

O Superior Interesse da Criança na perspectiva do respeito pelos seus direitos

“A criança gozará de protecção especial e deverão ser-lhe dadas oportunidades e facilidades através da lei e outros meios para o seu desenvolvimento psíquico, mental, espiritual e social num ambiente saudável e normal e em condições de liberdade e dignidade. Na elaboração das leis com este propósito, o superior interesse da criança constituirá a preocupação fundamental.”

Princípio 2º da Declaração dos Direitos da Criança de 1959

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

Artigo 3º da Convenção sobre os Direitos da Criança de 1989

O Instituto de Apoio à Criança e um conjunto de personalidades levaram a cabo uma reflexão sobre o conceito legal de interesse superior da criança, enquanto sujeito autónomo de direitos.

A propósito de diversas e sucessivas decisões, quer administrativas, quer judiciais tornadas públicas, a sociedade portuguesa tem sido confrontada com apreciações divergentes sobre o conteúdo do conceito legal de **“interesse superior da criança”**, traduzidas em interpretações opostas dos preceitos legais, circunstâncias que não favorecem, antes colidem com a necessidade de garantir a segurança jurídica, valor essencial num Estado de Direito.

O princípio do “interesse superior da criança” é fundamental no sistema jurídico do nosso País e consta dos textos convencionais mais relevantes sobre a criança, considerada hoje sujeito de direito e de direitos, designadamente do artº 3º da Convenção sobre os Direitos da Criança, que em 20 de Novembro de 2007 completou 18 anos.

A LEGISLAÇÃO NACIONAL, OS DIREITOS E OS CONCEITOS DE PERIGO E DE SUPERIOR INTERESSE DA CRIANÇA

Na busca da concretização do mencionado princípio, tem-se procurado enunciar o conjunto de direitos da criança cuja violação ou desrespeito permite antever uma situação de prejuízo ou perigo, por forma a ponderar se a sua verificação merece, designadamente, a aplicação de medidas de protecção que afastem o perigo para a saúde, segurança, formação moral ou educação da criança, sempre visando a prossecução do seu desenvolvimento integral, bem jurídico garantido pelo artº 69º da Constituição da República.

O Código Civil prevê, por isso, nos artºs 1913º e segs., não só a inibição do exercício do poder paternal, aplicável nos casos mais graves de violação culposa dos deveres parentais que causaram sérios prejuízos ao filho, mas também medidas limitativas para os casos em que se observe o perigo, mas não seja adequada a inibição, nomeadamente para situações em que não se observe a culpa.

Quer a limitação, quer a própria inibição do exercício do poder paternal podem ser requeridas pelo Ministério Público, pelos familiares da criança e pelas pessoas a quem tenham sido confiadas de direito ou de facto, como estatuem os artºs 1915º e 1918º do Código Civil.

Tais medidas limitativas estão hoje previstas na Lei de Protecção das Crianças e Jovens em Perigo, aprovada pela Lei nº 147/99, de 1 de Setembro e visam a promoção dos direitos da criança e a sua protecção.

A Lei de Protecção atribui ao Ministério Público amplos poderes funcionais, designadamente no que tange à iniciativa processual.

É, sem dúvida uma lei inovadora na busca da definição de princípios orientadores da intervenção, que se fundam na promoção dos direitos da criança, procurando também enunciar, de uma forma aberta, um conjunto de situações reveladoras de perigo, as quais, por consubstanciarem sempre violação ou perigo de violação de direitos da criança, legitimam a intervenção do Estado na família.

Tais princípios orientadores são hoje aplicáveis a todos os Processos Tutelares Cíveis, por força do artº 147º-A da Organização Tutelar de Menores.

No entanto, não obstante este normativo, nem sempre aqueles princípios são tidos em consideração, circunstância que, em particular nas acções de regulação do exercício do poder paternal, pode prejudicar a melhor avaliação das situações fácticas em apreciação nesses processos.

A VIOLAÇÃO DOS DIREITOS E O ÂMBITO DO PERIGO

Quanto às situações reveladoras de perigo, previstas no artº 3º da Lei de Protecção, elas abrangem, de acordo com o seu nº 1, quer a violação de direitos fundamentais, como a integridade física ou psíquica e a dignidade da criança, quer a ausência de cuidados básicos ou mesmo situações que se traduzem em desrespeito por um conjunto de direitos, mais recentemente reconhecidos, de que é exemplo a falta de afeição, a que se refere a al. c) do nº 2 do artº 3º.

Tal não se verificou, porém, de forma expressa, relativamente ao direito à continuidade das relações afectivas.

A consagração legal do direito **da criança à preservação das suas ligações psicológicas profundas, nomeadamente no que concerne à continuidade das relações afectivas estruturantes e de seu interesse** tem sido, há mais de duas décadas, reconhecida com base na interpretação sistemática das normas vigentes (cf. Armando Leandro in "Infância e Juventude" 90/1, págs. 9-34 e número especial 91, págs. 263-284).

O reconhecimento deste direito da criança resulta do aprofundamento dos conhecimentos científicos, adquiridos a partir das evidências comprovadas por especialistas da infância, designadamente nas áreas da Medicina, da Psicologia e das Ciências Sociais, os quais asseguram que o respeito por esse direito é indispensável para a saúde mental da criança e para o desenvolvimento harmonioso da sua personalidade.

Na verdade, como referem Bowlby (1988) e Berger (1998), "a relação precoce afectiva entre bebé e mãe, ou outra figura de vinculação, pautada pela segurança, a protecção e regulação emocional, marca o desenvolvimento psicológico do indivíduo, os sentimentos existenciais básicos de confiança e segurança em si próprio e no outro".

A criança desenvolve, assim, através das interacções com as pessoas que lhe prestam cuidados, modelos internos de vinculação, ou seja, como sublinha Soares (2001), «um conjunto de conhecimentos e expectativas sobre o modo como essas figuras respondem aos seus pedidos de ajuda e protecção [...] e sobre o *self*, em termos do seu valor próprio» (Soares, 1.2001). Estamos face ao embrião da personalidade de cada sujeito.

Gomes-Pedro (1982) salienta que «os bebés são geneticamente propensos à interacção com outras pessoas, desde os primeiros segundos de vida. O seu equipamento sensorial é reactivo aos estímulos e muitos dos seus sistemas de comportamento são prontamente activados por tais estímulos». Mais sublinha que «o melhor ingrediente do desenvolvimento humano adequado está no afecto e nas relações securizantes que se estabelecem». (cf. "Um Projecto de Esperança", 2005 Carneiro, R. *et al.*).

São as relações de afecto que garantem a segurança e os vínculos que medeiam a organização de uma arquitectura neuronal e sináptica afim daquelas relações desde os primeiros dias de vida (Gomes-Pedro, 2007).

Todavia, não obstante estes conhecimentos actuais serem pacificamente aceites, nem sempre, na aplicação ao caso concreto, assistimos a uma interpretação uniforme da lei, visto que, embora, como se disse, já esteja expressamente reconhecido o direito ao afecto na nova Lei de Protecção, só uma interpretação sistemática e teleológica nos conduz àquele direito, supra mencionado, à continuidade dos laços psicológicos estabelecidos cuja violação representa um profundo sofrimento para a criança e provoca necessariamente sérios danos para o seu integral desenvolvimento.

É certo que o legislador, de uma forma não inteiramente explícita, embora, tem vindo a introduzir este direito no nosso ordenamento jurídico, o que é afinal o reconhecimento, não só da sua importância ético-afectiva, mas também do seu relevo para o desenvolvimento equilibrado das crianças.

O artº 1887º-A do Código Civil, aditado pela Lei nº 84/95, de 31 de Agosto, resultou de uma proposta histórica apresentada pela sociedade civil, por ocasião do Ano Internacional da Família, cujos fundamentos se reconduziam justamente à ideia de que uma criança não pode deixar de manter os convívios com os seus familiares mais próximos, sem razões ponderosas que justifiquem o afastamento.

Na verdade, a citada Lei nº84/95, ao mesmo tempo que permitiu a opção pela responsabilidade comum dos pais em caso de divórcio ou separação de facto, veio também atribuir legitimidade aos avós e irmãos para intentarem acções com vista a não perderem o contacto com seus netos e irmãos. Todavia, a redacção do artº 1887º-A, que se transcreve: “Os pais não podem injustificadamente privar os filhos do convívio com os seus irmãos e ascendentes”, pressupõe claramente o direito dos filhos à preservação das relações afectivas, na medida em que é o seu superior interesse que se pretende proteger, quando se centra na criança a estatuição do preceito.

Preconizamos, pois, uma clarificação dos conceitos, por forma a evitar decisões fundadas em concepções divergentes sobre a mesma matéria. Sobretudo, esta clarificação asseguraria o afastamento do perigo que consiste em não garantir o respeito pelos laços afectivos profundos, comprometendo a vinculação já estabelecida.

Na verdade, constata-se que as situações enunciadas na lei, não obstante a título exemplificativo, revelam a adopção de um conceito restrito de perigo, muito associado à vitimação das crianças, não se favorecendo, assim a prevenção.

Ora, a prevenção está patentemente associada a medidas que evitem a ofensa de bens jurídicos tutelados pela Lei, e que são, entre outros, a vida, a integridade pessoal, a dignidade, a saúde, a segurança, o desenvolvimento saudável e todos aqueles direitos necessários à concretização de cada um dos já mencionados.

Por isso, o meio mais seguro e eficaz de atingir o verdadeiro alcance do conceito legal de superior interesse da criança, que, por natureza, será sempre algo indefinido, é procurar enunciar um maior número de direitos da criança que sejam entendidos como fundamentais para o seu desenvolvimento integral.

A introdução expressa de conceitos legais que respeitem esta perspectiva na Lei de Protecção alcançará aqueles objectivos de uniformização e segurança jurídica e de prevenção dos prejuízos, ao alargar, de forma clara, o âmbito do perigo, conferindo-lhe um conteúdo preventivo, fundado nas aquisições do conhecimento científico actual, contribuindo simultaneamente para melhor definir o conteúdo do conceito legal de superior interesse.

Sobre o conceito do princípio do interesse superior da criança na legislação nacional, cf. Clara Sottomayor in “A Regulação do Exercício do Poder Paternal” Livraria Almedina, Coimbra 2002 e sobre a relevância do mesmo princípio na Convenção sobre os Direitos da Criança e em outros textos de Tratados internacionais, cf. Catarina Albuquerque, “O princípio do interesse superior da criança em Portugal e no mundo globalizado”, in “Direitos da Criança, Coimbra Editora, 2004.

A ACÇÃO DE PROMOÇÃO E PROTECÇÃO, O PRINCÍPIO DE AUDIÇÃO OBRIGATÓRIA, O CONCEITO DE GUARDA DE FACTO E A NOÇÃO DE TEMPO E URGÊNCIA NAS DECISÕES RELATIVAS À CRIANÇA

Acresce que, com esta clarificação, obviar-se-ia à instauração de acções de regulação do exercício do poder paternal em situações de não exercício prolongado das funções parentais, por parte dos pais, sobretudo se o não exercício tiver ocorrido desde os primeiros tempos de vida e quando se observou uma substituição adequada nas responsabilidades de cuidado e guarda da criança, afigurando-se aconselhável, nestes casos, a instauração de acções de promoção e protecção, mais ajustadas pela sua natureza urgente e fins prosseguidos.

Obviamente, que estamos a falar de situações fácticas em que está presente a ética da responsabilidade, que a própria lei tem reconhecido como geradora de direitos, quer no Código Civil, garantindo, por exemplo, às pessoas a cuja guarda esteja confiada a criança legitimidade para requerer a inibição (artº 1915º nº 1), quer na Lei de Protecção, que veio definir a guarda de facto como uma relação ético-afectiva, ficando assim excluídas as situações originadas pela prática de factos ilícitos, de que são exemplo as que derivam de rapto.

Na verdade, a vida tem demonstrado que as acções de regulação do exercício do poder paternal, em situações de não exercício prolongado por parte dos pais, que permitiram que outrem se substituísse nas responsabilidades que lhe cabiam, não têm conseguido evitar a perpetração de graves lesões físicas e psíquicas às crianças, tendo sido, algumas delas, privadas da própria vida na pendência de tais acções.

Em consequência desta constatação, a regulação do exercício do poder paternal, acção própria em casos de divórcio ou separação dos pais, não deverá ser instaurada nos casos de ausência prolongada do exercício da função parental, acompanhada da substituição por terceiros das responsabilidades inerentes ao poder paternal. É que, neste caso, manifestamente, o perigo para a segurança e para a estabilidade afectiva e emocional da criança resultará da possibilidade de ser retirada do ambiente familiar acolhedor em que se encontra.

Ou seja, o perigo advém justamente do facto de os titulares do poder paternal poderem pretender a guarda, sem respeitar aquele direito do filho a manter os laços afectivos privilegiados que estabeleceu, visto que a separação da criança daqueles que dela cuidaram e que com ela estabeleceram relações psicológicas de grande significado, inevitavelmente abalará os fortes sentimentos de pertença que desenvolveu, o que constitui indubitável prejuízo, que deve ser evitado.

A ausência dum contacto afectivo com as figuras de referência, e o sentimento de perda nesta relação de vinculação entre a criança e os seus cuidadores, poderão desencadear uma culpa e precipitar uma perturbação no seu desenvolvimento (cf. León Grinberg - "Culpa e Depressão" - 2000).

Neste sentido destacamos os estudos pioneiros sobre o processo de vinculação e a reacção à perda na primeira infância, levados a cabo por autores como Anna Freud, René Spitz, Bowlby, Winnicott, Melanie Klein, Mary Ainsworth, Mary Maine e Peter Fonagy.

A dinâmica da acção de regulação poderá revelar-se demasiado redutora, visto que, por ter sido concebida numa altura em que claramente dominava ainda uma concepção autoritária de família e para responder a situações de separação entre os pais, é centrada nesse litígio dos adultos.

O que é certo é que, como se disse supra, a acção de regulação do exercício do poder paternal, atenta a sua natureza de jurisdição voluntária permite já, com base na interpretação sistemática das normas legais, a busca da solução mais adequada, que pode consistir, nos casos de grande conflito entre os intervenientes, apenas na chamada solução menos prejudicial para a criança.

No entanto, não obstante se reconheça que a estrutura da acção de regulação pode não favorecer a adequada dinâmica que preconizamos, não deverá admitir-se que ela se reconduza ainda a um mero processo de partes, em que está ausente a representação autónoma da criança, visto que a aplicação dos princípios orientadores da intervenção previstos na Lei de Protecção conduzirá a consequência diversa.

Na verdade, para melhor prosseguir o interesse da criança, procurar-se-á uma avaliação sistémica que o permita, através de um conjunto de diligências diversificadas e com assessorias especializadas.

Por outro lado, o princípio da audição obrigatória será agora fundamental instrumento ao serviço da busca do seu superior interesse.

Não podemos continuar a assistir à sucessiva deliberação de decisões sobre a criança, sem que lhe seja dada oportunidade de expressar a sua opinião, pois que se tem optado muitas vezes por uma prática redutora que consiste na audição dos seus representantes legais, mesmo quando se não deve presumir a ausência de divergências sérias entre estes e a criança.

Como refere Fernanda Palma a propósito da audição da criança trata-se de “uma abertura da regulação jurídica a um sujeito de direitos especialmente frágil e que necessita de participar na definição de algo complexo, que é o seu interesse, evitando-se o tradicional modelo paternalista”.

O nosso País foi precursor na consagração legal do direito da criança a ser ouvida.

O artº 1878º nº 2 do Código Civil, na sua redacção de 1977, ao esclarecer o conteúdo do poder paternal, estatui que os pais, "de acordo com a maturidade dos filhos, devem ter em conta a opinião dos filhos nos assuntos familiares importantes e reconhecer-lhes autonomia na organização da própria vida".

A Convenção sobre os Direitos da Criança veio reforçar este direito da criança, no seu artº 12º ao estabelecer que deve ser garantido à criança com capacidade de discernimento o direito de exprimir livremente a sua opinião sobre as questões que lhe respeitem, sendo devidamente tomadas em consideração as opiniões da criança, de acordo com a sua idade e maturidade.

A consagração do direito à participação (que inovadoramente se junta aos tradicionais direitos da protecção e da provisão) é fruto aliás de mudanças profundas no universo de valores das sociedades do Ocidente europeu. A criança deixa de ser olhada como uma tábua rasa, um ser em devir para o estágio adulto, para ser considerada como indivíduo de pleno direito, sujeito competente, capaz de participar na construção da sua própria vida e na dos outros que a rodeiam (Renaut: 2002. cf. *La libération des enfants. Contribution philosophique à une histoire de l'enfance*. Paris: Calmann-Lévy).

O nº 2 deste preceito esclarece que: Para este fim, é assegurada à criança a oportunidade de ser ouvida nos processos judiciais e administrativos que lhe respeitem, seja directamente, seja através de representante ou de organismo adequado, segundo as modalidades previstas pelas regras de processo da legislação nacional.

Ora, é sabido que, não obstante estas normas inequívocas, nem sempre vemos respeitado este direito, obstaculizando-se com frequência o seu exercício, sob pretextos diversos, designadamente, fazendo-se referência, quer ao risco de traumatizar a criança, por ter de pronunciar-se sobre assuntos sérios, quer ao risco de manipulação da criança que tenderá a fazer seu o discurso da pessoa com a qual tem maior proximidade.

A consciência de tais riscos deverá obrigar a que nos rodeemos de cuidados na audição da criança, nunca à supressão da sua audição.

Excluir a criança é que não é, por certo, a atitude adequada, porque não há maior risco do que a violação de um direito de que, reconhecidamente, é titular.

Daniel Sampaio, salientou recentemente que: “Em todos estes casos, a opinião da criança ou do jovem é pouco ou nada solicitada, decidindo-se o seu destino sem os ouvir.

Esta situação não pode manter-se e é urgente clarificar o conceito de “*superior interesse da criança*”, que toda a gente utiliza, mas que muitas vezes não põe em prática: por isso, é preciso defini-lo na lei, garantindo os direitos da criança e a sua opinião sobre o próprio futuro, em todas as situações em que este esteja em jogo.

Ouvir a criança ou o adolescente não pode, contudo, ser feito sem prudência: a opinião dos mais novos é importante, mas não pode ser a única fonte para as decisões judiciais (...).

A audição de uma criança deve fazer parte de um processo de *avaliação sistémica*, que deverá incluir a *análise detalhada da capacidade de dar amor, suporte afectivo e segurança por parte de todos os adultos próximos da criança*” (cf. Daniel Sampaio, Pública de 13.01.08).

Tem sido nesse sentido a melhor jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, que vem interpretando o direito da criança a ser ouvida, sem qualquer limite de idade, desde que revele capacidade de manifestar a sua opinião e a sua vontade.

Nas acções de promoção e protecção já assistimos a uma maior sensibilidade para ouvir a criança, reconhecendo-se a audição como o exercício de um direito fundamental, por dele ser incontestavelmente titular.

Sobre esta matéria também Luís Villas-Boas se pronunciou: “As Crianças deverão ser ouvidas sobre seus próprios anseios, opiniões, sonhos... por técnicos disponíveis e competentes” (in Relatório Com. Adopção, pág. 9, 30.03.03).

Neste contexto, entendemos que haverá vantagem na propositura da acção de promoção e protecção, dado que o seu carácter urgente se revela mais adequado e compatível com a noção de tempo da criança e devido ao princípio da audição obrigatória, não obstante seja certo que se aqueles princípios orientadores não forem ignorados, será possível através da acção tutelar cível, prosseguir aquele superior interesse.

Assim, se bem que, importe também alargar o âmbito do conceito de perigo, integrando estas situações, que deverão ser previstas expressamente na lei de Protecção das Crianças e Jovens em Perigo, a acção de regulação permite uma avaliação justa se aqueles princípios não estiverem ausentes.

Acresce que terá de ser considerada de grande relevância a referência à **guarda de facto** em diversas disposições da lei de Protecção, designadamente no artº 5º al. b), que a define como a **relação que se estabelece entre a criança e a pessoa que vem assumindo, continuamente, as funções essenciais próprias de quem tem responsabilidades parentais.**

A interpretação que ignora a relevância da guarda de facto na vida da criança tem obtido acolhimento nos casos cujo desfecho tem representado profundo sofrimento e até a morte de algumas crianças, na pendência de acções de regulação do exercício do poder paternal, como já supra se salientou.

Sobre o conceito de família e a sua importância na vida da criança, cf. Emílio Salgueiro – “A Criança e o seu futuro, a criança e os seus riscos”, in Stress e Violência na Criança e no Jovem, Ed. da Faculdade de Medicina da Universidade de Lisboa, 1999.

“Toda a criança precisa vitalmente de figuras parentais que a confortem, a estimulem e a amem de um modo especial, sejam ou não os pais biológicos; um casal, se contiver no seu cerne um projecto de promoção do bem-estar e do desenvolvimento de crianças, se se sentir implicado e se preocupar em criar condições de crescimento e amadurecimento para as gerações seguintes passa a ser uma família, ainda que possa não ter filhos próprios. Ser família é sentir a capacidade de construir projectos sólidos de futuro para as crianças e para os jovens”.

O INCUMPRIMENTO NAS ACÇÕES DE REGULAÇÃO DO EXERCÍCIO DO PODER PATERNAL

Deveriam também merecer ponderação as situações já hoje entendidas como causa de grande perturbação para as crianças filhas de pais separados, em que um se arroga o poder de, injustificadamente, as privar do convívio com o outro. Estudos realizados em Portugal têm evidenciado a frequência e gravidade, para o desenvolvimento e crescimento da criança, destas formas de abuso emocional (Almeida *et al.*, 2001, cf. *Famílias e maus tratos às crianças em Portugal*. Lisboa: Assembleia da República).

Obviamente que nos referimos a situações em que houve responsabilidade comum dos pais durante a constância do matrimónio ou da união de facto, ou seja, em que ambos os pais cumpriram os seus deveres de cuidado e de responsabilidade financeira para com os filhos. Portanto, esta análise não abrange os casos em que não houve vida em comum ou em que há indícios de situações patológicas, designadamente a ocorrência de maus tratos conjugais ou qualquer outro tipo de violência familiar.

Feita esta ressalva, se, na sequência do divórcio ou separação, um dos pais deixa de poder ter acesso ao filho, também aqui se verifica o desrespeito pela preservação dos laços afectivos profundos e do interesse da criança. Segundo Teresa Ferreira o acesso ao progenitor ausente deve ser garantido através dum contacto regular e pré-estabelecido, proporcionando à criança "a segurança interna que confirma o afecto do pai/mãe ausente. Evita-se ou minimiza-se o seu sofrimento depressivo, manifesto ou latente" (cf. Teresa Ferreira - "Em Defesa da Criança", Ed. de 2000, pág. 93).

Com efeito, não obstante a lei reconhecer hoje que a co-responsabilidade de ambos os pais será sempre preferível, havendo acordo entre eles (artº 1906º do Código Civil), está igualmente consagrado o direito da criança a manter uma relação de grande proximidade com o progenitor que não detém a guarda, caso não tenha sido possível a responsabilidade partilhada (artº 1905º do Código Civil). Porém, é sabido que quem obstaculiza sistemática e infundadamente ao convívio com a mãe/pai não guardiã/guardião, consegue muitas vezes afastar a criança desse progenitor.

Poderá dizer-se que se observa, neste caso, um verdadeiro abuso do direito, porquanto, nos termos do artº 1878º do Código Civil, o poder paternal deve prosseguir o interesse do filho (cf. Maria Saldanha Pinto Ribeiro – “Diário de Ana”, Presença e “Amor de Pai”, Dom Quixote).

Por outro lado, nem sempre as acções de incumprimento permitem prosseguir aquele interesse, verificando-se, com alguma frequência que, em vez da composição do litígio, constatamos que ele se agrava, circunstância a que não será alheia como já supra se salientou, a estruturação processual da acção de regulação, muito centrada nos pais, e não na criança, que se vê, sem causa justificativa, privada do direito a manter relações de proximidade com ambos os pais. Situação de sérias consequências no desenvolvimento da criança, visto que não só cresce sem a presença e os cuidados de um dos pais, e se vê afastada, por isso, de metade da sua família, como se constata também que este afastamento de um dos pais conduzirá, com

frequência, à sua desresponsabilização progressiva, traduzida num empobrecimento não apenas afectivo, mas também financeiro.

Os chamados “órfãos de pais vivos” são geralmente crianças mais vulneráveis, que viram desrespeitados os seus direitos à preservação dos laços psicológicos e à boa imagem de um dos pais e se desenvolvem com baixa auto-estima e sentimentos de insegurança, provocados pela ausência de um deles.

Neste sentido, Teresa Ferreira destaca a importância de os pais estabelecerem um compromisso perante os filhos no sentido de respeitarem o seu direito a manterem uma boa imagem de cada um deles. Por outro lado, entende que é desejável uma colaboração activa de ambos os pais na reparação de situações episódicas de conflito entre um dos progenitores e o filho, nunca utilizando *"essas experiências como âncoras de apoio às suas vivências negativas da imagem do outro progenitor"*.

Ainda de acordo com a autora, “a saúde mental da criança é colocada em risco sempre que um dos pais priva ou dificulta a relação necessária do outro progenitor com o seu filho” (cf. Teresa Ferreira - "Em Defesa Criança" – Para uma Ética que defenda os direitos da criança em casos de separação dos pais - Ed. Assírio & Alvim 2000, págs. 93-95).

A MUDANÇA DE GUARDA E O PREJUÍZO

Todavia, os efeitos podem ser ainda mais perversos para a criança, quando, em consequência do incumprimento de um dos pais, se decide mudar a guarda, penalizando a criança, por ser retirada à pessoa a quem fora confiada com base no critério da pessoa de referência.

Sobre a pessoa de referência, como o progenitor que cuida da criança no dia-a-dia, desde o seu nascimento, e com quem a criança tem uma relação afectiva mais próxima, cf. Maria Clara Sottomayor, *Regulação do exercício do poder paternal nos casos de divórcio*, (2.^a reimpressão da 4.^a edição de Junho de 2002), 2005, págs. 58-62.

Na verdade, sendo este o critério mais rigoroso para decidir a qual dos pais deve ser confiada a criança, caso não seja possível chegar a acordo sobre uma responsabilidade comum dos pais, decidida esta questão, não deverá penalizar-se a criança, sob nenhum pretexto, pois seria vitimizada afinal a pessoa com menor capacidade de fazer ouvir a sua voz.

Ou seja, a solução não pode passar pela retirada da criança que foi confiada à sua principal figura de referência, visto que acarretaria graves danos para a sua estabilidade emocional e para a estruturação da sua personalidade (cf. Anna Freud *et al.* "No superior interesse da criança", in "As visitas e a alternativa menos prejudicial", pág. 81).

Mais uma vez, as potencialidades da acção de promoção e protecção são as mais adequadas quando se constata a inviabilidade de obter-se esse objectivo através da acção de incumprimento, visto que aquela permite proporcionar apoio à criança e aos pais, designadamente proporcionando-lhes programas de formação parental visando o melhor exercício das suas responsabilidades.

Por outro lado, a acção de promoção e protecção, particularmente quando a medida adequada é a de "apoio junto dos pais", visa sempre um acordo, que não só tem a vantagem de procurar a participação da criança, em obediência ao princípio da audição obrigatória, previsto no artº 4º al. i) da lei de Protecção, como permite também a de outras pessoas significativas para a criança (por ex. avós, tios, padrinhos), tendo uma estrutura, cujos procedimentos se mostram mais permeáveis e até facilitadores à atitude mediadora do juiz ou dos técnicos intervenientes

Saber, pois, se o conceito de perigo deverá abranger também estas situações, em que os pais/mães que cumpriram os seus deveres para com o filho e exerceram a função parental até ao momento da separação, se vêem privados, injustificadamente, do acesso aos seus filhos na sequência do divórcio ou separação, será também aconselhável.

Sobretudo, porque haverá mais prejuízos que poderão advir para a estabilidade afectiva e para o equilíbrio emocional das crianças, se, em vez de centrar-se na criança e no seu bem-estar, a acção se centrar no incumprimento, com o risco inadmissível de procurar penalizar o pai/mãe que incumpre, e acabar afinal por sancionar a criança, por ausência de alternativa de medidas menos violentas.

Acresce que se impõe clarificar também o princípio da prevalência da família, visto que o direito não tutela da mesma forma as relações familiares, caso não estejam associadas aos afectos que derivam do cuidado quotidiano.

Com efeito, entendendo-se o poder paternal como um conjunto de poderes- deveres, o direito não pode proteger da mesma forma os pais que sempre cumpriram as suas responsabilidades para com o filho e aqueles que incumpriram os seus deveres parentais. Quando se verifica o não exercício prolongado da função parental estamos mais perto da não assumpção das responsabilidades para com o filho (sendo, aliás, sob o ponto de vista da criança, praticamente idênticos estes comportamentos, por parte dos pais).

Afigura-se, assim, razoável preconizar a consagração legal do princípio da prevalência das ligações psicológicas profundas e de vinculação efectiva, no caso de não exercício prolongado da função parental acompanhado da substituição das responsabilidades e cuidados parentais por terceiros que detêm a guarda de facto.

A PRESERVAÇÃO DAS RELAÇÕES AFECTIVAS ENTRE IRMÃOS COMO DIREITO ESTRUTURANTE

Merece também ponderação a situação das fratrias, cuja separação deverá ser evitada, sob pena de poderem ser causados prejuízos sérios na estabilidade afectiva e no equilíbrio emocional das crianças.

Casos há em que os únicos laços significativos de afecto são justamente aqueles que ligam os irmãos entre si, pelo que seria uma violência não valorizar as profundas relações psicológicas que desenvolveram, subestimando o sofrimento das crianças com a separação entre elas.

Só em situações muito particulares e raras será legítima a separação, designadamente quando ela se operou antes da decisão, e exista já uma situação consolidada, devendo ser manifesta a conformação das crianças, que deverão ser ouvidas, porém, sempre que possível.

Está demonstrado que estas rupturas afectivas causam enorme sofrimento, sendo descritas situações fácticas chocantes de separações injustificadas e com consequências dramáticas de uma insatisfação permanente em que irmãos iniciam, já adultos, uma busca incessante com vista a encontrar aqueles de quem foram separados na infância e de quem guardam as mais gratificantes memórias.

A história da infância está recheada destas separações impostas, causadoras da maior dor e angústia, que deverão, sempre que possível, ser evitadas.

O artº 1887º-A do Código Civil a que já foi feita referência, pretendeu obviar à verificação destas situações traumáticas, não o tendo conseguido plenamente, porém.

Também aqui, o respeito pelo direito à preservação das relações psicológicas profundas permitirá a opção mais justa e adequada.

Sacrificar este direito sob o pretexto da urgência ou da inviabilidade prática constitui quase sempre uma violência, porquanto esconde, por vezes, a incapacidade de encontrar soluções mais ajustadas devido apenas às dificuldades temporárias decorrentes da análise do caso em abstracto.

Cumprir a referência a casos de irmãos internados em instituições de acolhimento, em que muitas vezes, após a valorização de tais laços, através, por exemplo, da manutenção dos irmãos no mesmo quarto e da memorização das vivências comuns, permitindo a partilha das memórias, é decidida a separação.

Estão descritas em estudos de caso, situações angustiantes, em que irmãos com forte vinculação e acolhidos em instituições, foram separados por se ter optado por adopções múltiplas.

As crianças que ficam institucionalizadas desenvolvem patologias graves, nomeadamente as perturbações da esfera oro-alimentar, os problemas da linguagem, a enurese e a encoprese, até à rejeição da sua própria adopção, que é sentida como algo causador de sofrimento, tanto mais que, como assinala Luís Villas-Boas “A criança que sofre internamento prolongado desenvolve-se num registo invariavelmente depressivo”.

O vazio emocional motivado pelas rupturas forçadas dos laços afectivos entre irmãos é tanto mais injusto, quanto se observa, não só que estamos frequentemente perante crianças que já sofreram significativas perdas, mas também que, não existindo, nestes casos, nenhuma parte mais forte que possa reivindicar direitos, como sucede quando intervêm adultos, as crianças ficam particularmente desprotegidas, mostrando-se absolutamente essencial uma avaliação sistémica, que só pode fazer-se de uma forma eficaz, no âmbito de uma acção de promoção e protecção, como supra se sublinhou.

A JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS HUMANOS

Por fim, cumpre salientar que tem sido jurisprudência uniforme do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos que a parentalidade biológica, desprovida de factores adicionais relevantes, como a relação afectiva, o cuidado diário da criança ou a responsabilidade financeira, não é uma relação familiar protegida pelo artº 8º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos (cf. Maria Clara Sottomayor, Qual é o interesse da criança? Identidade biológica versus relação afectiva, Centro de Direito da Família, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, em vias de publicação).

Veja-se ainda a referência ao mesmo artº 8º da Convenção Europeia com base na jurisprudência do Tribunal por Ireneu Cabral Barreto, Juiz do TEDH, na Intervenção proferida na Universidade de Coimbra em Dezembro de 2001:

“...Mas a vida familiar pressupõe uma vida efectivamente «vívida». O simples facto de uma relação biológica existente entre uma criança e uma mulher ou um homem não chega para concluir pela existência de uma vida familiar entre as pessoas, se ela não for efectivamente «vívida» entre eles.”(cf. Direitos das Crianças, Coimbra Editora, 2004).

Igualmente na senda das decisões proferidas pelo TEDH, mostra-se aconselhável, como se referiu supra, reafirmar o direito da criança a ser ouvida sobre as decisões que lhe digam respeito, que a Convenção sobre os Direitos da Criança reconhece sem qualquer limite de idade.

Como se salientou, o facto de a Lei de Protecção ter consagrado esse direito através do princípio da audição obrigatória, previsto na al. i) do artº 4º, é circunstância que deve ser associada aos fundamentos que aconselham a instauração de acções de promoção e protecção, em detrimento de acções de regulação, sempre que se verifique litígio entre os pais que não exerceram a função parental e os detentores da guarda de facto da criança.

Para o efeito, a introdução de duas novas alíneas nos artºs 3º e 4º da Lei de Protecção das Crianças e Jovens em Perigo, em que fossem expressamente consagrados estes princípios e direitos da criança, afigura-se necessária e urgente.

Neste contexto, o Instituto de Apoio à Criança, e as personalidades abaixo-indicadas, tendo presente a perspectiva actual da criança como sujeito autónomo de direitos, e visando a promoção e defesa dos direitos da criança e a unidade do sistema jurídico, entenderam apresentar uma proposta de alteração legislativa sobre as reais necessidades da Criança, à luz das normas convencionais, constitucionais e legais.

PROPOSTA DE CLARIFICAÇÃO DO CONCEITO LEGAL DE “SUPERIOR INTERESSE DA CRIANÇA”

Em síntese,

Considerando os princípios fundamentais proclamados na Declaração dos Direitos da Criança, na Convenção sobre os Direitos da Criança e na Constituição da República, que reconhecem à Criança o direito a um integral e harmonioso desenvolvimento da sua personalidade, em ambiente familiar, numa atmosfera de felicidade, amor e compreensão,

Conscientes de que nos termos do artº 3º da Convenção, o "superior interesse da criança" deve ser a consideração fundamental, sempre que uma decisão administrativa ou judicial se revela necessária, no sentido de assegurar o bem-estar físico e psíquico da criança,

Reconhecendo que a estruturação da personalidade do ser humano se baseia na vinculação psicológica e nas relações profundas de afecto que se estabelecem nos primeiros meses e nos primeiros anos de vida entre a criança e aqueles que dela cuidaram, assumindo responsabilidades parentais e que são as suas figuras de referência,

Considerando que, de acordo com os conhecimentos científicos actuais, a descontinuidade das relações afectivas na criança conduz a sérios prejuízos no seu desenvolvimento, provocando dor e sofrimento psíquico de grande dimensão,

Reconhecendo, com base nestes princípios, o direito da criança ao respeito pelas suas ligações psicológicas profundas e pela preservação das relações afectivas gratificantes e de seu interesse,

Considerando, por outro lado, que o reconhecimento do poder paternal como um direito caracterizado como um poder funcional, a exercer no interesse primordial do filho, deve conduzir simultaneamente à sua limitação, no caso de não exercício prolongado da função parental,

Relembrando o direito da criança, com capacidade de revelar os seus sentimentos e a sua vontade, à livre expressão do seu pensamento e à participação nas decisões que lhe dizem respeito, consagrado nos artºs 12º e 13º da Convenção e no artº 3º ai. i) da Lei de Protecção de Crianças e Jovens em Perigo, e já interpretado pelo Tribunal Europeu dos Direitos Humanos,

O Instituto de Apoio à Criança e as personalidades abaixo assinadas, tendo consciência que os sentimentos de angústia associados à perda das figuras de vinculação ou de referência significativa se traduzem em danos dificilmente reparáveis a nível psíquico, que importa conseguir evitar, com vista a permitir uma interpretação uniforme da jurisprudência, à luz destes princípios legais, constitucionais e convencionais, prevenindo prejuízos irreversíveis no desenvolvimento saudável, harmonioso e feliz das crianças, após reflexão conjunta que congregou especialistas de diversas áreas e reconhecida competência na área da infância e

procurou reunir consensos na comunidade científica, entendem dever propor a adopção de medidas legislativas para a clarificação do conceito legal de "superior interesse da criança".

Propõem, assim que:

No artº 3º nº 2 da lei de Protecção de Crianças e Jovens em Perigo (sobre o conceito legal de perigo e a legitimidade a intervenção) seja introduzida uma nova alínea, a al. d), com a seguinte redacção: "Está aos cuidados de terceiros, durante período de tempo em que se observou o estabelecimento com estes de forte relação de vinculação, e em simultâneo com o não exercício pelos pais das suas funções parentais", seguindo-se todas as alíneas seguintes.

No artº 4º da mesma lei de Protecção (sobre os princípios orientadores da intervenção) seja introduzida também uma nova alínea, que passaria a ser a h), com a seguinte redacção: h) "Primado da continuidade das relações psicológicas profundas - a intervenção deve respeitar o direito da criança à preservação das relações afectivas estruturantes de grande significado e de referência para o seu saudável e harmónico desenvolvimento, devendo prevalecer as medidas que garantam a continuidade de uma vinculação securizante".

A introdução destas alterações permitirá consagrar de forma expressa a defesa do direito fundamental da criança à continuidade das relações afectivas estruturantes e privilegiadas, contribuindo assim para a promoção do seu superior interesse, com vista ao seu desenvolvimento integral.