

DIREITO DAS CRIANÇAS À CONVIVÊNCIA COM FAMILIARES – EM ESPECIAL, OS AVÓS

LAURA FERNANDES MADEIRA

Jurista

Mestre em Ciências Jurídico-Civilísticas pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

1. Relevância, noção e enquadramento jurídico

A família é, antes de mais, uma realidade natural e social. Trata-se de uma conceção que pré-existe ao direito. A instituição família afasta-se do *cânone jurídico* precisamente pela sua complexidade interpessoal, por se pautar por valores e sentimentos estranhos ou exteriores ao Direito (como o amor, a amizade e a confiança).

“A descoberta da criança como sujeito de direitos é recente na história. Durante o séc. XX, a criança não foi sempre perspectivada do mesmo modo: de “objeto de proteção” ascendeu primeiro à categoria de “sujeito de direitos” e depois à categoria de “sujeito igual e privilegiado”¹ - o advento da criança enquanto verdadeiro sujeito de direitos veio revolucionar o paradigma do Direito da Família, das Crianças e dos Jovens², assim como a nova forma como o Direito tem vindo a encarar as relações de afeto que caminham agora a par com os vínculos biológicos³. Daí que SOTTOMAYOR refira que com o artigo 1887º-A do Código Civil (CC) – que será a norma que nos interessará mais neste trabalho – o legislador pretendeu “tutelar a expressão de amor e

¹ Vide, MARTINS, Rosa, “Responsabilidades parentais no séc. XXI: a tensão entre o direito de participação da criança e a função educativa dos pais”, in *Lex Familiae*, Revista Portuguesa de Direito da Família, Ano 5, Nº 10, Coimbra Editora, 2008, Coimbra, p. 30

² Vide, OLIVEIRA, Guilherme de, *Transformações do direito da família*, Sep. de : Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 Anos da Reforma de 1977, Coimbra Editora, 2004.

³ Vide, OLIVEIRA, Guilherme de, *O sangue, os afetos e a imitação da natureza*, *Lex Familiae*: Revista Portuguesa de Direito da Família, Ano. 5, N. 10 (2008), p. 5-16

*de afeto entre os membros da família, a importância da ligação afetiva e do auxílio entre as gerações*⁴”.

O título deste trabalho fala no direito da criança à convivência com outros familiares, mas quem são estes familiares? São aqueles que são estranhos à relação pais-filhos. No fundo vamos buscar influência do direito norte-americano que fala em “*third-party visitations*”⁵ - quando falamos em familiares referimo-nos a todas as figuras de referência, ‘*attachment figures*’, aquelas pessoas com quem se estabelece mais do que um vínculo próximo, relações que envolvem um efeito positivo no desenvolvimento psicológico e emocional da criança.

Todavia, por uma questão de método e organização, este trabalho incidirá, sobretudo, no direito ao convívio entre netos-avós, fazendo apenas breves referências a outras figuras. No entanto, reforço esta posição de que o direito ao convívio tem sido - cada vez mais - reconhecido em relação a outras figuras que extravasam o vínculo biológico, denotando a forte influência das *situações de facto* de afeto que o Direito tem vindo a legitimar e tutelar.

Tendo vindo a diminuir – de forma gradual - a perspetiva que considerava o artigo 1887º-A CC como “*uma invasão do recinto íntimo da família (...) com inquestionável desprezo pelo carácter institucional da sociedade familiar*”⁶, a verdade é que o direito ao convívio estabeleceu-se e estabilizou-se no nosso ordenamento jurídico. A análise doutrinária ainda é parca sobre esta matéria. Aqui, a jurisprudência assume a prevalência, dando grandes contributos para a consolidação e integração deste direito na ordem jurídica nacional. De facto, os tribunais têm sido, cada vez mais, chamados a regular situações de relações pessoais entre avós e netos. Sem dúvida que os novos paradigmas familiares influenciaram este aumento gradual. Veja-se, desde logo, as alterações na família nuclear, o aparecimento de novas estruturas familiares – famílias

⁴ Vide, SOTTOMAYOR, Clara, *Regulação do exercício das responsabilidades parentais nos casos de divórcio*, 5ª edição, revista, aumentada e atualizada, Almedina, 2011 SOTTOMAYOR, p. 194

⁵ Vide, BURNS, Edward, *Grandparent Visitation Rights: Is it time for the pendulum to fall?*, Family Law, Vol. XXV, nº 1, 1991; HOGAN, Kathleen, *Grandparent Visitation in intact families*, Family Advocate, Vol. 20, nº 1, 1997, p. 8-10; MARTINEZ, Sandra, *The misinterpretation of Troxel vs. Granville: Construing the new standard to third-party visitations*, FamQ, vol. 36, nº 3, 2002, p. 487-499; MIDDLEDITCH, Daniel, *When Should Thirdparties get custody or visitations?*, Family Advocate, vol. 31, nº 3, 2009, p. 34-35.

⁶ Vide, PIRES DE LIMA, ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, Vol. V, reimpressão, Coimbra Editora, 2010, p. 630-631.

reconstituídas, famílias recombinaadas, famílias monoparentais, novos casamentos, novas uniões de facto – realidades que trazem como pano de fundo ‘crises familiares’ ou ‘raturas familiares’ (divórcios, separações de facto, ...), a necessidade de “redescoberta das funções da família alargada”. Depois, atente-se o novo paradigma de entendimento da velhice, a nova perspetiva da criança enquanto verdadeiro sujeito de direitos, a revalorização da criança.

Em suma, não apenas as novas representações da criança e da velhice, mas também as fortes implicações das crises familiares, trouxeram à superfície a importância destas relações pessoais e a necessidade da sua regulação pelo Direito.

“O direito de visita assume uma relevância especial em casos de rutura da vida familiar, como o divórcio, a separação de facto dos pais ou da morte de um deles”^{7 8}, mas não só, também no seio da *família íntegra* (ou seja, aquela em que não ocorreu qualquer rutura do casal) existem conflitos com os ascendentes respeitante ao desenvolvimento de relações pessoais com os netos. Em qualquer dos cenários, o conflito manifesta-se pela criação de obstáculos no contacto da criança com os avós e consequente afastamento destas figuras do seu universo familiar.

2. Direito comparado

A questão do convívio entre avós e netos ou outros familiares tem sido discutida noutros ordenamentos jurídicos e da sua análise podemos encontrar diferentes formas de solução para o problema em causa. Assim, podemos encontrar quatro modelos distintos: (1) Não consagração legislativa; (2) Consagração legislativa de alguns terceiros; (3) Consagração legislativa de alguns casos, completada com uma cláusula geral; (4) Consagração de uma cláusula geral.

i. Não consagração legislativa

Incluía-se aqui o exemplo do ordenamento jurídico italiano. Até 2006, o ordenamento jurídico italiano ignorava completamente esta questão. Todavia, com a

⁷ Cf. SOTTOMAYOR, Clara, *ob.cit.*, p. 199

⁸ *Vide*, Ac. 9-03-1993, CJ, ano XVIII, Tomo II, 1993, p.192, onde se negou o direito de visitas aos avós com quem a criança vivia juntamente com o seu pai (que tinha ficado com a sua guarda depois da rutura do casal) e por morte do pai, a criança foi confiada à guarda da mãe que impossibilitou a manutenção de contacto da criança com os avós.

introdução da Lei nº 54, de 8 de fevereiro, que alterou o art. 155º do Código Civil italiano⁹, passou a consagrar-se alguma proteção ao convívio com ascendentes. QUADRI, considera que a alteração de 2006 do Código Civil italiano, veio consagrar um direito dos menores de idade a ter relações com avós e parentes - e não apenas para as situações em que existe rutura dos progenitores, mas sim para a generalidade das situações¹⁰.

ii. Consagração legislativa de alguns terceiros

Incluimos aqui países como Portugal e Alemanha.

No caso alemão, a problemática do direito da criança ao convívio com ascendentes ganhou forma legislativa com a alteração de 1997 do BGB. Assim, o direito da criança à convivência com familiares ficou consagrado no § 1685 I, onde se dispõe “*os avós e irmãos têm um direito ao convívio com o filho, se este estiver ao serviço do bem-estar do filho*”.

O caso português será abordado especificamente no próximo ponto.

iii. Consagração legislativa de alguns casos, completada com uma cláusula geral

Encontramos aqui países como França e Espanha.

França foi pioneira, já no séc. XIX os tribunais franceses foram chamados a pronunciar-se sobre esta questão¹¹. Mas só em 1970 o direito passou a integrar a legislação francesa, no então art. 371-4 do Código Civil francês¹², contudo em 2002, com a Lei nº 2002-305, de 4 de março, modificou-se o artigo que agora dispõe:

⁹ Atualmente pode ler-se no art. 155º, parágrafo 1º do CC italiano o seguinte: “*Mesmo em caso de separação de pessoas e bens dos progenitores, o filho menor tem o direito de manter uma relação equilibrada e continuada com cada um deles, de receber atenção, educação e instrução de ambos e de conservar relações significativas com os ascendentes e com os parentes do ramo de qualquer progenitor*” (ênfase nosso).

¹⁰ Cf. QUADRI, Enrico “*Affidamento dei figli e assegnazione della casa familiare: la recente riforma*”, Familia 2006/3, pp. 415-416.

¹¹ No caso em apreço, um Acórdão de 8 de julho de 1857, a *Cour de Cassation* reconheceu um direito de visita a favor dos avós, vide, CANTERO, Gabriel Garcia, *Las relaciones familiares entre nietos y abuelos según la ley de 21 de noviembre de 2003*, Madrid : Civitas Ediciones, 2004, p. 48-50.

¹² “*Les père et mère ne peuvent, sauf motives graves, faire obstacle aux relations personnelles de l'enfant avec ses grand-parents (...)*”

“O filho tem o direito de manter relações pessoais com os seus ascendentes. Só o interesse do filho pode obstar ao exercício deste direito.

Se tal for do interesse do filho, o juiz do tribunal de família fixa as modalidades de relações entre o filho e um terceiro, progenitor ou não”

Como se vê, no segundo parágrafo, a legislação francesa estabelece uma cláusula geral, ao referir-se a terceiros, “*tiers*”.

Em Espanha, já desde 1981, com a Lei de 13 de maio que alterou o Código Civil espanhol, que se regulam as relações pessoais de avós e netos. Antes da alteração de 2003, o art. 161º dispunha:

“2. Não se podem impedir sem justa causa as relações pessoais entre o filho e outros parentes ou pessoas chegadas”

Como se vê, o ordenamento espanhol consagra uma cláusula geral quando se refere a ‘pessoas chegadas’, ‘*allegados*’. Mas com a Lei 42/2003, de 12 de novembro, modificou-se o nº 2 do artigo aqui transcrito e passou a referir-se expressamente aos ‘avós’, passando a dispor da seguinte forma: “*Não se podem impedir sem justa causa as relações pessoais do filho com os seus avós e outros parentes ou pessoas chegadas*”. As pessoas chegadas correspondem às terceiras figuras ou figuras de referência, onde, mais do que relevância biológica, o Direito atribui proteção a relações afetivas.

iv. Consagração de uma cláusula geral

Falamos aqui de exemplos anglo-saxónicos, neste caso, o Estado de Washington, EUA.

Neste Estado norte-americano, qualquer pessoa, a todo o tempo, pode requerer o estabelecimento destes contactos. Houve um caso que ficou famoso, *Troxel vs. Granville*, onde se questionou a constitucionalidade de leis tão amplas quanto a do Estado de Washington. O Supremo Tribunal Federal considerou que aquela disposição do Estado de Washington colidia com o direito fundamental dos pais de criarem os seus filhos. Esta decisão fez com que vários Estados norte-americanos voltassem atrás nas suas disposições e restringissem o seu âmbito de aplicação.

3. Evolução legislativa e estado da arte em Portugal

Foi com a Lei n.º 84/95, de 31 de agosto, que se introduziu no Código Civil Português o artigo 1887º-A, consagrando um direito de convívio entre criança, irmãos e ascendentes.

O ordenamento jurídico anterior à introdução desta norma, não previa nenhuma solução equivalente. Existia uma lacuna, a ordem jurídica não contemplava qualquer disposição a respeito das relações entre avós e netos. Nestes casos que surgiam, ou o requerimento do direito era pura e simplesmente negado, por se considerar que não existia fundamento legal para o reconhecimento do direito¹³; ou então, lançava-se mão de um mecanismo cujas malhas de aplicação eram bastante estreitas.

A Reforma do Código Civil de 1977, não introduziu qualquer mudança a este respeito, ainda que no ano seguinte, com o Decreto-Lei n.º 314/78, de 27 de outubro se tenha introduzido o artigo 175º, n.º 1¹⁴, admitindo a presença de avós e outros parentes na conferência de regulação do exercício do poder paternal. Mas permitir a presença não é o mesmo que os considerar titulares de um direito próprio e autónomo.

Assim, o único mecanismo que se apresentava admissível – ainda que ineficaz para a maior parte dos casos – para garantir o convívio entre avós e netos, era o artigo 1918º CC¹⁵, ou seja, sempre que a criança se encontrasse numa situação de perigo para a sua vida, saúde, segurança ou educação¹⁶. I. é, o reconhecimento do direito de visita dos avós estava dependente da verificação dos exigentes pressupostos do artigo 1918º CC.

¹³ Vide, Acórdão Relação de Lisboa, de 30-01-1981, nº 308, p.274 e ainda o Acórdão de 09-03-1993, CJ, ano XVIII, Tomo II, 1993, p.192.

¹⁴ Recorde-se que o Decreto-Lei n.º 314/78, de 27 de outubro que regulava a Organização Tutelar de Menores (OTM), foi revogado pela Lei n.º 141/2015, de 8 de setembro, que aprovou o Regime Geral do Processo Tutelar Cível (RGPTC). Assim, à luz do direito vigente, importa referir que ao artigo 175.º da OTM, corresponde hoje o artigo 35.º RGPTC.

¹⁵ “*Antes das alterações introduzidas no Código Civil pela Lei n. 84/95, de 31 de agosto, só era possível conceber um direito de relacionamento entre os avós e o menor - à margem da vontade dos seus pais -, quando este se encontrasse numa das situações contempladas no artigo 1918 - perigo para a sua segurança, saúde, formação moral ou educação*” in Acórdão STJ de 3 de março de 1998, disponível online em www.dgsi.pt.

¹⁶ Vide, LEANDRO, *Poder Paternal. Natureza. Conteúdo, Exercício e Limitações*, in Temas de Direito da Família, Almedina, Coimbra, 1986, p. 145-146. E também, SOTTOMAYOR, Clara, *ob.cit.*, p. 194-198.

Uma questão relevante a este propósito é a de saber se esta consagração legislativa exclui do seu âmbito outros terceiros, outras figuras de referência?

Pois bem, se bem que tenhamos de admitir que a norma não tem grande margem de flexibilidade, a verdade é que também – à luz de algumas reformas legislativas mais recentes – não se pode considerar que se trate de uma lista taxativa¹⁷. Tome-se por exemplo, alguns sinais de reconhecimento e expansão dos direitos de visita/convívio de terceiros¹⁸, como a abertura dada pela Lei de Proteção de Crianças e Jovens em Perigo¹⁹ e ainda, a Lei do Apadrinhamento Civil²⁰. De acordo com MARTINS e VÍTOR²¹, a omissão do legislador não exclui terceiros porque existe um direito da criança à convivência com terceiros e figuras de referência, direito esse que encontra âncora no princípio do superior interesse da criança.

De seguida, iremos debruçar-nos sobre diversos aspetos em particular.

i. Titularidade

Hoje em dia, quer doutrina quer jurisprudência, já não questionam a importância e o relevo dos afetos no Direito. Contudo, no problema em análise, - o convívio com familiares - embora não se despreze a realidade sócio-afetiva em causa, suscitam-se questões atinentes à titularidade desse direito. Isto é, encontramos divergências doutrinárias quanto a saber se a relação de afeto criança-familiares; criança-irmão ou criança-avós, se traduz num direito dos avós, num direito da criança ou num direito de ambos.

¹⁷ Cf. SOTTOMAYOR, Clara, *ob.cit.*, p. 194, a autora considera que o legislador optou por fixar taxativamente as pessoas abrangidas pelo art. 1887º A, não estendendo a sua aplicação à chamada família alargada ou família psicológica. Todavia, na p. 201, vem considerar que “*atendendo ao espírito da lei – proteger a continuidade dos laços afetivos – a norma deve ser interpretada restritivamente, de forma a não incluir os vínculos meramente biológicos, e extensivamente, de modo a abranger pessoas que cuidaram de facto da criança ou que com ela se relacionaram afetivamente de forma significativa*”.

¹⁸ Vide, VÍCTOR, ROBBINS, BASSET, *Statutory review of third party rights regarding custody, visitation and support*, in FamLQ, vol. XXV, nº1, 1991, p. 18 e ss.

¹⁹ Aprovada pela Lei n.º 147/99, de 1 de setembro, alterada pela Lei n.º 31/2003, de 22 de agosto e, mais recentemente, pela Lei n.º 142/2015, de 08 de setembro.

²⁰ Aprovada pela Lei n.º 103/2009, de 11 de setembro e recentemente alterada pela Lei n.º 142/2015, de 08 de setembro.

²¹ in Conferência “O Direito da Criança à Convivência com Familiares e Outras Pessoas de Referência”, disponível online em www.justicativ.com

Quanto a tratar-se de um *direito exclusivo dos avós*, é uma posição que nunca vingou no nosso ordenamento jurídico e que não colheu a adesão da jurisprudência.

Já no que concerne um *direito exclusivo dos netos*, é uma posição que granjeou a adesão – pelo menos temporária – de alguma da nossa jurisprudência²². Este entendimento pressupõe necessariamente a conceção da criança enquanto verdadeiro sujeito de direitos. Os defensores desta posição alicerçam-se no argumento de que não existe nenhum *direito de visita dos avós*, existindo antes, um direito da criança a relações pessoais com ascendentes e irmãos, conquanto não for contrário ao seu interesse²³.

Esta nova conceção da criança, a importância e a centralidade dada ao seu interesse, cuja evolução já abordei anteriormente, tem todo o mérito e não podemos nunca perdê-la de vista quando consideramos e tratamos o Direito das Crianças e dos Jovens e o Direito da Família. Contudo, acredito que não podemos aqui considerar que o interesse da criança anule quaisquer outros interesses em causa e, se bem que entenda o interesse da criança como o preponderante e o prevalecente, considero igualmente injusto eliminar ou desconsiderar o interesse da outra parte envolvida. Não nos podemos esquecer que estamos perante uma relação de afetos, recíproca por inerência.

Esta posição coloca em relevo a questão da constitucionalidade da proibição dos pais impedirem a relação da criança com irmãos e ascendentes, como veremos mais adiante.

Por fim, tratar-se de um *direito de ambos*, esta é a posição atualmente maioritária junto da jurisprudência. Tem um forte sustento jurisprudencial, sobretudo com o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 3 de março de 1998, de acordo com

²² Tomemos como exemplos o Ac. Relação de Lisboa 12.06.2003 e de 17.02.2004, disponível online em www.dgsi.pt, onde se considerou a existência de um direito autónomo e exclusivo do neto ao convívio com irmãos e ascendentes.

²³ Vide, Ac. Relação de Lisboa de 17.02.2004, disponível online em www.dgsi.pt, que baseia esta posição no art. 9º/3 e art. 18º da Convenção dos Direitos da Criança e art. 36º CRP. Na minha opinião, julgo que se mistura e se confunde um pouco o disposto nestas normas, pois o facto de caber aos pais o exercício das responsabilidades parentais e se ter como princípio base a não separação da criança dos seus pais, a menos que a isso obrigue o seu interesse – princípio consagrado no art. 36º nº 5 e 6 da CRP – não impede nem anula que exista igualmente um direito e um interesse legítimo, quer da criança, quer de outros familiares, ao convívio mútuo. Julgo que são interesses atendíveis e não incompatíveis – ainda que possa existir conflito.

este acórdão, e com autores como Clara SOTTOMAYOR²⁴ e Armando LEANDRO, o artigo 1887º-A não só consagra um direito do menor ao convívio com os avós, como reconhece igualmente um direito destes ao convívio com os netos ainda que – e é importante frisar – exista aqui uma prevalência de um direito (o da criança) em relação ao outro (o dos avós), i. é, “*no confronto do interesse do menor com o interesse dos avós, prevalecerá sempre o do primeiro*”²⁵.

Até porque não sendo este o entendimento, o artigo 1887º-A ficaria esvaziado de conteúdo.

ii. Fundamento

O fundamento deste direito ao convívio é uma questão controversa, muito embora hoje em dia, já se possa falar nalgum consenso. Muitas questões se colocam a este respeito. Será que tal direito apenas encontra fundamento na relação de parentesco? Ou poderemos alargá-lo às relações de afeto? E se o alargármos às relações de afeto, têm elas de existir previamente ao pedido de regulação do convívio?

Alguns autores aventaram inicialmente a possibilidade de encontrar fundamento numa espécie de prolongação ou substituição do antigo poder paternal²⁶, mas semelhante posição não pode granjear a nossa concordância na medida em que as responsabilidades parentais correspondem a poderes-deveres cujos titulares são, em regra os pais, a menos que exista decisão judicial em contrário (o que significa que só em casos diminutos se poderia vir a atribuir um ‘direito de visita’ aos avós, e pressupondo sempre e apenas uma situação de rutura familiar).

Mas de facto, esta problemática carece de encontrar um fundamento próprio e autónomo para a sua existência e não buscar alicerces claudicantes junto de outras figuras jurídicas.

²⁴ “Com a entrada em vigor do art. 1887º A, a criança passou a ser titular de um direito autónomo ao relacionamento com os avós e irmãos (...) esta norma (...) também significa um direito destes ao convívio com a criança”, SOTTOMAYOR, Clara, ob.cit., p. 194.

²⁵ Vide, Acórdão STJ 03.03.1998 disponível online em www.dgsi.pt

²⁶ Vide, CANTERO, Gabriel García, ob.cit., p. 32 e ss. Esta posição assenta na ideia de que , embora o poder paternal se extinga com a maioridade do filho, essa extinção não afeta o dever de respeito ao qual filhos e pais estão submetidos mutuamente, assim, quando esses filhos se tornassem pais, tal dever se transmitiria aos netos. Parece-me um argumentário um tanto ou quanto rebuscado, mas que se compreende se se considerar a evolução histórica deste direito em França, por exemplo.

Assim, parece-me correto afirmar que o ponto de partida para esta discussão é a relação de parentesco.

Dizemos que são parentes “*as pessoas que descendem uma das outras ou procedem de progenitor comum*”, assim dispõe o artigo 1578.º CC²⁷. Assim, a fonte do parentesco é a geração, “*o facto biológico da geração*”²⁸. Importa ter em conta que os efeitos jurídicos do parentesco²⁹ têm como limite o sexto grau na colateral (art. 1582º CC). Precisamente, um dos efeitos do parentesco é o direito ao convívio, como resulta desde logo do artigo 1887º-A CC, quando se refere a ascendentes – parentes na linha reta ascendente da criança - e irmãos – parentes colaterais da criança.

Todavia, alguns autores³⁰ e jurisprudência vão mais longe, aglutinando à relação de parentesco, uma relação de afeto. Encontram no artigo 1887º-A, um “*respeito pela continuidade das relações afetivas da criança com pessoas significativas e não de uma proteção do vínculo biológico desprovido de qualquer laço emocional ou afetivo*”³¹. Igual ideia encontramos plasmada no já referido Acórdão de 3 de março de 1998 do STJ, onde se reforça o facto de mais do que uma relação de parentesco, existe uma relação de afeto, sendo que o direito ao convívio se alicerça “*na afeição e amor reciprocamente sentidos, em geral, entre pessoas do mesmo sangue e muito próximas entre si*”. Esta ideia é também partilhada por alguma doutrina espanhola³² que evidencia as relações pessoais e afetivas que unem os netos aos avós.

Embora adira a esta posição, não posso deixar de colocar algumas reservas no que respeita há necessidade de contacto prévio, ou melhor, de prévio afeto em relação ao momento que desencadeia a necessidade de intervenção e regulação do direito.

²⁷ Podíamos também defini-lo como fazem os italianos no seu CC no art. 74º, considerando o parentesco como o vínculo que liga as pessoas que proveem de ascendente comum.

²⁸ Vide, COELHO, Francisco Pereira, OLIVEIRA, Guilherme de, *Curso de Direito da Família*, Vol. I, 4ª edição, Coimbra Editora, 2008, p. 41.

²⁹ Entre os diversos efeitos jurídicos do parentesco, podemos aqui enunciar como exemplo, o efeito sucessório (art. 2133º CC), obrigação de alimentos (art. 2009º CC), obrigação de exercer a tutela (art. 1931º/1 CC) ou fazer parte do conselho de família (art. 1952º/1 CC), vide, COELHO, Francisco Pereira, OLIVEIRA, Guilherme de, *ob.cit.*, p. 43-46.

³⁰ Cf. SOTTOMAYOR, Clara, *ob.cit.*, p. 200, “*este interesse dos avós ou dos irmãos, tutelado pela lei, não assenta no mero vínculo biológico, existindo somente quando este vínculo é acompanhado de laços afetivos*”.

³¹ Cf. SOTTOMAYOR, Clara, *ob.cit.*, p. 207.

³² Cf. CANTERO, Gabril García, *ob.cit.*, p. 55 e ss.

Partilho, portanto, da mesma dúvida que as autoras Rosa MARTINS e Paula Távora VÍTOR³³, quando acautelam o seu ponto de vista restando um pouco a preponderância dada à relação afetiva. Nem sempre a não existência prévia de laços afetivos deve afastar, à partida, a titularidade de um direito ao convívio³⁴. Não posso concordar com SOTTOMAYOR quando afirma que “*avós que nunca conviveram com os netos, nem mantêm com estes qualquer relação afetiva não são titulares de qualquer interesse protegido pela lei*” - há de facto situações em que denegar a titularidade deste direito só por não existir prévia relação de afeto, seria prejudicial para o salutar desenvolvimento da criança³⁵.

iii. Finalidade

Tanto a jurisprudência como a doutrina contribuíram para a consolidação das finalidades visadas com este direito ao convívio. Em causa estão, não só prossecução de direitos da criança, como também dos parentes. Vejamos.

Falamos primeiro *da promoção do direito ao desenvolvimento da personalidade*, de um desenvolvimento integral da criança. Não nos esqueçamos da importância do diálogo intergeracional para a formação e desenvolvimento de qualquer criança, não se coloque de lado o aspeto educativo e afetivo decorrente desta convivência, permitindo o expectável desenvolvimento completo, integral e harmonioso da criança, não apenas com a participação daqueles que lhe estão mais próximos (os pais), mas também “*diversificando e ampliando o seu mundo relacional (...) enriquecendo-o com novas perspetivas e afetos*”³⁶. Alguns autores chegam mesmo a falar de uma ‘finalidade formativa’³⁷ atribuída a este direito ao convívio. Além do mais, o convívio é, por natureza, comunicativo e para que ele se desenvolva de forma sadia, é necessária uma

³³ in *O direito dos avós às relações pessoais com os netos na jurisprudência recente. Julgar*, N. 10 (2010).

³⁴ Tome-se como exemplo, a situação em que o pai de uma criança morre antes de ela nascer. Aos ascendentes paternos, retira-se-lhes a proteção conferida pelo art. 1887ºA CC?

³⁵ Vide, nota 22.

³⁶ Cf. HERNANDEZ, Francisco Rivero, *ob.cit.*, p. 40.

³⁷ *idem*

regulamentação dessas relações, por forma a que haja condições práticas e reais para o seu desenvolvimento³⁸.

Gomes CANOTILHO e Vital MOREIRA³⁹, consideram que o direito ao desenvolvimento da personalidade é composto por três elementos nucleares: (1) o direito à autoafirmação em relação a si mesmo; (2) o direito à auto-exposição na relação com os outros; (3) e o direito à criação ou aperfeiçoamento de pressupostos indispensáveis ao desenvolvimento da personalidade. Manifestamente o direito do neto ao convívio com os avós ou o direito às relações pessoais com os avós, integra este terceiro núcleo do direito ao desenvolvimento da personalidade. Diga-se desde já, que o direito ao desenvolvimento da personalidade é um direito com previsão constitucional no art. 26º nº 1 da CRP⁴⁰. Questão relevante aqui é saber se o direito ao desenvolvimento da personalidade é um direito de personalidade⁴¹. De facto, podemos dizer que muitos dos direitos fundamentais são direitos de personalidade, mas já não poderemos afirmar o mesmo em relação ao contrário, pois nem todos os direitos fundamentais são direitos de personalidade.

Julgo tratar-se aqui de um direito de personalidade, no seguimento da posição de vários autores nacionais e estrangeiros⁴², como veremos mais adiante.

Outra finalidade é a *promoção do direito ao desenvolvimento da historicidade pessoal*⁴³. Se bem que possa ser considerado uma componente do direito ao desenvolvimento da personalidade, julgo que devemos aqui autonomizá-lo, pois a componente histórica, o conhecimento das origens, assume um papel relevante na

³⁸ Cf. MARTINS, Rosa, VÍTOR, Paula, *ob.cit.*, p. 67. E ainda, PINTO, Paulo Mota, *O direito ao livre desenvolvimento da personalidade*, in Portugal-Brasil, Ano 2000, Studia Juridica, nº 40, Coimbra, Coimbra Editora, 1999, 159.

³⁹ Vide, CANOTILHO, J.J. Gomes, MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Coimbra Editora, 2005, pág. 464.

⁴⁰ O direito ao desenvolvimento da personalidade, foi autonomizado pela LC 1/97.

⁴¹ Vide, CANOTILHO, Gomes, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7ª edição, Almedina, 2003, p. 396. E ainda, CARVALHO, Orlando, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, Coimbra, 1970, p. 36.

⁴² Vide, MARTINS, Rosa, VÍTOR, Paula, *ob.cit.*, p. 66-67; e também, HERNANDEZ, Francisco Rivero, *ob.cit.*, p. 40.

⁴³ Vide, Ac. Relação de Coimbra de 26.02.2008, disponível em www.dgsi.pt

formação da história pessoal de um indivíduo, “*conhecer os seus antepassados, garantido o conhecimento da localização familiar e o acesso às origens*”⁴⁴”.

Podemos ainda apontar como finalidade a *autorrealização dos avós*, pois trata-se de uma convivência gratificante e salutar para os avós⁴⁵.

E por fim a *promoção da solidariedade familiar*, “o fortalecimento dos laços com a família alargada”⁴⁶”.

iv. Natureza Jurídica

De acordo com a posição seguida, já anteriormente firmada, considero que o direito ao convívio abarca dois titulares - a criança e o familiar em causa. Assim, na situação em análise, teremos avós e netos como titulares de dois direitos autónomos mas interligados. Analisarei autonomamente a natureza jurídica de ambos.

a) Direito dos avós

Estamos perante um direito familiar pessoal. Trata-se de um direito pessoalíssimo, “*direitos que pela sua essência, estão intimamente ligados à pessoa do seu titular*”⁴⁷”. Trata-se, portanto, de um direito composto pelas notas caracterizadoras da irrenunciabilidade, intransmissibilidade⁴⁸. No fundo, o direito dos avós ao convívio com os netos é considerado, por alguns autores e jurisprudência, como um direito subjetivo⁴⁹; ou um direito funcional ou poder-dever⁵⁰.

Os autores e jurisprudência que apontam o direito ao convívio dos avós com os netos como direito subjetivo fazem-no por analogia à conceção que assumem em relação às responsabilidades parentais – encaram-nas como um direito subjetivo dos pais, porque entendem haver necessidade de “*manter uma esfera de autonomia da família perante a intervenção do Estado*”⁵¹”.

⁴⁴ Vide, MARTINS, Rosa, VITOR, Paula, *ob.cit.*, p. 67.

⁴⁵ Vide, Ac.Relção de Coimbra 05.07.2005, disponível em www.dgsi.pt

⁴⁶ Cf. MARTINS, Rosa, VITOR, Paula, *ob.cit.*, p. 67

⁴⁷ Cf. MARTINS, Rosa, VITOR, Paula, *ob.cit.*, p. 69

⁴⁸ Cf. CANTERO, Gabriel Garcia, *ob.cit.*, p. 134-136

⁴⁹ Vide, Acórdão STJ 3.03.1998, disponível em www.dgsi.pt

⁵⁰ Vide, Ac. TRL 08.07.2004, disponível em www.dgsi.pt, e na doutrina, MARTINS, Rosa, VITOR, Paula *ob.cit.*, p. 69

⁵¹ Cf. SOTTOMAYOR, Clara, *ob.cit.*, p. 21

Os autores e jurisprudência que consideram tratar-se aqui de um poder-dever ou poder funcional, pois o facto de existir uma dissociação entre o titular do interesse e o titular do poder, justificam essa distinção em relação aos direitos subjetivos, tendo em conta que o titular do poder-dever são os avós, mas o interesse que se prossegue é o do neto.

Para esta discussão importa recordar o que são direitos subjetivos e o que são poderes funcionais⁵².

De acordo com o conceito tradicional, direito subjetivo é “*o poder jurídico de livremente exigir ou pretender de outrem um comportamento positivo (ação) ou negativo (omissão) ou de por um ato livre de vontade, só de per si ou integrado por um ato de uma autoridade pública, produzir determinados efeitos jurídicos que inevitavelmente se impõem a outra pessoa*”⁵³, ou dito por outras palavras, o direito subjetivo representa uma liberdade de atuação do seu titular.

Os poderes-deveres ou poderes funcionais não se coadunam com esta conceção tradicional de direito subjetivo, vejamos. Tratamos aqui de direitos cujo titular e interesse defendido não são coincidentes. O que se verifica pelo facto de não haver aqui uma verdadeira liberdade de atuação, o titular tem na sua esfera jurídica um poder, contudo, não o pode exercer como quiser porque o seu direito está dependente do interesse de um terceiro. São precisamente exemplo destes poderes funcionais o exercício das responsabilidades parentais, subordinadas ao interesse do filho menor de idade.

Assim, seguindo a doutrina maioritária⁵⁴, podemos afirmar que “*os direitos familiares pessoais não são direitos subjetivos propriamente ditos*”⁵⁵, não só o seu titular é obrigado a exercê-los, como o tem de o fazer de certo modo, a sua atuação está subornada e condicionada ao interesse do filho.

Concluo então, seguindo a opinião dos autores maioritários de que o direito dos avós ao convívio com os netos é, na sua natureza, um poder funcional. E fazendo uma interpretação literal do artigo 1887º-A CC, na sua formulação negativa, chegamos

⁵² Vide, CARVALHO, Orlando de, *ob. cit.*, p. 77 ss; PINTO, Carlos Mota, *ob.cit.* p. 178;

⁵³ Cf. PINTO, Carlos Mota, *ob.cit.*, p. 178-179

⁵⁴ Cf. PINTO, Carlos Mota, *ob.cit.*, p. 178-180; COELHO, Francisco Pereira, OLIVEIRA, Guilherme de, *ob.cit.*, p. 152-153; MARTINS, Rosa, VITOR, Paula, *ob.cit.*, p. 68-70; SOTTOMAYOR, Clara. *ob.cit.*, p. 17 e ss.

⁵⁵ Vide, COELHO Francisco Pereira, OLIVEIRA, Guilherme de, *ob.cit.*, p.152.

igualmente a esta conclusão, na medida em que os “*pais não podem injustificadamente privar os filhos do convívio com irmãos e os ascendentes*” - é o interesse da criança que guia o exercício do direito pelos seus titulares, daí que se considere que havendo perigo para a criança no convívio com os avós, este direito lhes seja negado em nome do interesse do menor de idade.

b) Direito dos netos

O direito do neto ao convívio com os avós é um direito pessoalíssimo. A doutrina maioritária, encara-o como um direito de personalidade⁵⁶, muito embora haja autores que discordam desta posição⁵⁷. Analisaremos ambas.

Direitos de personalidade correspondem ao núcleo mínimo de “*poderes jurídicos pertencentes a todas as pessoas, por força do seu nascimento (...) São direitos gerais (todos dele gozam), extrapatrimoniais (...) e absolutos*”⁵⁸, no fundo, são todos aqueles direitos inerentes à pessoa humana e que integram necessariamente a esfera jurídica de todas as pessoas – ex. integridade física, honra, imagem, nome, intimidade privada, ... – i.é., art. 70º e ss. CC.

Como sabemos, o ordenamento jurídico português contém, no art. 70º CC uma cláusula de tutela geral da personalidade, dando margem para que se tutelem direitos não tipificados nos art, 71º e ss. CC, na medida em que os direitos de personalidade estão fortemente ligados à evolução do tempo, à alteração de paradigmas, à própria mutação da perspetiva humana. Assim, e citando CAPELO DE SOUSA⁵⁹, a existência de um direito geral e personalidade, permite-nos salvaguardar e tutelar potenciais direitos que de outra forma estariam excluídos da proteção dada pelo art. 70º CC⁶⁰.

Ora, no caso do direito do neto ao convívio com os avós, partilho da opinião daqueles que consideram tratar-se aqui de um direito de personalidade, na medida em

⁵⁶ Cf. MARTINS, Rosa, VITOR, Paula, *ob.cit.*, p. 70; SOTTOMAYOR, Clara, *ob.cit.*, p. 198 (nota 478) ; HERNANDÉZ, Francisco Rivero, *ob.cit.*, p. 43

⁵⁷ Cf. PINHEIRO, Jorge Duarte, A relação entre avós e netos, Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia, Vol. 3 (2010), p. 73-92

⁵⁸ Cf. PINTO, Carlos Mota, *ob.cit.*, 207

⁵⁹ in *O Direito Geral de Personalidade*, 1ª edição, reimpressão, Coimbra Editora, 2011

⁶⁰ O art. 70º nº 2 CC, prevê sanções em caso de ofensa de um direito geral de personalidade. Além da responsabilidade civil, admite igualmente o requerimento de providências adequadas às circunstâncias do caso.

que é um direito intimamente ligado à pessoa do neto, ao seu desenvolvimento integral e completo, correspondendo a uma densificação do direito fundamental ao desenvolvimento da personalidade e historicidade pessoal presente no art. 26º CRP.

É por essa razão que não posso concordar com os autores que contrariam esta posição. DUARTE PINHEIRO⁶¹ considera estranha a “*ideia de um direito subjetivo exclusivamente vinculado ao interesse de alguém que não é o seu titular, bem como a [ideia] de que uma relação de parentesco funda um direito não familiar*”. No seu entender, o direito ao convívio entre avós e netos constitui um direito familiar do neto, oponível *erga omnes*. Para este Autor, a existência de uma componente de desenvolvimento da personalidade na relação e convívio do neto com os avós, não converte o direito em direito de personalidade – no seu entender, estamos perante um direito relativo.

Na defesa desta posição, parece-me que se confundem aqui alguns conceitos, o Autor parece misturar direitos de personalidade com direitos potestativos. O facto do direito do neto ao convívio com os avós ter como fundamento uma relação de parentesco/afeto, não significa que não se esteja aqui perante um direito de personalidade do neto ao desenvolvimento dessas relações.

De facto, a principal dificuldade desta questão resulta do conceito e alcance dos direitos de personalidade, que nalguns casos coincidem com os direitos fundamentais. Ao falarmos aqui de direito de personalidade, falamos apenas quanto à esfera jurídica do neto e não dos avós, dado que o direito ao convívio com ascendentes e irmãos se justifica pela importância para o desenvolvimento da personalidade e historicidade pessoal da criança. Uma vez que o direito em questão surge intimamente ligado à pessoa do neto⁶² e tendo presente o desenvolvimento progressivo e a posição de vulnerabilidade da criança, parece-me claro tratar-se aqui de um direito de personalidade, de uma densificação do direito constitucional do art. 26º CRP.

i. Conteúdo

⁶¹ Cf. PINHEIRO, Jorge Duarte, *ob.cit.*, p. 86

⁶² “O direito subjetivo de a criança se relacionar com avós e irmãos é um direito de personalidade que tutela os aspetos mais íntimos da criança e exclusivamente seus (os seus sentimentos, afetos, projeções pessoais), que excedem aquilo que os outros, inclusivamente os seus próprios pais podem ditar-lhe ou impor-lhe”, SOTTOMAYOR, Clara, *ob.cit.* p. 198 (nota 478).

O conteúdo deste direito não está tipificado, todavia, facilmente discernimos, pela letra da lei, qual o seu conteúdo.

Desde logo, o artigo 1887º-A CC, afasta-se da denominação tradicional “direito de visita dos avós” e refere expressamente ao “*convívio com irmãos e ascendentes*”. Seguindo quer a doutrina maioritária, quer a jurisprudência, considero que com esta expressão o nosso legislador pretendeu dar um conteúdo mais amplo do que aquele que é dado ao direito de visita dos avós, tradicionalmente.

Para compreendermos esta questão, é importante distinguir o direito de visita dos avós do direito ao convívio.

Vários autores e jurisprudência utilizam a expressão “direito de visita” dos avós, por ser uma expressão simples e breve e que explica rapidamente o direito em causa, ainda que de forma incompleta, todavia, a perceção das pessoas para aquilo que está em causa é muito mais eficaz do que falando em direito ao convívio. Contudo, tratamos de direitos cujo conteúdo difere.

Genericamente, o direito de visita, consiste “*no direito de pessoas unidas entre si por laços familiares ou afetivos estabelecerem relações pessoais*”⁶³. Está fortemente associado a situações de rutura familiar – divórcio, separação judicial de pessoas e bens – onde o direito de visita substitui o convívio diário que existia anteriormente entre o progenitor e os seus filhos.

Inicialmente, o direito de visita tinha um conteúdo bastante limitado, consistia apenas “*na possibilidade de ver a criança na residência desta, de a receber no domicílio do visitante ou sair com esta para qualquer local à escolha do mesmo, durante apenas algumas horas*”⁶⁴. E esta conceção tradicional, embora venha progressivamente a sofrer alterações (sobretudo por via jurisprudencial), e cada vez mais se possa falar de um conteúdo mais amplo, a realidade é que esta noção tradicional representa um entrave e não é despicienda a existência de uma nova noção cujo conteúdo seja mais amplo do que o conceito tradicional de direito de visita.

É por isso que entendo benéfico e preferível utilizar a expressão *direito ao convívio* em vez de *direito de visita*, pois embora similares no fundamento, têm “*uma forte componente humana e subjazem-lhe realidades afetivas que o direito não pode ignorar. Os aspetos naturais e espirituais da sua natureza são anteriores ao facto*

⁶³ Vide, SOTTOMAYOR, Clara, *ob.cit.*, p. 105

⁶⁴ Vide, SOTTOMAYOR, Clara, *ob.cit.*, p. 105

*jurídico e (...) refletem uma erupção da realidade no Direito*⁶⁵, diferem quanto à sua amplitude⁶⁶. Assim, *direito ao convívio*, é uma terminologia mais adequada para retratar esta “*complexa realidade sócio-afetiva*”⁶⁷.

Digo mais adequada porque vai além do conteúdo tradicional do direito de visita, não há só o direito de se encontrar com os netos no domicílio destes, de os receber no próprio domicílio, de os encontrar num dado local especificado, mas também, “*o direito de estabelecer contacto por telefone, carta, correio eletrónico ou o direito de receber informações acerca de diversos aspetos da vida dos netos, (...) acerca da saúde física ou psíquica*”⁶⁸.

Importa aqui distinguir claramente que a natureza jurídica do direito de visita dos progenitores difere, em absoluto, do direito ao convívio entre avós e netos, como bem salientou o Acórdão da Relação de Coimbra de 2008, o direito de convívio não é “*idêntico ou tem o mesmo conteúdo dos direitos e deveres dos pais sobre os filhos, em caso de separação (...) como resulta dos arts. 1905º/1 e 2, 1906º CC*”.

O direito de visita dos progenitores funda a sua existência nas responsabilidades parentais⁶⁹ (art. 1878º/1 CC), responsabilidades parentais que são um efeito da filiação

⁶⁵ Vide, SOTTOMAYOR, Clara, *ob.cit.*, p. 105

⁶⁶ Vide, SOTTOMAYOR, Clara, *ob.cit.*, p. 195, fala de um direito de visita em sentido estrito em um direito de visita em sentido amplo. Quanto ao primeiro, atribui-lhe um conteúdo limitado, “*possibilidade de ver a criança na residência desta, de a receber no domicílio do visitante ou de sair com esta para qualquer local à escolha do mesmo, durante apenas algumas horas e de acordo com uma certa periodicidade*”; quanto ao segundo, expande o conteúdo, entendendo que “*abrange estadias de fins de semana ou durante parte das férias*”. Apesar de tudo, considero ser mais conveniente e correto falar em direito ao convívio.

⁶⁷ Vide, MARTINS, Rosa, VITOR, Paula, *ob.cit.*, p. 71

⁶⁸ Vide, MARTINS, Rosa, VITOR, Paula, *ob.cit.*, p. 71

⁶⁹ Tradicionalmente, do ponto de vista pessoal, as responsabilidades parentais eram encaradas como um poder dos pais sobre os filhos, durante a sua menoridade. Não é inocente a terminologia tradicional “poder paternal” (um poder dos progenitores, e durante muito tempo, apenas dos pais) que trazia “*consigo a carga ideológica do poder de domínio ilimitado e arbitrário do pai traduzido na completa sujeição do filho aos seus desígnios*” ancorado ainda numa ideia de direito subjetivo cujos titulares eram os progenitores, exercendo tal direito no seu próprio interesse. Atualmente, superou-se este modelo autoritário, por um modelo democrático. Por um lado, afasta-se totalmente a ideia de responsabilidades parentais como direito subjetivo dos progenitores e falamos agora de poderes-deveres ou poderes-funcionais, na medida em que são exercidos pelos pais no interesse dos filhos (art. 1878º CC), tendo em vista o desenvolvimento integral destes; por outro lado, ao encarar-se a criança como um

juridicamente estabelecida⁷⁰. Ou seja, o direito de visita do progenitor alicerça-se em fundamentos diferentes daqueles que sustentam o direito ao convívio avós-netos. Um dos principais fundamentos das responsabilidades parentais, tem que ver com “*a necessidade natural de proteção do filho nos primeiros tempos da sua vida e a vocação natural dos pais para assumir as tarefas de proteção e de educação do filho*”⁷¹, porque no fundo, “*existe uma dependência existencial*” do filho para com os pais⁷². O que justifica que um dos efeitos da maioridade (art. 1877º CC), seja o da cessação automática das responsabilidades parentais, pois entende-se que o filho atingiu o grau de desenvolvimento mínimo e suficiente para conduzir a sua vida autonomamente.

Assim, podemos ainda considerar excluídos do conteúdo do direito ao convívio entre avós-netos, algumas situações que integram somente o conteúdo das responsabilidades parentais como o poder-dever de guarda⁷³, que se traduz no direito e

verdadeiro sujeito de direitos “*em processo de desenvolvimento, com capacidade de desempenhar um papel ativo na determinação dos seus interesses*”, está a admitir-se que a “*função protetora dos pais deve ser inversamente proporcional ao desenvolvimento físico, intelectual, moral e emocional dos filhos*”, uma vez que se reconhece à criança uma autonomia e autodeterminação progressiva, em potência, de acordo com a sua idade, maturidade e discernimento. *Vide*, MARTINS, Rosa, *Responsabilidades parentais no séc. XXI: a tensão entre o direito de participação da criança e a função educativa dos pais*, in *Lex Familiae*, Revista Portuguesa de Direito da Família, Ano 5, Nº 10, Coimbra Editora, 2008, Coimbra, p. 25-40, e da mesma autora, *Poder Paternal vs Autonomia da criança e do adolescente?*, in *Lex Familiae*, Revista Portuguesa de Direito da Família, Ano 1 Nº 1, Coimbra Editora, 2004 Coimbra, p. 65-74

⁷⁰ Cf. MARTINS, Rosa, *Menoridade...*, *ob.cit.*, p. 177 e ss.

⁷¹ Cf. MARTINS, Rosa, *Menoridade...*, *ob.cit.*, p. 178

⁷² De facto, a função de proteção, alicerçada no estado de “dependência natural” do filho nos primeiros anos de vida, vai vendo o seu círculo de ação diminuir à medida que o filho vai crescendo, mas isto não significa que a presença parental desapareça da vida dos filhos e estes cresçam num “regime de plena liberdade”, não. A esta finalidade, complementa-se outra, a da promoção da autonomia e independência, que se intensifica com o crescimento do filho, na medida em que o apoio, condução e orientação dos pais é essencial para o “desenvolvimento integral e harmonioso da personalidade do filho”. *Vide*, MARTINS, Rosa, “*Menoridade...*”, *op.cit.*, p. 183 e LIMA, Pires de, VARELA, Antunes, *Código Civil Anotado*, *op.cit.*, p. 352.

⁷³ Leia-se aqui, guarda em sentido restrito, “*O exercício deste poder-dever só se autonomiza, passando apenas a ser exercido por um dos pais, quando, após uma situação de crise familiar (...) o tribunal, no contexto da regulação das responsabilidades parentais, fixa a residência do menor junto de um dos pais (art. 1906º/4 CC) ou quando, por acordo, os pais assim o decidam (art. 1776ºA CC)*”, *Vide*, MARTINS, Rosa, VITOR, Paula, *ob.cit.*, p. 72. E ainda, MARTINS, Rosa, “*Menoridade...*”, *ob.cit.*, p. 198 e ss. A este propósito ainda, o Ac. 03.03.1998 STJ, disponível em www.dgsi.pt, que considerou tratar-se de

dever de ter o filho em sua companhia e de lhe fixar residência; ou como o poder-dever de educar⁷⁴. O Acórdão de 26.02.2008 do Tribunal da Relação de Coimbra, debruçou-se sobre esta questão, afirmando que “*aos avós não cumpre velar quanto a esse poder-dever, nem eles estão pessoal e habitualmente, vocacionados ou preparados para exercer um poder disciplinador, formativo e de guarda dos netos*”⁷⁵. Acrescente-se ainda que fica igualmente excluído “*o direito de os avós serem consultados sobre as decisões de particular importância em relação à criança*”⁷⁶.

Em suma, apesar de encontrarmos alguma analogia em ambos os direitos, até porque o seu estabelecimento, exercício e organização prática, em muito se assemelham a um processo de regulação do direito de visita do progenitor, a verdade é que não só o fundamento do direito é diferente, como também o direito é mais restrito temporalmente e em termos de conteúdo.

Outra questão que surge a propósito do conteúdo do direito ao convívio, é a de saber qual a sua periodicidade. O Tribunal da Relação de Coimbra, no seu Acórdão de 5.07.2005, foi ao encontro na distinção anteriormente apresentada entre direito de visita e direito ao convívio, afirmando que, apesar de o convívio “*não implicar necessariamente periodicidade certa, nem mesmo espaço temporal preciso (...) tem na sua base a ideia de regularidade (diferente de periodicidade certa) e de tempo bastante*

“*dois direitos distintos com objeto, finalidade (...) diferentes*”. E também, SOTTOMAYOR, Clara, *ob.cit.*, “*guarda e visita são dois direitos com objeto, finalidade e natureza jurídica diferente, sendo o direito de visita (...) um direito particular, resultante de uma realidade humana (parentesco e afeição) que o Direito não pode ignorar. (...) a guarda e o correspondente exercício das responsabilidades parentais conferem funções de direção, de proteção e educação, enquanto que a visita, como meio de manifestar afeição, apenas confere poderes de influência*”.

⁷⁴ O conteúdo deste poder-dever encontra-se estabelecido no art. 1885º CC, é um poder-dever que subordina quase todos os outros, dado o seu papel nevrálgico no conteúdo das responsabilidades parentais. Assim, e seguindo o pensamento de PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, “*educar é (...) preparar o menor para a autonomia, para a independência (...) mas preparar para a vida numa sociedade civilizada, que tem regras necessárias de conduta individual e social*” e é fazê-lo integrando o filho nesse diálogo, envolvendo-o progressivamente na tomada das suas decisões.

⁷⁵ Disponível em www.dgsi.pt. Ainda assim, não nos esqueçamos do disposto no art. 1906º/4, ou seja, os avós podem exercer atos da vida corrente por delegação dos pais. Ou seja, embora não seja um direito originário, o desempenho de tarefas educativas, prestação de cuidados básicos de alimentação, saúde e higiene, constituem um direito derivado dos avós, quando a eles tenha sido delegado pelos pais, SOTTOMAYOR, Clara, *ob.cit.*, p. 195.

⁷⁶ Cf. SOTTOMAYOR, Clara, *ob.cit.*, p. 195

*para o estabelecimento de comunicação inter relacional entre os visados (o qual pode variar em função das circunstâncias em que ocorre)*⁷⁷”.

ii. Critério

Como tem vindo a ser explicado, a figura central deste direito e cujo interesse é primordialmente defendido, é o da criança.

Debruce-mo-nos um pouco sobre a noção de “interesse da criança”. Trata-se de um conceito indeterminado, conceitos que levantam inúmeras dificuldades na medida em que o seu conteúdo é naturalmente elástico, variável, vago e maleável, além de possuírem um carácter profundamente subjetivo. De facto o Direito da Família, Crianças e Jovens, está repleto de conceitos indeterminados, complexos, subjetivos, como o afeto, aqui abordado no trabalho. De facto, neste ponto, o Direito da Família segue um pouco ao arrepio da tendência objetiva de outros ramos do Direito Civil⁷⁸.

Mas como tentar então definir, ou pelo menos, balizar, a noção de *interesse da criança*?

Muito embora a expressão se tenha banalizado, ela encerra sobre si a nova perspetiva da criança enquanto sujeito de direitos, titular de direitos fundamentais e dotada de capacidade natural de auto-determinação de acordo com a sua maturidade. Podemos tentar resumi-la como a estabilidade do meio familiar e a necessidade de proteger a segurança do menor de idade⁷⁹. Mas não se trata de uma noção sedimentada – talvez nunca o seja sequer – não podemos defini-la abstratamente na medida em que o critério do interesse da criança só é eficaz quando concretamente aplicado a uma e cada criança, daí que SOTTOMAYOR refira “*há tantos interesses da criança como crianças*”⁸⁰. Todavia, existem fatores que podemos enumerar e que nos ajudam a concretizar a expressão *interesse da criança*: segurança e saúde da criança, o seu sustento, educação e

⁷⁷ Disponível em www.dgsi.pt

⁷⁸ “*O recurso a esta técnica legislativa é uma característica das normas de direito da família muito utilizada entre nós, após a Reforma de 1977. O legislador entendeu que um texto legal não pode jamais apreender o fenómeno familiar na sua infinita variedade e imensa complexidade e emite ao tribunal um comando a fim de que este decida de acordo com os interesses e direitos da parte mais fraca no litígio. Contudo, esta técnica legislativa (...) revelou-se inadequada por ser demasiado aberta e permeável às convicções pessoais e preconceitos dos juizes*”, SOTTOMAYOR, Clara, *ob.cit.*, p. 40.

⁷⁹ Cf. CANTERO, Gabriel García, *ob.cit.*, p. 58

⁸⁰ Cf. SOTTOMAYOR, Clara, *ob.cit.*, p. 40

autonomia (art. 1878º CC); o desenvolvimento físico, intelectual e moral da criança (art. 1885º nº 1 CC); a opinião da criança (art. 1878º nº 2 e 1901º nº 1 CC).

Portanto, é o interesse do neto, ou seja, o interesse da criança que subordina e limita todos os outros. É o que resulta não só da moderna concepção da criança enquanto verdadeiro sujeito de direitos⁸¹, como também da interpretação literal do art. 1887º-A CC. Como vimos anteriormente, e de acordo com a concepção aqui defendida, encaramos o direito dos avós ao convívio com o neto como um poder funcional, na medida em que “*o direito dos avós apenas pode ser exercido se e na medida em que se revelar ajustado ao interesse do neto, ou seja, se e na medida em que este interesse o reclamar*”⁸², o que significa que o interesse prevalecente é o interesse do neto⁸³, fazendo com que alguns autores⁸⁴ corretamente refiram o direito dos avós como um direito potencial e abstrato.

Mas analisemos melhor esta problemática. Da leitura do art. 1887º-A CC, retiramos a existência de uma presunção de benefício do contacto da criança com esses familiares, “Os pais não podem injustificadamente privar os filhos do convívio com irmãos e ascendentes”.

A primeira nota a retirar daqui é a de que a decisão e a ponderação de interesses caberá, primeiramente, aos pais⁸⁵, enquanto titulares das responsabilidades parentais, só em caso de conflito é que a questão será encaminhada para o juiz.

⁸¹ Vide, MARTINS, Rosa, “*Responsabilidades parentais no séc. XXI...*”, *ob.cit.*, p. 30, onde a Autora refere “*A descoberta da criança como sujeito de direitos é recente na história. Durante o séc. XX, a criança não foi sempre perspectivada do mesmo modo: de “objeto de proteção” ascendeu primeiro à categoria de “sujeito de direitos” e depois à categoria de “sujeito igual e privilegiado”*”. Neste artigo, a Autora analisa especificamente a evolução do estatuto de cidadania social da criança ao longo da história, sendo que, cronologicamente, a nova perspectiva da criança como sujeito de direitos, dá o primeiro passo com a Declaração dos Direitos da Criança em 1924, seguindo-se depois a Declaração Universal dos Direitos da Criança em 1959, consolidando-se na Convenção sobre os Direitos das Crianças de 1989.

⁸² Vide, MARTINS, Rosa, VITOR, Paula, *ob.cit.*, p. 74

⁸³ “*O interesse do menor condiciona o direito de visita dos avós, podendo conduzir à sua limitação ou mesmo supressão, quando seja suscetível de acarretar prejuízos ou de o afetar negativamente (...) em caso de conflito entre os pais e os avós do menor, o interesse deste último será, assim, o critério decisivo para que seja concedido ou denegado o direito de visita*”, in Acórdão STJ 03.03.1998, disponível em www.dgsi.pt

⁸⁴ Vide, MARTINS, Rosa, VITOR, Paula, *ob.cit.*, p. 74 e CANTERO, Gabriel García, *ob.cit.*, p. 45 e ss.

⁸⁵ Vide, SOTTOMAYOR, Clara, *ob.cit.*, p. 201.

A segunda nota, tem que ver com o entendimento a fazer da expressão ‘*injustificadamente*’. Como referi acima, o legislador considerou benéfico, à partida, qualquer contacto da criança com os seus familiares mais próximos, o que significa que, para que os pais possam negar esse contacto não podem alegar qualquer causa. Alguma doutrina espanhola fala em “justa causa”. Partilho a opinião de MARTINS e VÍTOR, no caso da norma portuguesa, é necessário fazer uma interpretação restritiva e seguir os passos do ordenamento jurídico espanhol e entender que apenas uma causa justa, justifica que se denegue o direito ao convívio entre avós e netos. A avaliação da causa apresentada pelos pais para negar o convívio da criança com os avós, terá de ser sopesada pelo juiz “*de acordo com os parâmetros da proporcionalidade em sentido estrito, da necessidade e da adequação*”⁸⁶ em relação ao interesse da criança⁸⁷. No fundo, podemos dizer que o art. 1887º-A CC estabelece um limite ao exercício das responsabilidades parentais, na medida em que os seus titulares não podem, sem apresentação de causas relevantes e justas, impedir ou criar obstáculos ao contacto da criança com ascendentes⁸⁸.

Mas em causa poderão estar não apenas conflitos entre os direitos dos pais e avós, mas também um conflito de direitos entre neto e avós. Ou seja, o que fazer quando a criança expressar desejo ou intenção de não conviver com esses familiares, ainda que nada se demonstre prejudicial a esse convívio, a não ser o desejo do neto em não se relacionar?

Pois bem, na nossa jurisprudência encontramos solução antagónicas. Por um lado, a posição de que o interesse da criança é prevalecente e portanto, a sua demonstração da intenção de não se querer relacionar, basta para que tal direito não seja

⁸⁶ Vide, MARTINS, Rosa, VÍTOR, Paula, *ob.cit.*, p. 75

⁸⁷ O ónus da prova do prejuízo de tais contactos da criança com os avós, está do lado dos pais. A decisão judicial deverá ter em conta a vontade da criança, o afeto da criança em relação a esses familiares, qualidade e duração da relação anteriormente existente, assistência e ajuda desta figuras prestada anteriormente, os benefícios para o integral e harmonioso desenvolvimento da criança, efeitos psíquicos do corte de relações com estes familiares.

⁸⁸ O que acontece aqui é que o art. 1887º A cria um limite ao direito dos pais à companhia e educação dos filhos, previsto no art. 36º/5 e 6 CRP. Alguns autores encaram isto como uma “*usurpação pelo Estado da função educativa dos pais*”, vide, SOTTOMAYOR, Clara, *ob.cit.*, p. 199 e PIRES DE LIMA, VARELA, *ob.cit.*, p. 630.

atribuído aos avós; por outro lado, a posição que concede o direito ao convívio aos avós, independentemente da vontade (ou falta dela) demonstrada pelo neto⁸⁹.

Do meu ponto de vista, o convívio não deve ser imposto quando haja recusa da criança “com maturidade suficiente”⁹⁰, esta deverá ser ouvida para que se possa “auscultar o seu sentir” quanto à situação em causa e atribuir maior ou menor relevância a essa audição consoante a idade e maturidade do menor. Quanto ao binómio idade-maturidade, a doutrina costuma nivelar pelos 14 anos, idade em que se considera que a criança já consegue demonstrar fundamentos objetivos para a sua opinião⁹¹, mas nada impede que, caso a caso, a idade possa diferir.

Concluindo, recordar que o interesse da criança é o interesse prevalecente, fazendo com que o direito dos avós seja limitado ou suprimido consoante se mostrar muito, pouco ou nada prejudicial para a criança.

4. Conclusão

O Direito da Família, Crianças e Jovens, tem vindo a percorrer um caminho atribulado, acompanhando as modificações da realidade familiar, em constante mutação neste último século: a democratização da família, o enfraquecimento do casamento e da família enquanto instituição, o enfoque dado cada vez mais às relações de afeto, equiparadas ou ainda mais relevantes que os vínculos biológicos, a recentralização da criança na relação de filiação, entre outros.

GUILHERME DE OLIVEIRA, fala de um Direito da Família fragmentário, que “abandona o panjurismo iluminista que lhe impunha a regulação de todos os aspetos da vida familiar, para se resumir aos aspetos selecionados como mais importantes (...) que sobram de uma privatização crescente da vida familiar. Tendência que vai andar a par com o aparente paradoxo de uma intervenção crescente na vida da família em

⁸⁹ Vide Ac. Relação de Lisboa 1-06-2010, disponível em www.dgsi.pt, neste Acórdão o juiz não relevou a vontade de uma jovem de 14 anos, que em audição referiu que não tinha o desejo de manter relações pessoais com os avós. Neste caso o tribunal considerou que haveria aqui alguma pressão por parte dos progenitores e entendeu que seria importante “criar oportunidade e deixar que os relacionamentos sigam o seu destino”.

⁹⁰ Cf. PINHEIRO, Jorge Duarte, *ob.cit.*, p. 89. E Acórdão Relação de Lisboa de 17.02.2004 disponível em www.dgsi.pt.

⁹¹ Vide, CANTERO, Gabriel García, *ob.cit.*, p. 152

*setores periféricos (...) é de esperar que o Estado estimule as relações familiares através de incentivos ou proibições*⁹². De facto, o que acontece com a regulação e proteção legal dada ao direito de convívio entre avós e netos é precisamente um estímulo do Estado para reavivar relações familiares que, de outra forma, estariam condenadas a não se desenvolver. O Direito achou por bem reconhecer relevância jurídica a esta realidade biológico-afetiva. O próximo passo é sem dúvida o alargamento do reconhecimento deste direito a terceiras figuras, como já o fazem países como França e Espanha, que atribuem expressamente – através de uma cláusula geral – um direito de convívio às chamadas figuras de referência, atendendo às realidades socio-afetivas.

⁹² Vide, OLIVEIRA, Guilherme de, *Transformações...*, ob.cit., p. 779