

O DEVER (JUDICIAL) DE FIXAÇÃO DE ALIMENTOS A MENORES

*MARIA AMÁLIA PEREIRA DOS SANTOS

Resumo: *Prende-se o estudo em análise com a questão de saber se o juiz – em acção intentada para o efeito (de fixação de alimentos a menores) - deve ou não fixar prestação de alimentos a menor, independentemente da precária ou desconhecida situação económica do progenitor a quem o menor não fique confiado.*

* Juíza Desembargadora Auxiliar no Tribunal da Relação do Porto.

Introdução:

Tem havido uma divergência jurisprudencial no nosso país (a demandar, eventualmente, a intervenção do STJ, para uniformizar a jurisprudência) sobre o dever do juiz de fixar (ou não) uma pensão de alimentos a menor, carenciado da mesma, nos casos – frequentes – de impossibilidade económica do progenitor para os prestar ou de ausência do mesmo, e, conseqüentemente, de falta de elementos de facto nos autos para a sua fixação.

Propugna uma corrente (francamente minoritária, cremos, mas ainda assim significativa) **pela não fixação de alimentos a menores** quando, por falta de matéria de facto nos autos, não esteja o juiz em condições de atribuir uma pensão de alimentos aos menores que deles careçam.

Advoga-se que não pode ser fixada uma pensão de alimentos a menor, mesmo que deles careça, sem existirem nos autos elementos de facto que permitam a sua fixação, em cumprimento do binómio previsto no artº 2004º - possibilidades do alimentando e necessidades do alimentando.

Assim sendo, se não puderem ser apurados elementos de facto – ou por desconhecimento do paradeiro do progenitor obrigado à prestação, ou por carência de meios daquele mesmo obrigado - que permitam a fixação da pensão, ela não pode – nem deve - ser fixada.

Nem sequer para efeitos – práticos – de recurso aos meios substitutivos previstos na Lei nº 75/98 de 19/11.

A outra corrente jurisprudencial – francamente maioritária -, a que aderimos, defende, pelo contrário, que **devem sempre ser fixados alimentos a menores que deles careçam**, a cargo do obrigado a prestá-los, mesmo que seja desconhecido o seu paradeiro ou ele se encontre numa situação de carência económica que não os possa prestar.

Ressalva-se apenas os casos de impossibilidade absoluta e extrema do obrigado os poder prestar – ónus que, nesse caso, incumbe ao devedor provar.

Defende-se que antes de se determinar a medida dos alimentos, deve atender-se, primordialmente, ao direito fundamental da criança aos mesmos, direito que ficaria sem conteúdo, se, provado que o menor deles carece, se deixasse de os fixar, por falta de elementos para determinar o seu “quantum”.

Haverá, nestes casos, de proceder à sua fixação com recurso à equidade e às regras da experiência e ficcionar uma pensão de alimentos condizente com as possibilidades abstractas do devedor – mesmo que sem tradução concreta nas suas reais possibilidades.

Como se disse, aderimos, sem reservas, a esta última tese, que abordaremos, fazendo uma análise prévia sobre o direito dos menores a alimentos, sobre o conteúdo da prestação alimentar e sobre a medida dos alimentos, **para concluir que o tribunal tem o dever de fixar uma prestação de alimentos aos menores que deles careçam, mesmo que o devedor dos mesmos seja desconhecido ou não possua meios económicos para os prestar.**

*

1- O Direito dos menores à prestação alimentar; sua consagração legal:

Em sede geral, diz-se que as crianças têm direito à protecção da sociedade e do Estado, com vista ao seu desenvolvimento integral – art.69º, nº1, da Constituição da Republica Portuguesa.

O mesmo decorre ainda do Princípio IV da Declaração dos Direitos da Criança¹, de acordo com o qual a criança deve poder crescer e desenvolver-se de maneira sã, devendo ser-lhe assegurados cuidados especiais, como alimentação, alojamento, recreio e cuidados médicos.

Assente na consideração que «a criança, por motivo da sua falta de maturidade física e intelectual, tem necessidade de uma protecção e cuidados especiais, nomeadamente de protecção jurídica adequada, tanto antes, como depois do nascimento», a Base II desta Declaração consagra que a criança deve beneficiar de protecção especial a fim de se poder desenvolver de maneira sã e normal no plano físico, intelectual, moral, espiritual e social, em condição de liberdade e

¹ (promulgada pela Assembleia Geral das Nações unidas em 20 de Novembro de 1959).

dignidade, e, na adopção de leis para este fim, o interesse superior da criança deve ser a consideração determinante².

A Convenção sobre os Direitos da Criança³, que Portugal foi um dos primeiros países a ratificar, em 1990⁴, constituiu o grande marco na história da infância, ao traçar a viragem na concepção dos direitos da criança. Ela trouxe o reconhecimento jurídico da criança como sujeito autónomo de direitos, ao mesmo tempo que destacou a importância da família para o seu bem-estar e desenvolvimento harmonioso.

Como se pode ler no seu Preâmbulo, «a família, elemento natural e fundamental da sociedade e meio natural para o crescimento e bem-estar de todos os seus membros, e em particular das crianças, deve receber a protecção e assistência necessárias para desempenhar plenamente o seu papel na comunidade».

Enquanto a Declaração impunha simplesmente obrigações de natureza moral que se reconduziam a princípios de conduta para as nações, com a Convenção, os Estados nela participantes são juridicamente responsáveis pela concretização dos direitos da criança que a mesma consagra e por todas as acções que adoptem em relação às mesmas.

Para além da profunda transformação normativa que desencadeou, este instrumento (a Convenção) teve o inegável mérito de mobilizar uma atenção, à escala universal, para as questões da infância, integrando-as no quadro de reflexão sobre os direitos humanos⁵.

Quanto ao conteúdo normativo da Convenção, destaca-se – no que ao estudo em análise nos interessa, particularmente – o princípio do interesse superior da criança, plasmado no artigo 3º (o qual deverá constituir a consideração primacial a ter em conta em «todas as decisões relativas a crianças, adoptadas por instituições públicas ou privadas de protecção social, por tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos»); o princípio de que a criança tem direito à vida, à sobrevivência e ao desenvolvimento, estabelecido pelo artigo 6º, que protege não

² Helena Boliero e Paulo Guerra “A criança e a Família – Uma questão de Direito (s) – Visão Prática dos Principais Institutos do Direito da Família e das Crianças e Jovens” Coimbra Editora, 2009, pag. 14

³ adoptada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, em 20 de Novembro de 1989 e assinada em Nova Iorque em 26 de Janeiro de 1990.

⁴ aprovada pela Resolução da Assembleia da República nº20/90 e ratificada pelo Decreto do Presidente da República nº49/90 de 12 de Setembro.

só o direito à vida, como também à sobrevivência e ao desenvolvimento, devendo estes últimos ser assegurados na «máxima medida possível».

Aqui a noção de «desenvolvimento» deve ser interpretada num sentido amplo e abarcando uma dimensão qualitativa que contemple, para além da saúde física da criança, o seu desenvolvimento mental, emocional, cognitivo, social e cultural.

A Convenção consagra ainda um conjunto de direitos civis, económicos, sociais e culturais, do qual destacamos o direito da criança referente à provisão (direitos sociais no âmbito da saúde, educação, segurança social, cuidados físicos, vida familiar, recreio e cultura).

Entre nós, para além de integrar o direito interno⁶, a Convenção sobre os Direitos da Criança assume ainda hoje o papel de um relevo decisivo enquanto instrumento interpretativo das disposições da nossa Constituição e da Lei Ordinária que consagram direitos da criança, contribuindo, assim, para a sua «densificação criativa e dinâmica»⁷.

Num outro plano, além-fronteiras, a concepção da criança como sujeito autónomo de direitos, cristalizada com a Convenção de 1989, trouxe o reconhecimento inequívoco da sua qualidade de titular dos direitos humanos que são consagrados noutros instrumentos de protecção que foram criados a pensar, em primeira linha, nos adultos.

Destaca-se a Convenção Europeia dos Direitos do Homem⁸, no âmbito da qual à criança, enquanto pessoa que é, nos termos do artigo 1º, devem ser reconhecidos, não só os direitos de protecção específicos da infância, contemplados neste tratado, como também todas as liberdades e direitos aí consagrados⁹.

*

⁵ Helena Boliero e Paulo Guerra, op. cit. pag. 15.

⁶ (cfr. Artigo 8º nº2 da CRP: “As normas constantes de convenções internacionais regularmente ratificadas ou aprovadas vigoram na ordem interna após a sua publicação oficial e enquanto vincularem internacionalmente o Estado Português”)

⁷ Armando Gomes Leandro “Família do Futuro? Futuro da Criança...”Infância e Juventude, Lisboa, Instituto de Reinserção Social, Jan/Março, 1997, I, pag. 12.

⁸ (que foi aprovada em Portugal, assim como os protocolos Adicionais nº1 a 5, para ratificação, pela Lei nº 65/78, de 13 de Outubro - Diário da República 1ª série, nº 236, de 13 de Outubro de 1978 - tendo o instrumento de ratificação sido depositado em 9 de Novembro de 1975 - Diário da República, I Série nº1 de 2 de Janeiro de 1979)

⁹ Helena Boliero e Paulo Guerra, op.cit. pags. 18 e 19.

No plano interno, os princípios jurídicos fundamentais que regem a família, a infância e a juventude emergem, em primeira linha, da Constituição da República portuguesa, a qual estabelece as diretrizes normativas estruturantes desta matéria.

Assim, o artº 36º da Lei Fundamental (Família, Casamento e filiação) estabelece que os pais têm o direito e o dever de educação e manutenção dos filhos e o artº 69º (Infância) preceitua que “As crianças têm direito à protecção da sociedade e do Estado, com vista ao seu desenvolvimento integral...”.

Concretizando aqueles princípios, o artº 1878º nº 1 do Código Civil estatui que “compete aos pais velar pela segurança e saúde dos filhos, prover ao seu sustento, dirigir a sua educação, representá-los e administrar os seus bens”.

Consagra-se neste último preceito o conteúdo das responsabilidades parentais.

O instituto das responsabilidades parentais, intuído no interesse e proveito dos filhos, é actualmente encarado 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.

São poderes de natureza pessoal – que para o caso nos interessa -, o poder de auxílio e de assistência (artigos 1874º nº 1 e 2 e 1878º nº 1 do CC), sendo dever do Estado cooperar nessas funções (artigos 26.º, 43º, 47º, 67º nº2, alínea c), 68º, 69º, 70º, 74º e 79º da CRP).

Resulta, assim, das disposições legais citadas que, no que se refere, particularmente, ao direito da criança à prestação alimentar, ele tem também no direito interno positivo consagração expressa.

Trata-se de um direito – o direito a alimentos - , que devido á sua importância vital para o alimentando, goza de uma “fortíssima” protecção legal, de que destacamos, desde logo, o seu carácter de indisponibilidade (artº 2008º nº1 do CC) - o que gera, nos termos do artigo 298º nº1, “a contrario”, do CC, a sua imprescritibilidade pelo seu não exercício¹⁰ - e de irrenunciabilidade¹¹ (artigo 2008º, nº 1, do CC).

¹⁰ (prescrevendo, contudo, em 5 anos os créditos resultantes a prestações alimentícias vencidas - cfr. Artigos 310º nº1, alínea f), e 320º, nº 1 do CC).

Além disso, o crédito a alimentos não pode ser penhorado (artigo 2008º nº2 do CC), nem ser objecto de compensação com eventual crédito do devedor (o que já resulta do artigo 853º n 1, alínea b), do CC).

Trata-se de uma obrigação conjunta e não solidária (artigo 513º do CC) já que o devedor apenas responde de acordo com as suas reais possibilidades, sendo, então, a regra a conjunção e não a solidariedade.

Diga-se ainda que tal direito assume natureza pessoal, cessando com a morte do alimentante e do alimentando, não se transmitindo aos respectivos sucessores as prestações vincendas (artº 2013º nº 1, als. a) e b) do CC)¹², possuindo as características adicionais da actualidade (ou seja, as possibilidades económicas do obrigado e as necessidades do beneficiário - artigo 2004º nº 1. do CC - devem aferir-se no momento da decisão) e da variabilidade (podendo ser reduzida ou aumentada a medida exacta do quantum alimentício - artigo 2012º do CC).

Preceitua ainda o artigo 705º alínea d) do CC que o credor de alimentos goza de hipoteca legal sobre os bens do obrigado, assim como de privilégio mobiliário geral sobre tais bens (artigo 737º nº1 c) do CC).

Acresce que os alimentos devem ser fixados em prestações pecuniárias mensais (artigo 2005º nº1 do CC), salvo se, por acordo, os pais decidirem de outro modo ou se aquele que for obrigado a prestar alimentos mostrar que os não pode pagar como pensão mas somente em sua casa e companhia (artigo 2005º nº2 do CC).

*

Sobre a razão de ser da protecção legal da prestação alimentar, Moutinho de Almeida¹³ defende que “o interesse protegido pela lei com a imposição da obrigação de alimentos é o interesse pela vida de quem deles carece, que é um interesse individual tutelado por meios humanitários”.

¹¹ (podendo, contudo, deixar de se peticionar alimentos ou renunciar-se a prestações vencidas - artigo 2008º, nº 1, do CC).

¹² (Já as vencidas que não tenham sido pagas podem ser peticionadas aos herdeiros do obrigado).

¹³ (Ordem dos Advogados, 1968, pag.94, e Scientia Jurídica, dos Alimentos, XVI, 84º- 85º, pag. 270 a 279).

O direito a alimentos é, assim, pressuposto necessário dos demais direitos do menor e constitui um prolongamento do próprio direito à vida.

A obrigação de alimentos é, igualmente, de interesse e ordem pública, constituindo preocupação do Estado que quem deles esteja carecido possa recorrer, desde logo, aos seus familiares.

Apontam-se como fundamentos do direito a alimentos os seguintes:

- a) se uma criança não pode trabalhar, tem direito a ser mantida;
- b) o interesse da sociedade na conservação dos seus elementos;
- c) o interesse do grupo familiar, enquanto centro de ajuda, de apoio permanente e de afecto, a quem o Estado atribui, prioritariamente, a tarefa de sustentar os seus membros, de acordo com as leis da natureza¹⁴.

Concluimos das disposições legais citadas que o direito dos menores a alimentos tem consagração legal – quer a nível nacional, quer a nível internacional.

*

2- O dever de prestação de alimentos a cargo dos pais:

Fala-se, em primeira linha, do dever dos pais de alimentar os filhos.

Significa isso que cabe, em primeira linha, aos pais, para além do direito, o dever de educação e manutenção dos filhos, o que resulta desde logo do disposto no nº 5 do artigo 36º da CRP que alude ao dever de manutenção dos filhos que impende sobre os pais, esclarecendo os artigos 1874º e 1878º nº 1 do CC que compete aos pais prover ao seu sustento.

A Recomendação do Conselho da Europa R (84) 4 preceitua no seu princípio 1 que as responsabilidades parentais são definíveis como «o conjunto de poderes e deveres destinados a assegurar o bem-estar (...) material do filho, designadamente, (...) assegurando o seu sustento.

A Convenção sobre os Direitos da Criança adianta também no seu artigo 27º nº1, que cabe primacialmente aos pais a responsabilidade de assegurar, dentro das suas possibilidades e disponibilidades económicas, as condições de vida necessárias ao desenvolvimento da criança.

¹⁴ Helena Boliero e Paulo Guerra (op.cit.pag. 207).

Neste sentido é importante referir que se um acordo (entre os progenitores) não previr qualquer referência alimentícia não deve ser homologado.

Como consta do acórdão do TC n.º 306/05¹⁵: “O dever de alimentos a cargo dos progenitores, um dos componentes em que se desdobra o dever de assistência dos pais para com os filhos menores, não pode reduzir-se a uma mera obrigação pecuniária, quando se trata da ponderação da constitucionalidade dos meios ordenados a tornar efectivo o seu cumprimento. Ainda que se conceba o vínculo de alimentos como estruturalmente obrigacional, a natureza familiar (a sua génese e a sua função no âmbito da relação de família) marca o seu regime em múltiplos aspectos (v. gr. tornando o direito correspondente indisponível, intransmissível, impenhorável e imprescritível – cf. maxime o artigo 2008.º do Código Civil).

Mesmo quando já tenha sido objecto de accertamento judicial, isto é, quando corporizado, para o pai que não tem a guarda, numa condenação a uma prestação pecuniária de montante e data de vencimento determinados, do lado do progenitor inadimplente não está somente em causa satisfazer uma dívida, mas cumprir um dever que surge constitucionalmente autonomizado como dever fundamental e de cujo feixe de relações a prestação de alimentos é o elemento primordial. É o que directamente resulta de no n.º 5 do artigo 36.º da Constituição se dispor que os pais têm o direito e o dever de educação e manutenção dos filhos.

Os beneficiários imediatos deste dever fundamental são justamente os filhos, tratando-se de um daqueles raros casos em que a Constituição impõe aos cidadãos uma vinculação qualificável como dever fundamental cujo beneficiário imediato é outro indivíduo (e não imediatamente a comunidade). Assim, tal prestação é integrante de um dever privilegiado que, embora pudesse ser deduzido de outros lugares da Constituição (v.gr. do reconhecimento da família como elemento fundamental da sociedade (artigo 67.º) e da protecção da infância contra todas as formas de abandono (artigo 69.º)), está aqui expressamente consagrado, como correlativo do direito fundamental dos filhos à manutenção por parte dos pais.

Estamos, como diz Vieira de Andrade (Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976, 3ªed., pág 169), perante um caso nítido de deveres reversos dos direitos

¹⁵ (www.tribunalconstitucional.pt).

correspondentes, de direitos deveres ou poderes-deveres com dupla natureza [A elevação deste dever elementar de ordem social e jurídico (que se exprime no brocardo *qui fait l'enfant doit le nourrir*) a dever fundamental no plano constitucional encontra-se também noutros textos constitucionais de países da mesma família civilizacional (...)]

Esta específica natureza do «dever fundamental» da prestação de alimentos tem, aliás, relevantes consequências ao nível do direito infraconstitucional:

- desde logo, é ela que legitima a tutela penal, relativamente à violação da obrigação de alimentos, erigindo em bem jurídico protegido a satisfação das necessidades fundamentais do credor de alimentos, decorrente do tipo penal contido no art.250º do CP;

-é ela que explica a particular compressão, na fase executiva, do próprio direito à sobrevivência condigna do progenitor vinculado ao dever de prestar alimentos, expressa na circunstância de o TC não tomar aqui como referencial básico de tais necessidades fundamentais o valor do salário mínimo nacional;

- é ela que permite compreender por que razão o Estado tem o dever de instituir uma prestação social substitutiva, com vista ao reforço da protecção social dos menores carenciados, expressa no regime do Fundo de Garantia de Alimentos a Menores constante da Lei nº75/98; note-se que, face ao estipulado no art. 1º de tal diploma legal, o dever do Estado assegurar tal prestação social aparece condicionado ao facto de a pessoa judicialmente obrigada a prestar alimentos ao menor não satisfazer as quantias em dívida, através dos descontos previstos no art. 189º da OTM.

- finalmente, é essa específica natureza de dever fundamental que permite compreender que, na fixação judicial dos alimentos devidos, o tribunal deva ter em causa, não apenas, de forma redutora, o estrito montante pecuniário auferido pelo devedor dos alimentos em certo momento temporal, mas, de forma ampla e abrangente, toda a situação patrimonial e padrão de vida deste, incluindo a sua capacidade laboral futura, estando obviamente compreendido no dever de educação e sustento dos filhos a obrigação de activamente procurar exercitar uma actividade profissional, geradora de rendimentos, que permita o cumprimento mínimo daquele dever fundamental.(...)”

Dispõe o art.1874º nº1 do C.Civil que “Pais e filhos devem-se mutuamente respeito, auxílio e assistência”, acrescentando o nº2 que “O dever de assistência compreende a obrigação de prestar alimentos e a de contribuir, durante a vida em comum, de acordo com os recursos próprios, para os encargos da vida familiar”.

A lei determina, por sua vez, o conteúdo das responsabilidades parentais no art. 1878º CC, onde se prevê que “compete aos pais, no interesse dos filhos, velar pela segurança e saúde destes, prover ao seu sustento, dirigir a sua educação, representá-los, ainda que nascituros, e administrar os seus bens”.

As responsabilidades parentais compreendem assim os poderes-deveres de guarda, de educação, de auxílio e assistência, de representação e de administração (art. 1885º a 1887º CC), merecendo particular referência no caso a tratar, o dever de auxílio e assistência, que compreende a obrigação de prestar alimentos, conforme decorre do art. 1874º/2 CC.

Com efeito, cumpre aos pais prover ao sustento dos filhos e assumir as despesas relativas à sua segurança, saúde e educação, na medida em que os filhos não se encontrem em condições de as suportar pelo produto do seu trabalho ou outros rendimentos (art. 1878º/1, 1879º e 2003º CC).

Estes artigos impõem, assim, aos pais o dever de prover ao sustento dos filhos, obrigação legal que só cessa com a maioridade (com excepção da situação prevista no art. 1880º), ou, ainda na menoridade, na medida em que os filhos estejam em condições de suportar, pelo produto do seu trabalho ou outros rendimentos, aqueles encargos (art. 1879º).

Como se refere no acórdão do STJ de 12.07.2011¹⁶ “O fundamento sociológico e jurídico da obrigação de alimentos radica-se na natureza vital e irrenunciável do interesse juridicamente tutelado, que tem subjacente a responsabilidade dos pais pela concepção e nascimento dos filhos, independentemente da relação afectiva e do convívio realmente existente entre o progenitor não guardião e os filhos, a ponto de permanecer intacta, na hipótese do mais grave corte da relação entre ambos, como acontece com a situação de inibição do exercício do poder paternal, que “em

¹⁶ (www.dgsi.pt).

nenhum caso isenta os pais do dever de alimentarem o filho”, como decorre do estipulado pelo artigo 1917º, do Código Civil (CC)”.

Devemos, pois, reter como máxima, que o dever de alimentos é de interesse e ordem pública, concepção alicerçada na filosofia de que quem traz ao mundo uma criança está obrigado a sustentá-la, devendo assumir essa obrigação como um direito/dever.

Referindo-se à obrigação alimentar dos pais relativamente aos filhos, e relativamente ao respectivo fundamento, escreveu com grande acuidade Maria Nazareh Lobato Guimarães¹⁷: “Porque os pais lhe deram o ser e a vida, dita a razão natural que sejam obrigados a conservarem-lha, contribuindo, primeiro que todos, com os alimentos necessários para este fim”.

A responsabilidade parental deve ser entendida, assim, como um instituto desenvolvido em benefício da criança. No seu seio, os progenitores são colocados perante o novo ser como vinculados por deveres que os responsabilizam face a ele e, também, diante da sociedade, não sendo, pois, meros titulares de poderes a exercer discricionariamente.

Acresce que o fundamento da obrigação de alimentos dos pais em relação aos filhos é não apenas a menoridade – uma situação de incapacidade jurídica -, mas também a carência económica dos filhos depois de atingirem a maioridade e enquanto prosseguem os seus estudos universitários ou a sua formação técnico-profissional.

Segundo o artigo 1880º do CC a obrigação de alimentos não cessa com a maioridade (maioridade esta que não cessa automaticamente a obrigação alimentar, mantendo-se enquanto o filho não houver completado a sua formação profissional - pressupondo que o filho maior ainda não esteja totalmente profissionalizado, sem culpa grave sua - e na medida em que seja razoável exigir aos pais o seu cumprimento, pelo tempo normalmente requerido para que aquela formação se complete)¹⁸.

Conclui-se do que fica dito que o direito a alimentos é um direito incontestado, tendo como corresponsabilidade a obrigação dos pais, em primeira linha, de prover ao sustento dos filhos.

*

¹⁷ “Alimentos – Reforma do Código Civil”, Ordem dos Advogados, 1981, pg. 178.

¹⁸ Helena Boliero e Paulo Guerra (op.cit. pags. 211 e 212).

Relativamente à satisfação das necessidades dos filhos, acontece uma diversa protecção, consoante exista ou não vida em comum dos respetivos progenitores, ou entre o obrigado e o menor.

Ou seja, a questão da fixação de alimentos a menores só surge em caso de separação dos pais.

Se os pais vivem juntos – em qualquer modalidade de relação conjugal – e têm consigo um filho menor, o dever de o alimentar cabe, natural e indistintamente a ambos os pais, enquanto responsáveis pela sua alimentação.

Sempre que cesse a convivência entre os progenitores, nos casos de divórcio ou separação judicial, ou quando viviam em condições análogas às dos cônjuges, os alimentos devidos ao menor e a forma de os prestar, são regulados, em primeira linha, por acordo dos pais, sujeito a homologação, embora a homologação deva ser recusada se o acordo não corresponder ao interesse do menor – artigos 1905º e 1911º do Código Civil (na redação dada pela Lei n.º 61/2008, de 31.10).

Havendo desacordo dos pais quanto ao exercício das responsabilidades parentais, designadamente no que concerne a alimentos, cabe ao tribunal decidir de acordo com o interesse do menor, critério que constitui um pilar fundamental do direito dos menores.

Qualquer acordo de pais, homologado pelo Tribunal ou sentença judicial (quando inexistente acordo ou existe acordo que não venha a ser homologado) em matéria de Responsabilidades parentais, tem de conter no seu corpo a resolução de três questões fundamentais: a questão da residência/guarda do filho; a questão das visitas (convívio) ao filho por parte do progenitor não guardião (não-residente); e a questão dos alimentos a prestar pelo progenitor não guardião ao filho alimentando.

*

3- A protecção do Estado – O fundo de Garantia de Alimentos devidos a menores.

Se, como vimos, a prestação alimentar das crianças deve ficar, em primeiro lugar, a cargo dos pais, o Estado intervém, “na retaguarda”, para salvaguardar a efectividade desse direito, através do Fundo de Garantia de Alimentos devidos a Menores.

Como acima se deixou dito, o Estado tem o dever de instituir uma prestação social substitutiva, com vista ao reforço da protecção social dos menores carenciados, expressa no regime do FGAM.

A Lei n.º 75/98 de 19/11, que criou aquele Fundo¹⁹, determina a sua intervenção sempre que se mostrem preenchidos determinados requisitos, elencados no artigo 1.º daquele diploma legal.

Assim, segundo o n.º1 do artigo 1.º da citada Lei e o art. 3.º do DL n.º 164/99 de 11 de Maio²⁰, que a regulamentou, os pressupostos para que o FGADM seja chamado a assegurar as prestações de alimentos atribuídas a menores residentes no território nacional são os seguintes:

- Que o progenitor esteja judicialmente obrigado a alimentos (e não apenas «legalmente»), o que pressupõe que haja uma fixação (na medida em que a intervenção do Fundo é naturalmente subsidiária e nunca principal), em sede de acção, de um quantum alimentício, por muito parco que seja;

- Que exista uma impossibilidade de cobrança das prestações em dívida nos termos do art. 189º da OTM²¹;

- Que o alimentado não tenha rendimento ilíquido superior ao valor do indexante dos apoios sociais (IAS), nem beneficie de rendimentos de outrem a cuja guarda se encontre, superiores ao valor do IAS.

Entende-se que o alimentado não beneficia de alimentos de outrem a cuja guarda se encontre, superiores ao valor do IAS, quando a capitação do rendimento do respetivo agregado familiar não seja superior àquele valor – n.º 2 do art. 3.º, do Dec. Lei n.º 164/99, na redacção da Lei n.º 64/2012.

Decorre assim da redacção das normas legais citadas que os menores têm direito a alimentos, sendo dever do Estado e da sociedade em geral cuidar para que eles lhe sejam

¹⁹ (regulamentado pelo Decreto-Lei n.º 164/99, de 13-5).

²⁰ (com a redacção introduzida, respetivamente, pela Lei n.º 66-B/2012 de 31 de Dezembro e pela Lei n.º 64/2012 de 20 de Dezembro).

²¹ (ou pela forma prevista no art.º 1118.º do CPC, devendo ser feita uma interpretação extensiva da lei n.º 75/98, na medida em que os alimentos a criança tanto podem ser cobrado coercivamente pelos meios do artigo 189º da OTM, como através da execução de alimentos).

assegurados, sem restrições, enquanto os mesmos não poderem assegurar por eles próprios o seu próprio sustento, na pressuposição óbvia de que o direito alimentar (e o dever correspondente) é um direito elementar do direito à vida.

Esse dever do Estado e da sociedade é, no entanto subsidiário, e com carácter residual relativamente ao dever dos pais.

Compete ao Estado, através deste fundo, gerido pelo Instituto de Gestão Financeira da Segurança Social, garantir o pagamento dos alimentos devidos a crianças, quando os primitivos obrigados o não façam e não se consiga cobrar tal dívida (assim se cumprindo o comando constitucional dos artigos 2º, 63º, nº 3, e 69º nº2, da CRP).

Fica, no entanto, o Estado sub-rogado em todos os direitos das crianças a quem sejam atribuídas as prestações, até ao início do efectivo cumprimento da obrigação (e com vista também à garantia do respectivo reembolso).

*

4- O conteúdo da prestação alimentar.

No que se refere ao conteúdo da prestação alimentar, estabelece o nº 1 do artº 2003º do CC que por alimentos entende-se tudo aquilo que é indispensável ao sustento, habitação e vestuário do alimentado, acrescentando o nº 2 que os alimentos compreendem também a instrução e educação do alimentado em caso de este ser menor.

Ou seja, a obrigação de sustento dos pais para com os filhos menores afere-se não só pelo estritamente necessário à satisfação das necessidades básicas dos seus filhos, mas também envolve o indispensável à promoção adequada do seu desenvolvimento físico, intelectual e moral.

Sobre a expressão legal “sustento” ela não pode nem deve ser encarada “strictu sensu” como alimentação, mas sim como tudo o que é indispensável à vida, encarada ela no seu sentido mais amplo de vida em sociedade na qual se insere, em concreto, a pessoa carecida de alimentos²².

²² Maria da Nazareth Lobato Guimarães, ob e local citados, pág.207 e 210, nota 19 e Ac da RL de 7.12.77, BMJ, 274, 303.

O que está em causa é a satisfação das necessidades do alimentando, não apenas das básicas, cuja realização é indispensável para a sobrevivência deste, mas de tudo o que a criança precisa para usufruir de uma vida conforme as suas aptidões, estado de saúde e idade, tendo em vista a promoção do seu desenvolvimento físico, intelectual e emocional.

A obrigação de alimentos visa tutelar não só o direito à vida e integridade física do alimentando, mas o direito a beneficiar do nível de vida de que a família gozava antes do divórcio ou da ruptura da convivência de facto, de forma a que as alterações no seu estilo de vida e no seu bem-estar sejam o mais reduzidas possíveis.

Este raciocínio tem, no entanto, de entrar em linha de conta com as possibilidades dos pais para a satisfação daquelas necessidades, o que nos leva a determinar a medida dos alimentos.

*

5- A medida dos Alimentos:

Sobre os critérios legais da fixação dos alimentos,²³ há que entrar em linha de conta com as possibilidades do alimentante; com as necessidades do alimentando; e com a possibilidade do alimentando proceder à sua subsistência (artigo 2004º do CC).

Tudo se deve avaliar, pois, na correlação: possibilidades de quem dá e necessidades de quem recebe²⁴.

No que respeita à possibilidade de prestação de alimentos tem ela de abarcar o acervo de todos os rendimentos, qualquer que seja a fonte, lícita, donde dimanem, de modo a abranger não só os rendimentos conexos com o trabalho – salários ou pensões -, com todos os seus componentes, fixos ou variáveis, como até os ganhos de carácter eventual e outros meios de riqueza²⁵.

E como bem assinala Maria Clara Sottomayor²⁶, no cômputo da obrigação de alimentos também entram “os rendimentos de capital, poupanças, rendas provenientes de imóveis arrendados e o valor dos seus bens, que este progenitor terá de alienar em caso de desemprego ou

²³ (indeterminados e não assentes em dados objectivos e racionais, como pretende parte da doutrina mais consagrada)

²⁴ Fernando Pereira Rodrigues “Elucidário de Temas de Direito (Civil e Processual)” Coimbra Editora, 2010, pag. 46 e ss. e Ac. S.T.J. de 7/5/80, B.M.J. nº. 297, 342.

²⁵ Fernando Rodrigues (op. e local cit.).

se os seus rendimentos periódicos não forem suficientes para um montante de alimentos adequado às necessidades do alimentado”.

É certo que para se aquilatar da maior ou menor capacidade do devedor de alimentos terá de se levar em linha de conta não só os seus meios de rendimento como também os encargos a que se encontre adstrito, para além daqueles que possam decorrer da própria prestação alimentícia a determinar.

Mas tais encargos, obviamente, que carecem de ser hierarquizados, de modo a que só sejam tomados em consideração os que se mostrem justificados pelas necessidades de uma condigna subsistência do prestador de alimentos, excluindo-se todos aqueles que promanam de uma obrigação que não possa, ou não deva, prevalecer sobre a obrigação alimentar.

É que se assim não fosse, bastaria ao devedor de alimentos assumir os encargos voluptuários e desnecessários que lhe aprouvesse para ficar desobrigado de prestar alimentos, o que a ética e o direito não aceitam

Por isso, também neste aspecto concordamos com Maria Clara Sottomayor quando afirma: “Quanto às obrigações do devedor para com outras pessoas a que seria de atender também para determinar o rendimento disponível do obrigado, devemos distinguir consoante a natureza das dívidas contraídas: só deve admitir-se a relevância de dívidas contraídas para atender às necessidades fundamentais do obrigado (por exemplo, para a aquisição de primeira habitação) e não dívidas contraídas para fazer face a despesas supérfluas ou acima da sua capacidade financeira (p. ex. compra de um segundo automóvel ou de um automóvel ou habitação de luxo). A extravagância ou a irresponsabilidade financeira do progenitor sem a guarda não pode ser um motivo para reduzir os alimentos”²⁷.

No que concerne ao apuramento das necessidades dos menores, beneficiários e credores da prestação de alimentos, tem de tomar-se em consideração, em face do custo de vida, todos os gastos necessários ao desenvolvimento físico e intelectual daqueles, a começar pela alimentação,

²⁶ “Regulação do Exercício do poder paternal nos casos de Divórcio”, 4ª Ed., pág. 202.

²⁷ Clara Sottomayor “Exercício do poder paternal relativamente à pessoa do filho após o divórcio ou a separação judicial de pessoas e bens”, 2ª edição, Porto, Publicações Universidade Católica, Porto, 1995, e “Regulação do Exercício do Poder Paternal nos casos de Divórcio”, 4ª edição reimpressão, Coimbra, Almedina, 2004, pag. 203).

vestuário e saúde, até a uma adequada formação e a de um satisfatório aproveitamento das suas faculdades e aptidões.

Tem de atender-se ao custo de vida em geral (custo médio e normal de subsistência); à idade do menor (quanto mais velha é a criança mais avultados são os encargos com a sua educação, vestuário, alimentação, vida social, actividades extracurriculares etc.); à sua saúde; à sua situação social; ao nível de vida anterior à ruptura de convivência entre os pais, etc.

Acresce que a quantia com que deve ser onerado o progenitor a quem os menores não tenham sido confiados, em princípio, nunca deve ser inferior àquela com que contribuía, ou devia contribuir antes da separação do casal.

A carência de alimentos não se esgota, assim, nas condições de sobrevivência; sempre que possível, deverá visar igualmente um mínimo de condições de conforto que impeça uma ruptura absoluta com o nível de vida que o menor usufruía durante a convivência com ambos os progenitores.

Ainda quanto à medida da contribuição de cada progenitor para a prestação alimentar, ela deve encontrar-se na capacidade económica de cada um para prover às necessidades do filho, sendo certo que estas necessidades sobrelevam a disponibilidade económica dos pais, no sentido de que o conteúdo da obrigação de alimentos que lhes compete cumprir não se restringe à prestação mínima e residual de dar aos filhos um pouco do que lhes sobra, mas antes no de que se lhes exige que assegurem as necessidades dos filhos menores com prioridade sobre as próprias e se esforcem em obter meios de propiciar aos filhos menores as condições económicas adequadas ao seu sadio, harmonioso e equilibrado crescimento.

É esta específica natureza de obrigação fundamental que permite compreender que, na fixação judicial dos alimentos devidos, o tribunal deva ter presente, não apenas, de forma redutora, o estrito montante pecuniário auferido pelo devedor de alimentos, em certo momento temporal, mas, de forma ampla e abrangente, toda a situação patrimonial e padrão de vida deste, incluindo a sua capacidade laboral futura, estando, obviamente, compreendido no dever de educação e sustento dos filhos, a obrigação do progenitor de, activamente, procurar exercitar uma

actividade profissional geradora de rendimentos que lhe permita o cumprimento mínimo daquele dever fundamental.

Assim, ao fixar a medida dos alimentos devidos a menores, adequando-os aos meios de quem houver de prestá-los, não pode o tribunal limitar-se a atender ao valor actual dos rendimentos no momento e, conjunturalmente, auferidos pelo obrigado, devendo antes valorar, de forma global e abrangente, a sua condição social, a sua capacidade laboral e todo o acervo de bens patrimoniais de que seja ou possa vir a ser detentor.

Esta posição foi assumida no acórdão do STJ de 27.09.2011²⁸, no qual se alerta para que todas as decisões relativas a menores terão primacialmente em conta o interesse superior da criança, por ser o que resulta do estabelecido no n.º 1 do art. 1878º e do disposto no art. 1905º, que recusa a homologação do acordo dos pais referente aos alimentos devidos ao filho se “não corresponder ao interesse do menor”.

Ainda no que concerne à determinação do montante dos alimentos, conforme salienta Clara Sottomayor²⁹, inexistem entre nós fórmulas ou critérios quantitativos para superar a imprecisão das regras legais e jurisprudenciais (que julgam muitas vezes segundo critérios de equidade).

Acompanhando aquela autora, Helena Boliero e Paulo Guerra³⁰, são também de opinião que é importante adoptar fórmulas, critérios ou tabelas que promovam a adequação do montante da obrigação de alimentos às necessidades da criança e permitam que a mesma receba, na medida do possível, uma proporção de rendimentos idêntica à que receberia se ambos os pais vivessem juntos, assegurando uma determinação judicial mais precisa, transparente e uniforme.

*

Acresce ao que acaba de ser dito que as responsabilidades parentais cabem a ambos os progenitores, em condições de plena igualdade (art. 36º, n.º 3 da C.R.P.).

²⁸ (www.dgsi.pt).

²⁹ (op. citad. pag. 206).

³⁰ (op.cit. pag. 212).

O princípio da igualdade dos cônjuges estabelecido no citado art. 36º constitui expressão qualificada do princípio da igualdade de direitos e deveres dos homens e mulheres (art. 13º da C.R.P.), abrangendo, incontestavelmente, a educação e manutenção dos filhos.

Tal não significa, porém, no que especificamente concerne à obrigação alimentar, que cada progenitor contribua com “rigorosamente metade” do necessário ao sustento e manutenção dos filhos. Sobre cada progenitor impende o dever/responsabilidade de assegurar, na medida das suas possibilidades, o necessário ao sustento e manutenção do filho, sendo que o princípio constitucional da igualdade de deveres se realiza através da proporção da contribuição – cada um deles deverá contribuir em função (proporção) das suas capacidades económicas³¹.

Aliás, se os menores ficarem apenas a cargo da mãe (ou do pai), a quem passaram a ser exigidos todos os cuidados, tarefas e sacrifícios com a assistência e o acompanhamento diários daqueles, sempre se justifica, por regra, que a contribuição do progenitor que não detém a guarda, seja de montante substancialmente superior à do outro³².

*

Partindo do princípio enunciado – de que a medida dos alimentos deve ser proporcional à necessidade do alimentando e à possibilidade do progenitor obrigado à prestação de alimentos -, casos haverá em que este último não tem qualquer possibilidade de prestar alimentos ao filho (o que ocorrerá por falta de condições económicas, por prodigalidade, ou até mesmo por ausência em parte incerta).

E daí a questão colocada de saber se a fixação da pensão de alimentos deverá ser obrigatória nas decisões que regulam as responsabilidades parentais, ou seja, se não obstante o dever parental de contribuir para o sustento dos filhos menores, este dever não poderá ser imposto ao obrigado, se ele não tiver quaisquer meios para o cumprir, ignorando-se o preceituado no artigo 2004º, nº1 do CC.

*

³¹ Gomes Canotilho e Vital Moreira, Constituição da República Portuguesa Anotada, Volume I, 4ª edição revista (2007), p. 565 (anotação VII).

³² Fernando Rodrigues (op.cit. pag. 47 e 48).

6- Do dever de fixação de uma pensão alimentícia:

Expostas, em termos gerais, as normas e os princípios que vigoram entre nós relativas ao direito dos menores a alimentos, coloca-se então agora a questão – objecto concreto deste estudo -, que é a de saber se deve ser fixada sempre, pelo tribunal, uma pensão de alimentos ao menor que deles esteja carenciado, independentemente da precária ou desconhecida situação económica do progenitor a quem o menor não fique confiado.

Na doutrina, encontramos posições divergentes.

Fernando Rodrigues³³ defende que deve, na sentença de regulação das responsabilidades parentais, ser fixada sempre uma prestação de alimentos a cargo do progenitor do menor, que não ficou com a sua guarda.

Com efeito, nessa regulação, para além de se dever determinar a confiança e o destino do menor, deverão sempre fixar-se os alimentos e a forma de os prestar, de harmonia com os critérios acima estabelecidos, independentemente da precária ou desconhecida situação económica do progenitor a quem o menor não fique confiado.

E justifica a sua posição da seguinte forma:

Antes de mais, aquele não pode ser desresponsabilizado do dever de contribuir para a alimentação do filho pelo simples facto de a sua fonte de rendimentos ser diminuta, pois que o progenitor poderá ter de partilhar os parcos ganhos que aufera com a satisfação das necessidades do menor, não devendo as do progenitor prevalecer sobre as daquele³⁴

Em segundo lugar, porque sendo a obrigação de alimentos para vigorar para o futuro, é sempre de admitir que a situação financeira do progenitor se venha a alterar em sentido favorável a este melhor poder cumprir a sua obrigação, sendo até de conjecturar que a obrigação imposta incentive o obrigado a lutar pela melhoria da sua condição económica.

Acresce que a não fixação de qualquer prestação alimentar a cargo do progenitor poderá inviabilizar a possibilidade de eventual intervenção do F.G. Alimentos a menores, uma vez que,

³³ (op. cit. pag. 49 e 50).

³⁴ (no mesmo sentido decidiu o acórdão da Relação de Lisboa de 23.10.2003 (CJ. 2003. t. IV pp, 117-120).

para o seu accionamento se exige, para além da verificação de outros requisitos, que a pessoa judicialmente obrigada a prestar alimentos não o faça.

Verificando-se numa concreta situação em que o progenitor que não tem a guarda do menor nunca contribuiu com qualquer quantia para o seu sustento, nunca o visitou, nem telefonou a saber da sua situação, e, por outro lado, desconhecendo-se a situação económica desse progenitor, deverá mesmo em tal condicionalismo ser fixada uma pensão de alimentos a seu cargo, em face de quanto se deixa exposto.

Note-se que sendo desconhecida e até presumivelmente debilitada e contingente a situação económica do progenitor ausente não pode, todavia, “a priori” aceitar-se que ele não possa, apesar de tudo, contribuir de modo nenhum para o sustento do filho.

Por outro lado, a verificar-se a situação de o progenitor se encontrar desempregado e sem meios económicos para pagar uma pensão de alimentos ao menor, sempre é de admitir a eventualidade de se “vir a integrar no mundo do trabalho de modo a poder mais facilmente cumprir com o dever de contribuir para o sustento e alimentação do filho, pelo que importa que fique definida a sua obrigação, para em qualquer momento até poder ser exigida coercivamente.

Em todo o caso a fixação da pensão é até exigida, como se demonstrou, para a eventualidade de ter de se chamar à intervenção o Fundo de Garantia dos Alimentos Devidos a Menores, que, em bom rigor, só se poderá verificar em face da situação de existirem prestações alimentícias em dívida.

Por tudo quanto se deixou exposto se justifica sempre a fixação de uma pensão de alimentos para o menor devida pelo progenitor responsável, a qual, à falta de melhor critério, se deverá mostrar adequada à satisfação das necessidades do mesmo menor³⁵.

*

Tomé Ramião³⁶ defende, no entanto, que não deve ser fixada qualquer prestação de alimentos, sob pena de clara violação dos critérios do artigo 2004.º do CC, devendo então ser

³⁵ Fernando Rodrigues (op.cit.pag. 50).

³⁶ “Organização Tutelar de Menores anotada e Comentada”, Lisboa, Quid Júris, 6ª edição - pp. 142-144.

intentada uma acção de alimentos prevista no artigo 186º da OTM para fixação de alimentos a pagar por alguns dos familiares ou terceiras pessoas aludidas no elenco do artigo 2009º do CC

Esta posição foi alvo de crítica por **Helena Boliero e Paulo Guerra**³⁷ com o argumento de que tal posição pode prolongar demasiadamente uma decisão alimentícia e a possível intervenção do fundo, ficando também por explicar como se agiria quando também tais pessoas – previstas no artigo 2009º - não tenham quaisquer rendimentos.

*

Para estes AA³⁸ quando se apure que o progenitor não tem (o que é bem diferente da situação de não se ter apurado que os tenha), de facto, rendimentos e não está em condições de os auferir, parece pouco curial estar a fixar alimentos, recorrendo-se, eventualmente ao critério do salário mínimo nacional para fazer funcionar depois, em caso de incumprimento, o Fundo de Garantia dos Alimentos devidos a Menores.

Dizem que pode existir uma situação que não permita mesmo a fixação de alimentos, nada obstando, porém, que os progenitores, em conferência marcada para o efeito, fixem alimentos por acordo, accionando após o fundo.

Contudo, se for o tribunal a decidir, sem acordo, dizem, não vemos forma de ultrapassar a prova feita da penúria económica em que um certo indivíduo vive.

E acrescentam:

Com a entrada em vigor da lei nº 75/98, de 19.11, urge, de facto, fazer uma interpretação actualista do artigo 2004.º nº 1 do CC, havendo aqui que distinguir três situações:

1ª: quando não são conhecidos rendimentos ao progenitor obrigado a alimentos, muitas vezes em resultado de uma reiterada falta de colaboração daquele com o tribunal, nestes casos a sua conduta processual, traduzida na recusa do dever de cooperação para a descoberta da verdade, não pode deixar de produzir efeitos a nível probatório, nos termos do artigo 519º, nº 2 do CPC³⁹.

³⁷ (op. cit. pag. 231, nota 108).

³⁸ (op. e local cit.).

³⁹ (cr. Acórdão da Relação de Lisboa de 23-11-2000, sumariado na Internet em www.dgsi.pt).

Assim, «apesar de desconhecido o paradeiro do devedor de alimentos e a sua situação económica, deve ser fixado judicialmente o montante de alimentos a atribuir ao alimentando»⁴⁰, opinando-se que a protecção social decorrente do Fundo ficaria dependente de se conhecer o paradeiro do devedor e a sua situação económica, o que seria manifestamente contrário à filosofia que esteve na base do regime da lei n.º 75/98, para além do facto de assim se violar o princípio da igualdade de todos os cidadãos perante a lei (artigo 13.º da CRP);

2ª quando o progenitor obrigado a alimentos, conhecedor da acção, se desligou do trabalho que então desempenhava:

Como salienta o Acórdão da Relação de Coimbra de 13.3.2001⁴¹, «o facto de não ser possível apurar o rendimento anual do devedor de alimentos não significa, por isso, não dever o tribunal fixar qualquer quantia a título de alimentos, já que assim se estaria também a beneficiar indevidamente o requerido que, conhecedor da acção, se desligou do trabalho que então desempenhava e se ausentou para parte incerta», (...) «podendo e devendo aceitar-se que, no mínimo, sempre o requerido – e sendo certo não constar sofrer o mesmo de qualquer enfermidade ou deficiência que o impossibilite de trabalhar, o que fará presumir que exercerá qualquer actividade remunerada ou que então não pretende voluntariamente fazer - vencerá o salário mínimo nacional».

Veja-se ainda o Acórdão da Relação de Guimarães de 5.9.2002⁴² que determinou que «a situação de desemprego não dispensa o progenitor de cumprir a obrigação de alimentos que será calculada atenta a sua capacidade de trabalhar e de auferir rendimentos».

No mesmo sentido o Acórdão da Relação de Lisboa de 13.10.2005⁴³ opinou que «o facto de nada se ter apurado quanto à condição económica daquele não poderia levar à pura e simples não fixação da pensão de alimentos, sendo os meios do obrigado apenas um dos aspectos a considerar a par das necessidades do alimentando».

⁴⁰ (Acórdão da Relação do Porto de 22.4.2004. disponível na Internet em www.dgsi.pt).

⁴¹ (Apelação n.º 3605/00 não publicado).

⁴² (sumariado na Internet em www.dgsi.pt).

⁴³ (disponível na Internet em www.dgsi.pt).

Por aqui se tem concluído, então, que o progenitor goza de capacidade de trabalho que lhe permitirá auferir, pelo menos, o equivalente ao salário mínimo nacional, seja lá onde estiver, devendo aqui ter-se em conta a prova por presunção judicial extraída dos factos apurados por via testemunhal (artigos 349º e 351.º do CC);

3ª quando o obrigado se encontra mesmo impossibilitado de prestar alimentos em virtude de causa que não lhe é imputável (doença ou incapacidade física), nesta situação parece não ser de fixar alimentos, atento o que dispõem os artigos 2013º, nº1, alínea b)⁴⁴ e 2004º nº 1 do CC, havendo, com toda a certeza, outros meios de segurança social que possam ajudar o credor de alimentos em caso de dificuldade económica, sem ter de se accionar obrigatoriamente o Fundo.

Contudo, dada a existência do Fundo, há quem entenda que, mesmo nestes casos, deverá fixar-se alimentos, já que de outra forma ficará inviabilizada a intervenção do mesmo, o qual, como já se viu, pressupõe uma prestação determinada e o não cumprimento da mesma.

Nestes casos, há quem entenda que quando o Juiz não tiver fixado tal pensão e no caso concreto estejam perfectibilizados os demais requisitos de aplicação da Lei nº 75/98, impõe-se a fixação da aludida prestação alimentícia, sem que tal fixação tenha de ser feita em nova acção de Regulação do Exercício das Responsabilidades Parentais (artigo 182º da OTM), sendo antes um complemento da decisão anterior⁴⁵.

Também o Acórdão da Relação do Porto de 23-2-2006⁴⁶ admitiu a condenação do Fundo a pagar alimentos não fixados anteriormente e apenas estipulados na decisão que o responsabilizou ao seu pagamento.

O Acórdão da Relação de Lisboa de 23-11-2000⁴⁷ defende também que não oferece dúvida que, independentemente da possibilidade da sua efectiva prestação pelo devedor, se mostra hoje obrigatória a fixação de alimentos a cargo do progenitor a quem o filho não é confiado.

*

⁴⁴ (o qual preceitua que “A obrigação de prestar alimentos cessa (...) quando aquele que os presta não possa continuar a prestá-los...).

⁴⁵ (Helena Boliero e Paulo Guerra, op.cit. pag. 329, nota 107).

⁴⁶ (www.dgsi.pt).

Como se disse, esta questão, que tem dividido a doutrina e a jurisprudência, justificaria a intervenção uniformizadora de jurisprudência pelo STJ (se possível a um curto prazo).

A posição francamente majoritária na nossa jurisprudência é, no entanto, no sentido de que é dever do juiz fixar uma pensão de alimentos a menor que deles careça, mesmo nos casos de falta de meios do obrigado e/ou nos casos de desconhecimento do seu paradeiro ou da sua situação económica⁴⁸.

E é a ela que aderimos sem reservas.

Continua, ainda assim, a defender-se que tal fixação não é possível⁴⁹.

Baseia-se esta corrente jurisprudencial no disposto no artº 2004º, nº 1 do CC, que estabelece que os alimentos são proporcionados aos meios daquele que houver de prestá-los e às necessidades daquele que houver de recebê-los.

Defende-se que o citado artº estabelece uma correlação entre as necessidades do alimentado e as possibilidades do alimentante, pressupondo a decisão o conhecimento dos dois termos da equação.

Da mesma forma que não há fixação de alimentos sem necessidade do alimentando, também não pode haver essa fixação em caso de falta de possibilidades do obrigado.

E defendem que o principal argumento a favor da fixação de alimentos, mesmo em caso de desconhecimento total do paradeiro e situação do obrigado, é de natureza pragmática: é necessária a fixação prévia de alimentos para, face ao (altamente previsível) incumprimento, ser possível recorrer ao Fundo de Garantia dos Alimentos Devidos a Menores.

⁴⁷ (Apelação nº 7494/00, não publicado, apenas sumariado na Internet em www.dgsi.pt).

⁴⁸ (nesse sentido pronunciaram-se, entre outros, os Acs. do STJ de 29.03.12; de 08.05.13; e de 22.05.13; da Relação do Porto de 22.04.04; e de 29.01.13; da RC de 06.06.06; de 17.06.08; e de 21.06.11; e da RL de 23.10.03; de 13.10.05; e de 05.07.07).

⁴⁹ (pronunciaram-se nesse sentido, entre outros, os Acs. da Relação do Porto de 28.10.03; de 11.12.12; e de 25.03.10; e da RL de 18.01.07; de 04.12.08; de 17.09.09 e de 05.05.11 (todos disponíveis em dgsi.pt.) assim como o recentíssimo acórdão da Relação do Porto, de 29 de Maio de 2014 (relatado pela Exma Sra Desembargadora Deolinda Varão).

Defendem que o regime é perfeitamente equilibrado e conforme o princípio da proporcionalidade, e não se vê que a Lei 75/98, de 19.11 tenha pretendido alterá-lo.

Perante a afirmação de que nos termos do disposto no citado artº 1º da Lei 75/98, o Estado não pretendeu distinguir as situações em que o obrigado se ausenta - passando a desconhecer-se o seu paradeiro após a decisão judicial de fixação de alimentos -, daquelas outras em que o obrigado se ausenta ou se mostra insolvente antes da decisão, alguma jurisprudência (defensora desta tese) vai um pouco mais longe: Defende-se então que “O problema está no figurino restritivo do regime estabelecido pela Lei 75/98”, de apenas abranger, pelo menos na sua letra, os casos em que é possível proceder à fixação de alimentos por se ter conhecimento da situação económica do obrigado.

Dizem que eventualmente o legislador terá dito menos do que pretendia, como sugere o preâmbulo do diploma regulamentar (o Decreto- Lei 164/99, de 13.05), ao referir que «De entre os factores que relevam para o não cumprimento da obrigação de alimentos assumem frequência significativa a ausência do devedor e a sua situação sócio-económica, seja por motivo de desemprego ou de situação laboral menos estável, doença ou incapacidade, decorrentes, em muitos casos, da toxicodependência, e o crescimento de situações de maternidade ou paternidade na adolescência que inviabilizam, por vezes, a assunção das respectivas responsabilidades parentais».

Com efeito, não se vislumbra razão válida para discriminar as situações em que a impossibilidade é superveniente (aparentemente só esta está contemplada no diploma) daquelas, porventura mais graves, em que a impossibilidade se verifica já no momento da fixação da pensão.

Por essa razão, a Relação do Porto, através de acórdãos recentes, ensaiou um novo caminho, que passa por responsabilizar o Fundo de Garantia de Alimentos naquelas situações em que não se fixou pensão de alimentos por impossibilidade do obrigado.

Como exemplo desta tendência refira-se o acórdão de 23.2.2006⁵⁰, onde se lê: «A nova prestação social referida no DL 164/99, de 13 de Maio, assente, como já demonstrado em

⁵⁰ (Ana Paula Lobo, www.dgsi.pt).

algumas ficções, não pode deixar de fora exactamente as crianças mais desprotegidas e mais carecidas dessa prestação social que são aquelas em que os seus progenitores são tão pobres que nem mesmo num momento inicial puderam, nos termos da lei, ser condenados a pagar uma prestação de alimentos concreta.

Sob pena da prática de actos inúteis e da aplicação da lei conduzir a um resultado injusto e que em concreto desmente a finalidade para que foi criada a garantia de pagamento pelo Estado dos alimentos devidos a menores, na presente situação terá que entender-se que o Fundo poderá ser obrigado a pagar uma prestação de alimentos cujo montante não foi concretamente fixado relativamente às pessoas a quem incumbe prestar alimentos aos menores, por falta de meios do devedor para o efeito».

No mesmo sentido o acórdão da Relação do Porto, de 2.10.06⁵¹, defende que a não fixação de alimentos por impossibilidade do obrigado cabe no espírito da lei (do Fundo), por interpretação extensiva, sob pena de violação do princípio da igualdade, consagrado no artigo 13º da Constituição.

O acórdão da Relação de Coimbra, de 12.2.2008⁵² vai mais longe: embora entenda que deve ser fixada pensão de alimentos mesmo em caso de impossibilidade do obrigado, defende que, por razões de economia processual, deve impor-se logo na sentença de regulação do exercício do poder paternal a prestação de alimentos a cargo do Fundo de Garantia de Alimentos em situações de desconhecimento do paradeiro e situação económica do obrigado.

Esta jurisprudência tem o mérito de destacar as insuficiências do regime do Fundo de Garantia de Alimentos: o problema não está no artigo 2004º do CC, mas sim na concepção restritiva da intervenção do Fundo, reflectida no artigo 1º da Lei 75/98, de 19.11⁵³.

*

Conclui-se assim, na tese jurisprudencial em análise, que inexistindo matéria factual que nos permita concluir, quer pelas necessidades do alimentando, quer pelas possibilidades do

⁵¹ (Abílio Costa, www.dgsi.pt).

⁵² (Isaías Pádua, www.dgsi.pt).

⁵³ (Ac RP de 11 de Dezembro de 2012 - Márcia Portela).

obrigado, não se pode fixar qualquer quantia a título de alimentos, acrescentando que fazê-lo seria, não só uma temeridade como, também, um verdadeiro atentado às regras básicas enformadoras do nosso sistema jurídico-processual, que não permitem, em caso algum, que o Tribunal decida sem uma base sólida no que tange à factualidade consubstanciadora do direito a tutelar: fixar-se uma prestação de alimentos sem qualquer suporte factual, constituiria uma decisão completamente aleatória, violadora, além do mais, do disposto nos artigos 664º e 1410º do CPC, pois não obstante neste tipo de decisões o Tribunal não esteja sujeito a critérios de legalidade, mas antes de conveniência e oportunidade, isso não quer dizer que lhe seja permitido decidir sem factos e que ignore em absoluto as normas em vigor.

Conclui-se assim que a fixação da pensão de alimentos não é obrigatória nas decisões que regulam as responsabilidades parentais, pois não obstante o dever de contribuir com alimentos para o sustento dos filhos menores seja um dever parental, este dever não poderá ser imposto se o obrigado não tiver quaisquer meios para o cumprir. A decidir-se desta forma, estar-se-ia a ignorar o preceituado no artigo 2004º, nº1 do CC.

Por outro lado, não se vislumbra em que medida a fixação de alimentos possa obrigar o progenitor relapso a assumir as suas responsabilidades parentais, nem que a não fixação surja como um prémio para o progenitor relapso, porquanto logo que lhe sejam conhecidos meios procede-se à fixação dos alimentos.

Fixando uma pensão de alimentos quando se desconhece a situação social e profissional do obrigado, apenas com o intuito de abrir caminho para a substituição, pelo Estado, no cumprimento da satisfação de tal prestação, ao abrigo do artº 1º da Lei 75/98, seria à partida, estar a aplicar analogicamente este preceito, a situações diversas, o que não nos permite o artº 11º do CC, já que se trata de uma norma excepcional.

Aquela interpretação excede o pensamento legislativo, tendo em atenção as regras insertas no artigo 9º do CC no que à interpretação da lei concerne, uma vez que não tem no texto um mínimo de correspondência. Uma coisa é a fixação de uma prestação de alimentos, tendo em atenção os critérios legais para o efeito (artº 2004º, nº 1 do CC) e esta não ser paga pelo obrigado numa das formas prevenidas pelo sistema (artº 189º da OTM), podendo então ser desencadeado o

mecanismo a que alude a Lei 75/98; outra coisa é o Tribunal fixar um montante de prestação de alimentos, sem ter qualquer conhecimento sobre a situação patrimonial do obrigado a alimentos.

Como se escreveu no citado Ac. da Relação do Porto de 25.03.10, fixar pensão de alimentos a pagar pelo progenitor para que, posteriormente, possa ser condenado o FGADM no seu pagamento, traduz subversão das regras do direito e pretensão de realização de política social que não cabe ao poder judicial.

Do exposto se conclui que, em caso de desconhecimento da situação económica do obrigado ou obrigados a alimentos ou de comprovada insuficiência de meios, não é possível proceder à fixação de alimentos a menor que deles careça.

*

Como acima deixamos dito, **não podemos concordar com a tese exposta.**

A tendência maioritária que hoje se manifesta na jurisprudência, não só nas Relações mas também no Supremo, aponta para a necessidade da fixação da pensão de alimentos devidos a menor, mesmo que se ignore o paradeiro do progenitor obrigado à prestação e, por esse motivo, se desconheça também a sua situação social, económica e financeira.

As razões estão bem explícitas no acórdão do STJ de 15.05.2012⁵⁴:

“(…) uma vez judicialmente peticionada a atribuição de alimentos e demonstradas as necessidades alimentares do filho menor, resulta incontornável o dever de proceder à fixação de uma pensão a esse título, em efectivação e concretização do direito de que goza o respectivo titular.

Com efeito, a ausência do pai que se exime à sua responsabilidade, abandonando e desinteressando-se da sorte do filho, em manifesta violação dos direitos-deveres que sobre si impendem, não poderá aproveitar-lhe para, em sede de concretização da medida dos alimentos, se exonerar da respectiva obrigação.

O abandono, puro e simples, com desprezo pelos direitos e deveres que a condição de progenitor encerra, não pode, sem mais, fazer-se equivaler ou justificar, do ponto de vista da tutela dos interesses em jogo, o reconhecimento da incapacidade de acudir às necessidades

⁵⁴ (em www.dgsi.pt).

alimentares do filho, sob pena de se deixar vazio de conteúdo o aludido direito-dever fundamental de educação e manutenção dos filhos, não separados dos pais.

Como, a este propósito escreve Remédio Marques (“Algumas Notas Sobre Alimentos (Devidos A Menores...”, 2000, pg. 69/70), os direitos-deveres para com os menores são sempre devidos, independentemente dos seus recursos económicos e do estado de carência económica dos filhos, posto que se trata de direitos cujo exercício é obrigatório e prioritário em atenção à pessoa e aos interesses do menor.

E, efectivamente, o art. 2004º, preceito que, como dito, se prende apenas com o critério de determinação da medida dos alimentos, tem como pressuposto nuclear a situação de necessidade do alimentado, que é, afinal, o interesse juridicamente protegido que confere o direito à obtenção da prestação, correspondendo a regra da proporcionalidade aí acolhida à indicação do método de cálculo a adoptar pelo julgador.

Por isso, a falta de um dos elementos de aplicabilidade da proporcionalidade, por facto imputável ao obrigado, não será, só por si, causa de desatendimento do pedido, demonstrada que esteja a necessidade, que é fundamento do direito e que se coloca num plano superior e anterior à concreta medida das necessidades e das possibilidades a que alude o art. 2004º-1, estas sim, a cotejar, na medida dos elementos disponíveis.

Ora, se assim é, pensa-se que o reconhecimento do direito à atribuição de alimentos só poderia resultar arredado perante a demonstração da efectiva impossibilidade do obrigado, a qual, no caso, não se verifica, desde logo, porque o progenitor se desinteressou de contribuir para essa prova, porque, antes disso, se auto-desresponsabilizou de todo o complexo de poderes e deveres inerentes à sua condição de pai.

Como se ponderou no acórdão de 27/9/2011, “a essencialidade de que se reveste para o interesse do menor a prestação alimentar impõe ao tribunal que lhe confira o necessário conteúdo, não se podendo dar, e ter, por satisfeito, pela constatação da falta de elementos das condições económicas do progenitor requerido, particularmente por ausência deste em parte incerta ou de colaboração sua”.

A fixação de alimentos impõe-se ainda, porque, reconhecida a existência da obrigação, o respectivo titular deve dela beneficiar desde a data da instauração da acção, não se afigurando legítimo impor-lhe uma renúncia a tal prestação até que o progenitor abandonante decida comparecer ou seja encontrado (arts. 2006º e 2008º cit).

Significa tudo isto que a essencialidade de que se reveste para o interesse do menor a prestação alimentar impõe ao tribunal que lhe confira o necessário conteúdo, não se podendo dar, e ter, por satisfeita pela constatação da falta de elementos das condições económicas do progenitor requerido, particularmente se por ausência deste em parte incerta ou de colaboração sua.

Tal vazio só deverá ocorrer perante a demonstração de qualquer incapacidade laboral, permanente ou definitiva do progenitor que o iniba de procurar e diligenciar por uma actividade profissional ou laboral que lhe permita cumprir os seus deveres para com o menor⁵⁵.

Como refere Remédio Marques⁵⁶, “os direitos-deveres dos progenitores para com os menores são sempre devidos, independentemente dos seus recursos económicos e do estado de carência económica dos filhos, posto que se trata de direitos cujo exercício é obrigatório e prioritário em atenção á pessoa e aos interesses do menor. Na nossa opinião, não tem aplicação, nestas eventualidades, o disposto no art. 2004/1 do CC, de harmonia com o qual, e ao redor do princípio da proporcionalidade se deve atender às possibilidades económicas do devedor, para o efeito de fixar a obrigação de alimentos. Onde, faz mister fixar-se sempre uma prestação de alimentos a cargo de um ou de ambos os progenitores, mesmo que estejam desempregados e não tenham meios de subsistência”.”

Este entendimento - de se fixar uma prestação de alimentos quando se desconhece a situação económica do progenitor não guardião, designadamente por não se saber do seu paradeiro – é, aliás, dominante na Relação do Porto⁵⁷.

⁵⁵ (como se escreveu também no Ac. do STJ 12/11/09, em www.dgsi.pt).

⁵⁶ (op.cit.).

⁵⁷ (como se constata dos acórdãos de 14.06.2010 (Guerra Banha); de 21.06.2011 (Pinto dos Santos) e de 27.06.2011 (Abílio Costa), todos disponíveis em www.dgsi.pt).

Concluimos assim que a posição defendida, que se nos afigura a mais correcta e é maioritária, afastou a visão mais restritiva, defendida por uma parte da jurisprudência de que para que o obrigado a alimentos possa ser condenado na respectiva prestação, tem de estar em *condições imediatas* de a pagar.

Só em casos muito excepcionais – de total indigência ou completa dependência de terceiros, provados pelo progenitor - pode deixar de ser quantificada nas decisões judiciais

*

Como se disse, é este o entendimento que hoje prevalece na jurisprudência⁵⁸ e aquele que, na nossa perspectiva, melhor responde aos interesses a tutelar, nos casos (como o tratado no Ac do STJ citado) em que o progenitor, por ausência, se exime à sua responsabilidade, abandonando e desinteressando-se da sorte do filho.

Não é, portanto, pelo simples desconhecimento do paradeiro do obrigado a alimentos e dos rendimentos que aufera que se pode negar a atribuição de uma pensão de alimentos, pois se assim fosse estaria a premiar-se o progenitor relapso e irresponsável e a desproteger-se o interesse que deve prevalecer, o da necessidade do menor alimentando.

Se, quando tal acontecer, se verificar que a prestação fixada estava desfasada das reais possibilidades do devedor, aí estarão os meios que o processo, pela sua natureza de jurisdição voluntária, põe ao dispor do tribunal e das partes para encontrar a solução correctiva mais conveniente e oportuna.

*

Mas também em situações de desemprego do progenitor tem sido decidido em termos semelhantes.

No acórdão da Relação do Porto de 10.1.2012⁵⁹ foi expendida (com mestria, diga-se), a seguinte argumentação, no sentido da necessidade de se fixar a pensão de alimentos:

“Sobre o progenitor impende um dever jurídico de contribuir para o sustento do filho, de acordo com as suas possibilidades; não se trata de um simples dever jurídico de cariz estritamente

⁵⁸ (Cfr., sobre situações idênticas, o acórdão do STJ de 27.09.2011 e os acórdãos da Relação do Porto, de 21.06.2011 e 15.11.2012, respectivamente, todos em www.dgsi.pt).

⁵⁹ (proferido no Processo n.º 535/09.0TBPR.T.P1 relatado por Henrique Araújo).

pecuniário, mas dum dever de observar comportamentos, atitudes e modo de vida, ordenado a dar (ou no mínimo conforme a dar) satisfação àquelas necessidades do seu descendente. Trata-se duma obrigação que assenta e emerge da responsabilidade parental, e nesta encontra o seu fundamento – atente-se que a obrigação alimentícia é uma obrigação não autónoma, ligada a uma relação jurídica especial onde tem a sua fonte, pressupondo por isso a existência de um outro vínculo jurídico (Remédio Marques, *Algumas Notas sobre Alimentos*, página 55).

Não está em causa, neste particular aspecto das responsabilidades parentais, que o alimentante ponha em risco a sua própria subsistência para prover à subsistência do alimentado, mas antes que envide os necessários esforços (considerando as suas capacidades, atributos, competências e habilitações) para auferir rendimentos destinados a providenciar pela subsistência do seu filho (a par de providenciar pela sua).

Porque a paternidade gera responsabilidade, compreende-se que, relativamente aos alimentos devidos a filho menor, o critério legal seja muito apertado, não repugnando estimular fortemente a capacidade de trabalho do progenitor (Antunes Varela, *Direito da Família*, 1º Volume, 1999, página 355) sendo certo que este não tem o direito de se manter ocioso, por forma a subtrair-se à prestação alimentar, pelo que deverão tomar-se em consideração os recursos que aquele poderia obter com o seu trabalho (Maria Clara Sottomayor, *Regulação de Exercício do Poder Paternal Nos Casos de Divórcio*, 4ª edição, página 203 (citando Vaz Serra).

A medida das possibilidades do obrigado é traduzida, por isso, não só pelos rendimentos efectivamente auferidos (integrada pelos encargos suportados com a própria subsistência), no caso de exercer actividade profissional, mas também pela capacidade do obrigado exercer uma actividade profissional geradora de rendimento.

A obrigação a que o progenitor está adstrito tem ínsita uma obrigação de facere, não sendo admissível que se remeta a uma passividade laboral incompatível com os seus deveres parentais.

Havendo que ter primacialmente em conta, em decisões como a presente, o superior interesse do menor (art. 3º da Convenção sobre os Direitos da Criança e também o art. 180º, nº 1 da O.T.M.), tem de ponderar-se que o direito constitucionalmente reconhecido ao progenitor de

escolher a sua forma de vida deve ser conciliado com as suas irrenunciáveis responsabilidades parentais, designadamente com o seu dever de prover ao sustento do filho”⁶⁰.

Também o acórdão da Relação de Lisboa, de 26.7.06⁶¹, defende que a não fixação da pensão deixa o menor desprotegido. E ao obstáculo que o artigo 2004º CC representa responde com uma pergunta: «que indivíduo, não afectado por qualquer incapacidade grave, tendo sobre si o encargo de suportar uma parte dos alimentos de uma filha de tenra idade, não está em condições de dispor, pelo seu trabalho, daquela quantia, se necessário, fazendo um esforço suplementar?».

«Ainda que estivesse apurado - e não está - que o requerido não auferir qualquer rendimento, tal não contenderia com aquela obrigação, já que é inerente à relação de paternidade a necessidade de realizar esforços e de ajustar a vivência por forma a que se consigam obter rendimentos que, além do mais, possam servir para prover às necessidades de quem, como o filho menor, não tem possibilidades de sobrevivência autónoma».

Como se decidiu também no Ac RG de 25.09.2002⁶² “a condição de pai implica o dever de ter uma situação económica estável para prover ao sustento dos filhos e que a situação de desemprego não dispensa o progenitor de cumprir a obrigação de alimentos, que será calculada atenta a sua capacidade de trabalhar e de auferir rendimentos”.

Devemos, pois, reter como máxima que o dever de alimentos é de interesse e ordem pública, concepção alicerçada na filosofia de que quem traz ao mundo está obrigado a sustentar, devendo assumir essa obrigação como um dever-direito e que a dispensa de contribuição só poderá ocorrer perante a demonstração de qualquer incapacidade laboral, permanente ou definitiva, do progenitor, que o iniba de diligenciar por uma actividade profissional que lhe permita cumprir os seus deveres para com o menor⁶³.

Uma outra razão acresce (e que tem efectivamente sentido pragmático, mas que visa essencialmente garantir o princípio da igualdade entre menores na mesma situação de carência): é

⁶⁰ (ver no mesmo sentido o Ac RP de 29 de Janeiro de 2013, relatado pelo mesmo Exmo Desembargador Henrique Araújo).

⁶¹ (Abrantes Gerales, www.dgsi.pt).

⁶² (processo n.º 542/02).

que, dependendo o acesso ao Fundo de Garantia de Alimentos Devidos a Menores (FGADM) da prévia fixação de alimentos, em decisão judicial, a favor do menor – artigos 1º e 3º nº 1 da Lei nº 75/98, de 19/11 –, a não condenação do progenitor requerido a prestá-los (por desconhecimento do seu paradeiro e da sua situação económica) impediria o menor de beneficiar do apoio desse Fundo, apesar de ele merecer a mesma protecção (das entidades criadas para esse fim) que um outro menor consegue (cujo progenitor não se ausentou para local desconhecido) por ter beneficiado de uma sentença que lhe atribuiu alimentos.

Aliás, os acórdãos favoráveis à fixação de alimentos em caso de impossibilidade do obrigado, e mesmo perante o desconhecimento do paradeiro e situação económica do obrigado, fazem apelo a este diploma, argumentando com a necessidade de viabilizar o recurso ao Fundo de Garantia de Alimentos⁶⁴.

*

Por isso, no apuramento da existência – e medida – da obrigação de alimentos, não pode o tribunal deixar de considerar que o progenitor só fica exonerado da obrigação, desde que demonstre estar impossibilitado de os prestar, designadamente por estar incapacitado de obter rendimentos pelo exercício de uma actividade profissional.

A situação em que o obrigado é toxicodependente, por exemplo, afastado do mercado de trabalho, a que é cada vez mais difícil de aceder, com o desemprego a atingir níveis preocupantes, será um dos casos a ponderar.

Nesta situação afigura-se abusivo tecer conjecturas ou apelar a regras de experiência comum, designadamente recorrer a critérios de imputação, pois, como refere Remédio Marques⁶⁵, “os factos que justificam ou autorizam a imputação de rendimentos serão todos aqueles factos voluntários ou controláveis pelo devedor, que o colocam numa situação económica mais desvantajosa relativamente àquela que, doutro modo, poderia usufruir (v.g., colocação voluntária em situação de desemprego, emprego a tempo parcial ou sub-emprego, escolha de uma actividade

⁶³ ./Ac RP, 12.04.2012 Leonel Seródio, www.dgsi.pt).

⁶⁴ (Refiram-se a este propósito os acórdãos da RL, de 5.7.07; de 05.10.13; de 23.3.2010; e as decisões proferidas nos termos do artigo 705º CPC, de 20.12.2007; de 07.06.26; e de 06.11.29; da RP, de 04.04.22; e da RC de 08.06.17 – todos disponíveis em www.dgsi.pt).

profissional menos lucrativa, tendo em vista a respectiva formação e/ou experiência profissional)”.
Neste caso, incumbe ao progenitor, para ficar exonerado da obrigação de alimentos, o ónus de prova dos factos demonstrativos da impossibilidade de os prestar.

Neste caso, incumbe ao progenitor, para ficar exonerado da obrigação de alimentos, o ónus de prova dos factos demonstrativos da impossibilidade de os prestar.

Como se defendeu no acórdão da RP de 21/06/2011⁶⁶, o progenitor de um menor só pode ser dispensado do pagamento da prestação de alimentos ao filho se provar que está impossibilitado de os prestar - cabendo-lhe a ele esse ónus probatório (e não ao menor, ou a quem o representa no processo, o ónus de provar as possibilidades económicas daquele) - e que em casos de ausência do mesmo ou de desconhecimento da sua situação económica deve ser condenado a prestar alimentos ao filho menor (excepto se este possuir rendimentos que tornem dispensáveis os alimentos do progenitor; isto porque cabe ao menor, ou a quem o represente na acção, a prova da necessidade destes)⁶⁷.

Também em matéria de alimentos a nossa lei civil consagrou o brocado latino “onus probandi incumbit qui dicit, nom qui negat”. Ou seja, o autor (ou a pessoa a cargo de quem ele se encontra) não está dispensado de alegar e provar não só a sua necessidade de alimentos e incapacidade de os obter pelos seus próprios meios, mas também a possibilidade do réu os prestar em seu favor, alegando e provando minimamente factos concretos de onde se extraia a possibilidade efectiva do demandado os prestar. E só em face desta alegação poderá o réu excepcionar a sua impossibilidade total ou parcial de os prestar. Ou seja, terá de haver da parte do requerente de alimentos um princípio de prova das possibilidades do réu que justifique a constituição da sua obrigação alimentícia, cabendo a este, então, não só contrariar tais factos, negando mesmo a existência de meios, como excepcionar despesas e encargos pessoais e familiares que reduzam ou extingam o direito que o autor pretende fazer valer, ou ainda invocar e provar a existência de meios próprios do requerente que afastem a sua necessidade de alimentos.

⁶⁵ “Algumas Notas sobre alimentos devidos a menores”, Coimbra Editora, pg. 200.

⁶⁶ (Pinto dos Santos www.dgsi.pt).

⁶⁷ (cfr. no mesmo sentido o Ac da RP de 26.01.12012, proferido no processo 2829/09.5TMPRT.P1, onde se cita a jurisprudência mais recente do STJ sobre a questão).

Entendemos, com efeito, que em acção proposta contra o obrigado à prestação de alimentos (seja em acção relativa a um menor, seja em acção entre maiores), o autor apenas tem que alegar e provar a relação geradora dessa obrigação - a filiação, quando estejam em causa alimentos a favor de filho e a menoridade deste, no caso de acção referente a menor - e a necessidade de alimentos, cabendo, por sua vez, ao demandado/requerido o ónus de alegar e provar a impossibilidade de os prestar, seja para os efeitos do n.º 2 do art. 2005.º do CCiv. - que estabelece que se o obrigado à prestação de alimentos não puder prestá-los como pensão, ou seja, em dinheiro, poderá fazê-lo em sua casa e companhia, podendo isso ser decretado pelo Tribunal - , ou para os do n.º 3 do art. 2009.º do mesmo Código - que prescreve que “se algum dos vinculados não puder prestar os alimentos ou não puder saldar integralmente a sua responsabilidade, o encargo recai sobre os onerados subsequentes”.

Daí que destas duas normas se retirem duas conclusões: a primeira é a de que só em caso de prova da impossibilidade de prestar alimentos é que o obrigado a tal pode deles ficar desonerado (o que afasta a possibilidade dele ser desonerado em virtude da sua simples ausência em parte incerta e do desconhecimento da sua situação económica); a segunda é a de que a prova dessa impossibilidade deve ser feita pelo obrigado demandado na acção⁶⁸.

O ónus da prova da impossibilidade de prestá-los, a cargo do progenitor obrigado, ganha ainda mais consistência em situações em que o progenitor, apesar do estatuto jurídico que lhe advém da paternidade, se desinteressou por completo do destino do filho e se ausentou para parte incerta, tornando objectivamente impossível a obtenção de elementos definidores das suas condições económicas.

Sempre se imporia que o ónus da prova da referida impossibilidade ficasse a cargo desse mesmo progenitor/requerido, em obediência ao prescrito no n.º 2 do art. 344.º do CC que estabelece a inversão do ónus da prova “quando a parte contrária tiver culposamente tornado impossível a prova ao onerado”⁶⁹.

⁶⁸ (Remédio Marques, “Algumas Notas Sobre Alimentos (Devidos a Menores) «versus» O Dever de Assistência dos Pais para com os Filhos”, 2000, pg. 185).

⁶⁹ (acórdão da Relação de Lisboa de 26/06/2007, www.dgsi.pt).

*

Coloca-se então a questão do modo de fixação da pensão de alimentos nestas situações (sem elementos factuais para o efeito)

A fixação do montante da pensão alimentar tem de ser feita com a cautela que as circunstâncias exigem.

Não se ignora que fixar o concreto montante de uma prestação alimentícia devida a menor é tarefa que, na ausência de critérios rígidos de cariz matemático, se revela frequentemente plena de dificuldades.

A equidade terá que ser assim o critério orientador do julgador, aliás de acordo com a natureza dos processos em que estão em apreciação responsabilidades parentais que são considerados de jurisdição voluntária.

Efectivamente, nestes processos o tribunal não está sujeito a critérios de legalidade estrita, devendo antes adoptar em cada caso a solução que julgue mais conveniente e oportuna – cfr. arts. 1410º do Cód. Civil e 150º da OTM.

Há que recorrer também a padrões de normalidade e às regras da experiência.

Assim, pelo lado do alimentando, dir-se-á que as necessidades dos menores são em tudo similares às dos jovens da sua idade. É preciso alimentá-los, vesti-los, cuidar da sua educação e saúde, e prover ao seu desenvolvimento físico e psíquico.

No que respeita às possibilidades do obrigado a alimentos, por se ignorar o paradeiro dos mesmos, desconhece-se quais sejam os seus rendimentos.

Atender-se-á, nessas situações, à idade dos mesmos e ao seu estado de saúde que lhes permita auferir, pelo menos, proventos equivalentes ao valor da remuneração mínima garantida.

Deste modo, e à míngua de outros elementos concretos sobre a situação económico-financeira do progenitor ausente, o princípio da equidade aconselha a que se entre em linha de conta com esses elementos padronizados normais.

Sempre se dirá que mesmo depois de fixados os alimentos pelo tribunal ou por acordo entre os interessados, podem os mesmos ser reduzidos ou aumentados se as circunstâncias que determinaram a sua fixação se modificarem – cfr. art. 2012º do Cód. Civil.

Clara Sottomayor⁷⁰, numa situação de desemprego deliberado por parte do obrigado, defende a utilização de critérios de imputação de rendimentos a pais desempregados de acordo com a sua capacidade laboral para que possa ser fixada a pensão.

E terá também de ser essa a solução para os casos de desconhecimento do paradeiro e situação económica do obrigado, ou de comprovada ausência de meios.

*

Conclusão:

Como temos vindo a repetir, seguimos a orientação – maioritária - de que deve ser fixada, por regra, uma prestação de alimentos a menor que deles careça – mesmo que o progenitor se encontre ausente ou sem possibilidades de a prestar -, por ser a que, em nossa opinião, melhor pondera os seguintes factores: o superior interesse do menor (nele se incluindo, indubitavelmente, o seu direito a alimentos); o especial dever dos pais proverem ao sustento dos filhos menores, não «premiando» o progenitor incumpridor/relapso das suas responsabilidades parentais; as regras do ónus da prova que regem a fixação da obrigação de alimentos; e o acesso ao mecanismo legal de substituição do progenitor incumpridor por parte do FGADM.

A outra tese – que defende que não deverá ser fixada pensão de alimentos, nas situações referidas -, acaba por produzir um resultado inadequado, levando a que o requerido, apesar de se encontrar juridicamente vinculado pela paternidade, continue totalmente desonerado de qualquer responsabilidade decorrente do poder paternal, incluindo a contribuição para alimentos do seu filho, pois, ao negar a fixação de uma qualquer prestação, ao menos partindo de padrões de normalidade, a decisão acaba por deixar desprotegido quem o direito da família pretende essencialmente tutelar: o menor.

Como se disse, **em primeiro lugar, há que dar aplicação prática**, numa área onde ele mais se impõe, a um princípio basilar do Direito da Família e dos Menores - **o superior interesse do menor** -, que não pode ceder perante um princípio menos vinculativo e com um alcance bem mais limitado que aquele – o da proporcionalidade entre a necessidade do alimentando e os meios do obrigado a prestá-los, na fixação da obrigação de alimentos.

⁷⁰ (op.cit.)

Ou seja, provadas que estejam as necessidades do menor à prestação alimentar, há que cumprir esse princípio basilar – atribuindo-lhe uma prestação alimentar, como forma de dar conteúdo a esse mesmo direito basilar.

Esse princípio é o do direito a alimentos e a obrigação correspondente do devedor de os prestar; princípio secundário em relação àquele é o da medida dos alimentos.

Efectivamente, o princípio secundário tem apenas a ver com a medida da obrigação de alimentos, fixado no n.º 1 do art. 2004.º do CC, e não com a obrigação de os prestar, propriamente dita, convertendo-o a tese contrária a princípio condicionador da própria obrigação e fazendo-o prevalecer sobre o referido princípio do superior interesse do menor.

Não fixar alimentos a um menor – deles comprovadamente carecido - porque se desconhece o paradeiro do obrigado aos mesmos ou porque se desconhece a sua situação económica – é negar o próprio direito assim como a obrigação que lhe corresponde.

Ora, na nossa perspectiva – e na da maioria da doutrina e da jurisprudência -, tal inversão na hierarquia de princípios não pode ocorrer.

O princípio da proporcionalidade (com consagração legal no n.º1 do art.º 2004.º do CC) só deve ser chamado a intervir depois de salvaguardado o direito do menor a alimentos - o montante das necessidades básicas/essenciais do menor, como o limite mínimo que se impõe a todo e qualquer progenitor, independentemente das suas condições sócio-económicas e culturais, e que tem a ver com a quantia necessária à sobrevivência e ao desenvolvimento do filho.

A medida dos alimentos contende já com a determinação, em concreto, do montante a fixar (sendo as necessidades do menor, em concreto, um dos pólos a que se refere o n.º 1 do art. 2004.º, sendo o outro o das possibilidades do devedor).

Ou seja, só depois de encontrado e fixado esse ponto mínimo da prestação de alimentos – as necessidades básicas do alimentado -, é que hão-de intervir os meios económicos do progenitor para que os alimentos a fixar ao filho menor sejam assegurados pela «máxima medida possível», por forma a que este desfrute de um nível de vida semelhante/equivalente ao que lhe seria proporcionado caso ambos os progenitores vivessem em comum e ele fizesse parte do respectivo agregado familiar.

Significa isso que não se pode subalternizar o princípio do superior interesse do menor em relação ao da medida daquele interesse.

Ao interesse superior do menor acresce **o especial dever dos pais proverem ao sustento dos filhos menores** sendo certo que a não fixação de qualquer prestação alimentar premeia até o incumprimento daqueles no exercício das responsabilidades parentais (ou do poder-dever paternal).

O dever dos progenitores proverem ao sustento dos filhos menores está consagrado no art. 1878º nº 1 do CC. É não só uma obrigação legal, como também um dever ético e moral e coloca-se ao mesmo nível (no mesmo plano) da satisfação das necessidades alimentares básicas dos próprios pais (por isso é que não se concebe a orientação jurisprudencial que fixa a pensão de alimentos aos menores em função do rendimento disponível do progenitor obrigado a prestá-la).

E este dever/obrigação tem um tal alcance que os pais só ficam desobrigados de prover ao sustento dos filhos e de assumir as despesas relativas à sua segurança, saúde e educação quando e na medida em que estes “estejam em condições de suportar, pelo produto do seu trabalho ou outros rendimentos, aqueles encargos”, como o proclama o art. 1879º.

Tal dever/obrigação é inerente à própria qualidade de pais – por isso não cessa com o divórcio, com a separação judicial ou a de facto ou com a ausência, conforme decorre do disposto nos arts. 1905º e 1912º do CC - estando os filhos menores totalmente dependentes deles em termos económicos (enquanto não trabalham e quando não têm rendimentos próprios); daí o trata-se de obrigação indisponível, imprescritível e impenhorável, como estabelecem os arts. 2008º nºs 1 e 2, 853º nº 1 al. b) e 298º nº 1 do CC.

Não se concebe, por isso, que algum dos progenitores (aquele a quem a guarda do menor não fica confiada) fique desonerado de prestar alimentos, pelo simples motivo de se ter (voluntariamente) ausentado para parte incerta e de, por via disso, ter tornado impossível a indagação das suas condições sócio-económicas ou, por, voluntariamente, tendo possibilidades e capacidades para isso, não exerça qualquer actividade remunerada.

Diferente será já a situação de total impossibilidade – em razão da incapacidade ou indigência totais e da ausência absoluta de proventos/rendimentos do progenitor – de os prestar.

Só esta total impossibilidade (objectiva) dos pais de proverem ao sustento dos filhos, por não conseguirem prover sequer ao seu próprio sustento, é que é susceptível de justificar a não observância daquela obrigação alimentícia por parte dos progenitores.

Nos demais casos, é obrigação dos pais proverem ao sustento dos filhos, violando eles essa obrigação, quando entram em incumprimento.

Agora, se em vez desse progenitor – relapso - ser condenado a repor a legalidade, retomando, por imposição judicial, a prestação em falta (por ex., na acção de regulação das responsabilidades parentais intentada com a finalidade de regularizar o exercício do poder paternal em casos de divórcio ou de separação), for desonerado dessa obrigação por virtude da sua simples ausência e/ou por desconhecimento da sua situação sócio-económica, tal corresponderá, não só, a um injustificável favorecimento do infractor, como até à total subversão das regras e consequências do incumprimento das obrigações legais (quando está em causa, neste caso, uma obrigação essencial/vital à sobrevivência de um ser humano).

Acresce ao que acaba de ser dito que **a tese minoritária** (por nós arredada) **conduz a uma limitação/exclusão prática injustificada no recurso ao Fundo de Garantia de Alimentos Devidos a Menores.**

É que, dependendo o acesso a tal Fundo da prévia fixação de alimentos, em decisão judicial, a favor do menor - arts. 1º e 3º nº 1 da Lei nº 75/98, de 19/11 -, a não condenação do progenitor requerido a prestá-los (por desconhecimento do seu paradeiro e da sua situação económica) impedirá o menor de beneficiar do apoio do FGADM, apesar de ele merecer a mesma protecção (das entidades criadas para esse fim) que um outro menor (cujo progenitor não se ausentou para local desconhecido) por ter beneficiado de uma sentença que lhe atribuiu alimentos⁷¹.

As razões expostas são, em nosso entender, mais do que suficientes para se poder concluir que deverá ser fixada, em regra, uma pensão de alimentos a menores que deles careçam, independentemente da precária ou desconhecida situação económica do progenitor a quem o menor não fique confiado.

⁷¹ (Ac. R Porto, 2011/06/21, Manuel Pinto dos Santos, www.dgsi.pt).

*

Bibliografia:

ALMEIDA, Moutinho de (Ordem dos Advogados, 1968, e Scientia Jurídica, dos Alimentos, XVI, 84º- 85º)

BOLIERO, Helena e GUERRA, Paulo, “A criança e a Família – Uma questão de direito(s)” Coimbra Editora, 2009”

CANOTILHO, Gomes e MOREIRA, Vital “Constituição da República Portuguesa Anotada”, Volume I, 4ª edição revista (2007).

EPIFÂNIO Rui M. L. e FARINHA, António H. L. “Organização Tutelar de Menores, Contributo para uma visão interdisciplinar do Direito de Menores e da Família, 2ª edição, atualizada em legislação e jurisprudência, Coimbra, Almedina, 1992;

GUIMARÃES, Maria Nazareh Lobato “Alimentos – Reforma do Código Civil”, Ordem dos Advogados, 1981.

LEANDRO, Armando Gomes “Família do Futuro? Futuro da Criança...”Infância e Juventude, Lisboa, Instituto de Reinserção Social, Jan/Março, 1997, I.

LIMA Pires e VARELA, Antunes, “Código Civil Anotado”, vol. V. Porto, 11.9.2014

MARQUES, Remédio “Algumas Notas Sobre Alimentos (Devidos a Menores) «versus» O Dever de Assistência dos Pais para com os Filhos”, 2000”

RAMIÃO, Tomé “Organização Tutelar de Menores anotada e Comentada”, Lisboa, Quid Júris, 6ª edição.

RODRIGUES, Fernando Pereira, “Elucidário de temas de direito (civil e processual)”, Coimbra editora, Coimbra 2010;

SOTTOMAYOR, Clara “Exercício do poder paternal relativamente à pessoa do filho após o divórcio ou a separação judicial de pessoas e bens”, 2ª edição, Porto, Publicações Universidade Católica, Porto, 1995;

SOTTOMAYOR, Clara, “Regulação do Exercício do Poder Paternal nos casos de Divórcio, 4ª edição reimpressão, Coimbra, Almedina, 2004”

VARELA Antunes “Direito da Família”, 1º Volume, 1999.

*

Jurisprudência:

Pela abundante jurisprudência citada, dispensamo-nos de a referir aqui – remetendo-nos para os locais onde a mesma foi citada, apropriadamente, cremos, a cada situação.

*

Porto, 11.9.2014