sempre dependente da legislação máxima. Como bem refere Jorge Miranda, “cada disposição legal não tem somente de ser captada no conjunto das disposições da mesma lei e no conjunto da ordem legislativa; tem, outrossim, de se considerar no contexto da ordem constitucional”³⁰⁸. Pelo que fora aventado, o entendimento a retirar das normas, respeitando o seu escopo espelhado, ainda que parcialmente, na sua letra, deverá tomar considerações transcendentais à Lei específica, tomando como corolário máximo a Lei Fundamental³⁰⁹, o que, no que concerne ao bem-estar das crianças necessitadas, parece ser clarividente.

Tendo em conta toda esta complexidade da hermenêutica, bem como o facto de o Fundo de Garantia ter o intuito de proteger direitos constitucionalmente consagrados, cabe-nos interpretar a Lei n.º 75/98, mormente as normas que são alvo de quezílias ao nível da doutrina e jurisprudência. O artigo 2.º, n.º 2, da Lei n.º 75/98, sob a epígrafe “Pressupostos”, apresenta o seguinte teor:

“1 - As prestações atribuídas nos termos da presente lei são fixadas pelo tribunal e não podem exceder, mensalmente, por cada devedor, o montante de 1 IAS.

2 - Para a determinação do montante referido no número anterior, o tribunal atenderá à capacidade económica do agregado familiar, ao montante da prestação de alimentos fixada³¹⁰ e às necessidades específicas do menor”.

³⁰⁶ Cfr. Rob BAKER, «Verfassungskonforme Auslegung», in Rob BAKER [et. al.], *Judicial Control: Comparative Essays on Judicial Review*, Antuérpia, MAKLU, pp. 9-10.

³⁰⁷ Neste sentido, Karl ENGISCH, *Introdução ao Pensamento Jurídico*, 6.ª ed. Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, p. 147; Jorge MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, Tomo II, 3.ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 1991, p. 263; Gomes CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 6.ª ed., p. 1294.

³⁰⁸ Cfr. Jorge MIRANDA, *ob. cit.*, p. 263.

³⁰⁹ Ainda neste sentido, Paulo Távora VÍTOR, *ob. cit.*, p. 83, refere: “defendemos ser lícito ao Juiz usar todos os recursos interpretativos em ordem a conformar a lei com os objectivos constitucionais, sendo certo que nesta sede é patente a necessidade de uma correcção caustico-jurisprudencial que, próxima do caso concreto, possa apreender a respectiva especificidade a fim de lhe conferir adequada solução normativa”.

³¹⁰ O sublinhado é nosso.

Observando despretenciosamente o preceito, e efetuando uma leitura literal do que ali se discorre, podemos admitir que o tribunal possa aplicar o mesmo montante fixado na pensão de alimentos, mas tal não demonstra ser uma obrigação. Se o intuito da Lei fosse aplicar o mesmo montante da pensão alimentícia, o legislador, na feitura do diploma, tê-lo-ia expressado com toda a facilidade e simplicidade, o que não fez³¹¹. A “vontade do legislador” passou, precisamente, pela liberdade de quantificação por parte da pensão social.

Ademais, na nossa opinião, a letra da norma não cria qualquer hipótese de a atuação do Fundo se circunscrever à quantia fixada obrigatoriamente. É clarividente a falta de fundamento para entendimento diverso, já que *atender* à decisão anterior não é sinónimo de se *subsumir* a essa decisão. A Lei posiciona o requisito da decisão judicial anterior no mesmo patamar dos restantes pressupostos³¹², pelo que é patente, da construção da norma, que a decisão anterior constitui um mero índice, uma mera recolha de dados da criança, com a mesma força dos restantes. Ora, a letra da Lei, *de per si*, projeta o sentido final da norma, sem necessidade de correções do seu texto, que fixa a decisão alimentícia como um mero critério de ponderação, um quesito para seleção de informação, devendo o Fundo de Garantia ponderar o *quantum* necessário a nível dos trâmites da proporcionalidade, da adequação e da atualidade.

Deste modo, a nossa posição contrasta patentemente com a decisão tomada pelo Acórdão Uniformizador, desconchavada do sentido que a Lei logra praticar.

Em relação à questão das diligências probatórias, o artigo 3.º, n.º 3, postula o seguinte:

“3 - Seguidamente, o juiz mandará proceder às restantes diligências que entenda indispensáveis e a inquérito sobre as necessidades do menor, posto o que decidirá”³¹³.

A respeito deste preceito, a decisão uniformizadora realizou interpretação conforme a tese já defendida de que “[a]s diligências instrutórias constituem um meio ao serviço da reponderação e

³¹¹ No mesmo sentido, Mariana Sofia Alves de MELO, *Fundo de Garantia de Alimentos Devidos a Menores - As alterações de 2012 e a necessidade de uma nova reforma legislativa*, Porto, Dissertação de Mestrado, 2013, in <http://repositorio.ucp.pt/bitstream/10400.14/17337/1/FUNDO%20DE%20GARANTIA%20DE%20ALIMENTOS%20EVIDOS%20A%20MENORES.%20As%20altera%C3%A7%C3%B5es%20de%202012%20e%20a%20necessidade%20de%20uma%20nova%20reforma%20legislativa.pdf>.

³¹² A ter importância primordial em relação aos outros requisitos, a nosso ver, o legislador teria colocado este critério logo na disposição do artigo, em primeiro lugar.

³¹³ O sublinhado é nosso.

verificação dos pressupostos de concessão de benefícios que envolvem utilização de recursos públicos, que se quer rigorosa e não descontrolada”³¹⁴.

Ora, se a criança, tomadas em conta as suas necessidades, precisar de um montante de facto superior ao fixado na decisão das responsabilidades parentais, considerar-se-á que o esforço público, neste sentido, se exteriorizaria como uma atuação descontrolada.

Não cremos nem concordamos, de todo. Em primeiro lugar, tomemos em consideração a interpretação que nos parece ideal da norma. Considerando o seu elemento literal, desde logo, não concordamos com a leitura efetuada pela decisão: em momento algum o legislador quis restringir esta fase à simples verificação da existência ou não da carência económica. Não é isso que expõe o artigo, a partir da letra aí plasmada. Tendo em conta o elemento literal, bem como a sua *ratio legis*, cremos que o objetivo máximo desta norma passa por tirar partido do que é, verdadeiramente, uma fase de investigação: destina-se a analisar e comprovar o circunstancialismo factual, de forma a poder-se obter uma decisão coincidente com o apurado³¹⁵. Esse apuramento não se satisfaz com um “sim” ou “não” relativamente à existência de carência económica. O legislador dispôs esta norma, claro está, numa máxima abrangência, verificando em que medida a criança sofre dessa carência, e qual o valor a propor para sustar a pobreza que a afeta.

Corroboramos aqui plenamente o entendimento de Remédio Marques: se não fosse este o verdadeiro sentido da norma, “este legislador teria ao seu dispor a consagração de uma tramitação bem mais simples de substituição do obrigado. Bastaria dispensar tais diligências e dispêndio de tempo para os tribunais [...]”³¹⁶. Para além disso, o Autor relembra que a prática de atos inúteis viola o princípio da economia processual, caso fosse essa a intenção real do legislador³¹⁷.

³¹⁴ Cfr. Acórdão Uniformizador de Jurisprudência n.º 5/2015, de 19 de março.

³¹⁵ Assiste razão a J. P. Remédio MARQUES, «O montante máximo da prestação social a suportar pelo Fundo de Garantia de Alimentos Devidos a Menores – Ac. de Uniformização de Jurisprudência n.º 5/2015, de 19.3.2015, Proc. 252/08.8TBSPRP-BA.E1.S1-A», *ob. cit.*, p. 51, quando afirma: “[q]uando os imperativos linguísticos desta lei são fortes (...) mais sentido terá um resultado interpretativo que identifique no domínio material do regime da lei a determinação máxima do texto da norma, no sentido em que, de outra maneira, ficaria por intuir o motivo por que esta lei atribui poderes aos tribunais para praticar diligências respeitantes a concreta situação do menor e estipula critérios para a determinação da pensão”.

³¹⁶ Cfr. J. P. Remédio MARQUES, *ob. cit.*, p. 53.

³¹⁷ *Ibidem*.

É que, colhendo o princípio da interpretação das leis em conformidade com a Constituição, vemos que o aresto faz uma interpretação que, na nossa ótica, colide inteiramente com o artigo 63.º e 69.º da CRP. É neste contexto necessariamente constitucional que temos de qualificar esta fase como verdadeiramente autónoma, nas suas vestes de inquérito. Caso a diligência probatória não se pudesse afirmar como uma fase investigatória que é, com objetivos próprios que tem, limitando-se à repetição da mesma decisão, essa operação não tinha fundamento nos seus objetivos de acautelar as necessidades das crianças, colidindo como espírito inserido no preâmbulo da DL n.º 164/99.

Assim, a interpretação contrária viola os princípios máximos da dignidade da pessoa humana e da função social de proteger os mais frágeis. Consequentemente, representaria um momento normativo sem resposta na realidade, um perigo eminente para a situação da criança, e uma alteração superveniente das circunstâncias – quase sempre presente, já que, em relação às crianças, mudam-se os tempos, mudam (e crescem) as necessidades - poderia exigir um montante superior, o que não seria tido em conta.

Assim, verificamos que a decisão restringe uma o espírito da norma, o que, de *per se*, despoleta automaticamente a restrição de um direito constitucional, o que é, de todo, inconcebível. Ficando aquém do que a norma pretende efetivar, a interpretação restritiva irá ser desadequada, por não corresponder à letra da Lei nem ao seu espírito. Portanto, o desígnio da norma tem como finalidade retribuir à criança o valor adequadamente indicado para responder a um dos pressupostos de atuação do Fundo: atender às suas necessidades específicas.

Para além disso, devemos focar um ponto. Como anteriormente referido, a tese que fixa o *quantum* nunca superior defende que esta diligência tem o fim de analisar a existência de conluios entre os progenitores. Ora, esta interpretação parece-nos demasiado negativa: não estará a obstruir uma presunção de confiança, *a priori*, apenas refutável com prova em contrário? Devemos, antes de mais, reconhecer os excessos que as generalizações podem proporcionar... Ora, a Lei não toma, na sua *ratio*, uma presunção negativa na realização das diligências, pelo que o tribunal não deverá criar as suas próprias presunções, nem tomar a existência de fraudes sem fundamento. Desta feita, a decisão toma o corolário de que “paga o justo pelo pecador”.

Poderia contrapor-se, ao nosso entendimento, o facto de o RGPTC prever a realização de relatórios sociais, a pedido do juiz, quando já tinha em consideração, hipoteticamente, os

rendimentos da criança e agregado familiar. Porém, tal previsão não diminui o presente entendimento: de facto, como o normativo indica, esse relatório é de realização facultativa; para além disso, o normativo é bastante recente, pelo que a sua revisão na prática é ainda muito desconhecida; por último, e sem prescindir, a possibilidade de alteração das circunstâncias, posteriores a esse relatório, apenas vem aprofundar a nossa defesa, já que o conteúdo do relatório cairia por terra por falta do pressuposto de atualidade.

Pelo exposto, todos os argumentos enformam a opinião de que as diligências deverão tomar a sua função máxima, *de iure constituto*, sendo assim proporcional às necessidades da criança, à luz dos critérios do Fundo e das hipotéticas alterações supervenientes das circunstâncias.

O mesmo propugnamos em relação à questão da sub-rogação do Fundo. Sob este prisma, o artigo 6.º, n.º 3 preceitua: “O Fundo de Garantia dos Alimentos Devidos a Menores fica sub-rogado em todos os direitos dos menores³¹⁸ a quem sejam atribuídas prestações, com vista à garantia do respectivo reembolso”.

Repetimos: convém salientar que a sub-rogação, em todos os direitos da criança, operará em relação àqueles direitos outrora fixados, pelo tribunal, na prestação de alimentos. Porém, caso haja direitos que não tenham sido acautelados, e na possibilidade de um montante superior, essa diferença não se espelhará na sub-rogação. Ora, nada no artigo 6.º, n.º 3, da Lei n.º 75/98, nem no Decreto-Lei n.º 164/99, exige que o montante se limite à quantia fixada, nem proíbe a realização de um remanescente. A flexibilização, para quantia superior, em nada subverte este modo de transmissão da obrigação, e é esse o sentido que respeita, para nós, a *ratio* da Lei³¹⁹, já que a sub-rogação poderá não incluir todos os direitos do credor, se se verificar que esses direitos ultrapassam esse montante anteriormente fixado (ou por alteração das circunstâncias³²⁰, ou porque o tribunal não ponderou corretamente as necessidades da criança).

Em suma, transparecendo como prestação social que é, devemos reconhecer que a todo o direito corresponde uma prestação, e que essa prestação não tem de ter um reembolso, um

³¹⁸ O sublinhado é nosso.

³¹⁹ No mesmo sentido, Maria Clara SOTTOMAYOR, *ob. cit.*, pp. 403-405.

³²⁰ Assim propugnou o aresto do Tribunal da Relação de Coimbra, de 11-02-2014, em que foi Relatora a Juíza Desembargadora Catarina Gonçalves, relativo ao processo. N.º 10033-A/1999.C1: “(...) nada obsta – e nada na lei o impede – que a prestação do Fundo seja fixada em valor superior ao da prestação do obrigado nas situações em que tenha existido alteração dos pressupostos que determinaram a fixação desta prestação e, portanto, quando se constate que as actuais necessidades do menor são superiores àquelas que existiam e foram consideradas no momento em que foi proferida a decisão que fixou a obrigação do devedor de alimentos”.

retorno certo³²¹: “[o] não reembolso de prestações de natureza social caracteriza, em regra, este tipo de prestações”³²².

Ainda no que toca à interpretação das normas envolventes, o acórdão salienta a *ratio* do antigo artigo 189.º da OTM, afirmando que a disposição “não comporta qualquer mecanismo de alteração de valor da prestação mensal já fixada”, tendo por único objetivo “tornar efectiva a prestação de alimentos”.

Reconhecemos o âmbito de aplicação do Fundo de Garantia de Alimentos: o incumprimento das responsabilidades parentais, e o subsequente requerimento para cumprir, não tem em si a função de alterar o que fora anteriormente fixado. Porém, devemos ter como índice de reflexão que a intervenção do Fundo surge após a informação de inadimplemento e impossibilidade de cumprimento por parte do progenitor. Após estes dois momentos, distintos, o artigo 189.º da OTM permitia a intervenção da presente prestação social que, entendemos, perfeitamente autónoma nos seus trâmites. Pelo que não é seu propósito alterar as responsabilidades parentais.

Devemos ter com conta que, sendo uma prestação autónoma, o seu intuito será propiciar à criança as melhores condições, independentemente da regulação das responsabilidades parentais. Assim, o Fundo deverá atuar no âmbito de uma esfera abstraída de limites de decisões que, a nosso ver, não têm força obrigatória para o Fundo cumprir e seguir escrupulosamente. A isto acresce o facto de o Fundo cessar imediatamente as suas funções quando se comprove a capacidade de sustento do progenitor em relação à criança, voltando aí a atuar as responsabilidades parentais e a quantia que a si incumbe cumprir. Assim, concluímos que o Fundo de Garantia não influencia o futuro da regulação das responsabilidades parentais.

Estas reflexões trazem-nos à colação a problemática que o acórdão critica: o facto de o FGADM cessar funções, quando fixou um montante superior, ou seja, quando criou maiores expectativas para a criança beneficiária.

³²¹ Mariana Sofia Melo avisa para o disposto no artigo 5.º, n.º 5, do DL n.º 164/99, que mitiga a cobrança judicial “se verificar existir manifesta e objectiva impossibilidade de pagamento”. Também neste ponto não haverá direito de reembolso, o que parece ser perfeitamente possível em relação a um montante superior. Cfr. Mariana MELO, *ob. cit.*, pp. 30-31.

³²² Cfr. Maria Clara SOTTOMAYOR, *ob. cit.*, p. 404.

Ora, através da interpretação do elemento gramatical e teleológico do artigo do artigo 9.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 164/99³²³, denotamos que é essa a verdadeira intenção do legislador – propiciar uma prestação provisória, apenas atuando quando o Estado, enquanto “pai social”, tem à sua mercê a pobreza que a família não consegue sustar. Quando esta assim conseguir, a atuação do Fundo cessa automaticamente. No entanto, convém salientar o que Remédio Marques afirma: “são, na verdade, estatisticamente desprezíveis as hipóteses em que os progenitores inadimplentes retomam o pagamento dos alimentos”³²⁴.

Quanto à questão suscitada da violação do princípio da igualdade, urge elaborar alguns considerandos. Na nossa ótica, a autonomia do Fundo de Garantia não viola o princípio da igualdade, já que a ativação do Fundo não diferencia, injustificada e arbitrariamente, as situações dos sujeitos menores que aferem o benefício e as que não aferem. Ora, o seu âmbito de aplicação não inclui os casos em que há esforço económico por parte do progenitor, em que os deveres parentais estão a ser cumpridos, sem qualquer intervenção suplente do Estado. Neste caso, a solidariedade familiar atua suficientemente, na esfera jurídica da criança, ao invés da situação do sujeito beneficiário da prestação social. É patente a diferença entre ambas as situações. É de verificar que não existe igualdade substancial entre o regime de alimentos, que é cumprido, e a falta dele³²⁵. Portanto, de modo algum se pode tratar de forma igual o que é, expressamente, diferente. Por isso, e tal como Remédio Marques afirma, “a lei dirige-se a um específico grupo de crianças e jovens, exatamente os desfavorecidos do ponto de vista económico e social [...]. Deve então promover-se, por via legislativa, a desigualação se as situações existenciais recortadas pelo sector normativo são, elas mesmas, desiguais”³²⁶.

³²³ “Artigo 9.º

Articulação entre as entidades competentes

1 - O montante fixado pelo tribunal mantém-se enquanto se verificarem as circunstâncias subjacentes à sua concessão e até que cesse a obrigação a que o devedor está obrigado”.

³²⁴ Cfr. J. P. Remédio MARQUES, *ob. cit.*, p. 51.

³²⁵ Aliás, Remédio MARQUES exalta a propensa “desigualação” de situações de crianças com necessidades iguais que este aresto vem agora propiciar: “pense-se num menor cujos progenitores acordaram, em sede de divórcio por mútuo consentimento, que um deles pagaria a quantia de 390 euros. imagine-se, por outro lado, um filho menor de ais economicamente carenciados não unidos pelo matrimónio, onde um deles foi condenado a pagar 75 euros. Segundo este acórdão, na primeira hipótese o incumprimento do obrigado desencadeará a condenação do fundo no pagamento de 390 euros; no segundo, mesmo que o limiar mínimo de sobrevivência reclame a fixação de um montante superior, na decorrência de inquérito social, o tribunal acha-se adstrito a fixar a prestação social a cargo do fundo na quantia de 75 euros. Assim se constata que a presente solução jurisprudencial contribui para a perpetuação da desigualdade económica e social dos cidadãos menores carenciados, sendo certo que há um imperativo constitucional de desigualar na desigualdade, a fim de atenuar as inevitáveis desigualdades”. *Idem*, p. 52.

³²⁶ *Idem*, p. 50.

Atenta a sistemática, poderíamos dizer, até, que a Lei n.º 75/98 é uma lei de caráter especial em relação ao Código Civil, mormente aos alimentos devidos a menores. O objetivo que norteia ambas as prestações é o mesmo: sustentar as necessidades da criança, ainda que com bases diferentes. Assim sendo, “[a]s normas especiais (ou de direito especial) não consagram uma disciplina diretamente oposta à de direito comum, consagram, todavia, uma disciplina nova ou diferente para círculos mais restritos de pessoas, coisas ou relações”³²⁷. Segundo Oliveira Ascensão, “Uma regra é especial em relação a outra quando, sem contrariar substancialmente o princípio nela contido, a adaptar a circunstâncias particulares”³²⁸.

In casu, sendo a pensão social direcionada a proteção de circunstâncias particulares, diferentes, não se pode afirmar, de todo, que viola o princípio da igualdade, já que não faz parte do seu intuito aliviar a posição dos progenitores cumpridores.

Não se encontrando em discussão, deste modo, o princípio da igualdade, não vemos como permitida a limitação do Fundo em situações injustas: nada justifica a restrição de direitos fundamentais quando estes não colidam com outros direitos ou princípios, não se aplicando, *in casu*, a restrição constitucionalmente postulada no artigo 18.º, n.º 2, da Constituição.

Focando na questão do hipotético incentivo ao incumprimento, este denota ser um dos problemas que mais preocupou a decisão do Supremo Tribunal de Justiça. Porém, não é um problema particular desta prestação. Do nosso ponto de vista, a probabilidade de abuso não pode constituir justificação bastante, pois cai no mesmo erro em que se baseou a possibilidade de fraude: um paradigma negativo, de prevenção, contrário à presunção de boa fé, utilizado, desde logo, sem qualquer motivo. Ora, é um argumento caracterizado pela insuficiência e incongruência, já que, na mesma linha de pensamento, o incumprimento e as atuações fraudulentas também podem ocorrer com a atuação do fundo de garantia em prestação igual ou inferior: independentemente da globalidade da quantia, a fraude é sempre possível de ser realizada. Mesmo que não se professe este raciocínio, é importante focar que, em princípio, não há incentivo ao incumprimento pois a pobreza das famílias é notória por regra, e, como refere Remédio Marques, é uma situação que não se altera³²⁹. O julgador não deverá ter como dado adquirido que

³²⁷ Cfr. BAPTISTA MACHADO, *ob. cit.*, p. 95.

³²⁸ Cfr. Oliveira ASCENSÃO, *O Direito, Introdução e Teoria Geral*, 10ª edição, Coimbra, Almedina, 1997, p. 512.

³²⁹ Mais acrescenta o Autor, que o Supremo Tribunal, no aresto, “[e]squece-se, porém, que muitas das obrigações de alimentos fixadas pelo tribunal ou homologadas na decorrência de acordo dos progenitores já se encontram, elas próprias, submetidas a mecanismos de atualização baseados em índices objetivos de desvalorização da moeda ou,

existe grande probabilidade de o progenitor incumprir propositadamente a pensão de alimentos. Em primeiro lugar, a interpretação da vontade deverá sempre apontar para a boa fé do devedor, tendo este o intuito de querer acautelar as responsabilidades parentais, de forma a cumprir o dever constitucional do artigo 36.º, n.º 5, da CRP; é que os laços biológicos devem presumir, de *per se*, a vontade de cumprimento, apenas refutada com provas em contrário. Assim, o estado, de bem, deve pressupor, *ab initio*, que as pessoas são pessoas de bem.

Denotamos, *in casu*, que o julgador, no seio desta decisão, apresenta uma atitude rígida, mais direcionada para preocupações concernentes com o progenitor. Avivamos, desde já, que tantas flores à volta do ramo poderão encobrir o essencial: a vida das crianças.

Quanto ao argumento da existência da crise económica atual, que não permite a concessão de “créditos a fundo perdido”, é importante frisar a nossa discórdia. De facto, o presente entendimento do aresto uniformizador constitui, literalmente, um paradoxo.

Bem sabemos que, à exigência de salvaguardar direitos fundamentais poderá contrapor-se o fim de cumprimento de quesitos de poupança económico-financeira, bem como a problemática da sustentabilidade da segurança social. Porém, coloquemos, agora, a seguinte questão, como reflexão: para que foram criadas as prestações sociais? Vimos anteriormente que o seu propósito passa por mitigar o estado de pobreza dos indivíduos. Ora, essa atuação tanto abrange a situação de carência económica, digamos, individual, como aquela que advém, claro está, de fatores independentes do sujeito, coletivos, nomeadamente, a crise económica. Não descuramos, claro, que a crise afeta tudo e todos, e os fundos existentes são influenciados. Quando não há dinheiro, impossível se torna, muitas vezes, proporcionar as medidas adequadas.

No entanto, também temos em consideração que as políticas de poupança, *scilicet*, as de austeridade, contribuem para a fragilidade dos direitos sociais³³⁰, eles próprios constitutivos dos valores democráticos³³¹. A este propósito, concordamos com Rodrigo Garcia Schwarz, quando enaltece a impossibilidade, perante a Constituição, de uma “limitação e/ou postergação de direitos

noutros casos, a índices que cumulativamente tomam em consideração os aumentos dos custos associados ao crescimento e desenvolvimento das crianças e jovens adolescentes”. Cfr. J. P. Remédio MARQUES, *ob. cit.*, p. 50.

³³⁰ Citando Catarina Santos BOTELHO, *ob. cit.*, p. 282, “todos os direitos fundamentais, sejam de liberdade, sejam sociais, sentem os efeitos da crise, posto que esta tem implicações transversais a todo o ordenamento jusfundamental”.

³³¹ Cfr. Rodrigo Garcia SCHWARZ, *ob. cit.*, pp. 26-27.

sociais como consequência da incidência de uma *lex mercatoria* sobre a política e sobre o direito”³³².

As últimas linhas expostas tiveram como propósito a tentativa de realçar o seguinte: a crise económica não pode ser argumento plausível quando o maior erro passa por tributar e cortar nos mais carenciados, restringindo os seus direitos sociais³³³. Ao invés, deveria ser o argumento cimeiro de uma política redistributiva mais acentuada para estas classes necessitadas³³⁴. Pelo que, aproveitar este argumento, sem fundamento, é eximir-se das obrigações de atentar aos que estão mais sujeitos à fragilidade económica. Só assim as prestações poderiam atingir o seu intuito, mormente, o cumprimento do preceituado no artigo 69.º da Constituição

É evidente o excesso de rigor nas restrições que se querem retirar do elemento literal. E, nesta senda, vemos os tribunais³³⁵ a dar primazia ao “princípio da sustentabilidade do Estado”³³⁶, em detrimento do princípio da proporcionalidade³³⁷, princípios que, para nós, apresentam pesos diferentes. Acompanhamos Rúben Ramião quando qualifica o princípio da proporcionalidade como “um impedimento contra a degradação da pessoa humana por via de intromissões desnecessárias ou fúteis, e contra a instrumentalização da pessoa humana”³³⁸. Como tal, a decisão do Tribunal colide com a força do presente princípio, quando é precisamente um valor que efetiva uma barreira intransponível contra sacrifícios incongruentes.

Precisamente por causa da emergência dos direitos fundamentais sociais em tempos de crise, essencial é a sua proteção. A criança vulnerável, privada de alimentos, deverá ser a mais protegida em tempos de crise e desigualdade social. Portanto, a utilização desta asserção,

³³² *Ibidem*.

³³³ Até porque “*todos* os direitos fundamentais, no seu conjunto, implicam custos para um Estado, verdadeiramente empenhado na sua proteção e promoção”, *ob. cit.*, p. 269. Tb. Jorge MIRANDA, «Estado Social, Crise Económica e Jurisdição Constitucional», *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, LV, n.º 1 e 2 (2014), p. 382.

³³⁴ Neste sentido, *vide* Robert ALEXY, *Teoria de los Derechos Fundamentales* (trad.), Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 496.

³³⁵ Esta conduta também se denota por parte do poder legislativo: “o legislador está mais preocupado com a situação económico-financeira do país do que com a garantia dos direitos sociais”. Cfr. Maria M. MAGALHÃES/Dora RESENDE, «O Estado Social e os direitos sociais – um novo paradigma?», *Cadernos de Direito Actual*, Universidade de Santiago de Compostela, n.º 3 (2015), p. 357.

³³⁶ Expressão Utilizada por Rúben RAMIÃO, “O princípio da proporcionalidade como instrumento de proteção jusfundamental”, *O Direito*, Ano 147.º, Vol. II (2015), p. 449.

³³⁷ Porque, como salienta Catarina Santos BOTELHO, *ob. cit.*, p. 279, “os direitos a prestações derivados da lei (...) estão salvaguardados, em maior ou menor medida, pelo *princípio da igualdade*, pelo *princípio da protecção da confiança* e pelo *princípio da proporcionalidade*”.

³³⁸ *Idem*, p. 456.

“demasiado tributária dos dizeres da lei”³³⁹, como excludente de uma pensão social superior, poderá despoletar decisões injustas, estando, desse modo, o Estado, a “incorrer numa violação das suas obrigações internacionais decorrentes da DC e do Pacto Internacional sobre os Direitos Económicos, Sociais e Culturais”³⁴⁰.

Devemos ter em conta que a lei foi formada há quase duas décadas, logo, as circunstâncias que a formaram e as atuais são diferentes, dado que as dificuldades sociais se agravaram, exigindo maior intervenção estatal³⁴¹. Ora, deste modo, a interpretação das disposições deverá ser atualista, subsumindo-se às circunstâncias do tempo em que é aplicada. E, nos tempos atuais, deverá elaborar-se um sentido interpretativo convergente com as dificuldades económicas e a necessidade de afirmação das prestações sociais. Não é demais focar a comparação efetuada pelo Supremo Tribunal de Justiça ao FGS. Desde logo, as circunstâncias que envolvem ambos os fundos são, essencialmente, diferentes. Pese embora a comumente situação de carência económica, e a sub-rogação do Fundo de Garantia, o respetivo beneficiário destas quantias apresenta necessidades diferentes, impossíveis de não se reconhecer.

O beneficiário do FGADM é um sujeito de direitos menor de idade, um indivíduo que não auferir rendimentos de forma autónoma, depende dos demais. Enquanto que o FGS³⁴² assegura o pagamento de créditos do trabalhador, um direito laboral, o FGADM tem como corolário máximo o direito à vida, previsto no artigo 24.º, da CRP. De facto, é patente a emergência superior da prestação social dirigida à criança, até porque o exigível reembolso não se dirige à criança credora, mas sim ao devedor originário. Depois, o direito social advindo do Fundo de Garantia não poderá ser equivalente a um direito laboral. Assim, esta comparação, para nós, é escassa a nível de argumentos, dada a disparidade de vulnerabilidade e de carência. Isto, por força do que consta do preâmbulo do DL n.º 164/99.

O Acórdão Uniformizador ainda refere como argumento de limitação da atuação do Fundo a redação da própria nomenclatura da Lei de 98. Porém, esta “garantia” não poderá ser interpretada de uma forma tão literal, apelando outrossim ao elemento teleológico, permitindo uma interpretação extensiva do seu campo. Desse modo, a garantia que o Fundo preconiza não tem

³³⁹ Cfr. Paulo Távora VÍTOR, *ob. cit.*, p. 87.

³⁴⁰ Cfr. “As crianças e a crise em Portugal - Vozes de crianças, Políticas Públicas e indicadores sociais, 2013”, disponível em www.unicef.pt.

³⁴¹ Cfr. Expresso, 05-06-2015, “Pobreza aumentou para níveis do início do século”.

³⁴² Cfr. DL n.º 59/2015, de 21 de abril.

de se fixar junto do montante anteriormente fixado: o intuito do Fundo é acautelar as necessidades reais da criança beneficiária, aquilo que o Fundo entender, mais uma vez, como proporcional e adequada às necessidades, aos alimentos. A designação “Alimentos Devidos a Menores” deverá inculcar a ideia de proporcionar às crianças aquilo a que têm direito, independentemente do valor que mostra a decisão judicial.

Analisemos o facto de o Acórdão Uniformizador realçar o limite do Fundo de Garantia como uma prestação puramente subsidiária e substitutiva, em detrimento de qualquer autonomia enquanto prestação social. Face a isso, e apesar de toda a viagem feita até aqui, não mudamos de percepção. A Lei não direciona nem aconselha o julgador a limitar os tramites da prestação social por causa direta da prestação de alimentos fixada.

Não limitando, está aberta a porta para a percepção indubitável de que o Fundo apresenta um cariz autónomo, independente de qualquer limitação operada pelo tribunal. O momento posterior de afirmação, em relação à prestação de alimentos, não retira ao Fundo a independência deste, antes a afirma, já que constitui a última solução para a criança. Sendo o último recurso, terá de ser o mais consentâneo com um equilíbrio entre as necessidades e o auxílio.

Chegados a este ponto, queda por fim analisar o acórdão sob um prisma geral, e dele retirar ilações. Parece-nos difícil compatibilizar o conteúdo fundamentador do Acórdão com a verdadeira *ratio legis* da Lei que consagra o Fundo de Garantia. Ora, a precipitação do aresto é-nos evidente, pois que, apesar de apresentar uma posição de cautela, subordina a atuação da prestação social a um esquema de subsidiariedade, estrita e exageradamente vinculado ao artigo 189.º da antiga OTM. Ou seja, faz depender toda a atuação de uma prestação social, independente, do pressuposto de incumprimento – *inclusive*, do *quantum* alimentício mensal em falta -, como se esse *non facere* do progenitor fosse aglutinador de todas as forças sociais. Nesta esteira, as consequências nefastas são patentes: faz uma errada interpretação da Lei e do montante que a disposição permite, muito pela conjugação – desconforme – com o princípio da igualdade. Acima de tudo, choca-nos o facto de esta decisão, com força vinculativa às decisões futuras, se guiar por um entendimento estático no tempo, insensível às alterações das circunstâncias da vida da criança, que são sempre patentes. Temos dificuldade em aceitar o caminho estreito que o Acórdão tomara, sobretudo quando ponderamos as consequências que uma alteração da vida, não

acautelada, provoca na situação da criança ou do jovem³⁴³. Mesmo não sofrendo alterações, as consequências de uma pensão social desajustada, apenas porque tem de operar a similitude para com a decisão judicial anterior, poderão passar pela existência de direitos fundamentais e interesses que não são acautelados.

Assim sendo, sufragamos totalmente o entendimento vertido por Maria Clara Sottomayor e Remédio Marques, quando subsumem a análise desta problemática a uma interpretação conforme a Lei Fundamental, por ser uma interpretação inevitável e indissociável das questões ora presentes. Ora, efetuando tal operação, verificamos, juntamente com a sua posição, que a decisão do Acórdão Uniformizador colide com o espírito de das normas constitucionais protetoras do ser humano, mormente da criança.

A este propósito, não poderíamos deixar de mencionar o que o Acórdão Uniformizador de Jurisprudência n.º 12/2009, de 7 de julho enunciou, para efeitos de um argumento que, *maxime*, deve prevalecer: na dúvida os direitos devem prevalecer sobre as restrições - *in dubio pro libertate*. *In casu*, não dando a Lei respostas seguras e inquebráveis, não parece possível, à luz destas decisões, que a restrição possa vingar em relação aos presumíveis direitos, segundo Gomes Canotilho³⁴⁴. O contrário seria incompatível com o que imbui a solidariedade estatal, violando uma interpretação à luz da Lei Fundamental. *Ubi lex non limito, nec nos limitare debemus*³⁴⁵.

Deste modo, as decisões injustas em relação à realidade poderão proliferar-se, atento o entendimento do aresto que, quanto a nós, é incauto e desrazoável quando se filia às cegas e restritas interpretações das normas, pressupondo o que é justo para a criança de forma injusta, alheando da proteção da Lei circunstâncias, de todo, merecedoras dela.

³⁴³ Não descuramos a hipótese de a existência de novas circunstâncias poderem ser fundamento, por outra via, de um pedido de alteração dos alimentos fixados e, caso o progenitor não consiga pagar, de acionar o Fundo. Porém, defendemos que a criança não deverá sair prejudicada da morosidade que esta opção pode tomar. Para além disso, baseando-se a atuação do Fundo no incumprimento da prestação alimentícia, parece-nos inútil optar pelo incidente de alteração da regulação das responsabilidades parentais. Sob este prisma, vemos Maria Clara SOTTOMAYOR, *ob. cit.*, p. 398, e J. P. Remédio MARQUES, *ob. cit.*, p. 55, quando refere que o Fundo de Garantia permite uma atualização da prestação alimentícia: "(...) ora sob a veste de prestação social -, sem necessidade de previamente ser promovida a alteração do valor dos alimentos anteriormente fixados a cargo do devedor; e com o que se prescinde, desta maneira, do acertamento de novo incumprimento e nova decisão que o reconheça, etc., qual movimento interminável de decisões desprovidas de qualquer efeito útil". Assim, a autonomia da pensão social parece-nos indiscutível.

³⁴⁴ Cfr. Gomes CANOTILHO / Vital MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, *ob. cit.*, p. 1224.

³⁴⁵ O que a lei não limita, não devemos nós limitar.

E isto tudo para desembocar no argumento último: o que defendemos é que a solução respeite o ideal para a criança, “o julgador está vinculado à solução que mais promova os direitos fundamentais das crianças”³⁴⁶. O que pretendemos, no fundo, é defender que os direitos fundamentais são indissociáveis da problemática das necessidades da criança e, se exigirem, no caso concreto, um aumento da prestação quando comparada com a pensão de alimentos, é essa a solução a seguir. Os tribunais não podem manter-se opacos e impermeáveis às circunstâncias específicas díspares da prestação alimentícia, devendo realizar uma interpretação atualista e conforme aos tempos de agora, sob pena de se fixar no tempo injustiças muito graves: supomos a grande probabilidade que, ao fixar o montante anterior *qua tale*, face a distintas necessidades, a última decisão rebelar-se-á contra a proporcionalidade³⁴⁷ e necessidade da criança, originando uma conduta pautada pela proteção social *defeituosa*³⁴⁸.

A nosso ver, e num contexto que para nos é “ideal”, em abstrato, defendemos a flexibilidade da prestação a fixar pelo Fundo de Garantia, dentro das traves mestras da sua autonomia. Para nós, é o intento primordial da Lei que o regula e é o sentido que despoleta as decisões concretas mais consentâneas à luz da justiça material. Pelo que não hesitamos em defender a flexibilidade do Fundo em tudo o que lhe está inerente, e reconduzir essa flexibilidade à sua indiscutível autonomia, a característica primordial do Fundo de Garantia de Alimentos. Em suma, sufragamos uma solução que vinque a prossecução de uma justiça, acima de tudo, material, espelhada no bem-estar da criança, quanto mais não seja através de uma interpretação atenta sobre a verdadeira *ratio* das normas, convergindo com o que postula a nossa Constituição e os diplomas internacionais, protegendo e respeitando as necessidades concretas e, *last but not the least*, o princípio da dignidade da pessoa humana. Assim, identificamo-nos totalmente com a douda

³⁴⁶ Cfr. Maria Clara SOTTOMAYOR, *ob. cit.*, p. 8.

³⁴⁷ A proporcionalidade que ora referimos, protegida constitucionalmente, deverá ser tomada em conta não apenas como um valor, possível de ser afastado “em confronto com outros valores jurídicos”. Segundo Rúben Ramião, “[...] a proporcionalidade tem de ser estruturada na forma de regra. Sendo uma disposição-regra, esta assume um caráter definitivo, e a imposição do valor jurídico da proporcionalidade torna-se imperante, isto é, não derrotável”, mais acrescentando: “[...] ao configurar a norma de proporcionalidade como regra e a sua conseqüente natureza definitiva, garante-se o objetivo de impedir restrições desproporcionais aos direitos fundamentais. Trata-se, pois, de uma *restrição às restrições*”. Cfr. Rúben RAMIÃO, *ob. cit.*, p. 448.

³⁴⁸ Cfr. Gomes CANOTILHO / Vital MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, *ob. cit.*, p. 267.

declaração de vencida de Maria Clara Sottomayor. Só assim se efetiva, na prática, o preceituado no artigo 69.º da CRP, *maxime*, o direito das crianças a uma vida digna³⁴⁹.

Pensamos que deve ser reponderado o dogma relativo à natureza do Fundo de Garantia, apontando a sua atuação para e sob o escopo das garantias constitucionais.

Tomando as rédeas dos valores que se devem proteger, a tomada de decisões que valorem os direitos fundamentais, *maxime*, a dignidade da pessoa humana, serão as mais consentâneas com a realidade e com a interpretação mais justa³⁵⁰. Remetemos para a ressalva que Remédio Marques, e bem, efetua nas suas palavras finais: “E nem se obtempere que a orientação jurisprudencial que preferíamos ter visto consagrada traduz uma jurisprudência do sentimento. Não se esqueça que esta valoração heurística também tem lugar no Direito, contanto que seja cientificamente enquadrada, por meio de institutos jurídicos, ou de direitos e garantias fundamentais que a possam conter, como é exemplo o direito à vida (art. 24.º), à integridade física e as garantias constitucionais dirigidas às crianças (art. 69.º) e aos jovens (art. 70.º, todos da Constituição)”³⁵¹. E assim poderemos respeitar o interesse que seja primordial para a criança.

Em conclusão, parece-nos que o critério agora uniformizado não logra seguir nem concretizar a verdadeira intenção do legislador, não apurou o verdadeiro pensamento legislativo em questão aquando da feitura dos diplomas, o que, prevemos, trará efeitos nefastos onde a realidade acontece. O que não tem de conduzir – convém salientar - ao esvaziamento do Fundo de Garantia e à sua insustentabilidade. Neste ponto, sustentamos a solução que Maria Clara Sottomayor propugna: a sustentabilidade do Fundo de Garantia pode ser mantida através de transferências estaduais, efetuando uma redistribuição mais acentuada, de forma a que abranja o que as receitas próprias não conseguem: é a própria natureza da pensão social, inserida no regime não contributivo, que assim o permite³⁵². Podemos, *in fine*, retirar esta tese do preceituado no artigo 8.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 164/99, que prevê as receitas do Fundo de Garantia, indicando como

³⁴⁹ Nem se diga, como algumas decisões jurisprudenciais, que tal flexibilização ancorada numa decisão judicial, relativa a um Fundo de proveniência estatal, colida com o princípio da separação de poderes. De facto, *in casu*, apenas defendemos a proteção ao nível jurisdicional para, dessa forma, despoletar a proteção do Estado. Deste modo, a separação de poderes toma a feição de *colaboração* de poderes.

³⁵⁰ Em homenagem ao que propugnava Gustav RADBRUCH, *Filosofia do Direito*, 6.ª ed. (Trad. L. Cabral de Moncada) Coimbra, Arménio Amado, 1997, pp. 65-73; tb. Ronald DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, London, Bloomsbury, 2013, pp. 223 e ss.

³⁵¹ Cfr. J. P. Remédio MARQUES, *ob. cit.*, p. 58.

³⁵² Cfr. Maria Clara Sottomayor, *ob. cit.*, pp. 403-404, citando o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 29 de abril de 2014.

primeira fonte de receita “[a]s dotações inscritas no Orçamento do Estado” e, apenas posteriormente, refere como outra fonte de receita, “[a]s importâncias provenientes do reembolso das prestações”: ora, deverá entender-se que o legislador quis dar ênfase a uma base de receitas fundamentada em transferências do Orçamento de Estado. Deste modo, a sub-rogação parcial estará em perfeita consonância com o que o Fundo de Garantia poderá prover.

Em termos concretos, perante necessidades iminentes, a que corresponde uma prestação alimentícia com um *quantum* inadequado, o Estado deverá optar, antes mais, pelo cumprimento adequado da obrigação.

5. A Reforma como Solução? Críticas à Lei

Da análise da Lei n.º 75/98 e do Decreto-Lei n.º 164/99, apuramos que, em ambas as disposições legais, não se acolheram grandes alterações ao longo dos tempos, quedando, *in totum*, a sua versão originária, elaborada ainda antes do presente século.

Tendo em conta a data da sua entrada em vigor, verificamos que a Lei reguladora estagnou ao lado de grandes mudanças no Direito da Família, mormente relacionadas com as crianças. Falamos do divórcio, das responsabilidades parentais, dos processos tutelares cíveis. O presente estudo encara apenas um dos problemas que se verifica dentro do escopo da presente Lei. Contudo, o Fundo de Garantia de Alimentos apresenta outras questões muito importantes que originam, na doutrina e jurisprudência, posições divididas, dada a sua orientação omissa nos preceitos ali dispostos. Falamos, por exemplo, na sua atuação em relação a prestações de alimentos já vencidas, em relação à hipotética atuação da pensão social quanto a decisões judiciais que não fixam os alimentos em relação ao seu quantitativo, etc.

Assim, militamos no sentido de que as presentes disposições legais necessitam de benfeitorias. Não descuramos o facto de estas disposições já terem sido alteradas, nomeadamente em relação ao montante máximo que o fundo pode apresentar em cada prestação, passando a ser o valor do IAS, ao invés do anterior limite de quatro unidades de conta. Porém, esta alteração só veio restringir o seu âmbito de aplicação.

Posto isto, permita-se que se refira rapidamente a necessidade de maturação da Lei – no sentido de se adaptar aos novos tempos – apontando o que, na nossa ótica, constitui um defeito legalmente existente e problemático, suscetível de ser alterado. Cumpre advertir, desde já, o leitor,

que as próximas indicações serão direcionadas para a lei em geral, não abarcando apenas a problemática do montante que o fundo pode tomar em relação à quantia peticionada ao devedor originário.

5.1. Os “menores”

Em primeiro lugar, a Lei n.º 75/98, logo na sua nomenclatura, utiliza a designação “menores” para se referir aos sujeitos beneficiários desta prestação social. Ora, bem sabemos que este termo é utilizado em variadíssimas disposições, atenta a menoridade da criança, mas devemos reconhecer e enaltecer o efeito nefasto que tal pode implicar.

Em consonância com Maria Clara Sottomayor, parece-nos que a terminologia errada origina consequências na prática³⁵³. Ora, o presente termo inculca a ideia de menoridade num sentido negativo, mormente a interpretação de inferioridade, sendo este sentido estritamente relacionado com o paradigma da criança enquanto “objeto de direitos”.

Já é tempo de ultrapassar esta qualificação que, atualmente, já se torna difícil sustentar. Utilizar a simples e clara expressão “criança e jovens”³⁵⁴, parece-nos ser o *iter* ideal para olhar para este ser como um sujeito de direitos, algo que a Lei ainda não tomou como seu propósito dada a falta de alterações ao longo dos tempos e dos paradigmas, um sujeito que tem direito a esta prestação social, na sua medida total e convergente com as suas necessidades, em detrimento de um “hipotético direito” do pai de ver a sua posição, digamos, economicamente aliviada. A presente Lei tem como destinatário, de forma exclusiva, a criança, fornecendo-lhe um direito social, pelo que é premente trata-la *qua tale*, tanto na designação como nos direitos posteriores que lhe não de ser proporcionados. E, sendo o fundo uma prestação de carácter social, como defendemos, de cariz maioritariamente autónomo, deverá assim adaptar-se a um sujeito carecido de direitos.

³⁵³ Fazemos, aqui, uma analogia com a sua referencia as palavras de “poder paternal”. Cfr. Maria Clara SOTTOMAYOR, *ob. cit.*, pp. 21-23.

³⁵⁴ As disposições internacionais, mormente a legislação advinda da União Europeia ou do Conselho da Europa, não nos dão uma definição homogénea do que é a criança e do que é o jovem.

Consideramos, assim, ser de remover a presente nomenclatura, devendo sofrer uma alteração que mais não é do que uma mera atualização, uma adaptação às normas formas de olhar as realidades em constante mutação³⁵⁵.

5.2. O limite de 1 IAS por cada devedor

Já em linhas anteriores referimos este ponto³⁵⁶. A próxima alteração que propugnamos já não se infere de uma mera alteração, não é um aspeto apenas de cariz formal. A única alteração efetuada desde 1999 prende-se com o quantitativo máximo a proporcionar pelo Fundo de Garantia por cada devedor, tendo sido restringido o valor máximo do Fundo de Garantia, com efeitos a partir de 2012.

Ora, criticamos esta fixação restritiva pelo seu caráter puramente abstrato, que não concretiza nem acautela circunstâncias especiais que, no fundo, acabam por não ser tão especiais, constituindo uma realidade que o legislador não previu, em que o presente Indexante de Apoios Sociais pode não ser suficiente para acautelar a(s) criança(s). Falamos, a título de exemplo, de um devedor que tenha a seu cargo a obrigação de prestar alimentos a quatro filhos. Por outro lado, a situação também pode originar desajustamentos em relação a uma criança que tenha necessidades especiais, o que acarreta despesas medicamentosas de grande valor.

Portanto, com esta alteração, a Lei veio restringir o que, já de si, era limitado, pois que o teto máximo não tem em consideração cada criança, mas cada devedor. Para nós, este pressuposto de aplicação não tem fundamento de existência. Em primeiro lugar, poderá violar, *in extremis*, o princípio da igualdade, na medida em que um filho menor poderá ter a mesma quantia, proporcionada pelo Fundo, que outras três crianças. Em segundo lugar, a lei apenas pondera o sujeito progenitor que, em relação ao propósito desta Lei, não deveria ser o objeto de ponderação, já que o recetor de benefício é, ele próprio, um sujeito de direitos³⁵⁷. A presente *lege* peca por fixar um limite restrito, e por não o distribuir “por cada criança”, mas sim por “cada incumpridor”.

Requer-se, pelo nosso prisma, alterações ampliativas. É precisamente quando a conjuntura económica assim o exige, por crescentes carências e situações de pobreza, que os benefícios

³⁵⁵ Aliada a esta alteração entroncamos outra modificação, ainda que formal: a sua conjugação com o Regime Geral dos Processos Tutelares Cíveis.

³⁵⁶ *Vide* p. 31.

³⁵⁷ Se os pressupostos de aplicação da Lei mandam analisar as necessidades da criança e não a capacidade económica do obrigado a alimentos, é incongruente fixar um teto máximo tendo em conta a posição jurídica de quem não é “interveniente”.

sociais devem aumentar, tanto no plano subjetivo como quantitativo, já que é esse o pressuposto enformador da segurança social. Caso contrário, distorcemos um objetivo, ao ponderar a sua restrição quando mais ele deve imperar. A própria Proposta de Lei n.º 51/XI/2.^a afirma que “estas alterações não estabelecem critérios de maior justiça na atribuição de prestações sociais, pelo contrário, pretendem diminuir a possibilidade de concessão ou mesmo a sua eliminação – desresponsabilizando o Estado dos mecanismos de protecção social face ao crescimento das diversas expressões de carência económica e social, bem como novas dimensões de pobreza a exclusão social”³⁵⁸.

Assim, contrapomos a nossa posição à assumida pelo Acórdão n.º 309/09, proferido pelo Tribunal Constitucional³⁵⁹. Relembremos - tal como faz o aludido Acórdão -, o aresto proferido pelo Supremo Tribunal de Justiça, de 04 de junho de 2009³⁶⁰. A matéria de facto demonstrava a debilidade económica de 8 crianças, que não era acautelada pelo progenitor. Entendemos, portanto, que tal montante máximo tem de ser considerado em relação a cada criança.

5.3. Os filhos maiores

A entrada em vigor da Lei n.º 122/2015, de 1 de setembro, permitiu a afirmação dos filhos maiores de idade enquanto credores da prestação alimentícia, quando ainda percorrem os trilhos da vida académica³⁶¹, alterando o escopo do artigo 1880.º, do Código Civil.

Ora, a Lei n.º 75/98, tratando de uma pensão tão próxima do regime dessa legislação ordinária, nada refere em relação a esta questão., podendo-se questionar se a Lei deve ou não permitir, no seu âmbito de aplicação, estas situações. Parece, no nosso entender, que a prestação social do Fundo não tem relação com esse direito, não o acautela caso os alimentos não sejam proporcionados depois dos 18 anos, desde logo porque a Lei inculca a ideia de se aplicar, estritamente, a filhos menores de 18 anos, desde logo, no seu preâmbulo. Ademais, a Lei apresenta como corolário de atuação a proteção da infância, prevista no artigo 69.º da CRP. Refira-se que, após a maioridade, existem outros benefícios sociais subjacentes ao percurso académico.

³⁵⁸ Cfr. Proposta de Lei n.º 51/XI/2.^a.

³⁵⁹ Cfr. Acórdão n.º 309/09, em que foi relatora a Juíza Conselheira Ana Guerra Martins, relativo ao processo n.º 458/09.

³⁶⁰ Cfr. Acórdão STJ 04-06-2009, em que foi relatora a Juíza Conselheira Maria dos Prazeres Pizarro Beleza, relativo ao processo n.º 91/03.2TQPDL.S1.

³⁶¹ É importante enfatizar que a Lei apenas veio agilizar o direito – que já existia – dos filhos a alimentos. Cfr. Lei n.º 122/2015.

Porém, essa expressão, face à nova lei, deverá ser clara.

5.4. As prestações de alimentos vencidas

A Lei não nos revela o âmbito de aplicação temporal, *id est*, a partir de que momento o Fundo de Garantia poderá funcionar na esfera jurídica da criança, é omissa sobre o facto de: se o Fundo abrange as prestações anteriores não pagas pelo alimentante; se a sua atuação inicia após a decisão final ou se retroage ao momento em que se requereu a sua intervenção; ou, ainda, se a sua atuação terá como início a partir da data em que se acionou o pedido de intervenção.

Maria Clara Sottomayor defende que o Fundo de Garantia deverá sustentar a carência da criança no presente, abrangendo também todas as prestações alimentícias vencidas desde o incumprimento do progenitor, à luz da interpretação conforme ao artigo 69.º, da CRP³⁶².

Neste ponto, não concordamos com a posição da Autora. Reconhecemos o caráter provisório Fundo, e da sua atualidade, e entendemos que a sua atuação não deve abranger as pensões alimentícias não pagas, não pela analogia efetuada ao artigo 2006.º, do Código Civil, mas pelo seguinte: pese embora não o mencione, o Fundo atua com as informações que chegam até si em relação à criança, através das diligências probatórias, não em relação às dívidas³⁶³. Na nossa opinião, tais débitos não preenchem o âmbito das necessidades prementes da criança insitas no artigo 2.º, n.º 1, *in fine*, da Lei n.º 75/98. No entanto, imperioso se demonstra referir o momento em que o Fundo se concretiza, e o seu desapego de prestações díspares em dívida.

Como vemos, tendo em conta os escassos artigos que enformam ambas as disposições, estas demonstram bastantes fragilidades que percorrem décadas. A nosso ver, a Lei e o Decreto-Lei necessitam de uma alteração, muito virada para a clarificação de conceitos, atuações, de forma a tornar as decisões dos tribunais mais uniformes e consentâneas com a realidade carente das crianças, prevenindo de igual modo o proferimento de decisões uniformes de jurisprudência contrárias ao que o legislador quis que fosse aplicado.

³⁶² Cfr. Maria Clara Sottomayor, *ob. cit.*, pp. 411-414.

³⁶³ No mesmo sentido, *vide* J. P. Remédio MARQUES, «O nascimento e o *dies a quo* da exigibilidade do dever de prestar por parte do Fundo de Garantia de Alimentos Devidos a Menores», *ob. cit.*, p. 25.

5.5. Possíveis concretizações: uma proposta de desjudicialização do Fundo de Garantia de Alimentos Devidos a Menores

Dos diplomas que enformam o Fundo de Garantia, denotamos que é o poder judicial que, *in fine*, irá decidir qual o melhor montante para sustar a pobreza do beneficiário, apesar das diligências que pode requerer por parte dos órgãos sociais.

Porém, bem sabemos da morosidade que, eventualmente, pode ser gerada no percurso do processo, apesar de o tribunal poder acelerar a questão em caso de urgência. Essa demora em nada beneficia a criança, e a resposta tardia poderá despoletar situações agravadas de fragilidade económica e social. Para além disso, apesar de o Fundo de Garantia apresentar critérios de ponderação, limitações quantitativas, temporais e subjetivas, a resposta judicial poderá ser arbitrária: duas crianças, apresentando o mesmo parco rendimento do agregado familiar, poderão ter direito à mesma prestação social, porém apresentando necessidades diferentes e específicas.

Ora, estamos perante uma possível discricionariedade do poder, que depende do juiz *in concreto*, perante casos, *in totum*, diferentes. Aliando esta fragilidade do processo ao facto de a Lei n.º 75/98 apresentar um acervo de arestas por limar, à luz dos tempos atuais, entendemos que a possível solução para uma melhor afirmação do Fundo seria complementar a competência judicial com órgãos independentes dos tribunais. Não obstante, não queremos, com isto, arriscar a fornecer a solução, nem revolucionar o que fora preconizado – com objetivos, entendemos, bastante positivos e promissores -, porém, propomo-nos a idealizar traves mestras, soluções para uma área tão problemática do direito da Família, e por isso é que se torna tão urgente modificá-la.

Nesta senda, Mavis Maclean e Andrea Warman denotam que o papel dos tribunais - no que toca ao pagamento de prestações alimentícias a crianças -, torna-se pesado e, muitas vezes, criando decisões alheadas da realidade, elogiando outrossim ordenamentos que apresentam um sistema administrativo direcionado para a proteção da criança³⁶⁴.

³⁶⁴ Cfr. Mavis MACLEAN/Andrea WARMAN, «A Comparative Approach to Child Support Systems: Legal Rules and Social Policies», in J. THOMAS OLDHAM/Marygold SHIRE MELLI, *Child Support: The Next Frontier*, EUA, University of Michigan, 2000, pp. 169-171.

Concretizando o que Remédio Marques já previra³⁶⁵, a apreciação e fornecimento da prestação social deverá revestir a convergência entre o poder da segurança social e o poder dos tribunais. De facto, o fornecimento do Fundo de Garantia não consubstancia, a maioria das vezes, um verdadeiro litígio³⁶⁶. Por isso, não existindo um confronto de interesses, parece-nos adequada a hipótese de o Instituto da Segurança Social parte da competência face a esses processos, no que toca à realização de pareceres, de diligências probatórias, sem prejuízo, *in fine*, da constante intervenção dos tribunais de família, e sempre cumprindo o princípio do dispositivo³⁶⁷.

Acompanhamos a tese de António José Fialho no contributo que faz na sua proposta de desjudicialização, quanto à criação de uma espécie de *requerimento* a ser entregue nos serviços de segurança social locais, referentes, nomeadamente, aos parques rendimentos, e à comprovação fáctica de impossibilidade de utilização do atual artigo 48 do RGPTC³⁶⁸, sem dispensar a realização de diligências probatórias por parte da entidade administrativa competente^{369 370}. Portanto, a fase inicial do processo seria realizada fora dos tribunais. Porém, não nos parece plausível que todo o processo seja exclusivo desta entidade, como o Autor preconiza³⁷¹; a solução não passa pela substituição de entidades, mas sim pela complementaridade das respetivas funções. Deste modo, todas as situações seriam transferidas para o tribunal, de forma a criar uma segunda triagem, após o parecer – positivo ou negativo – da segurança social. Portanto, defendemos um meio-termo entre o plasmado na lei e a proposta do Autor pelo que a desjudicialização seria parcial.

Para além de uma propensa desjudicialização do Fundo de Garantia, tendemos a considerar como uma mais-valia a criação de fórmulas/tabelas para fixação de alimentos conforme as necessidades específicas da criança, confrontadas com os rendimentos existentes no agregado

³⁶⁵ “A Administração tenderá, no futuro, a substituir-se com maior frequência aos tribunais na matéria de prover ao sustento e manutenção dos menores”. Cfr. J. P. Remédio MARQUES, *Algumas Notas sobre Alimentos (Devidos e Menores)*, *ob. cit.*, p. 247.

³⁶⁶ De facto, o acionamento do FGADM não depende do exercício do contraditório por parte do obrigado a prestar alimentos.

³⁶⁷ Cfr. António José FIALHO, *ob. cit.*, pp. 100-102.

³⁶⁸ *Ibidem*.

³⁶⁹ *Ibidem*.

³⁷⁰ Quanto a nós, veríamos essas diligências, como já anteriormente defendido, não apenas no sentido de que o Autor propugna – situações de abuso -, mas também direcionando esta fase à prossecução do *quantum* mais ajustado à criança.

³⁷¹ Também no sentido de uma total desjudicialização do processo inerente ao Fundo de Garantia, *vide* Miriam Vanessa Campos DIONÍSIO, *Fundo de Garantia de Alimentos Devidos a Menores: A necessidade de ajuste ao momento atual*, Lisboa, Tese de Mestrado, 2016, disponível em <https://run.unl.pt/handle/10362/18434>, pp. 75-76.

familiar³⁷² ³⁷³. Acreditamos que a existência de um barómetro orientador seria contributiva para uma maior uniformização de decisões, prevenindo a desigualdade social. A construção de indicador matematicamente fixado iria ter em conta os rendimentos do agregado familiar, o número de membros e as necessidades da criança, tendo em conta a sua idade, formação escolar, possíveis necessidades específicas ao nível da saúde, etc. Não estando nós perante um litígio, a sua afirmação seria, entendemos, mais pacífica e coerente³⁷⁴.

Em todo o caso, o “julgamento” da pensão final a atribuir a cada criança poderá passar por “derivações” em relação ao cálculo rígido que a tabela poderá criar, podendo o juiz, nesse caso, adaptar a solução científica à realidade social que é trazida na matéria de facto, em nome da equidade que deverá estar sempre presente. Deste modo, tentar-se-ia convergir a exatidão de um modelo previamente fixado, com a experiência do juiz, para além de especificidades do caso concreto.

Não nos cabe aqui delinear um novo rumo. Não obstante, seria, repetimos, uma mais-valia.

³⁷² Neste prisma, fazemos referência – e remetemos – para as denominadas Tabelas de Dusseldorf, utilizadas no ordenamento alemão, em relação aos alimentos a peticionar em relação à criança, apesar da falta de valor normativo. Cfr. Erik JAIME, «Cultural Dimensions of Maintenance Law from a Private International Law Perspective», in Paul BEAUMONT, [et. al], *The Recovery of Maintenance in the EU and Worldwide*, Oxford and Portland, Hart Publishing, 2014, pp. 9-10.

³⁷³ Neste enfoque, referimos também, a título de remissão, a Portaria n.º 377/08, de 26 de maio, relativa às indemnizações de danos corporais emergentes de acidentes de viação.

³⁷⁴ Cfr. Maria Clara SOTTOMAYOR, *ob. cit.*, pp. 344-350.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

De tudo quanto se expôs, entendemos por apropriado citar Cláudia Sofia Antunes Martins, quando refere que “[a] diversidade e a riqueza das situações da vida ultrapassam sempre qualquer tentativa do legislador de abarcar toda a realidade nas suas teias confusas de leis, processos e formalidades”³⁷⁵.

Assim, expomos as seguintes conclusões:

- I. A Lei n.º 61/2008 foi essencial para mudar o paradigma em relação à proteção da criança, de forma a respeitar o seu superior interesse. Podemos inferir que a preocupação de uma decisão rápida e adequada à criança é constante nas suas disposições. Neste prisma, parecemos que a Lei n.º 75/98 se encontra demasiadamente resguardada, quase na sua versão original, não se adaptando às perspetivas que se enseja alicerçar para o interesse da criança.
- II. O Estado, possuindo toda a legitimidade de intervenção quando a solidariedade familiar é insuficiente para acautelar as necessidades básicas dos indivíduos, apresenta um papel fundamental nos tempos hodiernos. A sua atuação, embora subsidiária, é imprescindível para fazer afirmar os direitos que a Lei Fundamental proporciona.
- III. É inegável a importância que o Fundo de Garantia de Alimentos merece nos tempos que correm: serve o propósito de socorrer situações aflitivas de crianças, sujeitos em processo de maturação, condição essa que não diminui, de todo, o paradigma da criança enquanto sujeito de direitos.
- IV. É indiscutível que a prestação imbuí-se de caráter subsidiário, porquanto depende do incumprimento por parte do progenitor obrigado a alimentos, substituindo-o relativa e provisoriamente em relação à criança.
- V. No entanto, a característica que mais releva é a sua autonomia, tanto mais que as funções que alberga coadunam-se com o direito à integridade física da criança, com pressupostos de atuação bastante diferentes da prestação alimentícia.
- VI. A pretensão do legislador, na feitura da Lei, foi precisamente formar uma prestação em tudo conducente ao cumprimento das prerrogativas transfronteiriças, *maxime*, as necessidades da criança.

³⁷⁵ Cfr. Cláudia Sofia Antunes MARTINS, «A medida de promoção e protecção de “confiança a pessoa selecionada para a adopção”, *Lex Familiae - Revista Portuguesa de Direito da Família*, Ano 9, n.ºs 17 e 18, 2012, p. 73.

- VII. O estudo dos mecanismos existentes em diversos ordenamentos permitiu uma compreensão integrada das soluções existentes, bem como os rumos que o legislador tomou, no direito interno.
- VIII. Feita uma análise ao direito comparado, o Fundo de Garantia não apresenta uma atuação tão restrita, ao não limitar o *quantum* da pensão a valores diminutos quanto outras soluções sociais – nomeadamente, do ordenamento alemão -, indo mais além do que um mero adiantamento da pensão de alimentos, tal como qualifica o Regulamento (CE) n.º 883/2004.
- IX. Assim sendo, e salvo o devido respeito, que é muito, a sua atuação tem sido cada vez mais restrita – agora, a posição sustentada pelo Supremo Tribunal, no recente Acórdão Uniformizador de Jurisprudência n.º 5/2015, de 19 de março -, o que não nos parece que seja a solução mais idónea para a proteção da criança, nem tampouco convergente com a intenção originária do legislador.
- X. O aresto, tal como parte da doutrina e decisões jurisprudenciais, procede à interpretação restritiva das disposições referentes à atuação do fundo e ao seu âmbito de aplicação, dependendo a sua tarefa primordial de uma decisão judicial anterior, porventura já desatualizada.
- XI. Pese embora as cautelas que evidencia perante hipotéticos conluios e abusos, o Acórdão Uniformizador de Jurisprudência limita a intervenção do Fundo ao montante da prestação alimentícia, o que trará situações gritantes de necessidade de recursos superiores que não irão ser acauteladas.
- XII. Assim sendo, abraçar a tese do *quantum* limitado poderá ser gerador de muitas injustiças.
- XIII. Pese embora a crise económica de momento ainda presente, não é argumento próprio de uma prestação que se quer dotada, precisamente, para os tempos que vivemos.
- XIV. Subsumindo essa característica às disposições normativas que enformam o Fundo de Garantia, vemos que o único limite de atuação, para além da maioria, é o teto de 1 IAS, pelo que o montante pode ser diferente da decisão anteriormente fixado a título de alimentos.
- XV. Para além disso, do artigo 2.º, n.º 2, da Lei n.º 75/98, retira-se que o pressuposto da análise da decisão que fixou os alimentos apenas surge como um quesito a par dos restantes, não tendo força limitativa nem hierarquicamente superior.
- XVI. O carácter autónomo da prestação também se retira do próprio instituto de sub-rogação do Estado em todos os direitos da criança, já que o FGADM pode enformar uma prestação social

- com um montante superior, operando uma sub-rogação parcial, na medida em que transcende a obrigação de alimentos, sem obrigar o devedor originário a essa quantia.
- XVII. Em nada este entendimento colidirá com o princípio da igualdade, porquanto o seu foco é sobremaneira distinto da proteção da generalidade das crianças.
- XVIII. Em suma, a teleologia subjacente à Lei e ao Decreto-Lei vai além de uma hipotética subordinação sufragada pelo Acórdão Uniformizador.
- XIX. Assim, a sua atuação é específica, autónoma como verdadeira prestação social, ainda que subsidiária da obrigação alimentícia.
- XX. Acima de tudo, e abstraindo das regras positivadas, a flexibilização da prestação do Fundo irá ter em conta as verdadeiras necessidades e, se for o caso, as alterações das circunstâncias que, em regra, ocorrem na vida das crianças, exigindo mais recursos para o seu sustento.
- XXI. Este entendimento é fruto de uma orientação aprumada pelas garantias do princípio da dignidade da pessoa humana, *maxime*, do direito à vida da criança, porquanto é obrigação do Fundo seguir uma atuação adequada às necessidades da criança, só compatibilizada com um aumento da pensão social quando assim for adequado.
- XXII. A solução por nós advogada não subverte qualquer disposição da Lei, nem do Decreto-Lei que a regulamenta, sendo perfeitamente compaginável com uma sub-rogação dita parcial, respeitando absolutamente o elemento sistemático e teleológico dos artigos 2.º, n.º 2, bem como o artigo 6.º, n.º 3, ambos da Lei n.º 75/98.
- XXIII. O ponto mais importante a retirar é, pois, o seguinte: a interpretação efetuada conduz ao entendimento de que a pensão social poderá ser fixada de forma independente, quiçá díspar dos alimentos, devendo atender as carências atuais das crianças, seguindo um paradigma consonante com a ascendente proteção da criança.
- XXIV. Conceber uma pensão fiel às carências, dentro dos tramites sociais, não será uma tarefa fácil, mas entendemos ser esta a melhor solução.
- XXV. A análise aprofundada destes diplomas faz sentir uma necessidade de remodelação. Urge reformular, desde a raiz, a Lei n.º 75/98. Mantendo a original intenção que acompanhou a feitura da Lei, nomeadamente a intervenção que é baseada no escopo constitucional dos artigos 63.º e 69.º da CRP.
- XXVI. Deverá ponderar-se a deslocação do centro de gravidade do procedimento relativo ao Fundo para um âmbito de ordem administrativa, ao invés da pesada tramitação judicial.

- XXVII. A justiça da atribuição das pensões poderá ser, ampliada com recurso a tabelas ou operações matemáticas, nunca prescindindo, no caso concreto, da equidade do juiz, para o qual se poderia recorrer em caso de necessidade.
- XXVIII. O caminho é árduo, mas não impossível de contornar. Por tudo ante exposto, continuamos a defender a tese já propugnada no início.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALBALADEJO, Manuel, *Curso de Derecho Civil*, Vol. IV – Derecho de Familia, 8.ª ed., Barcelona, Jose Maria Bosch Editor, 1997.
- ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, *Comentário Do Código Penal À Luz Da Constituição Da República E Da Convenção Europeia Dos Direitos Do Homem*, 2.ª Edição Atualizada, Universidade Católica Editora, 2010.
- ALEXY, Robert, *Teoría de los Derechos Fundamentales* (trad. por Ernesto Garzón Valdés), Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- ALMEIDA, L. P. Moitinho de, «Os Alimentos no Código Civil de 1966», *Revista da Ordem dos Advogados*, 1968, pp. 92-127.
- ALMEIDA, Susana, *Respeito pela Vida (Privada e) Familiar na Jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem: a Tutela das Novas Formas de Família*, Coimbra, Coimbra Editora, 2008.
- AMARAL, Jorge Augusto Pais de, *Direito da Família e das Sucessões*, 2.ª ed., Coimbra, Almedina, 2015.
- ASCENSÃO, Oliveira, *O Direito, Introdução e Teoria Geral*, 10ª edição, Coimbra, Almedina, 1997.
- Ata II Encontro Anual do Ministério Público, área de Família e Menores, Procuradoria Geral da Relação do Porto, 2014, disponível em <https://www.pgdporto.pt/proc-web/AttachmentViewerServlet?id=1901>, consultado a 19-02-2016.
- AZAGRA MALO, Albert, *El Fondo de Garantía del Pago de Alimentos - Comentario al RD 1618/2007, de 7 diciembre, de organización y funcionamiento del Fondo de Garantía del Pago de Alimentos*, Barcelona, outubro 2008.
- BAKER, Rob, «Verfassungskonforme Auslegung», in BAKER, Rob [et. al.], *Judicial Control: Comparative Essays on Judicial Review*, Antuérpia, MAKLU, pp. 9-25.

- BARROSO, Susana Maria Azevedo, *Do incumprimento das responsabilidades parentais ao ilícito de subtracção de menor*, Braga, Tese de Mestrado, 2015, disponível em <https://repositorium.sdum.uminho.pt/handle/1822/40932>, consultado a 10-10-2016.
- BASTOS, Jacinto Fernandes Rodrigues, *Direito da Família segundo o Código Civil de 1966*, s.l., s.n., 1976.
- BOLIEIRO, Helena / GUERRA, Paulo, *A Criança e a Família – Uma Questão de Direitos*, 2ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2014.
- BOTELHO, Catarina Santos, «Os direitos sociais num contexto de austeridade: um elogio fúnebre ao princípio da proibição do retrocesso social?», *Revista da Ordem dos Advogados*, I/II, ano 75 (2015), pp. 259-294.
- BUENAGA CEBALLOS, Óscar, *La familia y la seguridad social*, Madrid, Librería-Editorial Dykinson, 2014.
- CAMPOS, Diogo Leite de, *Lições de Direito da Família e das Sucessões*, Coimbra, Almedina, 1990.
- CANOTILHO, J. J. Gomes, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 6.ª ed., Coimbra, Almedina, 2003.
- CANOTILHO, J.J. Gomes / MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 4.ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2007.
- CARBONNIER, Jean, *Droit Civil, Tome II: La Famille, l'enfant, le couple*, Paris, PUF, 1996.
- CARVALHO, Henrique Chaves Faria, «Evolução e Crise do Estado Social no Brasil», *Revista do Centro Académico Afonso Pena*, n.º 2, V. XVII (2011), pp. 115-135.
- CARVALHO, Orlando de, *Teoria Geral do Direito Civil*, 3ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2012.
- COELHO, Pereira / OLIVEIRA, Guilherme de, *Curso de Direito da Família*, 2ª ed., Vol. I, Coimbra, Coimbra Editora, 2008.
- DELGADO, Abel, *O Divórcio*, 2ª ed., Lisboa, Livraria Petrony, 1994.

DIAS, Cristina M. Araújo, «A criança como sujeito de direitos e o poder de correcção», *Julgar*, n.º 4 (2008), pp. 87-101.

DIGIÁCOMO, Murillo José / DIGIÁCOMO, Ildeara de Amorim, *Estatuto da Criança e do Adolescente Anotado e Interpretado*, 6ª Edição, Paraná, Centro de Apoio Operacional das Promotorias da Criança e do Adolescente, 2013, p. 6, disponível em http://www.crianca.mppr.mp.br/arquivos/File/publi/caopca/eca_annotado_2013_6ed.pdf.

DIGLIOTTI, Massimino, «Doveri Familiare e obbligazione alimentare», in CICU, Antonio/ MESSINEO, Francesco, *Trattato di Diritto Civile e Commerciale*, VI, T. 4, Milão, Giuffrè Editore, 1994.

DIONISIO, Miriam Vanessa Campos, *Fundo de Garantia de Alimentos Devidos a Menores: A necessidade de ajuste ao momento atual*, Lisboa, Tese de Mestrado, 2016, disponível em <https://run.unl.pt/handle/10362/18434>, consultado a 05-07-2016.

DOLINGER, Jacob, *Direito Internacional Privado: A Criança no Direito Internacional*, vol. I, tomo II, Rio de Janeiro, 2003.

DWORKIN, Ronald, *Taking Rights Seriously*, London, Bloomsbury, 2013.

ENGISCH, Karl, *Introdução ao Pensamento Jurídico*, 6.ª ed. Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa.

FARIA, Natália, «Cada vez mais pais deixam de poder pagar pensões de alimentos aos filhos», *Jornal Público*, (08-11-2014), disponível em <https://www.publico.pt/sociedade/noticia/cada-vez-mais-pais-deixam-de-poder-pagar-pensoes-de-alimentos-aos-filhos-1675555>, consultado a 20-10-2015.

FIALHO, António José, «Contributo para uma desjudicialização de processos de atribuição de pensão de alimentos a cargo do Fundo de Garantia de Alimentos Devidos a Criança», *Lex Familiae - Revista Portuguesa de Direito da Família*, n.º 19, Ano 10 (Janeiro/Junho 2013), Coimbra, Coimbra Editora, pp. 95-115.

FLORIT FERNANDEZ, Carmen, *Las Pensiones Alimenticias Treinta Años Después de la Modificación del Código Civil por la Ley 11/1981, de 13 de mayo*, Murcia, tese de doutoramento, 2014, disponível em

<https://digitum.um.es/xmlui/bitstream/10201/38669/1/TESIS%20DOCTORAL%20CARMEN%20FLORIT%20FERNANDEZ%20con%20portada.pdf>, consultado a 15-05-2016.

GERÃO, Eliana, *A Criança, a Família e o Direito*, Lisboa, Fundação Francisco Manuel dos Santos, 2016.

GOMES, Ana Sofia, *Responsabilidades Parentais*, 3ª ed., Lisboa, Quid Juris, 2012.

GOMES, Júlio Manuel Vieira, «Do Pagamento com Sub-rogação, Mormente na Modalidade de Sub-rogação voluntária», in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Inocêncio Galvão Telles*, I vol., Coimbra, Almedina, 2002, pp. 107-169.

GÓMEZ BENGOCHEA, BLANCA, «Los câmbios en la familia española a través de las leyes», in *Horizontes de La Familia ante el s. XXI: Reflexiones con motivo del XXV aniversario del Instituto Universitario de La Familia*, Madrid, Universidade Pontificia Comillas, 2011, pp. 21-42.

HELLER, Hermann, *Teoría del Estado*, México, Fondo de Cultura Económica, 1989.

HEMERJCK, Anton, *Changing welfare states*, Oxford, OUP, 2013.

HÖRSTER, Heinrich Ewald, *A Parte Geral do Código Civil Português, Teoria Geral do Direito Civil*, Coimbra, Almedina, 2000.

IGUALADA, Ribot, *Alimentos entre parientes y subsidiariedad de la protección social*, Valencia, Tirant lo blanch, 1999.

JAIME, Erik, «Cultural Dimensions of Maintenance Law from a Private International Law Perspective», in BEAUMONT, Paul, [et. al], *The Recovery of Maintenance in the EU and Worldwide*, Oxford and Portland, Hart Publishing, 2014, pp. 9-23.

KILLERBY, Margaret, «The Council of Europe's contribution to Family Law (Past, Present, and Future)», in VAUGHAN, Nigel / DOUGLAS, Gillian, *Families Across Frontiers*, Boston, M. Nijhoff Publishers, 1996, pp. 13-25.

KIRCH, Aline Taiane; COPATTI, Livia Copelli «O direito a alimentação de crianças e adolescentes: uma discussão acerca do papel dos poderes do estado e da sociedade civil em prol da

concretização», *Revista de Estudos Jurídicos UNESP*, Vol. 17, n.º 26, (2013), disponível em <http://seer.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/article/view/839/1170>, consultado a 15-01-2016.

KRUK, Edward, «Child Custody, Access and Parental Responsibility», in www.fira.ca/cms/documents/181/April7_Kruk.pdf, consultado em 25-01-2016.

LEAL, Ana, *Guia Prático da Obrigação de Alimentos*, Coimbra, Almedina, 2012.

LATHROP GÓMEZ, Fabíola / BARCIA LEHMANN, Rodrigo, «Fundamentos del Derecho de Familia y de la Infancia», *Revista de Derecho - Universidad Católica del Norte*, Ano 19, N.º 1 (2012).

LEIVAS, Maria Denise Bento Nejar, *Aspectos Polêmicos da Guarda Compartilhada*, pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul - PUCRS. Porto Alegre, 2007, p. 6. Disponível em: http://www.pucrs.br/uni/poa/direito/graduacao/tc/tccl/trabalhos2007_2/Maria_Denise.pdf, consultado a 02 de maio de 2015.

LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes, *Direito das Obrigações*, Vol. II, 10ª ed, Coimbra, Almedina, 2016.

LOBO, Fabíola Albuquerque, «Reflexões Sobre o Instituto da Guarda Compartilhada no Ordenamento Jurídico Brasileiro e Português», *RJIB*, ano 1 (2015), n.º 1, pp. 735-748.

LOCKE, John, *Second Treatise of Government*, Awnsham Churchill, 1689.

LOPES, Alexandra Viana, «A justiça na tutela dos direitos das crianças e das famílias sob a intervenção do Estado e a coesão social-contributos para uma reflexão judiciária», *Revista do Centro de Estudos Judiciários*, n.º 2 (2.º semestre 2013), pp. 135-179.

MACHADO, Baptista, *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, Coimbra, Almedina, 1983.

MACLEAN, Mavis / WARMAN, Andrea, «A Comparative Approach to Child Support Systems: Legal Rules and Social Policies», in OLDHAM, J. THOMAS / MELLI, Marygold SHIRE, *Child Support: The Next Frontier*, EUA, University of Michigan, 2000, pp. 166-179.

- MAGALHÃES, Maria M. / RESENDE, Dora, «O Estado Social e os direitos sociais – um novo paradigma?», *Cadernos de Direito Actual*, Universidade de Santiago de Compostela, n.º 3 (2015), pp. 351-361.
- MARQUES, J. P. Remédio, *Algumas Notas sobre Alimentos (Devidos e Menores)*, Direito da Família, N.º 2, Coimbra, Coimbra Editora, 2000.
- _____, «Em torno do estatuto da pessoa idosa no direito português – obrigação de alimentos e segurança social», *RIPE – Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos*, Bauru, vol. 41, n.º 47 (jan.-jun. 2007), pp. 9-39.
- _____, «O nascimento e o *dies a quo* da exigibilidade do dever de prestar por parte do Fundo de Garantia de Alimentos Devidos a Menores», *Cadernos de Direito Privado*, n.º 34 (abril/junho 2011), pp. 20-36.
- _____, «O montante máximo da prestação social a suportar pelo Fundo de Garantia de Alimentos Devidos a Menores – Ac. de Uniformização de Jurisprudência n.º 5/2015, de 19.3.2015, Proc. 252/08.8TBSRP-B-A.E1.S1-A», *Cadernos de Direito Privado*, n.º 51, (Julho – setembro 2015), pp. 37-58.
- MARTINS, Cláudia Sofia Antunes, «A medida de promoção e protecção de “confiança a pessoa seleccionada para a adopção”», *Lex Familiae - Revista Portuguesa de Direito da Família*, Ano 9, n.os 17 e 18, 2012, pp. 53-73.
- MARTINS, Rosa Cândido, «Poder Paternal vs Autonomia da Criança e do Adolescente?», *Lex Familiae – Revista Portuguesa de Direito da Família*, Ano 1, n.º 1, 2004, p. 65-74.
- MARTINY, Dieter, «Jurisdiction, recognition and Enforcement in Cases of Reimbursement Claims by Public Bodies», in BEAUMONT, Paul [et. al.], *The Recovery of Maintenance in the EU and Worldwide*, Oxford and Portland, Hart Publishing, 2014.
- MEIL, Gerardo, «Individualization and Family Solidarity», *Social Studies Collection*, Barcelona, Welfare Projects, n.º 32
- MELO, Helena Gomes de [et. al.], *Poder Paternal e Responsabilidades Parentais*, 2ª ed., revista, atualizada e aumentada, Lisboa, Quid Juris, 2010.

- MELO, Mariana Sofia Alves de, *Fundo de Garantia de Alimentos Devidos a Menores - As alterações de 2012 e a necessidade de uma nova reforma legislativa*, Porto, dissertação de mestrado, 2013, in <http://repositorio.ucp.pt/bitstream/10400.14/17337/1/FUNDO%20DE%20GARANTIA%20DE%20ALIMENTOS%20DEVIDOS%20A%20MENORES.%20As%20altera%C3%A7%C3%B5es%20de%202012%20e%20a%20necessidade%20de%20uma%20nova%20reforma%20legislativa.pdf>, consultado em 03/05/2016.
- MILLAR, Jane/WARMAN, Andrea, *Family Obligations in Europe*, London, Family Policy Studies Centre, 1996.
- MIRANDA, Jorge, *Manual de Direito Constitucional*, Tomo II, 3.^a ed., Coimbra, Coimbra Editora, 1991.
- _____, «Sobre o Poder Paternal», in *Escritos vários sobre direitos fundamentais*, Estoril, Principia Editora, Lda., 2006, pp. 15-39.
- _____, *Novos Paradigmas do Estado Social*, Conferência proferida em 28 de setembro de 2011, Belo Horizonte, XXXVII Congresso Nacional de Procuradores de Estado, disponível em <http://www.icjp.pt/sites/default/files/media/1116-2433.pdf>, consultado em 24-06-2016.
- _____, «Estado Social, Crise Económica e Jurisdição Constitucional», *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, LV, n.º 1 e 2 (2014), pp. 375-403.
- MOREIRA, Sónia, «A autonomia do menor no exercício dos seus direitos», *Scientia Iuridica*, Tomo L, n.º 291, Setembro-Dezembro, 2001.
- NEVES, Ilídio das, *Direito da Segurança Social – Princípios Fundamentais numa Análise Prospectiva*, Coimbra Editora, 1996.
- OLIVEIRA, Guilherme de, «Protecção de Menores / Protecção familiar», in *Temas de Direito da Família*, pp. 295-303, Coimbra Editora, 2001.
- _____, «A Nova Lei do Divórcio», *Lex Familiae, - Revista Portuguesa de Direito da Família*, Ano 7, n.º 13, 2010, Coimbra, Coimbra Editora.

- _____, (coord.), «Direito da Infância, da Juventude e do Envelhecimento», *Direito da Família*, N.º 9, Coimbra, Coimbra Editora, 2006.
- PALHINHA, Liliana / LAVOURAS, Matilde, “Fundo de Garantia de Alimentos Devidos a Menores – Crítica de Jurisprudência”, *Revista do Ministério Público*, Ano 26 (Abril/junho 2005), n.º 102, pp. 137-151.
- PARKES, Aisling, *Children and International Human Rights Law: The Right of the Child to be Heard*, Oxon, Routledge, 2013.
- PEDROSO, Ana, «Cobrança forçada de alimentos devidos a menores», *Lex Familiae – Revista Portuguesa de Direito da Família*, Ano 2, n.º 3 (janeiro/junho 2005), pp. 93-108.
- PINHEIRO, Jorge Duarte, *O Direito da Família Contemporâneo*, 4ª ed., Lisboa, AAFDL, 2015.
- PINHEIRO, Luís de Lima, *O reconhecimento de decisões estrangeiras em matéria matrimonial e de responsabilidade paterna*, disponível em www.oa.pt/Conteudos/Artigos, consultado em 2-12-2015.
- PINTO, Ricardo de Gouvêa, «Limite de validade da lei e vinculação aos direitos fundamentais. Uma aplicação: pagamento de prestações sociais pecuniárias a menores de idade», *Revista de Direito Público*, Ano VI, n.º 13 (Jan./Jun 2015), pp. 71-94.
- PRATA, Ana, *Dicionário Jurídico*, 3ª ed., revista e atualizada, Coimbra, Almedina, 1999.
- RADBRUCH, Gustav, *Filosofia do Direito*, 6.ª ed. (Trad. L. Cabral de Moncada) Coimbra, Arménio Amado, 1997.
- RAMIÃO, Rúben «O princípio da proporcionalidade como instrumento de proteção jusfundamental», *O Direito*, Ano 147.º, Vol. II (2015), pp. 431-484.
- RAMIÃO, Tomé d’Almeida, *O divórcio e questões conexas: regime jurídico actual de acordo com a lei n.º 61/2008 : responsabilidades parentais, partilha de bens comuns, crédito de compensação, alimentos, casa de morada de família, arrolamento*, Lisboa, Quid Juris, 2009.

_____, *Organização Tutelar de Menores Anotada e Comentada*, 10ª ed. (atualizada e aumentada), Lisboa, Quid Juris, 2012.

_____, *Regime Geral do Processo Tutelar Cível Anotado e Comentado*, Lisboa, Quid Juris, 2015.

ROCA, Encarna/ MIRALLES, Isabel, «Establishing Paternity in Judicial Proceedings in Spain: What Protection for Human Rights?», in DEWAR, John / PARKER, Stephen, *Family Law: Processes, Practices and Pressures*, Oxford, Hart Publishing, 2003, pp. 135-159.

RODRIGUES, Márcio Rafael Marques, *Da Obrigação de Alimentos à Intervenção do FGADM*, Coimbra, tese de mestrado, 2014, disponível em <https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/28481/1/Da%20obrigacao%20de%20alimentos%20a%20intervencao%20do%20FGADM.pdf>, consultado a 12-12-2015.

PAZ GARCIA RUBIO, Maria, «El marco civil en la violencia de género», in AA.VV., *Tutela jurisdiccional frente a la violencia de género: Aspectos procesales, civiles, penales y laborales*, Valladolid, Lex Nova, 2009, pp. 170-182.

SANTA ROSA, Bárbara, Francisco CORTE-REAL, Duarte Nuno VIEIRA, «O Respeito pela Autonomia da Criança na Regulação das Responsabilidades Parentais», *Acta Médica Porto*, 2013 Nov-Dec;26(6):637-643, disponível em <http://repositorio.ucp.pt/bitstream/10400.14/17265/1/Disserta%C3%A7%C3%A3o%20A na%20Vilas%20Boas.pdf>, consultado a 28-04-2016.

SANTOS, Eduardo dos, *Direito da família*, 2ª ed., Coimbra, Almedina, 1999.

SANTOS, José Carlos, «Pobreza aumentou para níveis do início do século», *Expresso*, (05-06-2015), disponível em <http://expresso.sapo.pt/sociedade/2015-06-05-Pobreza-aumentou-para-niveis-do-inicio-do-seculo>, consultado a 20-05-2016.

SANTOS, Maria Amália Pereira dos, «O dever (judicial) de fixação de alimentos a menores», *Julgar Online*, 2014, disponível em <http://julgar.pt/wp-content/uploads/2014/09/O-dever-judicial-de-fixacao-de-alimentos-a-menores.pdf>, consultado em 10-10-2015.

SERRA, Vaz, «Anotação ao Acórdão de 21-06-1968», *Revista de Legislação e Jurisprudência*, ano 102, (1969-1970), n.º 3398.

_____, «Sub-rogação nos direitos do credor», *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 37, 1953, pp. 5-66.

SCHWARZ, Rodrigo Garcia, «A Concretização Dos Direitos Sociais Como Direitos Humanos Fundamentais: Alguns Elementos Para Um Pensar e Um Agir Garantistas e Democráticos», *Julgar Online*, Dezembro 2015, disponível em <file:///C:/Users/S%C3%ADlvia%20de%20Oliveira/Downloads/20151206-ARTIGO-JULGAR-Direitos-sociais-como-direitos-humanos-fundamentais-Rodrigo-Schwarz.pdf>, consultado em 07-08-2016.

SOTTOMAYOR, Maria Clara, «The Introduction and Impact of Joint Custody in Portugal», in DEWAR, John/PARKER, Stephen, *Family Law: Processes, Practices and Pressures*, Oxford, Hart Publishing, 2003, pp. 589-596.

_____, *Regulação do Exercício das Responsabilidades Parentais nos casos de Divórcio*, 6ª ed., Coimbra, Almedina, 2014.

TAFNER, Paulo [et. al.], «O aprimoramento das políticas sociais: rumo ao Bolsa Família 2.0», in GIAMBIAGI, Fabio / BARROS, Octavio de (org.), *Brasil pós-crise: agenda para a próxima década*, Rio de Janeiro, Elsevier Editora, 2009, pp. 171-193.

TALLON, Dennis, «Contract Law», in BERMANN, George A. / PICARD, Etienne, *Introduction to French Law*, Netherlands, Wolters Kluwer, 2008, pp. 205-235.

TOMÉ, Maria João Romão Carreiro Vaz, «Reflexões sobre a obrigação de alimentos entre ex-cônjuges», in Guilherme de OLIVEIRA (coord.), *Textos de Direito da Família: para Francisco Pereira Coelho*, Coimbra, Coimbra, Imprensa da Universidade de Coimbra, 2016, pp. 573-623.

UNICEF, *As crianças e a crise em Portugal - Vozes de crianças, Políticas Públicas e indicadores sociais, 2013*, Lisboa, Comité Português para a UNICEF, 2014, disponível em www.unicef.pt, consultado a 01-05-2016.

VARELA, Antunes, *Direito da Família*, 5.^a ed. (revista, atualizada e complementada), vol. I, Livraria Petrony, Lda, 1999.

_____, *Das Obrigações em Geral*, 10.^a ed., vol. I Coimbra, Almedina, 2011.

VÍTOR, Paulo Távora, «Algumas considerações acerca do papel dos organismos de Segurança Social em matéria de alimentos a menores e a função dos tribunais», *Lex Familiae - Revista Portuguesa de Direito da Família*, Ano 2, n.º 3 (janeiro/junho 2005), pp. 81-92.

_____, «A carga do sustento e o “pai social”» in Guilherme de OLIVEIRA (coord.), *Textos de Direito da Família: para Francisco Pereira Coelho*, Coimbra, Imprensa da Universidade de Coimbra, 2016, pp. 625-652.

VOEGELI, Wolfgang / WILLENBACHER, Barbara, «Children's Rights and Social Placement: A Crossnational Comparison of Legal and Social Policy towards Children in One-Parent Families», in EEKELAAR, John / Sarcević, Petar (ed.), *Parenthood in Modern Society: Legal and Social Issues for the Twenty-first Century*, London, Martinus Nijhoff Publishers, 1993, pp. 561-577.

ZEKOLL, Joachim / REIMANN, Matthias, *Introduction to German Law*, 2.^a ed., The Hague, Kluwer Law International, 2005.

ZORN, Dagmar, *Das Recht der elterlichen Sorge: Voraussetzungen, Inhalt und Schranken*, Berlin, Walter de Gruyter, 2016.

REFERÊNCIAS JURISPRUDENCIAIS

Tribunal de Justiça da União Europeia

- Acórdão *Offermanns*, proferido pelo Tribunal de Justiça da União Europeia (Quinta Secção), de 15 de março de 2001, referente ao Processo C-255/99.

Tribunal Constitucional

- Acórdão n.º 309/09, em que foi relatora a Juíza Conselheira Ana Guerra Martins, relativo ao processo n.º 458/09.

Supremo Tribunal de Justiça

- Acórdão Uniformizador de Jurisprudência n.º 5/2015, de 19 de março, em que foi relatora a Juíza Conselheira Fernanda Isabel de Sousa Pereira, relativo ao processo n.º 252/08.8TBSRP -B -A.E1.S1-A.
- Acórdão Uniformizador de Jurisprudência n.º 12/2009, de 7 de julho, em que foi relator o Juiz Conselheiro Azevedo Ramos, relativo ao processo n.º 09A0682.
- Acórdão de 29-05-2014, em que foi relator o Juiz Conselheiro Bettencourt de Faria, relativo ao processo n.º 257/06.3TBORQ-B.E1.S1.
- Acórdão de 13-11-2014, em que foi relatora a Juíza Desembargadora Ana Paula Boularot, relativo ao Processo n.º 415/12.1TBVV-A.E1.S1.
- Acórdão de 22-05-2013, em que foi relator o Juiz Conselheiro Gabriel Catarino, relativo ao processo n.º 2485/10.8TBGMR.G1.S1.
- Acórdão de 12-07-2011, em que foi relator o Juiz Conselheiro Hélder Roque, relativo ao processo n.º 4231/09.0TBGMR.G1.S1.
- Acórdão de 04-06-2009, em que foi relatora a Juíza Conselheira Maria dos Prazeres Pizarro Beleza, relativo ao processo n.º 91/03.2TQPDL.S1.
- Acórdão de 08-10-2009, em que foi relator o Juiz Conselheiro Lopes do Rego, relativo ao processo n.º 305-H/2000.P1.S1.
- Acórdão de 10-07-2008, em que foi relator o Juiz Conselheiro Azevedo Ramos, relativo ao processo n.º 08A1860.

Tribunal da Relação de Lisboa

- Acórdão de 30-01-2014, em que foi relator o Juiz Desembargador Tomé Ramião, relativo ao processo n.º 130/06.5TBCLD-E.L1-6.
- Acórdão de 30-01-2014, em que foi relator o Juiz Desembargador António Martins, relativo ao processo n.º 306/06.5TBAGH-A.L1-6.
- Acórdão de 10-04-2014, em que foi relator o Juiz Desembargador Carlos Marinho, relativo ao processo n.º 175/08.0TBRMR-A.L1-6.
- Acórdão de 11-09-2014, em que foi relator o Juiz Desembargador Luís Correia de Mendonça, relativo ao processo n.º 3699/03.2TBSXL-G.L1-8.
- Acórdão de 02-10-2014, em que foi relatora a Juíza Desembargadora Ana Luísa Galdes, relativo ao processo n.º 140/09.0TMPDL-D.L1-8.

- Acórdão de 01-03-2012, em que foi relator o Juiz Desembargador Sousa Pinto, relativo ao processo n.º 622/09.4TMFUN-G.L1-2.

Tribunal da Relação de Coimbra

- Acórdão de 06-10-2015, em que foi relator o Juiz Desembargador Carlos Moreira, relativo ao processo n.º 3079/12.9TBCSC.C1.
- Acórdão de 11-02-2014, em que foi relatora a Juíza Desembargadora Catarina Gonçalves, relativo ao processo n.º 10033-A/1999.C1.
- Acórdão de 27-03-2014, em que foi relator o Juiz Desembargador Acácio Neves, relativo ao Processo n.º 36-F/2000.E1.
- Acórdão de 24-06-2008, em que foi relator o Juiz Desembargador Jacinto Meca, relativo ao processo n.º 29-A/2000.C1.
- Acórdão de 25-05-2004, em que foi relator o Juiz Desembargador António Piçarra, relativo ao processo n.º 70/04.
- Acórdão de 05-03-2002, em que foi relator o Juiz Desembargador Távora Vítor, relativo ao processo n.º 3431/2001.

Tribunal da Relação de Guimarães

- Acórdão de 06-02-2014, em que foi Relatora a Juíza Desembargadora Helena Melo, relativo ao Processo n.º 1467/11.7TBEPS-B.G1.
- Acórdão de 11-07-2013, em que foi relator a Juíza Desembargadora Rita Romeira, relativo ao processo n.º 232/10.3TBAV-B.G1.
- Acórdão de 14-11-2013, em que foi relator o juiz desembargador Jorge Teixeira, relativo ao processo n.º 699/11.2TBCBT-A.G1.
- Acórdão de 10-12-2013, em que foi relator o Juiz Desembargador Filipe Carçoço, relativo ao processo n.º 290/08.0TBMNC-E.G1.
- Acórdão de 17-12-2013, em que foi relator o Juiz Desembargador Moisés Silva, relativo ao processo n.º 987/03.1TBFLG-B.G1.
- Acórdão de 29-03-2011, em que foi relatora a Juíza Desembargadora Isabel Rocha, relativo ao processo n.º 651/06.0TBGMR-B.G1.

Tribunal da Relação do Porto

- Acórdão de 18-02-2014, em que foi relatora a Juíza Desembargadora Márcia Portela, relativo ao processo n.º 2247/05.4TBPRD-A.P1.
- Acórdão de 15-10-2013, em que foi relator o Juiz Desembargador Vieira e Cunha, relativo ao processo n.º 151/12.9TBARC.P1.
- Acórdão de 28-11-2013, em que foi relatora a Juíza Desembargadora Judite Pires, relativo ao Processo n.º 0534922.
- Acórdão de 03-11-2005, em que foi relator o Juiz Desembargador Fernando Baptista, relativo ao processo n.º 0534922.