

UNIVERSIDADE DE LISBOA



Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa



FACULDADE DE DIREITO
Universidade de Lisboa

Dissertação de Mestrado

**O DIREITO DA CRIANÇA AO CONVÍVIO COM PESSOAS COM
QUEM TENHA UMA ESPECIAL RELAÇÃO AFETIVA**

Sónia Raquel da Cruz Lopes

Tese especialmente elaborada para obtenção do grau de Mestre em Direito –
Especialidade em Ciências Jurídico-Forenses

Janeiro 2018

UNIVERSIDADE DE LISBOA



Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa



FACULDADE DE DIREITO
Universidade de Lisboa

Dissertação de Mestrado

**O DIREITO DA CRIANÇA AO CONVÍVIO COM PESSOAS COM
QUEM TENHA UMA ESPECIAL RELAÇÃO AFETIVA**

Sónia Raquel da Cruz Lopes

Orientador: Professor Doutor Jorge Duarte Pinheiro

Tese especialmente elaborada para obtenção do grau de Mestre em Direito –
Especialidade em Ciências Jurídico-Forenses

Janeiro 2018

AGRADECIMENTOS

Poderia, nesta fase, agradecer a um elevado número de pessoas, familiares e amigos, que fazem de mim a pessoa feliz que sou hoje. No entanto, na impossibilidade de agradecer a todas as pessoas com algum ou muito significado para mim, irei agradecer àquelas que foram essenciais no processo de execução e conclusão da minha dissertação de mestrado, sobretudo, pelo apoio incondicional que me prestaram ao longo deste último ano.

Cumpro assim agradecer:

Ao Professor Doutor Jorge Duarte Pinheiro, o meu muitíssimo obrigada, não só por ter aceite ser meu orientador, como pela sua disponibilidade e interesse ao longo do ano que passou e, sobretudo, por todos os conselhos, ajuda, atenção e por todos os esclarecimentos que me prestou e que foram, sem dúvida, muito importantes na realização desta dissertação.

À D. Isabel, à D. Maria José e à D. Teresa, o meu muito obrigada, pela simpatia e carinho com que sempre me receberam na Biblioteca da Procuradoria Geral da República. Obrigada por serem sempre tão prestáveis comigo, ficar-lhes-ei eternamente grata.

À Carla, pela força, pela ajuda e por todo o apoio, que foram essenciais na realização desta dissertação. Obrigada ainda pela amizade, pelos conselhos e por estar sempre por perto e ter sempre uma palavra amiga para me confortar.

À Joana, que é sem dúvida o melhor que levo de Lisboa, o meu muito obrigada pela força, pelo apoio, pela compreensão, pela ajuda, mas principalmente pela tua amizade que, como sabes, significa muito para mim.

À Paulinha, pela força, pelo apoio, pela ajuda e por mesmo longe estares sempre por perto. É bom saber que mesmo com tantos quilómetros a separar-nos, a amizade continua a mesma.

À Lisete, pela ajuda, pela força, por todo o teu apoio, por estares sempre presente, nos bons e nos maus momentos. Todas as palavras que eu possa dizer serão sempre poucas para descrever aquilo que tu e a tua amizade significam para mim, foste sem dúvida um dos melhores presentes que a FDUP me deu, um presente que eu quero e vou guardar até ao fim dos meus dias. És uma pessoa incrível, como há poucas neste mundo e, por isso, mereces o melhor que a vida te possa proporcionar.

Ao meu irmão, por todo o apoio, pelo incentivo, pela força e encorajamento, mas sobretudo por me teres dado os melhores presentes que algum dia eu poderia ter recebido

da tua parte, os meus sobrinhos e, especialmente, por me deixares fazer parte da vida deles e acompanhar o seu crescimento.

Aos meus sobrinhos, Alexandra e Guilherme, porque o meu amor por vocês é tão mas tão grande e o meu orgulho é tanto. Aquilo que sinto por vocês é inexplicável. Ver-vos felizes enche-me a alma e o coração. A vocês que, mesmo não se apercebendo, tanta força me dão. A vocês dedico todos estes meses de trabalho, porque vocês são, em grande parte, a fonte da minha inspiração.

Aos meus pais, pela força, pelo encorajamento, por acreditarem que sou capaz de alcançar aquilo a que me proponho, pelo amor e orgulho incondicional que sentem por mim e, principalmente, por me apoiarem na luta pelos meus sonhos.

À minha mãe, de forma especial, por seres uma força de natureza, por seres uma mulher determinada e persistente e por nunca desistires de nada. És e sempre serás o meu exemplo, é em ti que eu vou buscar a força e coragem necessárias para continuar. És e sempre serás a pessoa que eu mais amo neste mundo.

Por fim, ao Ricardo, pela ajuda, pela paciência, pela persistência, por todo o teu apoio, por nunca me deixares cair, mesmo nos momentos mais difíceis, por estares sempre presente. Agradeço-te todos os sacrifícios que fizeste e fazes por mim, pelo tempo que abdicas de fazer as tuas coisas, para me ajudares a fazer as minhas. Mas, mais importante do que tudo que referi, a ti agradeço por todo o teu amor que, mesmo nos momentos mais difíceis, não te deixam desistir de mim.

RESUMO

Devido à crescente importância da sentimentalização, a família deixou de ser encarada como geradora de riqueza e passou a ser considerada uma comunidade de afetos, sendo os afetos e as relações afetivas o centro das relações familiares. Por sua vez, a crescente relevância dos afetos deu origem a uma série de transformações no seio familiar, levando ao aparecimento de várias formas de organização familiar que, frequentemente, resultam no estabelecimento de laços afetivos fortes e significativos da criança com várias pessoas, para além dos pais, irmãos e ascendentes.

Tendo em consideração que a manutenção destas relações afetivas fortes e significativas que a criança estabelece com outros familiares ou terceiros são, muitas vezes, importantíssimas para o seu bem-estar emocional e para o desenvolvimento da sua personalidade, é necessário perceber qual a tutela legal conferida pelo nosso legislador, a fim de efetivar e proteger judicialmente o direito da criança ao convívio com pessoas com quem tenha uma especial relação afetiva.

Este direito só será digno de tutela se corresponder ao superior interesse da criança, interesse, que caberá ao tribunal ponderar e determinar, sempre que possível, ouvindo a própria criança.

Atualmente, o ordenamento jurídico português limita-se a prever, no artigo 1887.º-A do Código Civil, o direito ao convívio com os ascendentes e irmãos, o que não salvaguarda a manutenção das relações afetivas que as crianças podem estabelecer com outras pessoas, familiares ou não, e está, por conseguinte, aquém do que é exigido pelo superior interesse daquelas. Torna-se, assim, necessário dar uma nova redação a este preceito legal, de forma a contemplar expressamente o direito da criança ao convívio com outros familiares e terceiros com quem tenha uma especial relação afetiva.

Palavras-chave: relações afetivas; direito ao convívio; o artigo 1887.º-A do Código Civil; interesse superior da criança; alteração legal; outros familiares e terceiros.

ABSTRACT

Due to the growing importance of sentimentalization, the family is no longer seen as a source of wealth and is considered a community of affection, affections and affective relations being the centre of family relations. In turn, the growing relevance of affections has led to a lot of transformations within the family, leading to the emergence of various forms of family organization that often result in the establishment of strong and significant affective bonds of the child with several people, apart from parents, siblings and ascendants.

Considering that the maintenance of these strong and significant affective relationships that the child establishes with other relatives or third parties are often very important for their emotional well-being and for the development of their personality, it is necessary to realize which legal guardianship conferred by our legislator, in order to effectively and judicially protect the child's right to live together with people with whom the child has a special affective relationship.

This right will only be worthy of tutelage if it corresponds to the superior interest of the child, interest, which will be up to the court to consider and determine, whenever possible, listening to the child itself.

Currently, the Portuguese legal system is limited to providing in Article 1887-A of the Civil Code the right to live together with the ancestors and siblings, which doesn't safeguard the maintenance of the affective relationships that children can establish with other people, relatives or not, and is therefore short of what is required by the superior interest of those children. It is therefore necessary to redraft this legal precept so as to explicitly contemplate the right of the child to live together with other relatives and third parties with whom the child has a special affective relationship.

Keywords: affective relationships; right to live together; article 1887.º-A of the Civil Code; superior interest of the child; legal amendment; other relatives and third parties.

SIGLAS E ABREVIATURAS

AAFDL – Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa

ADN – Ácido Desoxirribonucleico

al., als. – alínea, alíneas

art. – artigo

BGB – *Bürgerliches Gesetzbuch*

CC – Código Civil

CDC – Convenção das Nações Unidas Sobre os Direitos da Criança

CEDH – Convenção Europeia dos Direitos do Homem

CEJ – Centro de Estudos Judiciários

Cfr. – confira

CPC – Código do Processo Civil

CRP – Constituição da República Portuguesa

Ed.^a – edição

et al. – et alii (e outros)

etc. – e outras coisas

IBDFAM – Instituto Brasileiro de Direito de Família

Id. ibidem – no mesmo lugar

LPCJP – Lei de Proteção de Crianças e Jovens em Perigo

n.º, n.ºs – número, números

nCPC – Novo Código do Processo Civil

ob. cit. – obra citada

OTM – Organização Tutelar de Menores

p., pp. – página, páginas

REAF – Regime de Execução do Acolhimento Familiar

RGPTC – Regime Geral do Processo Tutelar Cível

RJAC – Regime Jurídico do Apadrinhamento Civil

RJPA – Regime Jurídico do Processo de Adoção

ss – seguintes

TEDH – Tribunal Europeu dos Direitos do Homem

Vol. – Volume

ÍNDICE

Introdução.....	1
I. Da evolução da família à importância crescente dos afetos.....	5
1. As transformações no seio familiar	5
2. A importância da manutenção das relações afetivas e a relevância jurídica do afeto	13
II. Da manutenção das relações afetivas da criança mediante o direito ao convívio no sistema legal atual.....	23
1. A tutela legal conferida ao direito ao convívio.....	23
2. Artigo 1887.º-A do CC: que questões?	30
2.1. Fundamento.....	30
2.2. Titularidade e natureza jurídica.....	34
2.3. Âmbito e oponibilidade do convívio.....	39
2.4. Motivos justificativos para a proibição do convívio	45
2.5. Limite às responsabilidades parentais e respetiva constitucionalidade.....	57
2.6. Meios de tutela da situação jurídica do direito ao convívio	62
III. Do direito ao convívio no sistema legal atual à necessidade de uma alteração legal	65
1. A falta de tutela legal do direito da criança ao convívio com outros parentes e terceiros e a solução apontada pela doutrina.....	65
2. O direito ao convívio em alguns ordenamentos jurídicos estrangeiros	72
2.1. França.....	72
2.2. Espanha	76
2.3. Bélgica.....	79
2.4. Alemanha	80
2.5. Suécia	83
3. O direito da criança ao convívio no TEDH e na jurisprudência nacional	85

4. A forma atual de garantir o direito da criança ao convívio com outras pessoas para além das previstas no artigo 1887.º-A do Código Civil.....	92
5. A necessidade de uma alteração legal	98
Conclusão	106
Referências	113
1. Bibliografia.....	113
2. Documentação	126
3. Jurisprudência Consultada.....	126
3.1. Jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça.....	126
3.2. Jurisprudência do Tribunal da Relação de Coimbra	126
3.3. Jurisprudência do Tribunal da Relação de Évora.....	127
3.4. Jurisprudência do Tribunal da Relação de Guimarães	127
3.5. Jurisprudência do Tribunal da Relação de Lisboa	127
3.6. Jurisprudência do Tribunal da Relação do Porto	127
3.7. Jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem.....	128

INTRODUÇÃO

A família é a base da nossa sociedade, devendo o Estado conferir-lhe especial proteção. No entanto, tendo em consideração as várias transformações que ocorreram no seio familiar, devido, sobretudo, à importância crescente dos afetos, não só a nível da conjugalidade, como também da paternidade, o conceito de família teve necessariamente que evoluir, havendo, hoje, tantos conceitos de família, como vivências nesse seio. Com efeito, esta proteção da família deve estender-se a qualquer tipo de relação sociofamiliar, tal como previsto no artigo 8.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, e interpretado pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem.

Mas, independentemente da sua forma de organização, todos temos presente que é à família que compete garantir o crescimento saudável e harmonioso das nossas crianças. E, como sabemos, o seu desenvolvimento pleno está, em grande medida, dependente das relações afetivas que a criança estabelece ao longo da sua vida, isto é, para poder desenvolver-se na sua plenitude, a criança precisa de amar e de se sentir amada, bem como de crescer num ambiente afetivo, saudável e equilibrado.

Tendo em consideração as várias configurações familiares com que nos podemos deparar nos dias de hoje, e do papel que muitos adultos desempenham na vida das nossas crianças, para além dos pais ou cuidadores, pode nascer uma relação afetiva forte e significativa com várias pessoas, familiares ou não.

Quando a relação que se estabelece entre uma criança e um adulto é significativa é fundamental assegurar a manutenção da mesma, sob pena de causar perturbações psicológicas na criança, que se refletirão em vários aspetos da sua vida presente e futura.

Considerando a relevância social dos temas de Direito da Família e das Crianças, e a imanente volatilidade e suscetibilidade dos direitos envolvidos neste âmbito, sensibilizados pela especial debilidade e necessidade de proteção das nossas crianças e entusiasmados pela procura de soluções mais adequadas que assegurem a prossecução dos seus interesses, bem como do seu bem-estar e felicidade, somos levados na demanda pela salvaguarda da manutenção das relações afetivas da criança.

A proteção da manutenção das relações afetivas da criança efetuar-se-á através do seu direito ao convívio. É através deste direito que a criança terá possibilidade de manter as relações afetivas que tenha estabelecido, não só com os seus progenitores, como também com outras pessoas. Mas, será que o ordenamento jurídico português tutela o direito da criança ao convívio de uma forma adequada e em toda a sua plenitude?

Até 1995, a criança só tinha o direito de conviver com o progenitor não guardião¹. Todavia, em 1995, o nosso legislador, consciente que a tutela conferida ao direito ao convívio era insuficiente e tendo em consideração a importância da salvaguarda das relações afetivas, que poderiam vir a perder-se caso os pais entendessem que os seus filhos não deveriam conviver com determinadas pessoas, consagrou, através da alteração ao Código Civil, levada a cabo pela Lei n.º 84/95, de 31 de outubro, o direito da criança ao convívio com irmãos e ascendentes.

Perante tal constatação perguntamo-nos: por que é que o nosso legislador ao aditar o artigo 1887.º-A ao Código Civil se limitou a consagrar o direito da criança ao convívio com ascendentes e irmãos? Não se impunha já nesta altura uma tutela legal mais abrangente do referido direito, permitindo a manutenção das relações afetivas da criança com outras pessoas com quem ela estabeleceu fortes relações afetivas?

A manutenção das relações afetivas fortes e significativas afirmar-se-á como um dos pressupostos para a obtenção de um desenvolvimento equilibrado e harmonioso da criança. Prova disso é o reconhecimento que alguns diplomas, como a Lei de Proteção de Crianças e Jovens em Perigo, conferem à preservação e manutenção das relações afetivas de qualidade e significativas, cujo corte poderá acarretar consequências, muitas vezes, irreversíveis para a formação da personalidade e para o desenvolvimento daquela criança.

Encontramos, deste modo, o espírito do nosso estudo na chamada de atenção para a necessidade de uma proteção jurídica do direito da criança ao convívio com pessoas com quem tenha estabelecido uma especial relação afetiva.

Apesar da falta de uma norma que regule, direta e expressamente, o referido direito, reconhecemos o mérito da jurisprudência e da doutrina, ao desenvolverem esforços no sentido de permitir que a criança possa conviver com outras pessoas, para além dos ascendentes e irmãos, quando o seu superior interesse assim o determina.

No entanto, é fundamental a criação de mecanismos que permitam a garantia dos direitos da criança, designadamente, a criação de meios legais e efetivos, a fim de proteger a manutenção das suas relações afetivas, de forma a evitar quebras e discontinuidades no seu desenvolvimento, psicológico, afetivo e social.

Principiaremos esta longa caminhada pela verificação das transformações que ocorreram no seio familiar, fruto da importância crescente dos afetos, que são, hoje, o centro das relações familiares e pela constatação da importância que a manutenção das

¹ Ao abrigo do disposto no artigo 1905.º, n.º 3, do Código Civil.

relações afetivas fortes e significativas que a criança estabelece com vários adultos apresentam para o seu desenvolvimento são e harmonioso, terminando com a análise de alguns diplomas, internacionais e nacionais, que dão relevância jurídica ao afeto, bem como ao primado da manutenção das relações afetivas. Verificação esta que destinamos ao Capítulo I da presente dissertação.

Neste seguimento, considerando que a manutenção destas relações afetivas ocorre através do direito ao convívio, entendemos de toda a pertinência cogitar sobre este direito no sistema legal atual, de modo a perceber qual a tutela legal que o ordenamento jurídico português lhe confere, mormente, através da apreciação do regulado no artigo 1887.º-A, do Código Civil.

No decorrer desta análise, consideramos ser imprescindível refletir sobre as várias questões que a redação do preceito legal em questão tem suscitado, nomeadamente, sobre o fundamento que esteve na base deste direito ao convívio e se este é o verdadeiro fundamento em que o direito em questão deve assentar; sobre a titularidade e a natureza jurídica do referido direito, isto é, se o artigo 1887.º-A consagra um direito subjetivo de que são titulares a criança, bem como os irmãos e ascendentes; apurar-se-á, ainda, se este preceito legal só é oponível aos pais ou, por maioria de razão, também deve ser oponível às pessoas a quem os pais atribuíram legitimamente o exercício das responsabilidades parentais, assim como àqueles que têm a guarda de facto da criança; quais os motivos justificativos para a proibição do convívio; se estaremos, no presente caso, perante uma limitação ao exercício das responsabilidades parentais, entre outras.

Estas são apenas algumas das perguntas a que pretendemos dar resposta ao longo da análise do direito ao convívio no ordenamento jurídico português, que destinamos ao Capítulo II da presente dissertação, mas que valerão, com as devidas adaptações para as considerações a realizar no capítulo seguinte.

Após uma profunda reflexão e análise do direito ao convívio que o nosso ordenamento jurídico consagra atualmente, ponderar-se-á a necessidade de uma alteração legal.

No Capítulo III refletir-se-á, então, sobre a ausência de tutela legal do direito da criança ao convívio com outros parentes – além dos irmãos e ascendentes – e terceiros, e à eventual necessidade de uma alteração legal, capaz de tutelar, expressa e diretamente, o direito da criança ao convívio com pessoas com quem tenha estabelecido uma especial relação afetiva.

Analisar-se-á, ainda, a questão do direito ao convívio em outros ordenamentos jurídicos europeus que, ao contrário do nosso ordenamento jurídico, preveem expressamente o direito da criança ao convívio com ascendentes, outros parentes e terceiros, tutelando este direito mais ampla e eficazmente.

Posteriormente, proceder-se-á à análise de alguma jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem e dos tribunais portugueses sobre a questão em apreço, de modo a perceber como é que os tribunais salvaguardam a manutenção destas relações, terminando com a apresentação das formas atuais de garantir o direito da criança ao convívio com outras pessoas, para além das elencadas no artigo 1887.º-A do Código Civil.

Após este estudo e da demonstração do quão importante pode ser para a criança a tutela legal deste direito ao convívio, designadamente, através da extensão do âmbito subjetivo das pessoas com quem a mesma tem o direito de conviver, dando-lhes legitimidade para recorrer a tribunal de forma a efetivar este direito da criança, demonstrar-se-á se, efetivamente, haverá necessidade de proceder a uma alteração legal.

Enfim, estamos esperançosos de que com o presente estudo possamos, modestamente, contribuir para a compreensão de um direito da criança que, demonstrando-se pouco efetivo, é verdadeiramente importante, assim como para a necessidade de o legislador o olhar com maior acuidade, tomando medidas que lhe permitam colmatar a aparente existência de falhas, sem perder de vista a tutela mais eficaz do direito da criança ao convívio com pessoas com quem tenha estabelecido uma especial relação afetiva.

I. Da evolução da família à importância crescente dos afetos

1. As transformações no seio familiar

Num passado não muito longínquo, a família baseava-se, única e exclusivamente, no casamento² que, pelo caráter sacramental³ que assumia, era visto como tendencialmente indissolúvel⁴. A existência de famílias monoparentais resultava, maioritariamente, da morte precoce de algum dos membros do agregado familiar⁵ e, quando resultava de um divórcio, não era bem vista pela sociedade⁶.

Deste modo, todas as formas de organização familiar, para além daquelas que tivessem na sua génese o casamento, eram excluídas pelo direito, pelo que não produziam quaisquer efeitos patrimoniais e pessoais para aqueles que viviam em tais condições⁷. Verificava-se, assim, uma predominância do modelo de família nuclear, composta por pai, mãe e filhos⁸, tendencialmente impenetrável a pessoas que não faziam parte deste núcleo⁹.

Naquele tempo, os papéis que cada elemento da família desempenhava encontravam-se marcadamente predefinidos. Enquanto o pai trabalhava e sustentava a casa, a mãe

² No casamento enquanto união entre duas pessoas de sexo diferente.

³ Neste sentido, MATIAS, Carlos “Da Culpa e da Inexigibilidade de Vida em Comum no Divórcio”, *Temas de Direito de Família. Ciclo de Conferências no Conselho Distrital do Porto da Ordem dos Advogados*, sob a direção do Conselho Distrital do Porto da Ordem dos Advogados, Coimbra, Almedina, 1986, (pp. 67-87), p. 71; COSTA, Eva Dias, *Da relevância da culpa nos efeitos patrimoniais do divórcio*, Coimbra, Almedina, 2005, p. 18.

⁴ Isto é, destinado “a subsistir até à morte de um dos cônjuges”, uma vez que “o divórcio era vedado aos que tinham contraído casamento católico e, no caso de ter sido celebrado casamento civil, só podia ser obtido em situações de grave violação dos deveres conjugais”. PINHEIRO, Jorge Duarte, “O Direito da Família”, *Estudos de Direito da Família e das Crianças*, Lisboa, AAFDL, 2015, (pp. 161-170), p. 162.

⁵ OLIVEIRA, Guilherme de, “Precisamos assim tanto do Direito da Família? (Do “Panjurisme” Iluminista ao “Fragmentarische Charakter””, *Lex Familiae – Revista Portuguesa de Direito da Família*, Ano 10, n.º 19, Coimbra, Coimbra Editora, 2013, (pp. 5-21), p.18.

⁶ Precisamente pelo caráter sacramental e indissolúvel que o casamento assumia, o que justifica as reduzidas taxas de divórcio naquele tempo.

⁷ Nomeadamente, “não se previa qualquer efeito patrimonial favorável para aqueles que vivessem em união de facto” e os filhos nascidos fora do casamento “eram discriminados perante os demais (designadamente, na esfera sucessória)”. PINHEIRO, Jorge Duarte, “O Direito da Família”, *Estudos de Direito da Família e das Crianças*, *ob. cit.*, p. 162; GIRARDI, Viviane, “O direito fundamental da criança e do adolescente à convivência familiar, o cuidado como valor jurídico e a adoção por homossexuais”, *Revista do Advogado*, Ano XXVIII, n.º 101, 2008, (pp. 116-123), p. 117.

⁸ Neste sentido, OLIVEIRA, Guilherme de, “Transformações do Direito da Família”, *Comemorações dos 35 Anos do Código Civil e dos 25 Anos da Reforma de 1977*, Vol. I, Coimbra, Coimbra Editora, 2004, (pp. 763-779), p. 763.

⁹ “Fossem eles filhos concebidos fora do matrimónio, fossem eles os companheiros dos pais, fossem eles outras pessoas que fugissem àquele “núcleo duro”. Daí o tratamento dado aos filhos concebidos fora do matrimónio e daí, igualmente, as restritivas regras relativas ao divórcio e as suas consequências legais e sociais”. SILVA, Júlio Barbosa e, “O direito da criança na manutenção das suas relações com terceiros afetivamente significativos: o presente (e uma proposta para o futuro)”, *Revista do CEJ*, Lisboa, Almedina, 2015, (pp. 113-158), p. 116.

dedicava-se à família e à realização das tarefas domésticas¹⁰, competindo-lhe a criação e a educação dos filhos, mas sempre sob a autoridade do marido¹¹, principal detentor do poder paternal¹², a quem mulher e filhos deviam obediência¹³. Predominava, assim, “uma imagem autoritária e distante do pai”¹⁴ que podia, inclusive, recorrer a castigos corporais, quando o filho não respeitasse as suas ordens. Tal leva-nos a constatar que o papel que a criança¹⁵ assumia no seio familiar era bastante diminuto e que o poder paternal era somente visto como um direito, sobretudo do pai, e não como um direito-dever, como acontece nos dias de hoje.

A função da figura paternal e da própria família era a produção e preservação do património familiar, pelo que a importância dos afetos no seio da relação familiar era bastante reduzida ou, até mesmo, inexistente.

Todavia, esta realidade mudou. Após o 25 de abril e a aprovação da Constituição da República Portuguesa (doravante, CRP), a 2 de abril de 1976, o artigo 36.º consagrou importantes alterações a nível familiar. O n.º 1, ao afirmar que “todos têm o direito de constituir família e de contrair casamento em condições de plena igualdade” passa, na nossa opinião, a dar relevo constitucional, não só às uniões de facto, como a outras formas de organização familiar, mesmo que estas famílias não tenham na sua génese o casamento.

A ideia de hierarquia entre os cônjuges desapareceu, uma vez que o mesmo preceito legal reconheceu, no n.º 3, a igualdade entre homem e mulher, onde também ela, à

¹⁰ Neste sentido, COELHO, F. M. Pereira, “Casamento e família no direito português”, *Temas de Direito da Família. Ciclo de Conferências no Conselho Distrital do Porto da Ordem dos Advogados*, sob a direção do Conselho Distrital do Porto da Ordem dos Advogados, Coimbra, Almedina, 1986, (pp. 1-29), p. 11.

¹¹ Neste sentido LEANDRO, Maria Engrácia, “Família em mudança”, *III Encontro Luso- Brasileiro de Bioética: Bioética ou bioéticas na evolução das sociedades*, Centro de Estudos de Bioética, Pólo Açores, Ponta Delgada, 2004, (pp. 57-70), p. 58.

¹² Ou seja, “cabendo o poder paternal a ambos os pais, encontravam-se muito desigualmente repartidos os poderes de exercício que cabiam a um e a outro dos progenitores (...). Ao pai, como chefe de família (...) cabia, ao fim e ao cabo, a quase totalidade daqueles poderes, reduzindo-se os da mãe a uma função meramente consultiva”. DUARTE, Maria de Fátima Abrantes, *O Poder Paternal – Contributo para o Estudo do seu Actual Regime*, Lisboa, AAFDL, 1989, p. 15; Ou, nas palavras de José Carlos Moitinho de Almeida, “Ao pai cabiam as decisões, à mãe ser ouvida e ao filho obedecer”. ALMEIDA, José Carlos Moitinho de, “Efeitos da Filiação”, *Reforma do Código Civil*, Ordem dos Advogados, Lisboa, 1981, (pp. 137-167), p. 140.

¹³ Pois, ainda que a mulher tivesse uma função consultiva, esta função era muito restrita, dado que a lei não impunha ao marido nenhum dever de ouvir a mulher, e mesmo quando esta fosse ouvida, a sua opinião podia ser preterida pelo mesmo.

¹⁴ PINHEIRO, Jorge Duarte, “Novos pais e novos filhos – Sobre a multiplicidade no Direito da Família e das Crianças”, *Estudos de Direito da Família e das Crianças*, Lisboa, AAFDL, 2015, (pp. 401-411), p. 403.

¹⁵ Adota-se a definição de criança prevista no artigo 1.º da Convenção Sobre os Direitos da Criança, cujo preceito legal estabelece: “Nos termos da presente Convenção, criança é todo o ser humano menor de 18 anos, salvo se, nos termos da lei que lhe for aplicável, atingir a maioridade mais cedo”.

semelhança do homem, passa a assumir um papel fundamental na direção da vida familiar, bem como na educação dos filhos. Consagrou também, no n.º 4, o princípio da não discriminação dos filhos nascidos fora do casamento, bem como estipulou, no n.º 5, que “os pais têm o direito e o dever de educação e manutenção dos filhos”, deixando claro que se trata não só de um direito, mas também de um dever.

Também as alterações ao Código Civil (CC), em 1977, levadas a cabo pelo Decreto-Lei n.º 496/77, de 25 de novembro, foram importantíssimas a este nível, indo ao encontro dos princípios consagrados na CRP, reconhecendo a igualdade de direitos e deveres dos cônjuges e determinando que a direção da família pertence a ambos¹⁶ (cfr. artigo 1671.º, n.ºs 1 e 2, do CC). Além disso, o artigo 2020.º, n.º 1, do CC reconheceu, pela primeira vez, “um efeito civil favorável à união de facto”¹⁷ e o artigo 1878.º, n.º 2, do mesmo diploma legal, atenuou “a dimensão autoritária do poder paternal”¹⁸, ao determinar que os pais “de acordo com a maturidade dos filhos, devem ter em conta a sua opinião nos assuntos familiares importantes e reconhecer-lhes autonomia na organização da própria vida”.

As transformações no seio familiar decorreram, sobretudo, da crescente importância da sentimentalização, em que o próprio instituto do casamento passou a assentar no ideal de felicidade, levando ao aumento do número de divórcios, uma vez que a afetividade passou a ser “o único elo que mantém pessoas unidas nas relações familiares”¹⁹. Assim, quando deixa de haver afeto entre os cônjuges, quando a felicidade deixa de reinar, estes não devem permanecer casados contra a sua própria vontade²⁰.

Também a relação entre pais e filhos sofreu grandes alterações, pois além dos filhos terem agora mais autonomia na organização da sua própria vida, tendo em consideração a sua idade e a sua capacidade de discernimento, privilegiou-se o seu superior interesse²¹.

¹⁶ No entendimento de Maria de Fátima Abrantes Duarte, “A aplicação do princípio da igualdade impunha que ambos os pais tivessem igual intervenção no exercício do poder paternal, eliminando a tradicional preponderância do pai sobre a mãe”. DUARTE, Maria de Fátima Abrantes, *O Poder Paternal...*, ob. cit., p. 146.

¹⁷ PINHEIRO, Jorge Duarte, “O Direito da Família”, *Estudos de Direito da Família e das Crianças*, ob. cit., p. 164.

¹⁸ *Id. ibidem*.

¹⁹ LÔBO, Paulo, “Socioafetividade no Direito da Família: a persistente trajetória de um conceito fundamental”, *Escritos de Direito das Famílias: uma perspectiva luso-brasileira*, Coordenação de Maria Berenice Dias e Jorge Duarte Pinheiro, Porto-Alegre, 2008, (pp. 145-163), p. 153.

²⁰ Neste sentido, PEDROSO, João e BRANCO, Patrícia, “Mudam-se os tempos, muda-se a família. As mutações do acesso ao direito e à justiça de família e das crianças em Portugal”, *Revista Crítica de Ciências Sociais*, n.º 82, Coimbra, 2008, (pp. 53-83), p. 62.

²¹ Neste sentido, SALOMÃO, Márcia Poggianela, “O exercício dos direitos de personalidade dos filhos menores em contraposição ao exercício do poder familiar dos pais”, *Escritos de Direito das Famílias: uma*

Impôs-se, também, um dever de respeito pela sua personalidade²², passando o núcleo da relação entre pais e filhos a assentar, sobretudo, na dimensão afetiva²³, ao contrário do que sucedia anteriormente.

Desta forma, tanto o caráter da conjugalidade, como da paternidade deixam de estar ligados a uma hierarquia de papéis e passam a ter no seu centro a relação afetiva²⁴ que existe entre os vários membros de uma família²⁵. A família passa a ser vista como um espaço de cidadãos livres e iguais, respeitando-se a individualidade de cada um²⁶ dos seus membros²⁷, em que a criança assume um papel de destaque e a afetividade passa a ser o valor central das relações familiares²⁸. Além de igualitário, pretende-se, agora, que a família seja um espaço de autorrealização pessoal²⁹.

Consequentemente, podemos afirmar que estamos, hoje, perante várias formas de viver a Família³⁰, uma vez que a importância crescente dos afetos conduziu ao aparecimento de novas configurações familiares, tais como famílias monoparentais,

perspectiva luso-brasileira, Coordenação de Maria Berenice Dias e Jorge Duarte Pinheiro, Porto Alegre, 2008, (pp. 324-344), p. 331.

²² Devendo, agora, os pais dar “assistência moral e psicológica necessária a um adequado desenvolvimento do “eu”, apenas possível com uma *continuidade* de afetividade, pelo menos durante o período de estruturação da personalidade do ser humano”. MILHEIRO, Tiago Caiado, “Obrigação de Indemnização pela Falta de Afecto”, *Lex Familiae – Revista Portuguesa de Direito da Família*, Ano 10, n.º 19, Coimbra, Coimbra Editora, 2013, (pp. 67-93), p. 77.

²³ “Observou-se uma nova visão do menor que conjuga elementos objetivos, como a consciência de seus direitos e da sua posição na família e no mundo, com elementos subjetivos como a afetividade e emotividade”. DELANHEZE, Daniele Gervazoni, “Uma Visão Intimista do Direito de Visita dos Avós Construída sob os Pilares da Família Moderna e do Novo Relacionamento entre Pais e Filhos”, *Estudos Sobre o Direito das Pessoas*, Coordenação de Diogo Leite Campos, Coimbra, Almedina, 2007, (pp. 71-86), p. 79.

²⁴ Hoje, “a palavra “família” lembra sobretudo “afectos” (...) Diz mais respeito ao coração do que à razão”. JEMOLO, Arturo Carlo, “La famiglia e il Diritto”, texto de conferência proferida em 1949, *Pagine Sparse di Diritto e Storiografia*, Milão, Giuffrè, 1957, (pp. 222-241), p. 222.

²⁵ No mesmo sentido DUARTE, Maria de Fátima Abrantes, *O Poder Paternal...*, *ob. cit.*, p. 48.

²⁶ Ora, segundo Diogo Leite de Campos, “ao abrir-se na família o espaço para o livre desenvolvimento da personalidade de cada um, abre-se a possibilidade (e a “necessidade”) de que esse novo relacionamento seja afectivo e solidário”. CAMPOS, Diogo Leite de, “O Direito da Família: Relações de Associação”, *Galileu – Revista de Economia e Direito*, Lisboa, Vol. XIV, n.º 2, 2009/ Vol. XV, n.º 1, 2010, (pp. 67-94), p. 83.

²⁷ Neste sentido, ROCHA, Gelásio, “Os direitos de família e as modificações das estruturas sociais a que respeitam”, *Temas de Direito de Família. Ciclo de Conferências no Conselho Distrital do Porto da Ordem dos Advogados*, sob a direção do Conselho Distrital do Porto da Ordem dos Advogados, Coimbra, Almedina, 1986, (pp. 31-66), p. 42.

²⁸ A família passa a ser um “conceito de relação, que envolve, laços psicológicos, de afeto e intimidade entre seus membros”. GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da, “Função Social da Família e Jurisprudência Brasileira”, *Família e Solidariedade – Teoria e Prática do Direito de Família*, Coordenação de Rodrigo da Cunha Pereira, Rio de Janeiro, IBDFAM, Lumen Juris, 2008, (pp. 181-201), p. 197.

²⁹ No mesmo sentido COELHO, F. M. Pereira, “Casamento e família no direito português”, *ob. cit.*, p. 10.

³⁰ Ou, nas palavras de António José Fialho, “novas formas de viver a conjugalidade, a parentalidade, a procriação, a reconstrução familiar, o papel das famílias alargadas e a conciliação do trabalho com a família, enfim, «novas famílias»”. FIALHO, António José, “(Novos) desafios para os juizes das famílias e das crianças”, *Julgar*, n.º 24, Lisboa, 2014, (pp. 11-27), p. 21.

reconstituídas, homossexuais, que optam por adotar uma ou várias crianças ou por recorrer a técnicas de reprodução medicamente assistida ou a uma gestação de substituição^{31 32}; famílias unidas de facto, com ou sem filhos; famílias de acolhimento; famílias adotivas; etc.³³.

Atualmente, perante estas várias formas de organização familiar, é difícil dar uma definição de família. A própria definição que nos é dada pelo Dicionário da Língua Portuguesa³⁴, que define família como “conjunto de pessoas com relação de parentesco que vivem juntas; agregado familiar; grupo de pessoas formado pelos progenitores e seus descendentes; linhagem; estirpe; conjunto de pessoas do mesmo sangue ou parentes por aliança; grupo de pessoas unidas pelo vínculo do casamento, afinidade ou adoção; grupo de pessoas com origem, ocupação, ou outra característica em comum; raça, (...)”, parece ser insuficiente para abarcar os vários fenómenos familiares³⁵ com que nos podemos deparar nos dias de hoje. Presentemente podemos ter tantas definições de família como vivências nesse seio³⁶, isto é, para cada um de nós pode haver um conceito de família distinto.

³¹ Que, de acordo com o artigo 8.º, n.º 1, da Lei da Procriação Medicamente Assistida, consiste em “qualquer situação em que a mulher se disponha a suportar uma gravidez por conta de outrem e a entregar a criança após o parto, renunciando aos poderes e deveres próprios da maternidade”.

³² Nestes casos, a criança pode ser legalmente considerada como filha do casal ou apenas de um dos elementos do mesmo.

³³ Neste sentido, SOARES, Maria Lúcia de Barros, “Família digo, famílias...”, *III Encontro Luso-Brasileiro de Bioética: Bioética ou bioéticos na evolução das sociedades*, Centro de Estudos de Bioética, Pólo Açores, Ponta Delgada, 2004, (pp. 47-56), p. 47; GUERRA, Paulo e BOLIEIRO, Helena, “Os Novos Rumos do Direito da Família e das Crianças e Jovens”, *I Congresso de Direito da Família e das Crianças: A criança e a família no colo da lei – as causas não se medem aos palmos*, Coordenação de Paulo Guerra, Coimbra, Almedina, 2016, (pp. 283-317), p. 286; BOLIEIRO, Helena “O Direito da Criança a uma Família: Algumas Reflexões”, *Estudos em Homenagem a Rui Epifânio*, Coordenação de Armando Leandro, Álvaro Laborinho Lúcio e Paulo Guerra, Coimbra, Almedina, 2010, (pp. 99-109), p. 106; FRANCO, Natália Soares, “O cuidado nos processos de adoção”, *Cuidado e Afetividade: projeto Brasil/Portugal – 2016-2017*, organizado por Tânia Silva Pereira, António Carlos Mathias Coltro e Guilherme de Oliveira, São Paulo, Atlas, 2017, (pp. 395-406), p. 398.

³⁴ PERFEITO, Abílio Alves Bonito *et. al.*, *Dicionário da Língua Portuguesa*, Ed.ª revista e atualizada, Porto Editora, 2015, p. 708.

³⁵ O que levou o TEDH a proceder ao alargamento da noção de vida familiar, seguindo os “critérios da afectividade dos laços interpessoais e da aparência de família, que atendem à existência de coabitação, à dependência financeira, e, sobretudo, aos laços de afectividade, efectivamente vividos, independentemente dos laços formais e biológicos”. Assim, “No que diz respeito às relações entre adultos cuidadores e crianças, a relevância crescente da relação afectiva tem conduzido não só ao reconhecimento de novas formas de família, mesmo na ausência de laço biológico, como também à afirmação de que a relação biológica, só por si, é insuficiente para integrar o conceito de vida familiar protegido pelo art. 8º da CEDH”. SOTTOMAYOR, Maria Clara, *Regulação do Exercício das Responsabilidades Parentais nos Casos de Divórcio*, 6.ª Ed.ª, reimpressão, revista, aumentada e atualizada, Coimbra, Almedina, 2016, p. 86.

³⁶ SILVA, Júlio Barbosa e, “O direito da criança na manutenção das suas relações com terceiros afetivamente significativos...”, *ob. cit.*, p. 114.

Mas, uma coisa é certa: perante os novos fenómenos familiares não podemos deixar de verificar que, hodiernamente, o “traço diferenciador do direito da família é o afeto”³⁷, e que “é a vontade dos membros que a compõem e não a vontade do legislador quem define o novo conceito de família”³⁸. Ao legislador compete o papel de observar e regular estas novas realidades familiares, de forma a que o direito se adequa às mesmas.

Apesar da inexistência de uma definição unânime do que possa ser uma família, todos consideramos ou temos presente que é a família, independentemente da sua forma de constituição, quem molda, mais intensamente, a personalidade de uma criança. É com base nesta realidade que Madalena Alarcão afirma que “é com os Outros que a criança cresce e desenvolve todo o seu potencial”³⁹, ou seja, o adulto que a criança será no futuro dependerá, em grande medida, daquilo que viveu durante a sua infância e juventude e, principalmente, dos adultos e da qualidade da sua relação com os mesmos⁴⁰ ao longo desta fase da sua vida⁴¹. E não podemos esquecer que são vários os adultos que podem estabelecer uma relação afetiva de qualidade e significativa com a criança, assumindo muitas vezes um papel de cuidadores⁴².

Na sociedade contemporânea, frequentemente, após uma separação, divórcio ou dissolução de uma união de facto, muitas pessoas voltam a constituir família⁴³, levando

³⁷ DIAS, Maria Berenice, *Manual de Direito das Famílias*, 4.ª Ed.ª revista, atualizada e ampliada, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2007, p. 41.

³⁸ SILVA, Júlio Barbosa e, “O direito da criança na manutenção das suas relações com terceiros afetivamente significativos...”, *ob. cit.*, p. 119.

³⁹ ALARCÃO, Madalena, “A importância das relações afetivas da criança no desenvolvimento da sua personalidade”, *A Tutela Cível do Superior Interesse da Criança*, Tomo III, CEJ, 2014, (pp.67-99), p. 81, disponível em <http://www.cej.mj.pt>, última consulta a 03-01-2018.

⁴⁰ Ou, nas palavras de João Seabra Diniz, “a vida emocional das crianças depende das pessoas com quem ela vive, e estas pesam no seu destino muito mais por aquilo que são, pela qualidade da sua vida afectiva, do que pelos actos materiais que praticam na prestação de cuidados”, o que leva o mesmo Autor a considerar que “o destino das crianças são os adultos que encontram à sua volta quando vêm a este mundo”. DINIZ, João Seabra, “Família lugar dos afectos”, *Estudos em Homenagem a Rui Epifânio*, Coordenação de Armando Leandro, Álvaro Laborinho Lúcio e Paulo Guerra, Coimbra, Almedina, 2010, (pp. 143-162), p. 160.

⁴¹ Neste sentido, SZYMANSKY, Heloisa, “Viver em Família como Experiência de Cuidado Mútuo”, *Revista Serviço Social e Sociedade*, n.º 71, São Paulo, 2002, (pp. 9-25), p. 12; SILVA, Júlio Barbosa e, “O direito da criança na manutenção das suas relações com terceiros afetivamente significativos...”, *ob. cit.*, p. 120.

⁴² No mesmo sentido DINIZ, João Seabra, *Este meu filho que eu não tive: a adopção e os seus problemas*, 2.ª Ed.ª, Porto, Edições Afrontamento, 1997, p. 56.

⁴³ Para uma definição de famílias reconstituídas ou recompostas ver MAZZONI, Silvia, “Le famiglie ricomposte : dall'arrivo dei nuovi partners alla costellazione familiare ricomposta”, *Il diritto di famiglia e delle persone*, Vol. XXVIII, n.º 1, Milano, 1999, (pp. 369-384), p. 373; MAURO, Antonio de, “Le famiglie ricomposte”, *Famiglia: Rivista di diritto della famiglia e delle successioni in Europa*, n.ºs 4 e 5, Milano, 2005, (pp. 767-775), p. 767; PINHEIRO, Jorge Duarte, “Ideologias e ilusões no regime jurídico do divórcio e das responsabilidades parentais”, *Estudos de Direito da Família e das Crianças*, Lisboa, AAFDL, 2015, (pp. 283-300), p. 295; TUPINAMBÁ, Roberta, “Os princípios do cuidado e da afetividade à luz das famílias recompostas”, *Cuidado e Afetividade: projeto Brasil/Portugal – 2016-2017*, organizado por Tânia Silva

consigo os seus filhos. Nesse caso, a criança passa a habitar com uma nova família constituída por um dos seus pais, o seu novo companheiro ou cônjuge e filhos, e com os meios-irmãos que eventualmente possam nascer desta nova união⁴⁴. Emergem, deste modo, novas formas de relação entre irmãos, meios-irmãos, filhos do padrasto ou madrasta, entre padrasto ou madrasta com os seus enteados, já para não falar das relações que a criança estabelece com os “quase avós”, os “quase tios e tias”, os “quase primos e primas”, etc.⁴⁵.

Perante a reconstituição destas famílias, não podemos ficar indiferentes às relações afetivas significativas que os vários membros, que passam a constituir estas famílias, criam entre si. Muitas vezes, a criança encara o padrasto ou a madrasta como uma verdadeira figura parental⁴⁶, devido ao papel que estes adultos acabam por desempenhar, em termos sociais e afetivos, na vida daquela criança⁴⁷, devido, sobretudo, à convivência diária entre ambos e, principalmente, quando a figura parental ausente demonstra um desinteresse em manter o contato com o filho.

Mas, mesmo que a figura parental que não reside diariamente com a criança tenha um papel ativo na sua vida, a criança acaba por estabelecer igualmente uma relação afetiva significativa com o padrasto ou com a madrasta. O mesmo pode suceder, não só com os filhos que nascem desta nova reconstituição familiar, os chamados “meios-irmãos”, como também com os filhos do padrasto ou da madrasta que, não tendo qualquer vínculo biológico que os una, podem considerar-se verdadeiros irmãos, acabando por estabelecer uma relação afetiva de grande importância⁴⁸.

Pereira, Antônio Carlos Mathias Coltro e Guilherme de Oliveira, São Paulo, Atlas, 2017, (pp. 527-545), p. 534.

⁴⁴ “Gera-se aqui uma complexidade de relações familiares que compromete, de modos diferenciados, os pais, os filhos, os padrastos, as madrastas, os enteados e os filhos comuns que venham a nascer das novas uniões”. LEANDRO, Maria Engrácia, “Família em mudança”, *ob. cit.*, p. 58.

⁴⁵ LEANDRO, Maria Engrácia, “Laços Familiares em Questão: Antinomias nas Sociedades Hipermodernas”, *Laços Familiares e Sociais*, Coordenação de Maria Engrácia Leandro, PsicoSoma, Viseu, 2011, (pp. 95-115), p. 97; CHEVRAND, Márcia, “A mudança como instrumento afetivo do cuidado”, *Cuidado e Afetividade: projeto Brasil/Portugal – 2016-2017*, organizado por Tânia Silva Pereira, Antônio Carlos Mathias Coltro e Guilherme de Oliveira, São Paulo, Atlas, 2017, (pp. 357-365), p. 359.

⁴⁶ É com base nesta e em outras realidades que Antônio Coltro afirma que “a relação jurídica da filiação se constrói também a partir de laços afetivos e de solidariedade humana entre pessoas geneticamente estranhas que estabelecem vínculos que em tudo se equiparam àqueles existentes entre pais e filhos ligados por laços de sangue”. Neste sentido, “não importa quem é o ‘genitor’, mas quem é o ‘pai’, aquele que dá carinho, protege, abraça, conforta, ama”. COLTRO, Antônio C. Mathias, “A socioafetividade sob a ótica jurisprudencial”, *Revista do Advogado*, Ano XXXI, n.º 112, 2011, (pp. 18-29), p. 20.

⁴⁷ Neste sentido OLIVEIRA, Guilherme de, “O sangue, os afetos e a imitação da natureza”, *Lex Familia* – *Revista Portuguesa de Direito da Família*, Ano 5, n.º 10, Coimbra, Coimbra Editora, 2008, (pp. 5-16), p. 12.

⁴⁸ Neste sentido MATOS, Ana C. H., “Novas Entidades Familiares e seus Efeitos Jurídicos”, *Família e Solidariedade – Teoria e Prática do Direito de Família*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2008, (pp. 35-48),

Da evolução da família à importância crescente dos afetos

As famílias reconstituídas, pautam-se, essencialmente, pelo afeto que existe entre os vários membros da família, porque, muitas vezes, o único elo que liga estas pessoas é o elo afetivo⁴⁹, uma vez que não existe qualquer vínculo biológico ou jurídico.

No entanto, existem situações, para além do fenómeno das famílias reconstituídas, que levam a criança a desenvolver laços afetivos fortes e significativos com outros parentes, para além dos irmãos e dos avós, e até mesmo com terceiros⁵⁰.

Por um lado, existem situações em que a criança, mesmo que habite com os pais, passa grande parte do dia com um tio(a), ou até mesmo com os padrinhos, enquanto o pai ou a mãe se encontram a trabalhar, acabando por estabelecer uma relação afetiva significativa com eles. O mesmo pode suceder, por exemplo, com uma ama ou uma vizinha que toma conta da criança na ausência dos pais.

Por outro lado, os fenómenos migratórios levam muitas famílias, particularmente, num momento de adaptação, a deixar as crianças a viver com outros parentes, como os tios e, por vezes, até com pessoas que, embora não sejam da família, são consideradas como tal, acabando estas pessoas por ter a guarda de facto destas crianças durante um determinado período de tempo. Assim, como há crianças, que embora convivam com os pais todos os dias, vivem com familiares, como por exemplo os avós, devido à conveniência de horários, transportes, distância da escola, acabando por passar mais tempo em casa destes familiares do que na sua própria casa⁵¹.

Também podem existir situações em que os pais, devido a problemas de vários níveis, colocam a criança numa situação de perigo, fazendo com que estes fiquem ao cuidado de terceiros, designadamente, da família alargada, como os avós ou tios, ou de outras figuras de referência, como os padrinhos ou pessoas idóneas da comunidade. A solução pode

p.44; LEANDRO, Maria Engrácia, “Laços Familiares em Questão: Antinomias nas Sociedades Hipermodernas”, *ob. cit.*, pp. 110 e 111; PEREIRA, Margarida Silva, *Direito da Família: Elementos de Estudo*, Lisboa, AAFDL, 2013, p. 69.

⁴⁹ Nas famílias reconstituídas, a “multiplicidade de vínculos familiares vem definida, de modo excepcional, pelo amor e pela afetividade, diferentemente da família clássica onde a vinculação pelos laços consanguíneos, com ou sem afeto, predomina. O elemento afetivo é indispensável para a subsistência” destas famílias. FERREIRA, Jussara S. A. B. Nasser e RÖRHMANN, Konstanze, “As Famílias Pluriparentais ou Mosaicos”, *Família e Dignidade Humana: Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família*, Coordenação de Rodrigo da Cunha Pereira, São Paulo, IOB Thomson, 2006, (pp. 507-529), p. 511.

⁵⁰ “Há situações em que outros adultos, eventualmente não familiares, podem surgir na vida da criança ou do jovem e desempenhar um papel muito relevante na reorganização das suas experiências de vinculação. Estão neste caso professores, tutores, treinadores, entre outros; pessoas que se oferecem não só como figuras de referência, mas, e sobretudo, como relações privilegiadas que cuidam, apoiam, reasseguram e orientam a criança ou o jovem que delas se aproxima e se deixa progressivamente cativar”. ALARCÃO, Madalena, “A importância das relações afetivas da criança...”, *ob. cit.*, p. 80.

⁵¹ No mesmo sentido, CORDEIRO, Mário, *Crianças e Famílias num Portugal em Mudança*, Lisboa, Ensaio da Fundação, 2015, p. 31.

também passar por uma família de acolhimento que, durante um certo período de tempo, dedica a sua vida àquela criança, tratando-a como se fosse sua filha. Em todos estes casos acabam por se estabelecer laços afetivos semelhantes aos da filiação.

2. A importância da manutenção das relações afetivas e a relevância jurídica do afeto

De um modo geral, as novas formas de organização familiar levam-nos a encarar a família enquanto comunidade de afetos e a perceber o quão importantes estes são. De facto, os afetos desempenham um papel fundamental ao longo de toda a nossa vida, visto contribuírem para o nosso bem-estar e felicidade⁵², influenciando o nosso desenvolvimento⁵³. Mas é na infância e na adolescência que a personalidade dos indivíduos se constrói e se desenvolve, por isso, é muito importante que a criança cresça num ambiente afetivo, saudável e equilibrado⁵⁴.

Como sabemos, quando uma criança nasce depende, por completo, de um adulto, que vai responder a todas as suas necessidades, designadamente, às necessidades afetivas, de alimentação, de proteção, etc., criando uma relação de vinculação que, para ser segura, exige a presença de fortes ligações emocionais entre a criança e a(s) figura(s) primária(s) de referência⁵⁵, ligações estas que devem ser estáveis e duradouras⁵⁶. Estas relações de vinculação, quando são de qualidade, isto é, quando são marcadas por sentimentos de carinho, amor, admiração, apoio, criam na criança um sentimento de segurança, confiança

⁵² Pois, de acordo com Márcia Chevrant, “São os laços afetivos e através deles os cuidados afetivos que temos uns com os outros, que vão lançar as sementes para a felicidade”. CHEVRAND, Márcia, “A mudança como instrumento afetivo do cuidado”, *ob. cit.*, p. 359. Também Maria Clara Sottomayor salienta que “o aspecto afetivo e emocional da vida é decisivo para o desenvolvimento e para a felicidade individual”. SOTTOMAYOR, Maria Clara, *Temas de Direito das Crianças*, Coimbra, Almedina, 2014, pp. 318 e 319.

⁵³ Realçando a importância dos afetos, João Seabra Diniz afirma mesmo que “os afectos são o que há de mais importante nas relações humanas e o que torna grande ou trágica a vida dos homens”. DINIZ, João Seabra, “Família lugar dos afectos”, *ob. cit.*, p. 147.

⁵⁴ RAMIÃO, Tomé D’Almeida, *Lei de Proteção de Crianças e Jovens em Perigo*, Anotada e Comentada, 7.^a Ed.^a (revista e atualizada), Lisboa, Quid Juris, 2014, p. 41.

⁵⁵ Aliás, para Almiro Rodrigues, os afetos são de tal modo importantes, que o levam a afirmar que que “os pais biológicos apenas cumprirão os seus deveres legais para com o filho se o adoptarem afectivamente, isto é, se forem também pais afectivos”, uma vez que “A satisfação das necessidades afectivas é tanto ou mais importante do que a satisfação das necessidades biológicas”. RODRIGUES, Almiro, “Direitos da Criança: o legislado e o vivido”, *Infância e Juventude*, n.º 3, Lisboa, 1994, (pp.37-63), pp. 54 e 55.

⁵⁶ Como refere Eva Dias Costa, “o papel das relações afectivas pessoais e duradouras que se estabelecem no seio da família na socialização primária - da criança - e do eu adulto é essencial. É o amor gratuito e incondicional que se gera no seio da família que permite o desenvolvimento da confiança do indivíduo indispensável à descoberta da sua identidade, unidade e estabilidade”. COSTA, Eva Dias, *Da relevância da culpa nos efeitos patrimoniais do divórcio*, *ob. cit.*, p. 43.

e autoestima, que contribuirão para o seu bem-estar emocional⁵⁷, bem como para o seu desenvolvimento intelectual e cognitivo⁵⁸.

Além disso, quando uma criança nasce e se desenvolve rodeada de relações afetivas fortes e significativas será, certamente, uma criança mais feliz. Tal influenciará o seu comportamento, a sua maneira de ver o mundo que a rodeia e, sobretudo, a sua maneira de viver e interagir com os outros, uma vez que, no futuro, aquela criança será uma pessoa mais afetuosa, capaz de comunicar e de compreender, não só os seus sentimentos, mas também os dos outros, o que facilitará a sua capacidade de desenvolver relações de amizade com outras pessoas.

Assim, não podemos deixar de afirmar que as relações de afeto são uma condição essencial para a sobrevivência emocional das crianças e que são estas relações de afeto que vão servir de suporte para as suas ansiedades, medos e receios⁵⁹. No fundo, o que as crianças precisam é de amar e de se sentirem amadas⁶⁰.

Tendo em consideração as alterações ocorridas no seio familiar, estas relações de vinculação podem surgir quer em relação aos pais, quer em relação a outros familiares⁶¹ ou terceiros.

De facto, como podemos constatar pelos exemplos referidos no título anterior, ao longo do seu desenvolvimento, mesmo que a criança esteja ao cuidado e responsabilidade de ambos ou de apenas um dos pais, estabelece relações afetivas fortes e significativas com diversas pessoas⁶². Estas pessoas, sejam elas avós, tios, primos, padrinhos, amigos, vizinhos, padrastos, amas, famílias de acolhimento, podem assumir um papel

⁵⁷ Pelo contrário, “crianças cujos relacionamentos não envolvam afetos e vínculos bem-sucedidos, tendem a desenvolver vinculações inseguras e expectativas negativas acerca de si próprias e dos outros com repercussões ao longo da vida”. GASPARD, João Pedro, “A importância dos cuidadores de crianças acolhidas: afeto e vínculos”, *Cuidado e Afetividade: projeto Brasil/Portugal – 2016-2017*, organizado por Tânia Silva Pereira, Antônio Carlos Mathias Coltro e Guilherme de Oliveira, São Paulo, Atlas, 2017, (pp. 203-209), p. 206.

⁵⁸ Neste sentido, CRUZ, Orlando, “Que parentalidade?”, *A Tutela Cível do Superior Interesse da Criança*, Tomo III, CEJ, 2014, (pp. 101-135), pp. 108 e 109, disponível em <http://www.cej.mj.pt>, última consulta a 03-01-2018.

⁵⁹ No mesmo sentido, PEREIRA, Tânia da Silva, “O direito fundamental à convivência familiar e a guarda compartilhada”, *Lex Familiae: Revista Portuguesa de Direito da Família*, Ano 6, n.º 11, Coimbra, Coimbra Editora, 2009, (pp. 21-30), p. 22.

⁶⁰ Porque “mais importante do que a estrutura familiar é a existência de um ambiente afetivo, tranquilo e promotor do bem-estar, com figuras de referência, com limites e um ensino/aprendizagem baseado na ética, na excelência, mas com o afeto e envolvimento que só o amor pode incluir”. CORDEIRO, Mário, *Crianças e Famílias num Portugal em Mudança*, ob. cit., p. 24.

⁶¹ Familiares estes que podem não apresentar qualquer vínculo biológico ou jurídico em relação à criança.

⁶² MACIEL, Kátia L. A., “Reflexões sobre as referências afetivas da criança e do adolescente institucionalizados a partir de sua própria narrativa”, *Cuidado e Afetividade: projeto Brasil/Portugal – 2016-2017*, organizado por Tânia Silva Pereira, Antônio Carlos Mathias Coltro e Guilherme de Oliveira, São Paulo, Atlas, 2017, (pp. 211-243), p. 219.

fundamental na educação, no bem-estar físico, emocional e afetivo daquela criança, acabando por se tornar adultos significativos para ela⁶³.

Quando a relação que se estabelece entre a criança e um adulto é significativa, afigura-se crucial assegurar a manutenção destas relações, sob pena de causar perturbações psicológicas nas crianças, que lhes poderão provocar sentimentos de angústia, sofrimento, depressões e até alterações no seu comportamento. Todos estes sentimentos negativos refletir-se-ão no desenvolvimento da sua personalidade e no seu bem-estar, bem como na sua saúde, segurança e educação, o que não será de todo benéfico para a criança, pelo que a mesma deve ter o direito a manter estas relações afetivas⁶⁴.

Tendo em consideração as realidades de que falamos, bem como a importância que as relações afetivas e a sua manutenção representam na vida das nossas crianças, existem já alguns diplomas que dão relevância jurídica ao afeto, bem como ao primado da manutenção das relações afetivas.

A Declaração Universal dos Direitos da Criança foi o primeiro diploma a consagrar, expressamente, a importância que os afetos e a sua manutenção desempenham na vida da criança e no seu desenvolvimento pleno, ao estabelecer, no artigo 6.º, que “a criança precisa de amor e compreensão para o pleno e harmonioso desenvolvimento da sua personalidade. Na medida do possível, deverá crescer com os cuidados e sob a responsabilidade dos seus pais e, em qualquer caso, num ambiente de afecto e segurança moral e material...”.

O legislador nacional também reconheceu a importância que os afetos e as relações afetivas fortes e significativas têm na vida das nossas crianças, independentemente da existência ou não de um vínculo biológico. Mesmo antes do 25 de abril e da aprovação da CRP, a 2 de abril de 1976, em que o Direito da Família sofreu grandes alterações, como já referimos anteriormente, o legislador deu importância ao afeto. Fê-lo no CC de

⁶³ No entendimento de João Seabra Diniz, “Os adultos tornam-se significativos para a criança porque esta começou por ser significativa para eles. É esta a dinâmica afectiva dos adultos que cria um espaço psíquico no qual a criança se sente acolhida de uma forma consonante com as suas necessidades físicas e psicológicas”. DINIZ, João Seabra, “Família lugar dos afectos”, *ob. cit.*, p. 159.

⁶⁴ Neste sentido, BERGER, Maurice, *A criança e o sofrimento da separação* (tradução portuguesa do original *L'Enfant et la souffrance de la séparation*, Paris, 1997), Lisboa, 2003, p. 72; *O Superior Interesse da Criança na perspectiva do respeito pelos seus direitos*, Coordenação de Cristina Andrade Funico e José Brito Soares, 2.ª Ed.ª, Lisboa, Instituto de Apoio à Criança, 2009, p. 7; SOTTOMAYOR, Maria Clara, “Liberdade de opção da criança ou poder do progenitor? – comentário ao acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 31 de Outubro de 2007”, *Lex Familia: Revista Portuguesa de Direito da Família*, Ano 5, n.º 9, Coimbra, Coimbra Editora, 2008, (pp. 53-64), p. 62; ROCHA, Dulce, “Os 25 anos da Convenção sobre os Direitos da Criança”, *Direito da Família e Direito dos Menores: que Direitos no século XXI?*, Coordenação de Maria Eduarda Azevedo e Ana Sofia Gomes, Lisboa, Universidade Lusíada Editora, 2014, (pp. 9-13), p. 10.

1966, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 47344, de 25 de novembro de 1966, ao determinar, no artigo 1931.º, n.º 1, do CC, que o tutor deveria ser escolhido entre parentes, afins ou pessoas que de facto tenham cuidado ou estejam a cuidar da criança ou tenham por ela demonstrado afeição, dando, assim, relevância jurídica ao afeto, através do vínculo da tutela.

Foi também, no CC de 1966, que o legislador consagrou a possibilidade de adoção, dando aqui, não só relevância jurídica ao afeto, como uma certa prevalência das relações afetivas em detrimento das relações biológicas no que diz respeito ao vínculo de adoção plena. Isto porque, sendo adotada plenamente, a criança deixava de ter qualquer ligação ou contacto com a família biológica, mesmo contra a vontade dos seus progenitores⁶⁵.

Atualmente, podemos afirmar que a importância dos afetos e da sua manutenção está prevista nacional e internacionalmente. A nível internacional temos, desde logo, a Convenção das Nações Unidas Sobre os Direitos da Criança⁶⁶ (CDC) e a Convenção Sobre as Relações Pessoais Relativas às Crianças⁶⁷. Na legislação nacional, a importância dos afetos e a manutenção das relações afetivas surgem na CRP, no CC, na Lei de Proteção de Crianças e Jovens em Perigo (LPCJP), na Lei da Procriação Medicamente Assistida, no Regime de Execução do Acolhimento Familiar (REAF), no Regime Jurídico do Apadrinhamento Civil (RJAC), e no Regime Jurídico do Processo de Adoção (RJPA).

A nível internacional, a CDC, para além de apelar fortemente, no seu preâmbulo, ao afeto, à vida em ambiente familiar e ao amor⁶⁸, consagrou no artigo 6.º, n.º 2, o direito ao desenvolvimento da criança, entendido num sentido amplo, ou seja, um direito da criança ao desenvolvimento físico, mental, afetivo, emocional, cognitivo, social e cultural⁶⁹, tal como previsto no artigo 27.º, n.º 1, da CDC. Além disso, o artigo 8.º, n.º 1, desta Convenção prevê o direito da criança a preservar as suas relações familiares, o que, na

⁶⁵ O que leva Guilherme de Oliveira a afirmar que “A circunstância de a adoção se impor contra a família biológica tem acrescentado a ideia de que os afectos são um suporte tão firme como a descendência biológica; e até mais firme e conveniente, pois ela constitui o meio de retirar a criança do perigo em que a sua família biológica a colocou, para lhe dar uma vida mais segura”. OLIVEIRA, Guilherme de, “O sangue, os afetos e a imitação da natureza”, *ob. cit.*, p. 8.

⁶⁶ Adotada e aberta à assinatura, ratificação de adesão pela Resolução n.º 44/25 da Assembleia Geral das Nações Unidas, de 20 de novembro de 1989. Acolhida pela ordem jurídica nacional pela Resolução da Assembleia da República n.º 20/90, de 8 de junho de 1990 e pelo Decreto do Presidente da República n.º 49/90, de 12 de setembro.

⁶⁷ Convenção assinada por Portugal, a 15 de maio de 2003, com uma reserva de declaração, disponível em <https://www.coe.int>, última consulta a 03-01-2018.

⁶⁸ Neste sentido, ROCHA, Dulce, “Os 25 anos da Convenção sobre os Direitos da Criança”, *ob. cit.*, p. 9.

⁶⁹ ALBUQUERQUE, Catarina de, “O princípio do interesse superior da criança”, *A Tutela Cível do Superior Interesse da Criança*, Tomo III, CEJ, 2014, (pp. 183-218), p. 190, disponível em <http://www.cej.mj.pt>, última consulta a 03-01-2018.

nossa opinião, engloba o direito da criança a manter as relações afetivas não só com os seus pais, como com os demais familiares e até com pessoas que, apesar da inexistência de laço biológico ou consanguíneo, fazem parte da sua família, como por exemplo, o padrasto/madrasta, uma família de acolhimento, os padrinhos católicos⁷⁰, entre outros.

Por sua vez, a Convenção Sobre as Relações Pessoais Relativas às Crianças, assinada pelo Conselho da Europa, em Estrasburgo, a 15 de maio de 2003, é uma Convenção importantíssima no que respeita à salvaguarda do direito da criança a conviver com os seus pais e com outros familiares. Ora, de acordo com o artigo 5.º, n.º 1, desta Convenção, quando tal corresponda ao superior interesse da criança, podem-se estabelecer relações pessoais entre a criança e outras pessoas, para além dos pais, que tenham laços familiares com a criança. Nos termos do artigo 2.º, *al. d*), “«laços familiares» significa uma relação próxima de tipo familiar, como a existente entre uma criança e os seus avós ou irmãos, emergentes da lei ou de uma relação familiar de facto”. Houve, desta forma, uma preocupação por parte do Conselho da Europa em tutelar, de certa forma, as relações pessoais da criança com outras pessoas com quem a mesma estabeleceu laços afetivos, que podem ter surgido também de laços familiares de facto, tal como protegido pelo artigo 8.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem (CEDH).

No entanto, o artigo 5.º, n.º 2, desta Convenção também prescreve que “os Estados Partes são livres de estender esta disposição a outras pessoas para além daquelas que estão mencionadas no parágrafo 1 e, quando estendida, os Estados podem decidir livremente quais os aspetos do contacto, conforme definido no artigo 2.º”. Esta norma acabou por conceder, aos Estados-Membros, um certo poder discricionário para determinar quem são as pessoas que poderão, à luz da legislação nacional, conviver com a criança, ou seja, deixa a cargo dos Estados-Membros, o poder de alargar, ou não, esta possibilidade a outras pessoas que tenham vínculos pessoais próximos com a criança, ainda que não tenham uma ligação familiar com a mesma⁷¹.

Ao nível nacional, a tutela do afeto e da continuidade das relações afetivas surge, desde logo, na CRP, nomeadamente, através do princípio da dignidade da pessoa

⁷⁰ Que nem sempre são familiares biológicos da criança.

⁷¹ Neste sentido pronunciaram-se Andreia Martins, Bruno Alcarva e Débora Marques, ao afirmarem “So, Member States have some discretion to determine the persons who are regarded by national law, namely to extend this possibility of contact to persons having close personal links with the child without family ties”. MARTINS, Andreia, ALCARVA, Bruno and MARQUES, Débora, “Children in post-modern families: the right of children to have contact with attachment figures”, *Themis 2017*, 32.º Concurso de Formação de Magistrados, CEJ, 2017, (pp. 53-83), p. 59, disponível em <http://www.cej.mj.pt>, última consulta a 03-01-2018.

humana⁷², previsto no artigo 1.º, da nossa Lei Fundamental. Este é um princípio fundamental na regulação das relações familiares, que impõe aos pais ou aos detentores das responsabilidades parentais, o dever de respeitar o desenvolvimento da personalidade da criança⁷³, o que, na nossa opinião, só é possível se as crianças não forem privadas de conviver com as pessoas com quem tenham estabelecido uma especial relação afetiva. Esta tutela também resulta do artigo 26.º, n.º 1⁷⁴, que consagra o direito ao desenvolvimento da personalidade, abarcando, deste modo, a importância dos afetos, por estes influenciarem, em grande medida, o desenvolvimento da personalidade da criança, assim como do artigo 69.º, n.º 1, que acentua o direito da criança ao seu desenvolvimento integral⁷⁵.

No CC, para além do vínculo da tutela, que continua a considerar as relações afetivas da criança para determinar o tutor (cfr. artigo 1931.º, n.º 1), o afeto é também tutelado em vários preceitos legais. O artigo 70.º, ao proteger, no seu n.º 1, a personalidade física ou moral dos indivíduos, está de certa forma a tutelar as suas relações afetivas, uma vez que estas relações contribuem para o desenvolvimento da personalidade dos indivíduos, nomeadamente, das crianças⁷⁶. O afeto e a manutenção dos vínculos afetivos também são considerados nos casos de confiança com vista a futura adoção, dado que nos termos do artigo 1978.º, n.º 1, “o tribunal pode confiar o menor (...) quando não existam ou se encontrem seriamente comprometidos os vínculos afetivos próprios da filiação”, o que significa que se existir uma forte relação afetiva entre a criança e os seus pais, tal medida

⁷² Neste sentido, BARROS, Sérgio Resende de, “A Tutela Constitucional do Afeto”, *Família e Dignidade Humana: Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família*, Coordenação de Rodrigo da Cunha Pereira, São Paulo, IOB Thomson, 2006, (pp. 881-889), p. 889; LOUZADA, Flávio Gonçalves, “Os paradigmas segundo Thomas Kuhn e sua relação com as transformações do direito de família no que tange à multiparentalidade”, *Diálogos em direito: uma abordagem sobre a transdisciplinaridade entre o direito constitucional e o direito civil*, coordenação de Jorge Miranda e Thereza Alvim e organização de Alessandra Monteiro Machado, Fernando Loschiavo Nery e José Geraldo Alencar Filho, Lisboa, AAFDL, 2015, (pp. 93-118), pp. 102 e 103.

⁷³ MILHEIRO, Tiago Caiado, “Obrigação de Indemnização pela Falta de Afecto”, *ob. cit.*, pp. 75 e 76.

⁷⁴ Neste sentido, PINHEIRO, Jorge Duarte, “Afecto e justiça do caso concreto no Direito da Família: «utopia ao alcance, poesia pura ou porta aberta para o caos?»”, *Estudos de Direito da Família e das Crianças*, Lisboa, AAFDL, 2015, (pp. 301-321), p. 320.

⁷⁵ Aliás, Maria Clara Sottomayor afirma mesmo que o “processo de interpretação das normas constitucionais ou de desenvolvimento de direitos fundamentais, com base na jurisprudência do TEDH, deve também ser aplicado na área do direito das crianças, nomeadamente, como fundamentação jurídica do direito da criança à manutenção das suas relações afectivas principais. Este direito da criança decorre do direito ao desenvolvimento, consagrado na norma do art. 69.º, n.º 1 da CRP interpretada à luz da jurisprudência do TEDH (...)”. SOTTOMAYOR, Maria Clara, *Regulação do Exercício das Responsabilidades Parentais nos Casos de Divórcio*, *ob. cit.*, p. 85.

⁷⁶ Segundo Capelo de Sousa, o nosso direito tutela diretamente, no artigo 70.º do CC, “o sistema afectivo do homem, tomando como bens juridicamente protegidos diversos sentimentos seus...”. SOUSA, Rabindranath V. A. Capelo de, *O Direito Geral de Personalidade*, Coimbra, Coimbra Editora, 1995, p. 229.

não poderá ser decretada. Para além destes preceitos legais, podemos também considerar que o próprio artigo 1887.º-A, do CC, protege as relações afetivas que a criança estabelece não só com os irmãos, como também com os ascendentes, através da consagração de um direito ao convívio.

Ademais, com a redação dada pela Lei n.º 143/2015, de 8 de setembro, o artigo 1986.º, n.º 3, passou a prever que “excecionalmente, ponderada a idade do adotado, a sua situação familiar ou qualquer outra circunstância atendível, pode ser estabelecida a manutenção de alguma forma de contacto pessoal entre aquele e algum elemento da família biológica ou, sendo caso disso, entre aquele e a respetiva família adotiva e algum elemento da família biológica, favorecendo-se especialmente o relacionamento entre irmãos, desde que, em qualquer caso, os pais adotivos consintam na referida manutenção e tal corresponda ao superior interesse do adotado”. Eis uma alteração importantíssima no que concerne à possibilidade de manutenção das relações afetivas significativas da criança, mesmo nos casos de adoção, algo que não acontecia anteriormente, dado que o vínculo de adoção plena pressupunha o corte radical das relações da criança com a família biológica, caso não se tratasse de filho de cônjuge ou companheiro do adotante.

A este propósito, veja-se também a LPCJP, aprovada pela Lei n.º 147/99, de 1 de setembro e recentemente alterada pela Lei n.º 23/2017, de 23 de maio. O reconhecimento da importância dos afetos, surge, desde logo, no artigo 3.º, n.º 2, *als.* c), d) e f), ao referir que constituem fundamentos legitimadores de intervenção, isto é, que a criança está em perigo quando “não recebe os cuidados ou a afeição adequados à sua idade e situação pessoal”; “está aos cuidados de terceiros, durante período de tempo em que se observou o estabelecimento com estes de forte relação de vinculação e em simultâneo com o não exercício pelos pais das suas funções parentais” ou quando “está sujeita, de forma directa ou indirecta, a comportamentos que afectem gravemente a sua segurança ou o seu equilíbrio emocional”. Outra norma de relevo na LPCJP é o artigo 58.º, *al.* a), que estabelece, como direito da criança acolhida, o direito de “manter regularmente, e em condições de privacidade, contactos pessoais com a família e com pessoas com quem tenham especial relação afectiva...”, ou seja, existe aqui um direito não só a contactar e a manter relações de afeto com a família, como também com terceiros com quem a criança tenha uma relação afetiva significativa⁷⁷. Mas, com a alteração levada a cabo pela Lei n.º

⁷⁷ Neste sentido, BRAVO, Teresa Maria da Silva, “Ética Judicial nos Processos de Promoção e Protecção”, *Lex Familiae: Revista Portuguesa de Direito da Família*, Ano 4, n.º 8, Coimbra, Coimbra Editora, 2007, (pp. 87-108), p. 99; BORGES, Beatriz Marques, *Protecção de crianças e jovens em perigo: comentário e*

142/2015, de 8 de setembro, a LPCJP foi mais longe, tanto no reconhecimento das relações afetivas, como na importância da sua manutenção, ao determinar, no artigo 4.º, como princípio orientador da intervenção o interesse superior da criança, considerando, na sua *al. a)*, que é do interesse dela a continuidade das relações de afeto de qualidade e significativas, bem como o primado da continuidade das relações psicológicas profundas, determinando, na *al. g)*, que a “intervenção deve respeitar o direito da criança à preservação das relações afetivas estruturantes de grande significado e de referência para o seu saudável e harmónico desenvolvimento, devendo prevalecer as medidas que garantam a continuidade de uma vinculação securizante”.

A Lei da Procriação Medicamente Assistida, aprovada pela Lei n.º 32/2006, de 26 de julho⁷⁸, acentuou a importância dos afetos na alteração efetuada pela Lei 17/2016, de 20 de junho, ao possibilitar, no artigo 20.º, n.º 1⁷⁹, a fixação da parentalidade de mulher que esteja casada ou viva em união de facto com outra mulher, relativamente ao filho biológico do cônjuge ou companheira, que nasceu do recurso a técnicas de procriação medicamente assistida, desde que tenha consentido no recurso à técnica em causa⁸⁰.

Também o REAF, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 11/2008, de 17 de janeiro, que estabelece o Regime de Execução do Acolhimento Familiar previsto na LPCJP⁸¹, tutela a importância das relações afetivas que se deverão desenvolver entre a criança e a

anotações à Lei nº 147/99 de 1 de Setembro, 2.ª Ed.ª, Coimbra, Almedina, 2011, p. 215; LOPES, Alexandra Viana, “A justiça na tutela dos direitos das crianças e das famílias sob a intervenção do Estado e a coesão social: contributos para uma reflexão judiciária”, Revista do CEJ, II, Lisboa, Almedina, 2013, (pp. 135-177), p. 151; PINHEIRO, Jorge Duarte, “A tutela da personalidade da criança na relação com os pais”, Scientia Iuridica: Revista de Direito Comparado Português e Brasileiro, Tomo LXIV, n.º 338, 2015, (pp. 249-266), pp. 260 e 261.

⁷⁸ E recentemente alterada pela Lei n.º 58/2017, de 25 de julho.

⁷⁹ Cujas redações estabelecem: “se do recurso às técnicas de procriação medicamente assistida previstas na presente lei vier a resultar o nascimento de uma criança, é esta também havida como filha de quem, com a pessoa beneficiária, tiver consentido no recurso à técnica em causa, nos termos do artigo 14.º, nomeadamente a pessoa que com ela esteja casada ou unida de facto, sendo estabelecida a respetiva parentalidade no ato de registo”.

⁸⁰ No mesmo sentido pronunciou-se Guilherme de Oliveira, ao afirmar que “a recente alteração da lei que regula o uso das técnicas de procriação assistida acentuou o relevo dos afetos quando previu que uma mulher use técnicas de procriação assistida e, assim, tenha um filho biológico, e que outra mulher que viva com a primeira (casada ou em união de facto) consinta na utilização dessas técnicas e requeira a sua inscrição no registo civil como mãe da criança nascida (artigo 20.º, n.º 1). Embora, nestas condições de facto, não se possa dizer que se estabeleceu uma relação de afetividade entre a criança e a mãe legal, é o quadro de afetos que une as duas mulheres, e o projeto de filiação, que sustentou este novo regime. Mas não é um regime geral; trata-se de um regime circunscrito às condições concretas de uso das técnicas de procriação assistida, e que está ao alcance, apenas, de casais de mulheres”. OLIVEIRA, Guilherme de, “Apresentação”, *Cuidado e Afetividade: projeto Brasil/Portugal – 2016-2017*, organizado por Tânia Silva Pereira, António Carlos Mathias Coltro e Guilherme de Oliveira, São Paulo, Atlas, 2017 (pp. XIX-XXIII), p. XXII.

⁸¹ Lei n.º 147/99, de 1 de setembro, posteriormente alterada pelas Leis n.ºs 31/2003, de 22 de agosto, 142/2015, de 8 de setembro e 23/2017, de 23 de maio.

Da evolução da família à importância crescente dos afetos

respetiva família de acolhimento, ao afirmar, no artigo 2.º, que o acolhimento familiar “visa a integração da criança ou do jovem em meio familiar e a prestação de cuidados adequados às suas necessidades e bem-estar e a educação necessária ao seu desenvolvimento integral”.

Por sua vez, o artigo 16.º, *al. d*), exige, para a seleção da família de acolhimento, uma “estabilidade sócio-familiar e a aceitação do acolhimento familiar por todos os membros da família, por forma a garantir a integração num ambiente familiar, harmonioso, afectivo e securizante”, o que requer que as relações que se venham a estabelecer entre esta família de acolhimento e a criança acolhida se pautem por sentimentos de afetividade, ainda que não exista qualquer relação de parentesco entre a criança e a família que a acolherá, sendo esta uma das exigências para a seleção da família de acolhimento, de acordo com o previsto no artigo 7.º do mesmo diploma legal.

O reconhecimento da importância da manutenção das relações afetivas também resulta do artigo 21.º, *als. b*) e *c*), ao estabelecer que a família de acolhimento deve “assegurar as condições para o fortalecimento das relações da criança ou jovem com a família natural” e que a criança seja orientada e educada com afetividade. Por sua vez, o artigo 34.º, n.º 1, deste diploma legal, prevê a manutenção das relações afetivas da criança com a sua família de acolhimento, após a substituição ou cessação da medida, ainda que para tal a equipa técnica tenha que considerar que a manutenção deste relacionamento é conveniente, e a família natural tenha que concordar com esta manutenção.

Refira-se também o RJAC, aprovado pela Lei n.º 103/ 2009, de 11 de setembro e alterado pela Lei 141/2015, de 8 de setembro, cujo artigo 8.º, n.º 3, ao determinar que os direitos previstos no n.º 1, do mesmo preceito legal, podem ser reconhecidos a outras pessoas, lhes atribuem o direito de visitar a criança, desde que tal contribua para o bem-estar e desenvolvimento da criança apadrinhada (artigo 9.º do RJAC). Além do mais, quando o vínculo de apadrinhamento é revogado contra a vontade dos padrinhos e o motivo da revogação não se deva ao comportamento dos mesmos, isto é, que os padrinhos não tenham culpa na revogação, o artigo 26.º do mesmo diploma legal reconhece um conjunto de direitos aos padrinhos, designadamente, o direito de contactar, bem como o direito de visitar a criança, salvaguardando a manutenção destas relações.

Também o RJPA, aprovado pela, já mencionada, Lei n.º 143/2015, de 8 de setembro, consagra, no seu artigo 3.º, *al. f*), como princípio orientador da intervenção em matéria de adoção, à semelhança da LPCJP, o princípio do “primado da continuidade das relações

psicológicas profundas”,⁸² instituindo que “a intervenção deve respeitar o direito da criança à preservação das relações afetivas estruturantes de grande significado e de referência para o seu saudável e harmónico desenvolvimento, devendo prevalecer as medidas que garantam a continuidade de uma vinculação securizante”⁸³.

Para além dos vários diplomas que tutelam o afeto e a importância da manutenção das relações da criança com pessoas com quem tenha estabelecido uma relação afetiva significativa, não podemos deixar de salientar que, o reconhecimento da criança como sujeito de direitos,⁸⁴ atribui-lhe um conjunto de direitos⁸⁵. Entre estes direitos encontram-se o direito ao desenvolvimento físico, afetivo, social, moral e intelectual, assim como o direito à manutenção das suas relações afetivas significativas e que sejam do seu superior interesse manter⁸⁶.

Assim, quando se torna evidente que são significativas as relações afetivas que a criança estabelece com outras pessoas, o direito deve tutelar tais relações afetivas, através do direito ao convívio. Como tal, no capítulo que se segue iremos analisar a forma como o ordenamento jurídico português tutela o direito da criança ao convívio com pessoas com quem tenha estabelecido uma forte relação afetiva, sejam estas pessoas seus familiares ou não, a fim de percebermos se há uma tutela adequada ou se o legislador devia ir mais além no âmbito da salvaguarda da manutenção destas relações afetivas da criança, contribuindo, desta forma, para o seu desenvolvimento são e harmonioso.

⁸² Aliás, foi no seguimento desta lei e da consagração deste princípio que o artigo 1986.º, n.º 3, do CC, foi alterado para a sua redação atual, de forma a admitir-se, como referimos anteriormente e ainda que em termos excecionais, a manutenção das relações afetivas da criança com a sua família biológica.

⁸³ No entendimento de Rossana Martingo Cruz, “Para o legislador importa salvaguardar a criança e a sua estabilidade emocional, o que nem sempre se coadunará com um corte abrupto das suas vinculações afetivas prévias”. CRUZ, Rossana Martingo, “A adoção e o apadrinhamento civil em Portugal: diferentes formas de oficializar o cuidado parental?”, *Cuidado e Afetividade: projeto Brasil/Portugal – 2016-2017*, organizado por Tânia Silva Pereira, António Carlos Mathias Coltro e Guilherme de Oliveira, São Paulo, Atlas, 2017, (pp. 569-592), p. 579.

⁸⁴ Ou, nas palavras de Armando Leandro, “um Sujeito autónomo de Direito, titular de direitos iguais, do ponto de vista do seu gozo (embora ainda não do seu completo exercício), aos de qualquer outro cidadão”. LEANDRO, Armando Gomes, “O papel do sistema de promoção e proteção de crianças em Portugal – o definitivo balanço de 14 anos de vigência”, *I Congresso de Direito da Família e das Crianças: A criança e a família no colo da lei – as causas não se medem aos palmos*, Coordenação de Paulo Guerra, Coimbra, Almedina, 2016, (pp. 217-231), p. 219.

⁸⁵ Neste sentido, Maria Clara Sottomayor afirma que “A cultura moderna e a lei (...) reconhecem à criança a qualidade de sujeito, titular de direitos fundamentais, como o direito ao desenvolvimento integral, consagrado no art. 69.º da CRP, o qual engloba o direito ao respeito pelas suas relações afectivas profundas, parte integrante do seu «EU»”. SOTTOMAYOR, Maria Clara, *Regulação do Exercício das Responsabilidades Parentais nos Casos de Divórcio*, *ob. cit.*, p. 78.

⁸⁶ LEANDRO, Armando Gomes, “Direito e Direito dos Menores: Síntese da situação em Portugal no domínio civil e no domínio para-penal e penal”, *Infância e Juventude*, n.º 1, Lisboa, 1990, (pp. 9-34), p. 9.

II. Da manutenção das relações afetivas da criança mediante o direito ao convívio no sistema legal atual

1. A tutela legal conferida ao direito ao convívio

Como referimos no capítulo anterior, o direito da criança à manutenção das suas relações afetivas fortes e significativas efetuar-se-á através do direito ao convívio com pessoas com quem tenha uma especial relação afetiva, permitindo-lhe, desta forma, continuar a desfrutar do afeto positivo que essas pessoas lhe oferecem em todos os momentos que partilham juntas.

O direito ao convívio, muitas vezes denominado “direito de visita”, é definido, por Maria Clara Sottomayor⁸⁷, como um “direito de pessoas unidas entre si por laços familiares ou afectivos estabelecerem relações pessoais”⁸⁸. Deste modo, é através deste direito que a criança terá a possibilidade de preservar as relações afetivas que tenha estabelecido, não só com os seus progenitores⁸⁹, como também com outras pessoas. O convívio com estas pessoas justificar-se-á pelo facto de estas terem desempenhado um papel fundamental ao longo da vida da criança, acabando por estabelecer uma relação afetiva que, muitas vezes, se revela de grande importância para ela e cuja manutenção é importante para a sua estabilidade emocional⁹⁰.

Não obstante tais considerações, antes de 1995, apenas era reconhecido o denominado “direito de visita”, ao progenitor a quem não tivesse sido confiada a guarda do filho, nos termos do artigo 1905.º, n.º 3, do CC, posteriormente revogado, uma vez

⁸⁷ SOTTOMAYOR, Maria Clara, *Regulação do exercício das responsabilidades parentais nos casos de divórcio*, *ob. cit.*, p. 108.

⁸⁸ Já Helena Bolieiro e Paulo Guerra definem o direito de visita como o “direito de pessoas unidas por laços familiares estabelecerem relações entre si”, utilizando, desta forma, uma definição mais restrita que a Autora anteriormente citada, dado que é um direito que não pertence a pessoas unidas por laços afetivos, mas somente a pessoas unidas por laços familiares. BOLIEIRO, Helena e GUERRA, Paulo, *A Criança e a Família – Uma Questão de Direito(s). Visão prática dos Principais Institutos do Direito da Família e das Crianças e Jovens*, 2.ª Ed.ª (Actualizada), Coimbra, Coimbra Editora, 2014, p. 211.

⁸⁹ Com o seu pai ou com a sua mãe com quem não reside pelo facto de os mesmos se terem divorciado ou separado, ou com ambos, caso a criança não se encontre a residir com os pais, mas numa instituição de acolhimento, por exemplo.

⁹⁰ Ou, nas palavras de Júlio Barbosa e Silva, o direito de visita/convívio “permite e cria condições para a perpetuação das suas relações afectivas com o pai ou mãe com quem não reside, ou com outras pessoas com quem tenha estabelecido uma relação afectiva relevante e significativa. Permite, diríamos, manter intacta, actualizada e próxima a imagem que a criança tem dessa(s) pessoa(s), os sentimentos que nutre por ela(s) e permite, ainda, fazer ver à criança que, apesar de não mais viverem juntos, ou a periodicidade dos contactos ser menor, isso não significa que os laços se esbatam”. SILVA, Júlio Barbosa e, “O direito da criança na manutenção das suas relações com terceiros afetivamente significativos...”, *ob. cit.*, pp. 134 e 135.

que tal direito se integrava no anteriormente designado de poder paternal⁹¹. Consequentemente, não existia nenhuma norma que tutelasse, expressa e diretamente, o direito da criança ao convívio com pessoas com quem tenha estabelecido fortes relações afetivas⁹².

Assim, partindo-se do pressuposto que o corte das relações afetivas era prejudicial para a criança, a única forma de salvaguardar a sua manutenção era, segundo a doutrina⁹³ e jurisprudência maioritária⁹⁴, através da aplicação do artigo 1918.º, do CC⁹⁵, isto é, sempre que a sua segurança, saúde, formação moral ou educação se encontrasse em perigo⁹⁶.

⁹¹ Neste sentido, DUARTE, Maria de Fátima Abrantes, *O Poder Paternal...*, *ob. cit.*, p. 76; SOTTOMAYOR, Maria Clara, *Regulação do exercício das responsabilidades parentais nos casos de divórcio*, *ob. cit.*, p. 207; Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 3 de março de 1998, Processo n.º 98A058, Relator Silva Paixão, disponível em www.dgsi.pt; Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 2 de dezembro de 2009, Processo n.º 1604/08.9TMLSb-A. L1-7, Relator Pires Robalo, disponível em www.dgsi.pt.

⁹² Apesar da inexistência de uma norma que tutelasse de forma expressa o direito da criança ou jovem ao convívio com outras pessoas, para além dos pais, no entendimento de Cunha Gonçalves, grande conhecedor da doutrina estrangeira, haveria um exercício abusivo do poder paternal quando os pais impediam os filhos “de visitar os seus avós paternos e maternos, ou ter com êstes correspondência, quando só têm a lucrar com a ternura dêstes e nenhum perigo correm a sua moralidade e educação ou a sua saúde”. GONÇALVES, Luiz da Cunha, *Tratado de Direito Civil em comentário ao Código Civil Português*, Vol. II, Coimbra, Coimbra Editora, 1930, p. 362.

⁹³ Neste sentido, ALMEIDA, José Carlos Moitinho de, “Efeitos da Filiação”, *ob. cit.*, p. 166; DUARTE, Maria de Fátima Abrantes, *O Poder Paternal...*, *ob. cit.*, p. 77; COELHO, F. M. Pereira, “Casamento e família no direito português”, *ob. cit.*, p. 22; DELANHEZE, Daniele Gervazoni, “Uma Visão Intimista do Direito de Visita dos Avós...”, *ob. cit.*, p. 77; BOLIEIRO, Helena e GUERRA, Paulo, *A Criança e a Família – Uma Questão de Direito(s)...*, *ob. cit.*, p. 225; PINHEIRO, Jorge Duarte, “A relação entre avós e netos”, *Estudos de Direito da Família e das Crianças*, Lisboa, AAFDL, 2015, (pp. 255-282), p. 271; SILVA, Júlio Barbosa e, “O direito da criança na manutenção das suas relações com terceiros afetivamente significativos...”, *ob. cit.*, pp. 136 e 137; SOTTOMAYOR, Maria Clara, *Regulação do exercício das responsabilidades parentais nos casos de divórcio*, *ob. cit.*, p. 205; MADEIRA, Laura Fernandes, “Direito das crianças à convivência com familiares – em especial, os avós”, *Revista da Faculdade de Direito e Ciência Política da Universidade Lusófona do Porto*, Vol. 8, n.º 8, 2016, (pp. 58-82), p. 63, disponível em <http://revistas.ulusofona.pt/index.php/rfdulp/article/view/5718>, última consulta a 03-01-2018.

⁹⁴ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 3 de março de 1998, Processo n.º 98A058, Relator Silva Paixão, (citado, *supra*, na nota 91); Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 5 de julho de 2005, Processo n.º 1566/05, Relator Sousa Pinto, disponível em www.dgsi.pt; Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 2 de dezembro de 2009, Processo n.º 1604/08.9TMLSb-A.L1-7, Relator Pires Robalo, (citado, *supra*, na nota 91).

⁹⁵ Cujos preceitos legais dispõem: “quando a segurança, a saúde, a formação moral ou a educação de um menor se encontre em perigo e não seja caso de inibição do exercício das responsabilidades parentais, pode o tribunal, a requerimento do Ministério Público ou de qualquer das pessoas indicadas no n.º 1 do artigo 1915.º, decretar as providências adequadas, designadamente confiá-lo a terceira pessoa ou a estabelecimento de educação ou assistência”.

⁹⁶ No entendimento de Júlio Barbosa e Silva, “tal interpretação seria a única forma de, com apoio, ainda que não directo, na lei e na altura, com base numa interpretação extensiva, colmatar a lacuna existente em termos de assegurar à criança os convívios/visitas com os avós e irmãos”. SILVA, Júlio Barbosa e, “O direito da criança na manutenção das suas relações com terceiros afetivamente significativos...”, *ob. cit.*, p. 136.

Destarte, quando os pais não permitiam que os filhos convivessem com pessoas com quem tivessem estabelecido uma especial relação afetiva, como por exemplo, os avós, os irmãos, os tios, os padrinhos católicos, entre outros, o direito ao convívio com estas pessoas dependia da prova de que a criança se encontrava numa situação de perigo e que este perigo se devia ao corte destas relações afetivas. Caso o tribunal considerasse que ela não se encontrava em perigo, ou encontrando-se em tal situação não se conseguisse provar, não poderia ser concedido, contra a vontade dos seus pais ou cuidadores, qualquer direito ao convívio, o que tornava este preceito legal pouco operacional⁹⁷.

Como não havia um preceito legal que consagrasse a existência autónoma de um direito ao convívio com familiares e terceiros, a vontade dos pais só podia ser contrariada se se provasse que um dos pressupostos do artigo 1918.º, do CC, estava preenchido, naquela situação concreta. Efetuando-se esta prova, passava a existir um fundamento legal que justificava o direito da criança ao convívio com pessoas que desempenhavam um papel afetivo de grande relevância na sua vida⁹⁸.

Porém, tendo em consideração que os tribunais eram crescentemente confrontados com a necessidade de regular o direito da criança ao convívio, sobretudo, com os avós e, tendo consciência da importância que, muitas vezes, assume a salvaguarda das relações familiares não estritamente nucleares, que se poderiam vir a perder caso os pais entendessem que os filhos não deveriam conviver com determinadas pessoas, nomeadamente, os irmãos e os avós, o legislador português consagrou, em 1995, o direito ao convívio com ascendentes⁹⁹ e irmãos¹⁰⁰. Fê-lo através do aditamento do artigo 1887.º-

⁹⁷ Precisamente por “implicar a demonstração da existência de perigo para o menor”. PINHEIRO, Jorge Duarte, “A relação entre avós e netos”, *ob. cit.*, p. 271.

⁹⁸ A doutrina criticava e tinha consciência de que não havia nenhum preceito legal que tutelasse o direito de visitas/convívio da criança com outras pessoas, designadamente, os avós, todavia, era menos exigente quanto ao seu reconhecimento em concreto, uma vez que entendia que o prejuízo para os netos resultava da ausência de relacionamento com os seus avós e não o contrário. Neste sentido, DUARTE, Maria de Fátima Abrantes, *O Poder Paternal...*, *ob. cit.*, p. 78.

⁹⁹ Para alguns Autores a consagração do direito ao convívio com os ascendentes demonstra a importância deste convívio da criança com a família alargada, pelas relações afetivas que, muitas vezes, se estabelece entre a criança e as pessoas pertencentes à chamada “grande família”. Neste sentido, MARTINS, Rosa e VÍTOR, Paula Távora, “O Direito dos avós às relações pessoais com os netos na jurisprudência recente”, *Julgar*, n.º 10, Lisboa, 2010, (pp. 59-75), p. 60; PINHEIRO, Jorge Duarte, “A relação entre avós e netos”, *ob. cit.*, p. 271; SOTTOMAYOR, Maria Clara, *Regulação do Exercício das Responsabilidades Parentais nos Casos de Divórcio*, *ob. cit.*, p. 203.

¹⁰⁰ O que levou Erik Jayme a afirmar que o direito português é “menos pós-moderno do que o direito alemão”, uma vez que as “outras pessoas de referência, no direito português, situam-se no quadro da família de sangue”. JAYME, Erik, “Pós-modernismo e Direito da Família”, *Boletim da Faculdade de Direito*, Vol. LXXVIII, Coimbra, 2002, (pp. 209-221), p. 215.

A ao CC¹⁰¹, operado pela Lei n.º 84/95, de 31 de agosto¹⁰², onde dispõe que “os pais não podem injustificadamente privar os filhos do convívio com os irmãos e ascendentes”¹⁰³.

A partir deste momento, o nosso ordenamento jurídico passou a prever, de forma expressa, o direito da criança ao convívio com os irmãos e ascendentes¹⁰⁴, direito este que apenas pode ser derogado, como a própria norma indica, caso se verifique uma situação que justifique tal impedimento. Por conseguinte, o direito ao convívio com estes familiares deixou de estar condicionado aos pressupostos do artigo 1918.º do CC¹⁰⁵.

O artigo 1887.º-A do CC, insere-se na subsecção das responsabilidades parentais relativamente à pessoa dos filhos, o que significa que os pais, no exercício das responsabilidades parentais, encaradas como um poder funcional que deve ser exercido em prol do interesse dos filhos, devem atender ao superior interesse dos mesmos em manter o contacto com os ascendentes e irmãos. Para tal, os pais devem permitir, ou segundo a lei, não privar os seus filhos do contacto com estas pessoas, quando não exista um motivo plausível que justifique tal privação.

Desta forma, podemos afirmar que a consagração do referido direito, por parte do legislador português, deveu-se, especialmente, à constatação que não existia qualquer proteção jurídica que permitisse a manutenção das relações afetivas entre irmãos e entre

¹⁰¹ No entendimento de Jorge Dias Duarte, o que esteve na génese do artigo 1887.º-A do CC, foi “uma orientação jurisprudencial que se foi firmando no sentido de, mesmo não existindo nenhum normativo que previsse tal possibilidade, adequasse a realidade judiciária – ou melhor, as decisões judiciais – à riqueza da vida, tal como a mesma diariamente se apresenta(va) nos Tribunais, assim tendo sido proferidas inúmeras decisões, consagrando o direito de visitas a pessoas de referência na vida dos menores (máxime, avós e/ou irmãos), mesmo quando tal direito se não encontrava legalmente previsto”. DUARTE, Jorge Dias, “Direito de visita a menores (Resposta a recurso)”, *Revista do Ministério Público*, Lisboa, Ano 33, n.º 132, 2012, (pp. 261-282), p. 273.

¹⁰² Revogando, conseqüentemente, o artigo 1905.º, n.º 3, do CC, segundo o qual o direito de visita era exclusivamente reconhecido ao progenitor que não detinha a guarda da criança.

¹⁰³ De acordo com o Instituto de Apoio à Criança, este preceito legal “resultou de uma proposta histórica apresentada pela sociedade civil, por ocasião do Ano Internacional da Família, cujos fundamentos se reconduziam justamente à ideia de que uma criança não pode deixar de manter os convívios com os seus familiares mais próximos, sem razões ponderosas que justifiquem o afastamento”. *O Superior Interesse da Criança na perspectiva do respeito pelos seus direitos*, *ob. cit.*, pp. 4 e 5.

¹⁰⁴ Segundo Maria Clara Sottomayor, “Com a entrada em vigor do art. 1887.º-A, a criança passou a ser titular de um direito autónomo ao relacionamento com os avós e com os irmãos”. SOTTOMAYOR, Maria Clara, *Regulação do Exercício das Responsabilidades Parentais nos Casos de Divórcio*, *ob. cit.*, p. 204. No mesmo sentido pronunciaram-se Helena Bolieiro e Paulo Guerra, ao afirmarem que “Com a entrada em vigor deste artigo, a criança passou a ser titular de um direito autónomo ao relacionamento com os avós e com os irmãos, que podemos designar por *direito (amplo) de visita* – há um direito desta criança ao convívio com os avós e com os irmãos, que não pode ser cerceado de forma injustificada pelos pais”. BOLIEIRO, Helena e GUERRA, Paulo, *A Criança e a Família – Uma Questão de Direito(s)...*, *ob. cit.*, p. 225.

¹⁰⁵ Neste sentido DELANHEZE, Daniele Gervazoni, “Uma Visão Intimista do Direito de Visita dos Avós...”, *ob. cit.*, p. 77; SILVA, Júlio Barbosa e, “O direito da criança na manutenção das suas relações com terceiros afetivamente significativos...”, *ob. cit.*, p. 138.

avós e netos. Considerando que os irmãos¹⁰⁶ e os avós desempenham, frequentemente, um papel fundamental no desenvolvimento da personalidade da criança, não só pela partilha de momentos felizes, pelo carinho, cuidado, afeto, proteção e conforto que lhe dispensam, mas também pelo apoio e auxílio¹⁰⁷, nomeadamente, nos casos de divórcio/separação ou morte de um dos progenitores¹⁰⁸, a manutenção deste convívio é justificável.

Geralmente, o convívio entre irmãos e entre avós e netos concretizar-se-á pelo acordo alcançado entre os pais e os irmãos da criança ou entre os pais e os avós¹⁰⁹. Todavia, quando os pais decidem, injustificadamente, que os seus filhos não podem conviver com estes parentes, isto é, quando não é possível obter um acordo, este preceito legal pode ser invocado contra os progenitores, a fim de salvaguardar este direito ao convívio. Isto significa que quando suceder uma situação deste género, os irmãos e ascendentes têm legitimidade para recorrer a tribunal de forma a obter uma tutela jurídica, mesmo contra a vontade dos pais, a menos que estes provem, apresentando um motivo justificativo, que este relacionamento é prejudicial para os filhos.

Antes de passarmos ao título seguinte não poderíamos, contudo, deixar de referir a questão da terminologia que, muitas vezes, é adotada quando se fala nesta temática.

¹⁰⁶ Aliás, segundo o Instituto de Apoio à Criança existe uma grande preocupação em preservar as relações afetivas entre irmãos, “cuja separação deverá ser evitada, sob pena de poderem ser causados prejuízos sérios na estabilidade afectiva e no equilíbrio emocional das crianças”. Além disso, “casos há em que os únicos laços significativos de afecto são justamente aqueles que ligam os irmãos entre si, pelo que seria uma violência não valorizar as profundas relações psicológicas que se desenvolveram, subestimando o sofrimento das crianças com a separação entre elas”. Ora, o artigo 1887.º-A do CC, pretendeu, precisamente, “obviar à verificação destas situações traumáticas...”. *O Superior Interesse da Criança na perspectiva do respeito pelos seus direitos*, *ob. cit.*, pp. 15 e 16. No mesmo sentido MELO, Helena Gomes de, *et. al.*, *Poder paternal e Responsabilidades Parentais*, 2.ª Ed.ª (revista, atualizada e aumentada), Lisboa, Quid Juris, 2010, p. 72.

¹⁰⁷ Que muitas vezes se verifica não só ao longo da sua infância e juventude, como após a sua maioridade. Neste sentido HERNÁNDEZ, Francisco Rivero, “Las relaciones personales entre abuelos y nietos en las familias reconstituidas”, *Lex Familiae: Revista Portuguesa de Direito da Família*, Ano 3, n.º 6, Coimbra, 2006, (pp. 29-77), p. 61; GONZÁLEZ, José Alberto R. L., *Código Civil Anotado*, Vol. V, Lisboa, Quid Juris, 2014, p. 316; BOTELHO, João, *Regulação das Responsabilidades Parentais*, Nova Causa, 2015, p. 124.

¹⁰⁸ Também Marie Purnell e Beatrice H. Bagby reconheceram a importância do papel dos avós nos casos de divórcio ou morte de um ou de ambos os progenitores, ao afirmarem que nestas situações, uma relação contínua com os avós pode ser uma força estabilizadora. Neste sentido PURNELL, Marie and BAGBY, Beatrice H., “Grandparents’ Rights: Implications for Family Specialists”, *Family Relations*, Vol. 42, n.º 2, 1993, (pp. 173-178), p. 175, disponível em <https://www.jstor.org>, última consulta a 03-01-2018.

¹⁰⁹ Neste sentido, HERNÁNDEZ, Francisco Rivero, “Las relaciones personales entre abuelos y nietos...”, *ob. cit.*, p. 62; SOTTOMAYOR, Maria Clara, *Regulação do exercício das responsabilidades parentais nos casos de divórcio*, *ob. cit.*, p. 211.

Apesar da doutrina¹¹⁰ e da jurisprudência¹¹¹ se referirem, mais frequentemente, à expressão “direito de visita”, quando abordam a temática que ora analisamos, somos da opinião que aqui não está em causa um “direito de visita”, mas antes um direito ao convívio com irmãos e ascendentes, tal como a própria epígrafe do artigo 1887.º-A indica.

Para além da epígrafe do preceito legal em questão se referir à expressão “convívio”, demonstrando, desde logo, que se pretende conferir um direito mais amplo do que o simples direito de visitar a criança¹¹², são vários os ordenamentos jurídicos que utilizam, à semelhança do nosso, expressões mais amplas, tais como o direito a relacionar-se, de forma a englobar a realidade mais vasta que este direito pretende tutelar¹¹³.

¹¹⁰ COELHO, F. M. Pereira, “Casamento e família no direito português”, *ob. cit.*, p. 22; LEANDRO, Armando Gomes, “O Poder Paternal: natureza, conteúdo, exercício e limitações. Algumas reflexões da prática judiciária”, *Temas de Direito de Família. Ciclo de Conferências no Conselho Distrital do Porto da Ordem dos Advogados*, sob a direção do Conselho Distrital do Porto da Ordem dos Advogados, Coimbra, Almedina, 1986, (pp. 111-164), pp. 124, 145 e 146; DUARTE, Maria de Fátima Abrantes, *O Poder Paternal...*, *ob. cit.*, p. 76; ALMEIDA, José Carlos Moitinho de, “Efeitos da Filiação”, *ob. cit.*, p. 165; AZEVEDO, Álvaro Villaza, “Direitos e deveres dos avós (alimentos e visitação)”, *Pessoa Humana e Direito*, Coordenado por Diogo Leite de Campos e Silmara Juny de Abreu Chinellato, Coimbra, Almedina, 2009, (pp. 5-38), p. 29; SOTTOMAYOR, Maria Clara, *Regulação do exercício das responsabilidades parentais nos casos de divórcio*, *ob. cit.*, pp. 204 e ss.

¹¹¹ Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 9 de março de 1993, Processo n.º 9251015, Relator Almeida e Silva; Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 19 de setembro de 2002, Processo n.º 0230360, Relator Manuel Ramalho; Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 17 de fevereiro de 2004, Processo n.º 7958/2003-1, Relator Ferreira Pascoal; Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 8 de julho de 2004, Processo n.º 6143/2004-6, Relator Manuel Gonçalves; Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 26 de fevereiro de 2008, Processo n.º 50031-B/2000.C1, Relator Jaime Ferreira; Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, de 12 de junho de 2014, Processo n.º 3056/06.9TBGMR-C.G1, Relator Filipe Carço – todos disponíveis em www.dgsi.pt.

¹¹² Segundo Rosa Martins e Paula Vítor, “tal opção do legislador indicia que entende o direito em causa (e o seu conteúdo) de forma mais ampla que a expressão «direito de visita» faria supor”. MARTINS, Rosa e VÍTOR, Paula Távora, “O Direito dos Avós às Relações Pessoais com os Netos...”, *ob. cit.*, p. 70.

¹¹³ No mesmo sentido pronunciou-se Daniele Delanheze, ao referir que a “denominação clássica, direito de visita, é substancialmente pobre e incompleta, sendo que os textos legais, bem como a doutrina de países como a Suíça, a Alemanha, a Inglaterra, a Espanha, entre outros, têm preferido o uso de expressões mais amplas e significativas, como o direito de relacionar-se”. DELANHEZE, Daniele Gervazoni, “Uma visão intimista do direito de visita dos avós...”, *ob. cit.*, p. 73. Também Francisco Rivero Hernández se refere à questão terminológica, afirmando que “la expresión «derecho de visita», que hasta ahora vengo manejando por ser la más habitual y conocida, resulta hoy pobre e insuficiente para recoger y denominar jurídicamente la figura a que me refiero, que tiene en la actualidad, en todos los sistemas jurídicos, un contenido efectual y relacional mucho más amplio de lo que sugiere aquella denominación clásica y semánticamente la palabra visita”. HÉRNANDEZ, Francisco Rivero, *El derecho de Visita*, Barcelona, BOSCH, 1997, p. 20. Além disso, José RÍO refere que o Código Civil Espanhol utiliza a denominação de “relações pessoais”, precisamente para evitar, *a priori*, uma interpretação restritiva ou *stricto sensu* do direito concedido aos parentes e terceiros, visto que a palavra “relação” expressa um conteúdo muito mais amplo que a palavra “visitar”. Neste sentido RÍO, José Manuel Lete del, “Derecho de visita de los abuelos: Comentario a la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 30 de septiembre de 1991”, *Poder Judicial*, 2.ª época, n.º 25, Madrid, 1992, (pp. 145-150), p. 149. No mesmo sentido pronunciou-se María Fernández ao afirmar que a terminologia utilizada no Código Civil Espanhol é suficientemente ampla para permitir incluir qualquer forma de contacto entre os avós e os seus netos. Neste sentido FERNÁNDEZ, María Cárcaba, *El derecho de los abuelos a relacionarse con sus nietos*, Madrid, Tecnos, 2000, p. 27. Também Ana Escandón se referiu à terminologia adoptada no ordenamento jurídico espanhol, ao referir que “si hablamos de relaciones personales, el abanico de posibilidades que se abre para los abuelos es mucho más amplio”. ESCANDÓN, Ana M.ª Colás, “El régimen de relaciones personales entre abuelos y nietos fijado

Embora a expressão “direito de visita” seja uma expressão, de certo modo, mais simples e breve, que nos permite identificar mais facilmente o problema em questão, o recurso a este termo, permite-nos encarar tal direito de uma forma mais redutora do que o pretendido. Podemos, desde logo, chegar a tal conclusão através da definição que se encontra no Dicionário da Língua Portuguesa¹¹⁴, que define “visita” como o “ato ou efeito de visitar; ato de ir a um local onde uma determinada pessoa se encontra para estar com ela, ...”. Pois bem, o direito ao convívio entre a criança e os irmãos e ascendentes não se cinge ao ato dos mesmos irem visitar os irmãos ou netos ao local onde estes se encontram, pois engloba uma realidade muito mais abrangente. Aliás, como podemos constatar o termo “convívio” é definido, pelo Dicionário de Língua Portuguesa¹¹⁵, como o “ato de conviver; convivência; familiaridade; reunião social que tem como objetivo o estabelecimento ou desenvolvimento de relações amigáveis entre as pessoas de um grupo, comunidade ou associação; estabelecimento de laços de cordialidade; camaradagem”, o que comprova que a expressão “convívio” traduz, de forma mais adequada, o direito que o preceito legal em questão visa tutelar¹¹⁶.

O direito da criança ao convívio com ascendentes e irmãos engloba uma série de outras realidades ou de outros direitos, para além do simples ato de ir ao local onde esta se encontra ou de a ir visitar ao domicílio dos pais ou de quem detenha a sua guarda de facto ou direito.

Além disso, falarmos em “direito de visita” dos irmãos e dos ascendentes dá a ilusão de que o respetivo direito se centra nos irmãos e nos ascendentes, isto é, que estamos perante um direito que pertence, unicamente, à sua esfera jurídica, sendo estes os seus titulares, e que a criança é um mero objeto do mesmo. Na realidade não é isto que acontece, pois como teremos oportunidade de ver posteriormente e como já referimos, trata-se de um direito da criança ao convívio com irmãos e ascendentes e não o contrário.

Apesar de o legislador português ter optado pela expressão “convívio”, e esta ser a expressão que melhor se adequa quando falamos do direito em questão, pelos vários

judicialmente, con especial referencia a su extensión (a propósito de la STC, sala 2.ª, N.º 138/2014, de 8 de septiembre)”, *Derecho Privado y Constitución*, Madrid, Año 23, n.º 29, 2015, (pp. 133-185), p. 140.

¹¹⁴ PERFEITO, Abílio Alves Bonito *et. al.*, *Dicionário da Língua Portuguesa*, *ob. cit.*, p. 1652.

¹¹⁵ PERFEITO, Abílio Alves Bonito *et. al.*, *Dicionário da Língua Portuguesa*, *ob. cit.*, p. 421.

¹¹⁶ No mesmo sentido, Helena Bolieiro e Paulo Guerra preferem falar na expressão “«convívio» (ou em «organização dos tempos da criança») em vez de «visitas»”, uma vez que esta expressão demonstra de melhor forma a “forte componente emotiva”, bem como a “carga afectiva que o mundo frio do Direito não pode olvidar”. BOLIEIRO, Helena e GUERRA, Paulo, *A Criança e a Família – Uma Questão de Direito(s)...*, *ob. cit.*, p. 211. Por sua vez, Rosa Martins e Paula Vítor afirmam mesmo que “a expressão legal «convívio» parece estar um passo à frente da compreensão da variedade destas relações”. MARTINS, Rosa e VÍTOR, Paula Távora, “O Direito dos Avós às Relações Pessoais com os Netos...”, *ob. cit.*, p. 71.

motivos apontados, a jurisprudência maioritária continua a utilizar as expressões “direito de visita”, “direito a relacionar-se” e “direito ao convívio” em sentido equivalente¹¹⁷. Todavia, há exceções, atenda-se ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 3 de março de 1998¹¹⁸, que recorre à utilização das aspas quando fala em “direito de visita”, “o que parece indicar a falta de propriedade do termo”¹¹⁹ e ao Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 5 de julho de 2005¹²⁰, que, ao falar do direito em questão, se refere exclusivamente à expressão “convívio”.

Ainda que o direito ao convívio com irmãos e ascendentes esteja, hoje, tutelado legalmente, o artigo 1887.º-A do CC mostra-se pouco claro, havendo, nos nossos dias, várias questões que se colocam a respeito deste mesmo preceito legal, que passaremos a analisar.

2. Artigo 1887.º-A do CC: que questões?

2.1. Fundamento

Segundo a nossa jurisprudência, designadamente, o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 3 de março de 1998¹²¹, o fundamento que esteve na base do artigo 1887.º-A do CC, foi a relação jurídico-familiar de parentesco existente entre irmãos e entre avós (e ascendentes no geral) e netos¹²².

Uma das relações jurídicas familiares prevista no nosso CC é, precisamente, o parentesco, que é definido na lei como “o vínculo que une duas pessoas, em consequência

¹¹⁷ Como por exemplo, o Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 19 de setembro de 2002, Processo n.º 0230360, Relator Manuel Ramalho, (citado, *supra*, na nota 111); Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 17 de fevereiro de 2004, Processo n.º 7958/2003-1, Relator Ferreira Pascoal, (citado, *supra*, na nota 111); Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 8 de julho de 2004, Processo n.º 6143/2004-6, Relator Manuel Gonçalves, (citado, *supra*, na nota 111); Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 26 de fevereiro de 2008, Processo n.º 50031-B/2000.C1, Relator Jaime Ferreira, (citado, *supra*, na nota 111); Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 2 de dezembro de 2009, Processo n.º 1604/08.9TMLS-B-A. L1-7, Relator Pires Robalo, (citado, *supra*, na nota 91); Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 1 de junho de 2010, Processo n.º 5893/06.5TBVFX.L1-7, Relatora Dina Monteiro, disponível em www.dgsi.pt; Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 14 de janeiro de 2014, Processo n.º 194/11.0T6AVR.C1, Relator Francisco Caetano, disponível em www.dgsi.pt; Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, de 12 de junho de 2014, Processo n.º 3056/06.9TBGMR-C.G1, Relator Filipe Carço, (citado, *supra*, na nota 111).

¹¹⁸ Processo n.º 98A058, Relator Silva Paixão, (citado, *supra*, na nota 91).

¹¹⁹ MARTINS, Rosa e VÍTOR, Paula Távora, “O Direito dos Avós às Relações Pessoais com os Netos...”, *ob. cit.*, p. 72.

¹²⁰ Processo n.º 1566/05, Relator Sousa Pinto, (citado, *supra*, na nota 94).

¹²¹ Processo n.º 98A058, Relator Silva Paixão, (citado, *supra*, na nota 91).

¹²² Também Daniele Delanhese salienta que o direito de visitas dos avós “também se justifica pelo vínculo sanguíneo, pelos laços de parentesco que os une...”. DELANHEZE, Daniele Gervazoni, “Uma Visão Intimista do Direito de Visita dos Avós...”, *ob. cit.*, p. 76.

de uma delas descender da outra ou de ambas procederem de um progenitor comum” (cfr. artigo 1578.º do CC)¹²³. Ora, o parentesco, que se traduz nas relações que se estabelecem entre duas pessoas do mesmo sangue, determina-se, de acordo com o disposto no artigo 1579.º do CC, por graus e por linhas, ou seja, “cada geração forma um grau, e a série dos graus constitui a linha de parentesco”. Desta forma, o parentesco é na linha reta, “quando um dos parentes descende do outro”, e é na linha colateral, “quando nenhum dos parentes descende do outro, mas ambos procedem de um progenitor comum” (cfr. artigo 1580.º, n.º 1, do CC).

De facto, a lei sempre reconheceu a importância das relações de parentesco, atribuindo-lhe uma série de efeitos¹²⁴, designadamente, o direito ao convívio¹²⁵. Todavia, podemos constatar, através da leitura do artigo 1887.º-A do CC, que este direito ao convívio não se estende a todos os parentes, mas somente aos irmãos e ascendentes, que depois dos pais são, provavelmente, os parentes mais próximos da criança¹²⁶.

Deste modo, a lei tutela o direito da criança ao convívio com irmãos, parentes em segundo grau na linha colateral, uma vez que não descendem uns dos outros, mas ambos procedem de um progenitor comum; e ascendentes, principalmente os avós, parentes no segundo grau na linha reta, uma vez que um dos parentes descende do outro (avós, pais, filhos).

Não podemos deixar de salientar, no entanto, que o nosso legislador não estabelece nenhuma distinção entre irmãos germanos/bilaterais¹²⁷ ou unilaterais¹²⁸,

¹²³ No entendimento de Pereira Coelho e Guilherme de Oliveira, “A fonte do parentesco é, pois, a geração (o facto biológico da geração), resultando sempre o parentesco de uma ou de várias gerações”. COELHO, F. M. Pereira e OLIVEIRA, Guilherme de, *Curso de Direito da Família*, com a colaboração de Rui Moura Ramos, Vol. I, 5.ª Ed.ª, Coimbra, Coimbra Editora, 2016, p. 43, nota 11.

¹²⁴ Para mais desenvolvimentos sobre os efeitos do parentesco ver CAMPOS, Diogo Leite de, *Lições de Direito da Família e das Sucessões*, 2.ª Ed.ª, Revista e Actualizada (3.ª Reimpressão da edição em 1997), Coimbra, Almedina, 2005, p. 23; COELHO, F. M. Pereira e OLIVEIRA, Guilherme de, *Curso de Direito da Família*, *ob. cit.*, pp. 46 e ss; PINHEIRO, Jorge Duarte, *O Direito da Família Contemporâneo*, 5.ª Ed.ª, Coimbra, Almedina, 2016, pp. 37 e ss.

¹²⁵ Neste sentido, MARTINS, Rosa e VÍTOR, Paula Távora, “O Direito dos Avós às Relações Pessoais com os Netos...”, *ob. cit.*, pp. 65 e 66. No mesmo sentido pronunciou-se Laura Madeira, ao afirmar que “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”. MADEIRA, Laura Fernandes, “Direito das crianças à convivência com familiares – em especial, os avós”, *ob. cit.*, p. 67.

¹²⁶ Aliás, Jorge Duarte Pinheiro afirma mesmo que “a segunda espécie de relação de parentesco tida como juridicamente mais importante é a que liga outros parentes na linha recta, nomeadamente avós e netos; a terceira, aquela que liga os irmãos entre si”. PINHEIRO, Jorge Duarte, *O Direito da Família Contemporâneo*, *ob. cit.*, p. 37.

¹²⁷ São irmãos germanos ou bilaterais quando procedem da mesma mãe e do mesmo pai.

¹²⁸ São irmãos unilaterais quando o parentesco se verifica apenas por uma das linhas, a materna ou a paterna.

consanguíneos¹²⁹ ou uterinos¹³⁰, pelo que nos cumpre considerar que a lei tutela o direito da criança a conviver com qualquer um dos irmãos¹³¹.

Ademais, ao fazer referência a ascendentes, a lei tutela o direito da criança ao convívio com os avós, bisavós, trisavós, isto é, com todos os ascendentes, ainda que a lei tenha, sobretudo, em mente os avós “atenta a esperança média de vida”¹³² e o papel que estes desempenham, muitas vezes, na vida daquela criança.

Para além da relação de parentesco, o Supremo Tribunal de Justiça¹³³, também teve em consideração as relações afetivas que, geralmente, se estabelecem entre irmãos e entre avós e netos, ao afirmar que com o “direito de visita” se pretendeu “tutelar a ligação de amor, de afecto, de carinho e de solidariedade existente entre os membros mais chegados da família”. Assim, este direito resulta do parentesco, mas encontra-se “alicerçado na afeição e amor reciprocamente sentidos, em geral, entre pessoas do mesmo sangue e muito próximas entre si”¹³⁴.

No mesmo sentido, pronunciou-se o Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 14 de janeiro de 2014¹³⁵, ao afirmar que este direito se encontra “concomitantemente alicerçado no parentesco e nas relações de afecto”, pelo que o “regime de visitas (convívio) fixado na sentença não foi tomado em mero critério biológico de parentesco, mas simultaneamente em laços de afeto que antes da morte do pai da menor os avós nutriam nos contactos com a neta”.

À semelhança da jurisprudência, Maria Clara Sottomayor¹³⁶ afirma que, para além da relação de parentesco, o direito ao convívio que, atualmente, se encontra consagrado na lei teve, também, na sua base o reconhecimento do papel que os irmãos e os avós desempenham no desenvolvimento da personalidade dos seus irmãos ou netos. Tal deve-se não só às relações afetivas que se estabelecem entre estes membros da família, como também pelo papel de apoio e auxílio em situações traumáticas, como o divórcio ou separação dos seus progenitores, bem como a morte de um deles, e até mesmo em

¹²⁹ São irmãos consanguíneos quando o progenitor em comum é o pai.

¹³⁰ São irmãos uterinos quando o progenitor em comum é a mãe.

¹³¹ Neste sentido GOMES, Ana Sofia, *Responsabilidades Parentais: De acordo com as Leis n.ºs 61/2008, 103/2009 e o Decreto-Lei n.º 121/2010*, 3.ª Ed.ª, Lisboa, Quid Juris, 2012, p. 53.

¹³² GOMES, Ana Sofia, *Responsabilidades Parentais...*, *ob. cit.*, p. 53.

¹³³ Nomeadamente, no Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 3 de março de 1998, Processo n.º 98A058, Relator Silva Paixão, (citado, *supra*, na nota 91).

¹³⁴ No mesmo sentido, Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 2 de dezembro de 2009, Processo n.º 1604/08.9TMLS-B-A.L1-7, Relator Pires Robalo, (citado, *supra*, na nota 91).

¹³⁵ Processo n.º 194/11.0T6AVR.C1, Relator Francisco Caetano, (citado, *supra*, na nota 117).

¹³⁶ SOTTOMAYOR, Maria Clara, *Regulação do exercício das responsabilidades parentais nos casos de divórcio*, *ob. cit.*, pp. 204 e ss.

situações em que os pais não têm condições para cuidar daquela criança, devido, por exemplo, a carências económicas ou a problemas de saúde, em que estes familiares acabam por desempenhar, muitas vezes, o próprio papel de pais. Logo, para que este direito seja concedido, é necessário, para além da relação de parentesco, a existência de uma forte ligação afetiva anterior às relações de conflito, a fim de justificar a tutela legal concedida pelo artigo 1887.º-A¹³⁷.

No entanto, existem Autores¹³⁸ que não concordam totalmente com esta necessidade de haver uma relação afetiva anterior à regulação deste direito por parte do tribunal. Para Rosa Martins e Paula Vítor¹³⁹, o fundamento principal que está na base deste direito são as relações de parentesco, mas são mais cautelosas na consideração das relações de afeto como outro fundamento que possa estar na base do referido direito. Embora geralmente se verifique uma ligação afetiva forte e significativa entre a criança e estas pessoas, nem sempre é assim, visto que “poderemos deparar-nos com situações em que a ausência de qualquer contacto prévio não pode determinar que lhes seja negada a titularidade deste direito”¹⁴⁰.

Laura Madeira¹⁴¹, ainda que concorde que deva existir uma relação afetiva, para além da relação de parentesco, coloca algumas reservas no que respeita à necessidade de haver uma relação afetiva prévia, isto é, anterior à necessidade de intervenção e regulação do direito ao convívio. Para a Autora, a inexistência prévia de laços afetivos não deve impossibilitar, à partida, o exercício deste direito¹⁴².

No nosso entendimento, o fundamento do direito ao convívio não devia ser a relação de parentesco, mas a existência de uma relação forte e significativa entre a criança e os ascendentes, irmãos ou outras pessoas. Cremos, por isso, que na ausência de uma relação afetiva não haverá, à partida, nenhum interesse em manter tais relações, porque estas relações não têm qualquer significado para ambas as partes, o que poderá levar a criança

¹³⁷ SOTTOMAYOR, Maria Clara, *Regulação do exercício das responsabilidades parentais nos casos de divórcio*, *ob. cit.*, p. 210.

¹³⁸ MARTINS, Rosa e VÍTOR, Paula Távora, “O Direito dos Avós às Relações Pessoais com os Netos...”, *ob. cit.*, p. 66; MADEIRA, Laura Fernandes, “Direito das crianças à convivência com familiares – em especial, os avós”, *ob. cit.*, pp. 67 e 68.

¹³⁹ MARTINS, Rosa e VÍTOR, Paula Távora, “O Direito dos Avós às Relações Pessoais com os Netos...”, *ob. cit.*, p. 66.

¹⁴⁰ *Id. ibidem*.

¹⁴¹ MADEIRA, Laura Fernandes, “Direito das crianças à convivência com familiares – em especial, os avós”, *ob. cit.*, pp. 67 e 68.

¹⁴² Nomeadamente, não deve retirar-se a proteção conferida pelo artigo 1887.º-A aos ascendentes paternos em situações em que o pai de uma criança morre mesmo antes de ela nascer, por exemplo. Neste sentido, MADEIRA, Laura Fernandes, “Direito das crianças à convivência com familiares – em especial, os avós”, *ob. cit.*, p. 68, nota 34.

a recusar este convívio. Quando isto acontece, o tribunal dá, frequentemente, prevalência à sua vontade, de forma a tutelar o seu superior interesse. Além disso, obrigá-la a conviver com alguém contra a sua própria vontade contraria o próprio fundamento do direito ao convívio que reside, precisamente, no afeto existente entre ambas as partes¹⁴³.

Consideramos, no entanto, que é necessário distinguir duas situações. Há que distinguir as situações em que a ausência de qualquer vínculo prévio se deve à inércia dos avós e dos irmãos, que nunca demonstraram – até àquele momento – qualquer interesse em conviver com a criança em questão, das situações em que essa relação afetiva não existe, nem nunca existiu, porque os seus pais ou cuidadores nunca o permitiram.

Nas situações em que os avós/ascendentes e os irmãos nunca tenham convivido, nem mantenham qualquer relação afetiva com o seu neto ou irmão, porque nunca se interessaram, não deve ser concedida qualquer proteção jurídica. Pelo contrário, quando a inexistência de uma relação afetiva entre a criança e os ascendentes e/ou irmãos se deve à privação do convívio por parte dos seus pais ou cuidadores, muitas vezes, por mero capricho, tal direito ao convívio deve ser concedido, de forma a possibilitar o estabelecimento destas relações afetivas. Neste contexto, não podemos deixar de concordar com o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 1 de junho de 2010¹⁴⁴, quando afirma que “é certo que o amor e a criação de laços afectivos não se pode impor por decisão do Tribunal, mas não é menos certo que, sem conhecimento e convívio entre as pessoas, esses sentimentos também não se poderão desenvolver. Há que criar oportunidades e deixar que os relacionamentos sigam o seu destino”¹⁴⁵. Todavia, se a imposição deste direito ao convívio acarretar consequências nefastas para a criança, o tribunal deve suspender este direito.

2.2. Titularidade e natureza jurídica

Após o aditamento do artigo 1887.º-A ao CC, a doutrina e a jurisprudência reconhecem, de forma unânime, a existência de um direito ao convívio entre avós e netos e entre irmãos. Todavia, tal unanimidade não se verifica relativamente à questão de saber

¹⁴³ Neste sentido, DELANHEZE, Daniele Gervazoni, “Uma Visão Intimista do Direito de Visita dos Avós...”, *ob. cit.*, p. 83.

¹⁴⁴ Processo n.º 5893/06.5TBVFX.L1-7, Relatora Dina Monteiro, (citado, *supra*, na nota 117).

¹⁴⁵ No entanto, esta será uma exceção que se aplicará tão-só aos ascendentes e irmãos, por serem os parentes mais próximos da criança e por geralmente estas relações afetivas surgirem de forma natural e com facilidade, não sucedendo no caso concreto porque houve esta privação por parte dos pais ou cuidadores da criança. Como veremos, relativamente a outros parentes e terceiros, o direito ao convívio só merecerá uma proteção jurídica se existir uma relação afetiva prévia, uma vez que será esta relação afetiva forte e significativa que justificará a necessidade de tutela deste direito ao convívio.

quem é o titular do direito ao convívio e qual a natureza jurídica deste mesmo direito, isto é, estaremos, neste caso, perante um direito subjetivo de que são titulares a criança, bem como os ascendentes e irmãos?

Poderíamos afirmar que a titularidade do direito ao convívio pertence aos ascendentes e irmãos, pelo simples facto de quando há necessidade de recorrer a tribunal de forma a tutelar este direito ao convívio, o impulso processual surge, frequentemente, através dos ascendentes e irmãos¹⁴⁶. Porém, tendo em consideração que a criança é hoje sujeito de direitos, a titularidade de tal direito não poderá ter por base tão-só a iniciativa processual, o que levou a jurisprudência¹⁴⁷ a recusar tal entendimento e a afirmar que se trata de um direito que pertence exclusivamente à esfera jurídica da criança¹⁴⁸.

Contudo, a tese maioritária¹⁴⁹ defende que o artigo 1887.º-A do CC veio consagrar um direito da criança a conviver com os ascendentes e irmãos, assim como um direito destes a conviver com os netos e irmãos. Trata-se, assim, de um direito recíproco de que tanto a criança, como os ascendentes e irmãos são titulares. Todavia, embora estes direitos sejam recíprocos, apresentam natureza jurídica distinta, ou seja, enquanto o direito da criança ao convívio com ascendentes e irmãos consiste num direito de personalidade, que

¹⁴⁶ Existe doutrina espanhola que se pronuncia neste sentido relativamente ao artigo 160.º do Código Civil espanhol, isto é, que os avós são os únicos titulares deste direito porque são eles que têm a faculdade de solicitar o seu exercício. Neste sentido, ESCANDÓN, Ana M.ª Colás, “El régimen de relaciones personales entre abuelos y nietos fijado judicialmente, ...”, *ob. cit.*, p. 146.

¹⁴⁷ Mesmo antes do aditamento do preceito legal em questão, o Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 9 de março de 1993, Processo n.º 9251015, Relator Almeida e Silva, (citado, *supra*, na nota 111), afirmava que “o nosso ordenamento jurídico não reconhece aos avós o direito de visita relativamente ao menor”. E, já após a entrada em vigor deste preceito legal, o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 17 de fevereiro de 2004, Processo n.º 7958/2003-1, Relator Ferreira Pascoal, (citado, *supra*, na nota 111), afirmava que as crianças, enquanto titulares do direito constitucionalmente protegido ao desenvolvimento da personalidade, previsto no artigo 26.º, n.º1, da CRP, “podem relacionar-se e conviver com quem entenderem, nomeadamente os irmãos e ascendentes”, não existindo “consequentemente, nenhum *direito de visita* que tenha por objecto os menores, nomeadamente, não existe o *direito de visita dos avós*. O que existe é o direito da criança de manter regularmente relações pessoais e contactos directos com os pais (...) – podendo as suas relações pessoais e contactos directos ser com outras pessoas, salvo se tal se mostrar contrário ao interesse da criança (...)”.

¹⁴⁸ Também Helena Bolieiro e Paulo Guerra parecem entender que se trata de um direito da criança ou jovem ao afirmarem que “há um direito desta criança ao convívio com os avós e com os irmãos...”, bem como ao referirem que “para ser decretado um direito de visita da criança relativamente aos avós e aos irmãos...”. BOLIEIRO, Helena e GUERRA, Paulo, *A Criança e a Família – Uma Questão de Direito(s)...*, *ob. cit.*, p. 225.

¹⁴⁹ Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 8 de julho de 2004, Processo n.º 6143/2004-6, Relator Manuel Gonçalves, (citado, *supra*, na nota 111); Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 26 de fevereiro de 2008, Processo n.º 50031-B/2000.C1, Relator Jaime Ferreira, (citado, *supra*, na nota 111); Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 1 de junho de 2010, Processo n.º 5893/06.5TBVFX.L1-7, Relatora Dina Monteiro, (citado, *supra*, na nota 117); Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 14 de janeiro de 2014, Processo n.º 194/11.0T6AVR.C1, Relator Francisco Caetano, (citado, *supra*, na nota 117). A doutrina tem acompanhado a jurisprudência. Assim, veja-se, por exemplo, AZEVEDO, Álvaro Villaça, “Direitos e deveres dos avós (alimentos e visitação)”, *ob. cit.*, p. 32; MADEIRA, Laura Fernandes, “Direito das crianças à convivência com familiares – em especial, os avós”, *ob. cit.*, pp. 65, 70, 71, 72 e 73.

deriva do direito fundamental ao desenvolvimento da personalidade, o direito dos ascendentes e irmãos consiste num poder funcional, num poder-dever que, tal como acontece no exercício das responsabilidades parentais, se encontra exclusivamente vinculado ao interesse da criança¹⁵⁰.

Contudo, existe jurisprudência¹⁵¹ e doutrina¹⁵², que defendem que ambos os direitos se inserem na categoria dos direitos familiares pessoais ou, de forma mais precisa, no âmbito dos direitos pessoalíssimos, ou seja, existe um direito subjetivo da criança ao convívio com irmãos e ascendentes, mas também um direito subjetivo dos irmãos e dos ascendentes ao convívio com a criança. Estes direitos subjetivos, encontram-se, pela sua essência, intimamente ligados ao seu titular, tratando-se de direitos irrenunciáveis e intransmissíveis.

Todavia, se a jurisprudência não se pronuncia sobre a questão da natureza jurídica, Rosa Martins e Paula Vítor¹⁵³ afirmam que estamos perante um direito recíproco, mas com uma natureza jurídica diferente, tratando-se o direito dos avós e dos irmãos de um poder funcional.

Nesta senda, Jorge Duarte Pinheiro¹⁵⁴ afirma que não poderemos estar perante um direito subjetivo, quando esse mesmo direito se encontra exclusivamente vinculado ao interesse de alguém, neste caso, ao interesse da criança, o que, conseqüentemente, faz com que os ascendentes e irmãos não sejam titulares deste direito. Ademais, o Autor considera que uma relação de parentesco não pode fundar um direito não familiar, como o é o direito de personalidade. Assim, o direito da criança ao convívio com irmãos e ascendentes “dá corpo a um direito familiar” da criança, “que enquanto tal, é oponível *erga omnes*”¹⁵⁵.

¹⁵⁰ De uma forma geral, os tribunais portugueses apenas se têm pronunciado quanto à titularidade do direito em questão e não quanto à sua natureza jurídica. Dito por outras palavras, sempre que a jurisprudência se debruçou relativamente à natureza jurídica do direito em causa, fê-lo na perspetiva do direito dos avós ao convívio com os netos.

¹⁵¹ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 3 de março de 1998, Processo n.º 98A058, Relator Silva Paixão, (citado, *supra*, na nota 91); Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 2 de dezembro de 2009, Processo n.º 1604/08.9TMLS-B-A.L1-7, Relator Pires Robalo, (citado, *supra*, na nota 91).

¹⁵² MARTINS, Rosa e VÍTOR, Paula Távora, “O Direito dos Avós às Relações Pessoais com os Netos...”, *ob. cit.*, p. 69.

¹⁵³ MARTINS, Rosa e VÍTOR, Paula Távora, “O Direito dos Avós às Relações Pessoais com os Netos...”, *ob. cit.*, pp. 68 e 69.

¹⁵⁴ PINHEIRO, Jorge Duarte, “A relação entre avós e netos”, *ob. cit.*, p. 273.

¹⁵⁵ Ademais, a ligação do direito ao convívio da criança “ao desenvolvimento da personalidade do respectivo titular não o converte num direito de personalidade do respectivo titular, uma vez que se está perante um direito relativo, emergente da relação familiar de parentesco”. Além disso, “As responsabilidades parentais também visam o desenvolvimento dos filhos (cfr. por exemplo, art. 1885.º, n.º 1) e nem por isso deixam de ter cariz de situações jurídicas familiares”. Cfr. *Id. Ibidem*.

Também Maria Clara Sottomayor¹⁵⁶ concorda que o artigo 1887.º-A do CC não confere qualquer direito subjetivo aos ascendentes e irmãos, uma vez que se trata de uma situação jurídica funcional ou de um direito-dever que visa a realização do interesse da criança, e que só é digno de tutela jurídica se promover esse mesmo interesse.

Perante tais discrepâncias, parece-nos importante recordar o que são direitos subjetivos e o que são poderes funcionais.

Segundo Vieira de Andrade¹⁵⁷, o direito subjetivo é um poder ou uma faculdade que é reconhecido por uma norma jurídica para que o respetivo titular realize os seus próprios interesses¹⁵⁸. Por sua vez, um poder funcional é um poder jurídico conferido a alguém para prosseguir, não o seu interesse, mas o interesse de outra pessoa. Assim, ao passo que no direito subjetivo, o interesse que se visa tutelar é do próprio titular do poder, no poder funcional, o “Direito atribuí a alguém, diferente do seu titular, o poder conducente à realização”¹⁵⁹ do interesse do seu verdadeiro titular¹⁶⁰.

Posto isto, não podemos deixar de concordar com Jorge Duarte Pinheiro e com Maria Clara Sottomayor, quando afirmam que não estamos perante um direito subjetivo dos ascendentes e irmãos, quando este direito se encontra vinculado ao interesse da criança.

No entanto, o nosso entendimento vai ao encontro da posição assumida por Júlio Barbosa e Silva¹⁶¹, para quem o artigo 1887.º-A do CC não atribui nenhum direito ao convívio aos irmãos, avós ou a qualquer outra pessoa. Trata-se, antes, de uma diretiva para os pais e de um direito da criança de se relacionar livremente com quem quiser, a menos que os pais se oponham de forma justificada ao exercício desse direito, o qual pode ser posto em prática através de outras pessoas (avós, irmãos, tios, padrinhos, entre outros), uma vez que estes gozam de legitimidade ativa para tal. No entanto, considerando

¹⁵⁶ SOTTOMAYOR, Maria Clara, *Regulação do Exercício das Responsabilidades Parentais nos Casos de Divórcio*, *ob. cit.*, p. 204.

¹⁵⁷ ANDRADE, José Carlos Vieira de, *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 5.ª Ed.ª, Coimbra, Almedina, 2012, p. 112.

¹⁵⁸ No mesmo sentido Armando Leandro refere que o direito subjetivo é aquele que “está dependente da livre vontade do seu titular”. LEANDRO, Armando Gomes, “O Poder Paternal: natureza, conteúdo, exercício e limitações...”, *ob. cit.*, p. 120.

¹⁵⁹ MIRANDA, Jorge, “Sobre o poder paternal”, *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, Ano XXXII, n.ºs 1 a 4, Coimbra, Almedina, 1990, (pp. 23-56), p. 33.

¹⁶⁰ Também Maria de Fátima Abrantes Duarte afirma que “o direito subjectivo é (...) pertinente ao sujeito, ligando-se com uma pretensão sua; o poder, ao contrário, resulta da função normativa atribuída ao seu titular, sem lhe ser conferida qualquer pretensão, que possa ser exercida em proveito próprio. Daí resulta ainda que o titular do direito subjectivo pode ou não usar do seu direito, enquanto o titular de um poder não pode deixar de praticar as funções da sua competência, pois não são disponíveis”. DUARTE, Maria de Fátima Abrantes, *O Poder Paternal...*, *ob. cit.*, p. 45.

¹⁶¹ SILVA, Júlio Barbosa e, “O direito da criança na manutenção das suas relações com terceiros afetivamente significativos...”, *ob. cit.*, pp. 140 e 141.

a criança como sujeito ativo de direitos e não como mero recetor dos mesmos, este é um espaço de autonomia da criança, conferido pela própria lei. Os avós e os irmãos gozam, assim, de um mero interesse juridicamente relevante ou reflexo e não de um “direito com a sua característica típica essencial de dever, como nas responsabilidades parentais”¹⁶².

Desta forma, o direito tutelado pelo artigo 1887.º-A do CC é o direito da criança ao convívio com os ascendentes e irmãos, tal como a própria letra do preceito legal anteriormente referido indica, quando refere que “os pais não podem injustificadamente privar os filhos...”, sendo a criança o verdadeiro titular deste direito. Deste modo, a tutela legal conferida ao direito ao convívio tem como intuito a salvaguarda da relação de afeto que estes familiares estabeleceram entre si, através da possibilidade que os ascendentes e irmãos têm de ir a tribunal regular o direito ao convívio, dado que, à partida, “a criança, por si, não reivindica direitos. Espera e procura afectos”¹⁶³, contribuindo para o bem-estar, desenvolvimento e felicidade daquela criança, que pretende continuar a manter as relações com estas pessoas, mesmo contra a vontade dos seus pais.

Na nossa opinião, os ascendentes e os irmãos não são titulares de um poder funcional, uma vez não terem qualquer obrigação ou um dever de agir no interesse dos seus netos ou irmãos, ao contrário do que sucede com o progenitor não residente, cujo direito ao convívio com o seu filho tem também natureza jurídica de dever¹⁶⁴. Os ascendentes e irmãos são titulares de um mero interesse juridicamente relevante ou reflexo¹⁶⁵, que só será atendido se este convívio corresponder ao superior interesse da criança¹⁶⁶.

¹⁶² SILVA, Júlio Barbosa e, “O direito da criança na manutenção das suas relações com terceiros afetivamente significativos...”, *ob. cit.*, p. 141.

¹⁶³ DINIZ, João Seabra, “Família lugar dos afectos”, *ob. cit.*, p. 151.

¹⁶⁴ Neste sentido pronunciaram-se Guilherme de Oliveira e Rosa Martins ao referirem que o direito ao convívio do progenitor não guardião também tem a natureza de um dever. O que não parece suceder com as outras pessoas. OLIVEIRA, Guilherme de and MARTINS, Rosa, *National Report: Portugal*, p. 19, disponível em <http://ceflonline.net>, última consulta a 03-01-2018.

¹⁶⁵ Maria Clara Sottomayor afirma que “a lei não visa, apenas, atribuir relevância jurídica à importância que tem para a criança a relação com os ascendentes e com os irmãos. Entendemos que também é tutelado o interesse dos avós e dos irmãos, em conviver com a criança, nomeadamente a expressão de afeto, o conhecimento mútuo, a transmissão de valores e tradições, o prolongamento da vida para além de si próprios”. Aliás, para a mesma Autora, “O entendimento de que o interesse dos avós e dos irmãos não tem relevância jurídica esvaziaria de conteúdo e de efeito prático a norma do art. 1887.º-A, tornando-a inútil, em sentido contrário ao que claramente constitui a intenção do legislador e a vontade da lei”. SOTTOMAYOR, Maria Clara, *Regulação do Exercício das Responsabilidades Parentais nos Casos de Divórcio*, *ob. cit.*, pp. 210 e 217.

¹⁶⁶ Até porque é “fundamental não esquecer que as visitas visam sobretudo a satisfação do interesse do menor e não a satisfação de interesses egoísticos dos avós, como seja o de ter companhia, ou ter uma pessoa com quem conversar ou passear”. BOTELHO, João, *Regulação das Responsabilidades Parentais*, *ob. cit.*, p. 126.

Inversamente, se este convívio não corresponder ao seu superior interesse é este que prevalece, não devendo ser estipulado qualquer direito ao convívio¹⁶⁷.

2.3. Âmbito e oponibilidade do convívio

Como tivemos oportunidade de referir, este direito ao convívio engloba uma série de outras realidades ou de outros direitos, para além do simples ato de ir visitar a criança ao sítio onde ela se encontra. Tal convívio pode traduzir-se: na visita dos irmãos ou dos avós na casa onde a criança esteja a residir; em encontros em locais públicos; em convívios após a saída da escola; no acompanhamento das crianças nas atividades extracurriculares; na estadia da criança em casa destes familiares durante determinados períodos de tempo, como por exemplo, uma ou duas horas depois do período de aulas¹⁶⁸; na estadia da criança na casa dos irmãos ou dos avós, um fim-de-semana por mês, bem como alguns dias das férias escolares, como por exemplo, uma semana durante as férias de verão; no convívio em períodos festivos, como os dias de aniversário de ambos, no Natal, no Ano Novo e na Páscoa, sempre mediante a sua disponibilidade.

No entanto, existem situações em que, atendendo à distância geográfica, o contacto pessoal pode não ser tão regular¹⁶⁹. Nestas situações, o direito ao convívio poderá concretizar-se, não só, através de troca de correspondência, contactos telefónicos e eletrónicos (como a realização de videochamadas), como também, através da obtenção de informações¹⁷⁰, por parte dos irmãos e ascendentes, sobre vários aspetos da vida da criança, designadamente, sobre o seu estado de saúde, o seu desempenho escolar, etc., informações estas que podem ser obtidas através dos seus pais ou cuidadores¹⁷¹.

¹⁶⁷ Para Maria Clara Sottomayor, “O interesse da criança constitui sempre um interesse prevalente em relação ao interesse dos avós e dos irmãos, como sucede, em qualquer decisão judicial relativa a crianças, em que há conflito entre o interesse das crianças e o dos adultos”. SOTTOMAYOR, Maria Clara, *Regulação do Exercício das Responsabilidades Parentais nos Casos de Divórcio*, *ob. cit.*, p. 217. No mesmo sentido veja-se DELANHEZE, Daniele Gervazoni, “Uma Visão Intimista do Direito de Visita dos Avós...”, *ob. cit.*, p. 83; MARTINS, Rosa e VÍTOR, Paula Távora, “O Direito dos Avós às Relações Pessoais com os Netos na Jurisprudência Recente”, *ob. cit.*, p. 74; Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 3 de março de 1998, Processo n.º 98A058, Relator Silva Paixão, (citado, *supra*, nota 91); Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 8 de julho de 2004, Processo n.º 6143/2004-6, Relator Manuel Gonçalves, (citado, *supra*, nota 111).

¹⁶⁸ Em que a criança tem um dia menos ocupado ou a tarde livre que ela tem durante a semana.

¹⁶⁹ Ocorre sobretudo no período de férias escolares ou épocas festivas.

¹⁷⁰ O próprio artigo 2.º, *al. a*), da Convenção sobre as Relações Pessoais Relativas às Crianças afirma que a noção de contacto significa, não só a possibilidade de a criança permanecer durante um determinado período de tempo com uma pessoa, como também qualquer forma de comunicação entre a criança e essa pessoa e o fornecimento de informações sobre a criança a essa pessoa e vice-versa.

¹⁷¹ No mesmo sentido, FERNÁNDEZ, María Cárcaba, *El derecho de los abuelos a relacionarse con sus nietos*, *ob. cit.*, p. 26; HERNÁNDEZ, Francisco Rivero, “Las relaciones personales entre abuelos y nietos...”, *ob. cit.*, p. 58; MARTINS, Rosa e VÍTOR, Paula Távora, “O Direito dos Avós às Relações

Tendo em consideração a amplitude que este direito ao convívio pode assumir, Maria Clara Sottomayor efetua uma distinção entre o “direito de visita” em sentido estrito e o “direito de visita” em sentido amplo. No “direito de visita” em sentido estrito, os irmãos e os ascendentes da criança podem visitá-la na residência onde esta habita, recebê-la na sua própria residência, bem como sair com a mesma para algum local durante um determinado período de tempo, ou seja, durante apenas algumas horas. No “direito de visita” em sentido amplo, a criança pode ficar com os irmãos ou ascendentes durante o fim de semana e até mesmo durante um determinado período das suas férias escolares¹⁷².

Mas, de acordo com o Tribunal da Relação de Coimbra¹⁷³, independentemente do modo como se efetue este direito ao convívio, o mesmo “não implica necessariamente uma periodicidade, nem mesmo espaço temporal preciso, antes tem na sua base a ideia de *regularidade* (diferente de periodicidade certa) e *tempo bastante para o estabelecimento de comunicação inter relacional* entre os visados”.

De qualquer maneira, o convívio da criança com os ascendentes e irmãos é muito mais restrito do que o direito-dever de visita que assiste ao progenitor não residente¹⁷⁴ em casos de divórcio, separação de facto, separação judicial de pessoas e bens, extinção da união de facto, ou em qualquer outro caso em que os pais da criança não vivem juntos¹⁷⁵.

Assim, enquanto o direito de visita do progenitor não residente funciona como uma forma de substituir o convívio diário que existia entre este progenitor e os filhos antes da rutura da relação dos seus pais, por esse convívio não poder desenvolver-se da forma habitual e todos os dias, devido à rutura da coabitação¹⁷⁶, o direito da criança ao convívio com os irmãos e ascendentes é, sobretudo, uma forma de proteger os laços afetivos que,

Pessoais com os Netos na Jurisprudência Recente”, *ob. cit.*, p. 71; PINHEIRO, Jorge Duarte, “A relação entre avós e netos”, *ob. cit.*, p. 274.

¹⁷² Neste sentido, SOTTOMAYOR, Maria Clara, *Regulação do exercício das responsabilidades parentais nos casos de divórcio*, *ob. cit.*, pp. 204 e 205.

¹⁷³ No Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 5 de julho de 2005, Processo n.º 1566/05, Relator Sousa Pinto, (citado, *supra*, nota 94).

¹⁷⁴ No mesmo sentido, Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 8 de julho de 2004, Processo n.º 6143/2004-6, Relator Manuel Gonçalves, (citado, *supra*, nota 111); Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 14 de janeiro de 2014, Processo n.º 194/11.0T6AVR.C1, Relator Francisco Caetano, (citado, *supra*, nota 117); FERNÁNDEZ, María Cárcaba, *El derecho de los abuelos a relacionarse con sus nietos*, *ob. cit.*, p. 28; MARTINS, Rosa e VÍTOR, Paula Távora, “O Direito dos Avós às Relações Pessoais com os Netos na Jurisprudência Recente”, *ob. cit.*, pp. 72 e 73.

¹⁷⁵ E daí o Tribunal da Relação de Coimbra, no Acórdão de 26-02-2008, Processo n.º 50031-B/2000.C1, Relator Jaime Ferreira, (citado, *supra*, nota 111), ter afirmado que é necessário interpretar o artigo 1887.º-A do CC com muito cuidado, “pois do mesmo não resulta nem pode resultar que este «direito ao convívio» é idêntico ou tem o mesmo conteúdo dos direitos e deveres dos pais sobre os filhos, em caso de separação daqueles, como resulta dos artigos 1905.º, n.ºs 1 e 2 e 1906.º, ambos do CC”.

¹⁷⁶ No mesmo sentido, SOTTOMAYOR, Maria Clara, *Regulação do exercício das responsabilidades parentais nos casos de divórcio*, *ob. cit.*, p. 108.

normalmente, se desenvolvem entre os mesmos, bem como de garantir a possibilidade de a criança conhecer e conviver com a família alargada, tomando conhecimento das tradições, dos costumes, das histórias da sua família, podendo, ao mesmo tempo, desfrutar da atenção, carinho, afeto que estes têm para lhe dar.

Além disso, enquanto os irmãos e os avós (ou ascendentes) desempenham um papel quase exclusivamente afetivo e lúdico, satisfazendo a necessidade emocional da criança se sentir amada, acarinhada, valorizada e apreciada, os pais exercem uma função predominantemente de disciplina e autoridade perante os filhos¹⁷⁷, tratando-se, por isso, de duas realidades sociais e familiares diferenciadas, bem como de papéis familiares bastante distintos, uma vez que só aos pais cabe o direito-dever de educação dos filhos, papel que não compete aos irmãos e ascendentes. Assim sendo, o direito previsto no artigo 1887.º-A do CC pode sofrer maiores restrições que o direito ao convívio que assiste ao progenitor não residente. Inclusive, pode ficar sujeito a determinadas condições, designadamente, ocorrer na presença ou ausência de determinadas pessoas, à prestação de cuidados específicos, à privação de falar em determinados assuntos ou visitar determinados lugares, etc.¹⁷⁸.

Passando à questão da oponibilidade, podemos afirmar que o direito em questão é oponível aos pais, nos casos de vida em comum¹⁷⁹, de rutura (divórcio ou separação) ou morte de um dos progenitores e nos casos em que os pais da criança nunca viveram em comum.

No entanto, é nas situações de crise familiar que a consagração legal do direito ao convívio com irmãos e ascendentes assume especial importância. É nas situações de divórcio, separação de facto, separação judicial de pessoas e bens, cessação da união de facto e ainda nos casos de morte de um dos progenitores que a criança é, maioritariamente,

¹⁷⁷ Neste sentido, Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 3 de março de 1998, Processo n.º 98A058, Relator Silva Paixão, (citado, *supra*, nota 91); Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, 26 de fevereiro de 2008, Processo n.º 50031-B/2000.C1, Relator Jaime Ferreira, (citado, *supra*, nota 111); Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 2 de dezembro de 2009, Processo n.º 1604/08.9TMLS-B-A. L1-7, Relator Pires Robalo, (citado, *supra*, nota 91); SOTTOMAYOR, Maria Clara, *Regulação do exercício das responsabilidades parentais nos casos de divórcio*, *ob. cit.*, p. 209.

¹⁷⁸ Neste sentido, PINHEIRO, Jorge Duarte, “A relação entre avós e netos”, *ob. cit.*, p. 274; HERNÁNDEZ, Francisco Rivero, “Las relaciones personales entre abuelos y nietos...”, *ob. cit.*, p. 59.

¹⁷⁹ Este preceito legal é aplicável mesmo quando os progenitores vivem juntos mas, por qualquer motivo, nomeadamente por desentendimentos com os avós do(s) filho(s), “tenham decidido excluir os contactos entre avós e netos (na sequência de uma “dinâmica negativa do casal”, que se reflecte, por vezes, numa ruptura com os avós paternos do menor)”. PINHEIRO, Jorge Duarte, “A relação entre avós e netos”, *ob. cit.*, p. 275. Em sentido equivalente veja-se SOTTOMAYOR, Maria Clara, *Regulação do exercício das responsabilidades parentais nos casos de divórcio*, *ob. cit.*, p. 209.

privada de conviver com os familiares pertencentes à linha do progenitor não residente ou falecido.

Existem, ainda, situações em que os avós assumiram, durante um longo período de tempo, a responsabilidade pelos seus netos, desempenhando, muitas vezes, o papel dos próprios pais durante anos, pelo facto de a atividade profissional dos progenitores da criança requerer uma grande disponibilidade por parte destes. Por conseguinte, seria uma tremenda crueldade a posterior privação deste convívio¹⁸⁰.

Também existem situações em que a privação surge na sequência de uma nova união por parte do progenitor guardião ou sobrevivivo. Ocasionalmente, quando há a formação de uma nova família, há necessidade de recorrer a tribunal, não só por parte dos avós pertencentes à linha do progenitor não guardião ou não sobrevivivo, como também dos irmãos, sobretudo nos casos de divórcio ou separação em que os filhos não ficam todos a residir com o mesmo progenitor. Os desentendimentos entre os pais, nestas situações, levam, muitas vezes, à privação do convívio não só com o progenitor não residente, como com os irmãos que ficaram a residir com ele¹⁸¹.

Esta necessidade também pode surgir quando já existem crianças de uniões anteriores e nascem crianças desta nova união. Daqui pode suceder que o progenitor com quem a criança reside não a deixe conviver com os chamados meios-irmãos. O mesmo pode ocorrer nas situações de divórcio/separação do progenitor residente com o padrasto/madrasta, em que volta a haver uma separação entre os irmãos e até mesmo quando o progenitor com quem a criança reside falece e estas voltam a habitar com o pai/mãe, mantendo-se os meios-irmãos com o padrasto/madrasta. Nas situações de divórcio/separação ou morte de um dos progenitores, a criança tem o direito de conviver

¹⁸⁰ Ou, nas palavras de Daniele Delanheze, “quando o afeto e o respeito já não presidem às relações familiares, seja em virtude de crise conjugal, desentendimento entre seus membros ou qualquer outra situação que impeça a convivência”, frequentemente, “há circunstâncias em que os avós e netos são impedidos de manter esse vínculo estreito e natural de afeição, circunstâncias estas em que, movidos pelo egoísmo, o guardião, pai/mãe da criança, impedem os avós de visitarem os seus netos, buscando vingar-se nos velhos os ressentimentos do casamento fracassado ou do passado do morto, ademais, dos casos de desentendimentos entre pais e filhos ainda em vida”. DELANHEZE, Daniele Gervazoni, “Uma Visão Intimista do Direito de Visita dos Avós...”, *ob. cit.*, pp. 74, 75 e 76.

¹⁸¹ Embora, no caso de divórcio ou separação, exista uma “preocupação de, sempre que possível, manter os irmãos juntos e em boa relação entre eles e com ambos os progenitores e respectivos familiares, de forma a diminuir a ambivalência e a insegurança que podem resultar da dissociação familiar”, o que nem sempre acontece, até porque existem casos em que há irmãos que já são maiores e já têm uma família constituída que, por vezes, acabam por tomar o partido de um dos progenitores e, conseqüentemente, são também eles privados deste convívio, situações em que se justifica, também, o recurso ao artigo 1887.º-A do CC, para que a criança possa continuar a conviver com a(o) irmã(o) e respetiva família. LEANDRO, Armando Gomes, “Direito e Direito dos Menores...”, *ob. cit.*, p. 21.

com os irmãos, de modo a preservar os laços de afeto, amizade, entreajuda que geralmente existe entre estes¹⁸².

O tempo em que a criança se encontra a conviver com os irmãos e ascendentes não pode ser incluído pelo progenitor residente no tempo de convívio que cabe ao progenitor não residente. Como constatámos anteriormente, estamos perante duas realidades e dois direitos bastante distintos, com diferentes enquadramentos legais. Ora, o direito da criança ao convívio com o progenitor não residente está previsto no artigo 1906.º, n.ºs 5 e 7, do CC¹⁸³, já o seu direito ao convívio com ascendentes e irmãos encontra-se regulado no artigo 1887.º-A, do mesmo diploma legal.

O convívio da criança com ascendentes e irmãos também é oponível aos adotantes, designadamente, quando se trata de uma adoção do filho do cônjuge ou do companheiro, às pessoas a quem os pais confiaram o exercício das responsabilidades parentais, nos termos do artigo 1903.º, n.º 1, do CC¹⁸⁴, bem como aos tutores ou pessoas e entidades que, por qualquer eventualidade, têm a guarda de facto ou de direito da criança, ainda que não sejam, nestas circunstâncias, titulares das responsabilidades parentais, uma vez que estas continuam a pertencer aos pais.

A oponibilidade do direito ao convívio consagrado no artigo 1887.º-A do CC, nos casos suprarreferidos¹⁸⁵, decorre da aplicação, com as devidas adaptações, do regime das responsabilidades parentais. O preceito legal em questão insere-se na Secção II referente às responsabilidades parentais, nomeadamente na Subsecção II, respeitante às responsabilidades parentais relativamente à pessoa dos filhos, o que justifica a aplicação deste preceito legal, bem como a respetiva oponibilidade em relação a outras pessoas a quem os pais atribuíram legitimamente o exercício das mesmas.

Já a oponibilidade do direito ao convívio com irmãos e ascendentes relativamente a pessoas que detenham a guarda de facto ou de direito da criança, particularmente, a pessoa idónea a quem a mesma tenha sido confiada, instituições de acolhimento, tutores, famílias

¹⁸² Daí Jorge Duarte Pinheiro referir que esta disposição legal “talvez seja, em grande parte, resultado do acréscimo e da visibilidade do fenómeno das famílias reconstituídas e da necessidade de reagir a atitudes de um progenitor contrárias ao contacto do filho com familiares deste pertencentes à linha do outro progenitor”. PINHEIRO, Jorge Duarte, “A relação entre avós e netos”, *ob. cit.*, p. 271.

¹⁸³ Direito este que é bem mais amplo, nomeadamente, em termos temporais.

¹⁸⁴ Que dispõe o seguinte: “quando um dos pais não puder exercer as responsabilidades parentais por ausência, incapacidade ou outro impedimento decretado pelo tribunal, caberá esse exercício ao outro progenitor ou, no impedimento deste, por decisão judicial, à seguinte ordem preferencial de pessoas: a) ao cônjuge ou unido de facto de qualquer dos pais; b) a alguém da família de qualquer dos pais”.

¹⁸⁵ Isto é, ao adotante no caso de se tratar de adoção do filho de cônjuge ou do companheiro e a pessoas a quem compete o exercício das responsabilidades parentais, porque os pais da criança lhe atribuíram o exercício das mesmas legitimamente.

de acolhimento, resulta da aplicação do regime de restrições ao exercício das responsabilidades parentais, visto que, “a guarda sem titularidade de responsabilidades parentais constitui um “minus” relativamente às responsabilidades parentais”¹⁸⁶.

Aliás, como tivemos oportunidade de desenvolver no Capítulo I, existem diplomas¹⁸⁷ que protegem as relações afetivas da criança, que constituem restrições ao exercício das responsabilidades parentais, e que também se aplicam relativamente a estas pessoas ou instituições que têm a sua guarda de facto.

No que à adoção diz respeito, antes da redação dada pela Lei n.º 143/2015, de 8 de setembro, a adoção plena e a medida de confiança a pessoa selecionada para adoção ou instituição com vista a futura adoção¹⁸⁸, não eram compatíveis com a manutenção do direito ao convívio por parte do adotado/adotando com os seus irmãos e ascendentes. Isto porque, de acordo com o artigo 1986.º, n.º 1, do CC¹⁸⁹, este convívio não era oponível aos adotantes, exceto se estivessemos perante a adoção de filho do cônjuge ou companheiro do adotante¹⁹⁰. A Lei n.º 143/2015, de 8 de setembro aditou o n.º 3 ao artigo 1986.º, permitindo, em casos excecionais, o direito da criança ao convívio com elementos da família biológica, onde se inserem os irmãos e ascendentes. Desta forma, até nos casos de adoção é possível haver este convívio com a família biológica, ainda que não possamos afirmar que é oponível aos adotantes, salvo no caso de se tratar de uma adoção de filho de cônjuge ou companheiro, porque os mesmos têm, ainda assim, que consentir na manutenção deste convívio. No entanto, já não se trata de um regime tão rígido que implique, em todas as circunstâncias, o corte das relações com a sua família biológica.

¹⁸⁶ PINHEIRO, Jorge Duarte, “A relação entre avós e netos”, *ob. cit.*, p. 276. No mesmo sentido pronunciou-se Guilherme de Oliveira ao afirmar que este direito é oponível a outras pessoas que tenham a guarda da criança, dado que estes sujeitos “têm até uma posição mais fraca do que os pais: como guardadores, são sempre mais fracos que os pais, na hierarquia, no desenho da família e do Código Civil”. OLIVEIRA, Guilherme de, “Apresentação”, *Cuidado e Afetividade...*, *ob. cit.*, p. XX.

¹⁸⁷ Entre estes diplomas podemos referir o artigo 21.º, n.º 1, *al. c)*, do Decreto-Lei n.º 11/2008, de 17 de janeiro, nos termos do qual a família de acolhimento é obrigada a “assegurar as condições para o fortalecimento das relações da criança ou jovem com a família natural”. O artigo 4.º, *als. a) e g)*, da LPCJP, estabelecem, como princípios orientadores da intervenção a continuidade das relações de afeto de qualidade e significativas e o primado da manutenção das relações afetivas estruturantes e de grande significado para a criança, que é complementado com o artigo 58.º, *al. a)*, do mesmo diploma legal que reconhece à criança o direito de “manter regularmente, e em condições de privacidade, contactos pessoais com a família e com pessoas com quem tenham especial relação afectiva...”. Também o artigo 3.º, *al. f)*, do RJP, estabelece como princípio orientador da intervenção em matéria de adoção, o princípio do “Primado da continuidade das relações psicológicas profundas”.

¹⁸⁸ Uma vez que o artigo 62.º-A, n.º 2, da LPCJP previa a suspensão de “visitas por parte da família natural”.

¹⁸⁹ Que previa que “pela adopção plena o adoptado adquire a situação de filho do adoptante e integra-se com os seus descendentes na família deste, extinguindo-se as relações familiares entre o adoptado e os seus ascendentes e colaterais naturais...”, extinguindo-se, designadamente, o direito ao convívio.

¹⁹⁰ Cfr. artigo 1986.º, n.º 2, do CC.

Também o artigo 62.º-A, da LPCJP¹⁹¹, sofreu alterações e passou a prever, no seu n.º 7, que “em casos devidamente fundamentados e em função da defesa do superior interesse do adotando, podem ser autorizados contactos entre irmãos”, o que significa que nos casos de medida de confiança a pessoa selecionada para a adoção, família de acolhimento ou instituição com vista a futura adoção, o direito ao convívio com irmãos pode ser oponível, já relativamente aos demais membros da família, onde se inserem os avós, não existe tal oponibilidade.

2.4. Motivos justificativos para a proibição do convívio

Como resulta do próprio artigo 1887.º-A do CC, “os pais não podem injustificadamente privar os filhos do convívio com irmãos e ascendentes”, uma vez que, deste preceito legal, resulta, segundo a doutrina¹⁹² e a jurisprudência¹⁹³, uma presunção de que o convívio entre irmãos e entre avós (bisavós e trisavós) e netos é benéfico para a criança.

Desta forma, os pais (assim como os tutores, o adotante, se se tratar de adoção do filho do cônjuge ou companheiro, bem como pessoas ou entidades que têm a guarda...), que pretenderem opor-se, com êxito, ao convívio da criança com irmãos e ascendentes têm de invocar e, conseqüentemente, provar¹⁹⁴, motivos válidos que possam justificar a proibição deste convívio¹⁹⁵.

¹⁹¹ Redação esta que se mantém igual, apesar da recente alteração à LPCJP, operada pela Lei n.º 23/2017, de 23 de maio.

¹⁹² Neste sentido, MARTINS, Rosa e VÍTOR, Paula Távora, “O Direito dos Avós às Relações Pessoais com os Netos na Jurisprudência Recente”, *ob. cit.*, p. 74; PINHEIRO, Jorge Duarte, “A relação entre avós e netos”, *ob. cit.*, p. 277; BOLIEIRO, Helena e GUERRA, Paulo, *A Criança e a Família – Uma Questão de Direito(s)...*, *ob. cit.*, p. 226; MADEIRA, Laura Fernandes, “Direito das crianças à convivência com familiares – em especial, os avós”, *ob. cit.*, p. 80; SOTTOMAYOR, Maria Clara, *Regulação do Exercício das Responsabilidades Parentais nos Casos de Divórcio*, *ob. cit.*, pp. 209 e 212.

¹⁹³ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 3 de março de 1998, Processo n.º 98A058, Relator Silva Paixão, (citado, *supra*, na nota 91); Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 8 de julho de 2004, Processo n.º 6143/2004-6, Relator Manuel Gonçalves, (citado, *supra*, na nota 111); Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 14 de janeiro de 2014, Processo n.º 194/11.0T6AVR.C1, Relator Francisco Caetano, (citado, *supra*, na nota 117).

¹⁹⁴ Ora, de acordo com o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 1 de junho de 2010, Processo n.º 5893/06.5TBVFX.L1-7, Relatora Dina Monteiro, (citado, *supra*, na nota 117), “tal como se pode aferir pela própria redacção da lei e de acordo com o ónus da prova que da mesma decorre, têm que ser invocadas e provadas por quem entenda que das mesmas deve beneficiar, no presente caso, os pais da menor C”. No mesmo sentido, SOTTOMAYOR, Maria Clara, *Regulação do Exercício das Responsabilidades Parentais nos Casos de Divórcio*, *ob. cit.*, p. 212.

¹⁹⁵ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 3 de março de 1998, Processo n.º 98A058, Relator Silva Paixão, (citado, *supra*, na nota 91); Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 17 de fevereiro de 2004, Processo n.º 7958/2003-1, Relator Ferreira Pascoal, (citado, *supra*, na nota 111); Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 5 de julho de 2005, Processo n.º 1566/05, Relator Sousa Pinto, (citado, *supra*, na nota 94); Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 26 de fevereiro de 2008, Processo n.º 50031-B/2000.C1, Relator Jaime Ferreira, (citado, *supra*, na nota 111); Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa,

Entre as causas justificativas para a proibição do convívio estão, especialmente, circunstâncias de perigo para a criança. Tal significa que não deve haver convívio entre irmãos e entre avós e netos se esta convivência implicar perigo para a sua saúde, segurança, educação e desenvolvimento, nos termos do artigo 3.º da LPCJP.

A proibição do convívio é justificada quando a sua existência causa uma instabilidade emocional na criança, sujeita a um conflito de lealdades, que o divide entre os pais e os avós e/ou irmão(s)¹⁹⁶. A proibição do convívio com ascendentes e irmãos também é justificada se causar uma perturbação grave do exercício das responsabilidades parentais na sua vertente educativa¹⁹⁷, bem como a degradação das relações existentes entre a criança e os seus pais ou cuidadores¹⁹⁸.

Em princípio, o convívio também não deve ser imposto se houver recusa por parte da criança, desde que esta tenha maturidade suficiente para perceber o que está em causa e verbalizar que não pretende conviver com estas pessoas¹⁹⁹.

Neste sentido, pronunciou-se o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 17 de fevereiro de 2004²⁰⁰, ao indeferir a fixação judicial de “visitas” relativamente a duas crianças, que à data tinham 7 e 14 anos de idade, formulado pelos seus avós maternos. Na falta de prova de que as crianças não tinham maturidade suficiente para formular uma opinião autónoma sobre as suas relações com os avós maternos, a decisão teve por base a vontade por elas manifestada de não conviverem com os avós. Além disso, o tribunal considerou que não haveria qualquer dúvida, uma vez que “ficou provado, que os menores

de 1 de junho de 2010, Processo n.º 5893/06.5TBVFX.L1-7, Relatora Dina Monteiro, (citado, *supra*, na nota 117); Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 14 de janeiro de 2014, Processo n.º 194/11.0T6AVR.C1, Relator Francisco Caetano, (citado, *supra*, na nota 117); Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, de 12 de junho de 2014, Processo n.º 3056/06.9TBGMR-C.G1, Relator Filipe Carço, (citado, *supra*, na nota 111); AZEVEDO, Álvaro Villaça, “Direitos e deveres dos avós (alimentos e visitação)”, *ob. cit.*, p. 32.

¹⁹⁶ No mesmo sentido PINHEIRO, Jorge Duarte, “A relação entre avós e netos”, *ob. cit.*, p. 278; SOTTOMAYOR, Maria Clara, *Regulação do Exercício das Responsabilidades Parentais nos Casos de Divórcio*, *ob. cit.*, p. 216.

¹⁹⁷ Neste sentido pronunciou-se o Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 26 de fevereiro de 2008, Processo n.º 50031-B/2000.C1, Relator Jaime Ferreira, (citado, *supra*, na nota 111), ao negar a pretensão dos avós maternos passarem mais tempo semanal com a neta, argumentando que o deferimento da pretensão poderia prejudicar o controlo da educação pelo progenitor sobrevivente e retirar à menor a disponibilidade para estudar e para se dedicar às atividades extracurriculares, nomeadamente, o escutismo e a catequese.

¹⁹⁸ Neste sentido, José Carlos Moitinho de Almeida afirma mesmo que o juiz não deve atender somente às vantagens das relações com os avós, “mas também aos efeitos que a sua imposição determinará nas relações entre pais ou entre estes e o filho. Se for grave a perturbação da vida familiar o juiz não deverá ordenar as visitas pois, neste caso, as suas vantagens serão anuladas pelos inconvenientes que delas resultariam”. ALMEIDA, José Carlos Moitinho de, “Efeitos da Filiação”, *ob. cit.*, p. 166.

¹⁹⁹ Neste sentido, PINHEIRO, Jorge Duarte, “A relação entre avós e netos”, *ob. cit.*, p. 278; MADEIRA, Laura Fernandes, “Direito das crianças à convivência com familiares – em especial, os avós”, *ob. cit.*, p. 81.

²⁰⁰ Processo n.º 7958/2003-1, Relator Ferreira Pascoal, (citado, *supra*, na nota 111).

manifestam e verbalizam desconforto, inibição e pressão psicológica no convívio com os avós”, efeitos estes que o artigo 1887.º-A do CC não pretende que sucedam, pois o direito ao convívio com irmãos e ascendentes só será digno de tutela se for do superior interesse da criança que isso aconteça, o que não sucedeu neste caso, em que a estipulação deste direito ao convívio é, inclusive, contrária ao seu superior interesse.

No nosso entendimento, quando a criança recusa conviver com determinada pessoa e, sobretudo, quando a imposição deste convívio tem impacto negativo para a mesma, não deve ser fixado qualquer regime de convivência.

No entanto, é importante perceber, ainda que nem sempre se revele uma tarefa fácil, se por detrás desta recusa não há uma intervenção por parte dos pais ou cuidadores da criança, no sentido de a manipular²⁰¹, com a intenção de prejudicar ou afetar gravemente os laços afetivos existentes entre a criança e os avós e/ou irmãos²⁰². Esta intervenção irá provocar na criança sentimentos de temor e ansiedade relativamente a estes familiares e um verdadeiro conflito de lealdade²⁰³ para com aqueles que a estão a manipular²⁰⁴.

Muitos vezes este comportamento é desencadeado por conflitos existentes entre os adultos²⁰⁵, que levam, um ou ambos, os progenitores ou os seus cuidadores, a desenvolverem uma campanha sistemática, de modo a criar na criança sentimentos de

²⁰¹ No fundo poderemos deparar-nos com um fenómeno similar à Síndrome de Alienação Parental que “consiste na manipulação de um menor por parte do progenitor mediante diversas estratégias, com o objectivo de impedir e obstaculizar o convívio do menor com o outro progenitor, levando, a final, a destruir os vínculos com o progenitor e seus familiares”. REDONDO, Gonçalo Saraiva, “Alienação Parental – Síndrome”, *Direito da Família e Direito dos Menores: que Direitos no século XXI?*, Coordenação de Maria Eduarda Azevedo e Ana Sofia Gomes, Lisboa, Universidade Lusíada Editora, 2014, (pp. 111-118), p. 112. Em sentido equivalente ver GARNICA, María Del Carmen García, “El síndrome de alienación parental a la luz del interés superior del menor”, *Derecho Privado y Constitución*, Ano 17, n.º 23, Madrid, 2009, (pp. 201-248), p. 209.

²⁰² Pois, o fenómeno de alienação parental não se verifica só relativamente ao progenitor com quem a criança não reside, “mas também pode haver alienação parental com relação a avós, tios, ou por parte deles com relação a pai e mãe. Ou seja, é tentar romper o vínculo de convivência e fazer a criança deixar de gostar de alguém com quem ela convive”. FEITOR, Sandra Inês, “Alienação parental – novos desafios: velhos problemas (estudo de jurisprudência e legislação)”, *Julgar*, n.º 24, Lisboa, 2014, (pp. 187-202), p. 200.

²⁰³ Segundo Sandra Inês Feitor, “São muito comuns os casos de imposição de conflitos de lealdade e de fidelização da criança a um dos progenitores agindo conforme lhe é exigido pela exposição ao conflito, pelas verbalizações a que é exposta ou pelas imposições expressas ou veladas nesse sentido...”. FEITOR, Sandra Inês, *Alienação Parental sob a Perspetiva do Novo Regime do Processo Tutelar Cível: Repensando o Direito e Procurando Soluções*, 1.ª Ed.ª, Lisboa, Chiado Editora, 2016, p. 40.

²⁰⁴ Neste sentido, VILARDO, Maria Aglaé Tedesco e FIALHO, António José, “Alienação Parental – Quando o amor dá lugar ao ódio”, *Revista do CEJ*, n.º 15, Lisboa, 2011, (pp. 137-189), p. 147.

²⁰⁵ Daí o Tribunal da Relação de Évora, no Acórdão de 10 de julho de 2014, Processo n.º 851/12.3TBPTG-A.E1, Relatora Alexandra Moura Santos, disponível em www.dgsi.pt, ter afirmado que “(...) com demasiada facilidade, os problemas dos adultos entram no mundo das crianças. A tentação de manipular, de convencer, de criar “realidades” na cabeça da criança é sempre grande. Faz parte do ser humano. Os afectos são pouco dados a racionalidade e até a bom-senso. Aliás, é no âmbito dos afectos que se cometem as maiores atrocidades, a pretexto de um sentir egoísta que atropela tudo e todos”.

ódio e repulsa relativamente àquelas pessoas. Situação que a leva a recusar o convívio com as mesmas.

Ainda que este processo destrutivo tenha como alvo as pessoas que pretendem conviver com a criança, “a principal vítima destes comportamentos é a criança que acaba por ser explorada, enquanto voz involuntária no processo de alienação”²⁰⁶.

Segundo a doutrina²⁰⁷, nestas situações existem vários meios de reação a que podemos recorrer de forma a resolver o problema em questão. Entre estes meios temos: a medida de incumprimento da regulação do exercício das responsabilidades parentais; a alteração da regulação do exercício das responsabilidades parentais²⁰⁸; a tutela criminal da convivência familiar; o processo de promoção e proteção de criança ou jovem em perigo; a mediação familiar; entre outros.

Ora, tendo em consideração que estas medidas têm sobretudo em mente os casos em que a alienação ocorre relativamente ao progenitor não residente, os primeiros três meios parecem-nos desadequados²⁰⁹ e/ou excessivos quando o processo de alienação ocorre contra outros familiares e/ou terceiros, a fim de romper a convivência existente entre a criança e estas pessoas. Deste modo, um dos meios de que poderemos lançar mão é de um processo de promoção e proteção de criança ou jovem em perigo, porque uma criança que é privada de conviver com familiares ou terceiros, que é colocada no meio dos conflitos existentes entre os adultos e que é exposta a conflitos de lealdade, é uma criança em perigo. Todavia, consideramos que não devemos ir além da medida prevista no artigo 39.º da LPCJP, isto porque, havendo um processo de promoção e proteção, ele não deve ir além da medida de apoio junto dos pais²¹⁰, pois que, à partida, a criança também terá

²⁰⁶ VILARDO, Maria Aglaé Tedesco e FIALHO, António José, “Alienação Parental – Quando o amor dá lugar ao ódio”, *ob. cit.*, p. 150.

²⁰⁷ Neste sentido, VILARDO, Maria Aglaé Tedesco e FIALHO, António José, “Alienação Parental – Quando o amor dá lugar ao ódio”, *ob. cit.*, pp. 162 e ss; PEREIRA, Rui Alves, “Quando as Quatro Mãos não Embalam o Berço – Parentalidades Interrompidas ou não Assumidas”, *I Congresso de Direito da Família e das Crianças: A criança e a família no colo da lei – as causas não se medem aos palmos*, Coordenação de Paulo Guerra, Coimbra, Almedina, 2016, (pp. 139-155), pp. 152 e ss; FEITOR, Sandra Inês, *Alienação Parental sob a Perspetiva do Novo Regime do Processo Tutelar Cível...*, *ob. cit.*, pp. 141 e ss e 201 e ss.

²⁰⁸ Esta é uma das medidas que o ordenamento jurídico espanhol também adota em casos de alienação parental. Neste sentido, GARNICA, María Del Carmen García, “El síndrome de alienación parental a la luz del interés superior del menor”, *ob. cit.*, pp. 234 e ss.

²⁰⁹ Até porque, muitas vezes, a alienação ocorre mesmo em casos em que os progenitores da criança vivem juntos e não querem que os seus filhos convivam com outros familiares ou terceiros, pelo que não haverá aqui incumprimento do acordo de regulação do exercício das responsabilidades parentais e nem poderá haver a sua alteração.

²¹⁰ No fundo esta medida tem como objetivo acompanhar os pais ou cuidadores, “no sentido de desenvolver capacidades junto dos pais e da criança para, em conjugação de esforços superarem a situação de perigo que esteve na origem da adoção da medida. Através de psicólogos com formação adequada, procurar-se-á, então, estudar em contacto com os representantes parentais, os mecanismos íntimos e subjetivos que

uma relação afetiva forte e significativa com os seus pais, e retirá-la do seu meio envolvente poderá ser prejudicial para ela.

Desta forma, deve haver uma intervenção junto dos pais ou cuidadores, no sentido de os chamar à razão, alertando-os que o respetivo comportamento se deve orientar pelo superior interesse da criança, e que esta não pode ser colocada no centro dos conflitos, nem tão-pouco ser privada de conviver com qualquer pessoa com quem, antes de o conflito se intensificar, já mantinha relações afetivas fortes e significativas (como irmãos, avós, tios, primos, padrastos, madrastas, entre outros). É importante haver uma intervenção no sentido de ajudar os pais e estes familiares a ultrapassar estes conflitos, assim como deve haver um acompanhamento psicológico da criança, fazendo-a recuperar, sempre que possível, a confiança que tinha nessas pessoas, para que possa continuar a disfrutar do seu carinho e atenção.

Outra medida que poderá ser uma boa solução para o problema em questão será a mediação, prevista no artigo 24.º do Regime Geral do Processo Tutelar Cível, (doravante, RGPTC), de forma a possibilitar a obtenção de um consenso entre os progenitores ou cuidadores da criança e os adultos relativamente à questão dos convívios. A mediação é uma forma de facilitar o diálogo entre as partes e ajudá-las a ultrapassar os conflitos existentes, em que o mediador intervirá quando necessário, de modo a pacificar as tensões e conflitos, auxiliando as partes a “enxergar, de forma menos emotiva e turba, as necessidades afetivas”²¹¹ da criança, bem como as suas rotinas e estabilidade, a fim de obter um acordo que seja favorável ao superior interesse da criança.

A criança também pode recusar-se a conviver com os ascendentes e/ou irmãos devido à falta de convivência prévia, isto é, quando nunca tenha existido um convívio entre a criança e estas pessoas. Geralmente, quando a criança nunca conviveu com determinada pessoa, tende a negar este convívio, porque não conhece a pessoa, nem estabeleceu com a mesma qualquer relação afetiva.

Ora, na nossa opinião, quando uma criança com capacidade de discernimento se recusa a conviver com os ascendentes e/ou irmãos com quem nunca contactou, o tribunal não deve recusar, logo à partida, a fixação destes convívios. Primeiro deve haver um

conduziram à situação de perigo, tendo em conta os comportamentos que foram exteriorizados e que levaram à intervenção de terceiros, para afastar os liames que pretendiam colocar em causa a ligação da criança ou do jovem ao seu meio natural”. BORGES, Beatriz Marques, *Protecção de crianças e jovens em perigo...*, *ob. cit.*, pp. 176 e 177.

²¹¹ FEITOR, Sandra Inês, *Alienação Parental sob a Perspetiva do Novo Regime do Processo Tutelar Cível...*, *ob. cit.*, p. 210.

esforço para tentar perceber os motivos que estão na origem desta falta de convivência e, posteriormente, avaliá-los. Quando a ausência de convívio se deve à sua privação por parte dos pais ou cuidadores da criança, sem haver um motivo válido que justifique tal comportamento, deve haver lugar à fixação de convívios, de forma a criar oportunidades para que estas relações possam fluir²¹². Estamos perante situações excecionais em que a inexistência de uma relação afetiva prévia entre a criança e os avós e/ou irmãos se deve, não ao desinteresse por parte destes, mas à sua privação por parte dos seus pais²¹³. Nestas situações, não podemos deixar de concordar com a decisão do Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 1 de junho de 2010²¹⁴, quando refere que é necessário intervir no sentido de facilitar e tentar que esta relação da criança com os seus avós paternos se estabeleça e dê os seus frutos.

Além disso, o facto de a criança se recusar a conviver com estas pessoas, mesmo que nunca tenha existido uma relação afetiva prévia, não significa, logo à partida, que este convívio é contrário ao seu superior interesse²¹⁵. É necessário perceber se o motivo de recusa constitui um motivo válido que justifique este afastamento e também se a falta de convivência prévia se deve a motivos ponderosos. Se a recusa pura e simples por parte da criança não tiver na sua base um motivo válido, e se a inexistência de convívio se deve a motivos egoísticos dos pais ou cuidadores, deve haver o decretamento deste direito ao convívio. Porém, sobretudo nas situações em que a criança nunca contactou com estas pessoas, é necessário haver uma intervenção no sentido de perceber se ainda é possível haver o estabelecimento destas relações afetivas. Se a resposta for afirmativa, estes convívios devem ocorrer por etapas, começando por se realizar em curtos períodos de tempo e serem, inclusive, acompanhados por um técnico especializado²¹⁶, que possa

²¹² Foi o que sucedeu no Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 1 de junho de 2010, Processo n.º 5893/06.5TBVFX.L1-7, Relatora Dina Monteiro, (citado, *supra*, na nota 117), em que o tribunal, depois de ouvir a criança e esta se ter recusado a conviver com os avós, decidiu fixar um regime quinzenal de visitas.

²¹³ Aliás, segundo o Acórdão anteriormente referido, é aos pais que compete, em primeira linha, “o desenvolvimento dos laços afectivos entre avós e netos”. Todavia, “quando se verifica que os progenitores não cumprem com essa sua obrigação de fortalecimento de laços familiares, incumbe ao Tribunal suprir essa falha tanto mais, que, como no caso em apreço, não se verifica qualquer razão que impunha a manutenção desta ausência de contactos, para além da posição de intolerância assumida pelos pais da menor e que esta última assume por razões que, possivelmente, se ligarão a uma solidariedade parental, já que, para além dessa, não são conhecidas quaisquer outras razões objectivas para esse comportamento”.

²¹⁴ Processo n.º 5893/06.5TBVFX.L1-7, Relatora Dina Monteiro, (citado, *supra*, na nota 117).

²¹⁵ Neste sentido pronunciou-se o Tribunal da Relação de Guimarães, no Acórdão de 12 de junho de 2014, Processo n.º 3056/06.9TBGMR-C.G1, Relator Filipe Carço, (citado, *supra*, na nota 111), ao afirmar que “a recusa pura e simples manifestada por um menor com cerca de 8 anos em conviver com os avós, por não gostar de estar em casa deles e preferir brincar com os amigos, pode corresponder ao seu interesse subjetivo imediato, mas não se reconduz à satisfação do seu superior interesse”.

²¹⁶ Como um assistente da Segurança Social, por exemplo.

facilitar um pouco o estabelecimento destas relações, até que as mesmas se possam desenvolver de forma autónoma. Se, por qualquer motivo, esta imposição de convívios se tornar prejudicial para a criança em questão, não correspondendo, por conseguinte, ao seu superior interesse, os mesmos devem ser interrompidos²¹⁷.

Quando falamos do direito ao convívio cabe ter presente que o interesse da criança será sempre o interesse prevalecente²¹⁸, predominando sobre qualquer outro interesse legítimo, seja o dos avós e irmãos, seja o dos pais, seja o de outros adultos²¹⁹. Por conseguinte, quando existe um conflito entre os pais e os avós/ascendentes e irmãos, o critério para negar ou conceder o direito ao convívio será precisamente o interesse da criança²²⁰.

Sem dúvida alguma que o princípio do superior interesse da criança assume uma importância considerável no que diz respeito ao Direito das Crianças. Prova disso é o seu reconhecimento, não só a nível nacional, como também internacional, posto que o artigo 3.º, n.º 1, da CDC, impõe que “todas as decisões relativas a crianças, adoptadas por instituições públicas ou privadas de protecção social, por tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, terão primacialmente em conta o interesse superior da criança”²²¹.

Este princípio deve estar presente em todas as normas que regulam as relações da criança com a família, o Estado e a sociedade, pelo que todas as decisões relativas a crianças devem ter em consideração o seu superior interesse. Cremos que tal imposição se deve, especialmente, ao facto de estarmos perante uma criança, que se encontra ainda

²¹⁷ Também Ana Escandón refere várias justas causas que podem legitimar ou suspender o direito ao convívio em ESCANDÓN, Ana M.ª Colás, “El régimen de relaciones personales entre abuelos y nietos fijado judicialmente, ...”, *ob. cit.*, pp. 149 e ss.

²¹⁸ SOTTOMAYOR, Maria Clara, “Adopção ou o direito ao afecto”, *Scientia Iuridica: Revista de Direito Comparado Português e Brasileiro*, Tomo LLIV, n.º 301, Braga, 2005, (pp. 115-137), p. 129; DELANHEZE, Daniele Gervazoni, “Uma Visão Intimista do Direito de Visita dos Avós...”, *ob. cit.*, p. 83; GUERRA, Paulo, “Sensibilidade, sentimento e Direito na filiação, na adopção e na protecção das crianças e jovens”, *Escritos de Direito das Famílias: uma perspectiva luso-brasileira*, Coordenação de Maria Berenice Dias e Jorge Duarte Pinheiro, Porto Alegre, 2008, (pp. 164-183), p. 180; MARTINS, Rosa e VÍTOR, Paula Távora, “O Direito dos Avós às Relações Pessoais com os Netos na Jurisprudência Recente”, *ob. cit.*, p. 74.

²¹⁹ Daí Marie Purnell e Betarice H. Hagby afirmarem que a tendência atual do Direito da Família é enfatizar os melhores interesses das crianças em vez dos direitos dos adultos. Neste sentido, PURNELL, Marie and BAGBY, Beatrice H., “Grandparents’ Rights: Implications for Family Specialists”, *ob. cit.*, p. 174.

²²⁰ No mesmo sentido, BOLIEIRO, Helena e GUERRA, Paulo, *A Criança e a Família – Uma Questão de Direito(s)...* *ob. cit.*, p. 226; SOTTOMAYOR, Maria Clara, *Regulação do Exercício das Responsabilidades Parentais nos Casos de Divórcio*, *ob. cit.*, p. 212.

²²¹ Para além da CDC, a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia também determina, no artigo 24.º, n.º 2, que “todos os actos relativos às crianças, quer praticados por entidades públicas, quer por instituições privadas, terão primacialmente em conta o interesse superior da criança”.

em formação e, enquanto tal, é a parte mais fraca e que, por esse motivo, mais carece de proteção por parte do nosso legislador²²².

O conceito de superior interesse da criança é um conceito jurídico indeterminado e, por isso, carece de preenchimento valorativo de acordo com o caso concreto²²³, uma vez que poderá haver tantos interesses da criança como crianças²²⁴, ou seja, aquilo que é o interesse de uma criança pode não corresponder ao interesse de outra, além de que aquilo que hoje pode ser o interesse de uma determinada criança, pode não o ser no futuro. Consequentemente, compete ao juiz identificar e concretizar em cada situação e tendo em consideração as circunstâncias concretas de cada caso, qual é o verdadeiro superior interesse da criança²²⁵. E deve fazê-lo tendo em consideração que ela é um ser autónomo, sujeito de direito e de direitos, com sentimentos e opinião própria.

Não obstante ser um conceito jurídico indeterminado, não significa que possa ser deixado ao livre arbítrio do julgador²²⁶, visto que a decisão judicial se deve pautar por uma série de critérios, tais como: a vontade da criança; o afeto existente entre a mesma e os irmãos e ascendentes; a duração e a qualidade da relação anteriormente existente entre estes; os benefícios para o desenvolvimento da personalidade da criança, assim como para a sua saúde, segurança e formação moral; os efeitos nefastos que o corte destas relações acarretam; entre outros. Aquando da decisão judicial, o juiz deve considerar, simultaneamente, o direito da criança a conviver com os irmãos e ascendentes, o interesse

²²² Neste sentido, MELO, Helena Gomes de, *et. al.*, *Poder paternal e Responsabilidades Parentais*, *ob. cit.*, p. 117.

²²³ Neste sentido veja-se LEANDRO, Armando Gomes, “Direito e Direito dos Menores...”, *ob. cit.*, p. 16; AMARAL, Jorge Pais do, “A criança e os seus direitos”, *Estudos em Homenagem a Rui Epifânio*, Coordenação de Armando Leandro, Álvaro Laborinho Lúcio e Paulo Guerra, Coimbra, Almedina, 2010, (pp. 163-176), p. 174; MELO, Helena Gomes de, *et. al.*, *Poder paternal e Responsabilidades Parentais*, *ob. cit.*, p. 64; RAMIÃO, Tomé D’Almeida, *Lei de Proteção de Crianças e Jovens em Perigo*, *ob. cit.*, p. 34; BOTELHO, João, *Regulação das Responsabilidades Parentais*, *ob. cit.*, pp. 37 e 3; ESCANDÓN, Ana M.^a Colás, “El régimen de relaciones personales entre abuelos y nietos fijado judicialmente, ...”, *ob. cit.*, p. 161.

²²⁴ No mesmo sentido, AMORIM, Rui Jorge Guedes Faria, “O interesse do menor: um conceito transversal à jurisdição da família e crianças”, *Revista do CEJ*, Lisboa, n.º 12, 2009, (pp. 83-115), pp. 87 e 88; AMARAL, Jorge Pais do, “A criança e os seus direitos”, *ob. cit.*, p. 176; MELO, Helena Gomes de, *et. al.*, *Poder paternal e Responsabilidades Parentais*, *ob. cit.*, p. 65; FIALHO, António José, “(Novos) desafios para os juizes das famílias e das crianças”, *ob. cit.*, p. 22.

²²⁵ Neste sentido, MARTINS, Rosa A. S. Cândido, “Processos de Jurisdição Voluntária, Ações de Regulação do Poder Paternal, Audição do Menor”, *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Vol. LXXVII, Coimbra, 2001, (pp. 721-752), p. 736.

²²⁶ No mesmo sentido, MELO, Helena Gomes de, *et. al.*, *Poder paternal e Responsabilidades Parentais*, *ob. cit.*, p. 66; SOTTOMAYOR, Maria Clara, *Regulação do Exercício das Responsabilidades Parentais nos Casos de Divórcio*, *ob. cit.*, p. 80.

destes últimos em conviverem com a criança, bem como o interesse dos pais ou cuidadores em evitarem interferências abusivas na sua família²²⁷.

O superior interesse da criança será sempre o critério delimitador²²⁸ deste direito ao convívio, podendo, em muitos casos, conduzir à sua limitação ou até mesmo supressão, nomeadamente, quando o convívio só for possível contra a vontade da criança, afetando-a negativamente²²⁹. Nas situações em que a determinação de um direito ao convívio pode causar danos psicológicos e emocionais na criança, o convívio não é exigível.

A forma mais eficaz de atender ao superior interesse da criança é precisamente ouvi-la²³⁰ e saber qual é a sua opinião relativamente aos convívios com os seus irmãos e/ou ascendentes²³¹. Através desta audição, o tribunal poderá “despistar igualmente eventuais manipulações ou instrumentalizações da criança ou jovem por parte dos adultos”²³².

Tendo consciência desta realidade, o nosso legislador foi pioneiro na consagração legal do direito de audição e participação da criança. O artigo 1778.º, n.º 2, do CC, na redação dada pelo Decreto-Lei n.º 496/77, de 25 de novembro, estatui que os pais “de acordo com a maturidade dos filhos, devem ter em conta a sua opinião nos assuntos familiares importantes e reconhecer-lhes autonomia na organização da própria vida”. Por seu turno, o artigo 1901.º, n.º 2, do CC, dá-lhes a possibilidade de serem ouvidos, em

²²⁷ Em sentido equivalente, DELANHEZE, Daniele Gervazoni, “Uma Visão Intimista do Direito de Visita dos Avós...”, *ob. cit.*, p. 83; BOLIEIRO, Helena e GUERRA, Paulo, *A Criança e a Família – Uma Questão de Direito(s)...*, *ob. cit.*, p. 227; SOTTOMAYOR, Maria Clara, *Regulação do exercício das responsabilidades parentais nos casos de divórcio*, *ob. cit.*, p. 213; PURNELL, Marie and BAGBY, Beatrice H., “Grandparents’ Rights: Implications for Family Specialists”, *ob. cit.*, p. 177; ESCANDÓN, Ana M.^a Colás, “El régimen de relaciones personales entre abuelos y nietos fijado judicialmente, ...”, *ob. cit.*, p. 167; Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 8 de julho de 2004, Processo n.º 6143/2004-6, Relator Manuel Gonçalves, (citado, *supra*, na nota 111).

²²⁸ No entendimento de José RÍO, sendo o princípio do superior interesse da criança o critério delimitador do direito ao convívio, este princípio não constitui uma limitação do direito de visita, posto que este princípio é o principal critério em que o juiz se deve inspirar para determinar o conteúdo e moldar o exercício do mesmo. RÍO, José Manuel Lete del, “Derecho de visita de los abuelos...”, *ob. cit.*, p. 150.

²²⁹ No mesmo sentido, SOTTOMAYOR, Maria Clara, *Regulação do exercício das responsabilidades parentais nos casos de divórcio*, *ob. cit.*, p. 210.

²³⁰ No mesmo sentido, PAIS, Marta Santos, “Child Participation”, *Documentação e Direito Comparado*, n.ºs 81 e 82, Lisboa, 2000, (pp. 91-101), p. 100; *O Superior Interesse da Criança na perspectiva do respeito pelos seus direitos*, *ob. cit.*, p. 8; QUENTAL, Margarida, *et. al.*, “O direito de audição da criança no âmbito de processos de rapto parental internacional”, *Revista do CEJ*, II, Lisboa, Almedina, 2013, (pp. 181-200), pp. 196 e 197; RAMIÃO, Tomé D’Almeida, *Lei de Proteção de Crianças e Jovens em Perigo*, *ob. cit.*, p. 34; BOTELHO, João, *Regulação das Responsabilidades Parentais*, *ob. cit.*, p. 30; PEREIRA, Rui Alves, “Quando as Quatro Mãos não Embalam o Berço...”, *ob. cit.*, p. 142.

²³¹ Até porque são as crianças que se encontram em melhor posição para salvaguardar os seus interesses e participando no processo, se tiverem maturidade e discernimento para tal, podem auxiliar o juiz para que a decisão vá ao encontro desses mesmos interesses.

²³² SILVA, Júlio Barbosa e, “O direito da criança na manutenção das suas relações com terceiros afetivamente significativos...”, *ob. cit.*, p. 128.

tribunal, no caso de os pais não chegarem a acordo relativamente a uma questão de particular importância.

A CDC veio reforçar este direito da criança, ao estabelecer, no artigo 12.º, n.º 1, que “os Estados Partes garantem à criança com capacidade de discernimento o direito de exprimir livremente a sua opinião sobre as questões que lhe respeitem, sendo devidamente tomadas em consideração as opiniões da criança, de acordo com a sua idade e maturidade”. Por sua vez, o n.º 2 esclarece que “para este fim, é assegurada à criança a oportunidade de ser ouvida nos processos judiciais e administrativos que lhe respeitem, seja directamente, seja através de representante ou de organismo adequado, segundo as modalidades previstas pelas regras de processo da legislação nacional”. A Convenção Europeia Sobre o Exercício dos Direitos da Criança²³³, também regulou este direito em termos semelhantes, ao determinar, no artigo 3.º, que “à criança que à luz do direito interno se considere ter discernimento suficiente deverão ser concedidos, nos processos perante uma autoridade judicial que lhe digam respeito, os seguintes direitos, cujo exercício ela pode solicitar: a) obter todas as informações relevantes; b) ser consultada e exprimir a sua opinião; c) ser informada sobre as possíveis consequências de se agir em conformidade com a sua opinião, bem como sobre as possíveis consequências de qualquer decisão”. Atente-se ainda à Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia²³⁴, cujo artigo 24.º, n.º 1, estabelece que as crianças “podem exprimir livremente a sua opinião, que será tomada em consideração nos assuntos que lhes digam respeito, em função da sua idade e maturidade”.

Este direito de audição e participação também é regulado noutros diplomas, tais como a LPCJP²³⁵ e no RGPTC²³⁶. Ora, tendo em consideração que a regulação dos convívios

²³³ Adotada e aberta à assinatura em Estrasburgo, a 25 de janeiro de 1996. Acolhida na ordem jurídica nacional pela Resolução da República n.º 7/2014, de 13 de dezembro e pelo Decreto do Presidente da República n.º 3/2014, de 27 de janeiro.

²³⁴ Proclamada solenemente pelo Parlamento Europeu, pelo Conselho da União Europeia e pela Comissão Europeia em 7 de dezembro de 2000 (publicada no Jornal Oficial das Comunidades Europeias de 18 de dezembro de 2000, C 364/1).

²³⁵ Cujo artigo 4.º, *al. j*), institui “a criança e o jovem, em separado ou na companhia dos pais ou de pessoa por si escolhida, bem como os pais, representante legal ou pessoa que tenha a sua guarda de facto, têm direito a ser ouvidos e a participar nos atos e na definição da medida de promoção dos direitos e de proteção”.

²³⁶ Designadamente, no artigo 4.º, n.º 1, *al. c*), ao estabelecer, como princípio orientador, que “a criança, com capacidade de compreensão dos assuntos em discussão, tendo em atenção a sua idade e maturidade, é sempre ouvida sobre as decisões que lhe digam respeito, preferencialmente com o apoio da assessoria técnica ao tribunal, sendo garantido, salvo recusa fundamentada do juiz, o acompanhamento por adulto da sua escolha sempre que nisso manifeste interesse”. Por sua vez, o n.º 2, preceitua “para efeitos do disposto na alínea c) do número anterior, o juiz afere, casuisticamente e por despacho, a capacidade de compreensão dos assuntos em discussão pela criança, podendo para o efeito recorrer ao apoio da assessoria técnica”. Audição esta que deve ocorrer nos termos do artigo 5.º do mesmo diploma legal.

da criança é um processo tutelar cível, nos termos do artigo 3.º, *al.* l), do RGPTC, a criança deve ser ouvida sobre a questão dos convívios com ascendentes e irmãos.

Na redação dada pelo Decreto-Lei n.º 496/77, de 25 de novembro, só existia obrigatoriedade de ouvir a criança com idade igual ou superior a 14 anos (cfr. artigo 1901.º, n.º 2, do CC). Porém, a Lei n.º 61/2008, de 31 de outubro procedeu à alteração do artigo anteriormente referido, deixando de fixar, e a nosso ver bem, qualquer limite de idade para que esta audição possa ocorrer, pelo que atualmente deve ser seu o grau de maturidade a determinar ou não a sua audição²³⁷.

No entanto, não podemos esquecer que, se por um lado há crianças que já têm idade e capacidade de exprimir, de forma livre e espontânea, a sua opinião, as suas inquietações, aquela que é a sua vontade, por outro lado, existem outras crianças, especialmente se forem de tenra idade, que não exprimem aquilo que sentem de qualquer maneira e perante qualquer pessoa.

Nestas ocasiões, a solução não deve passar pela supressão da audição²³⁸, pelo que discordamos com Jorge Pais do Amaral quando refere que a criança só deve ser ouvida quando esteja “em condições de emitir um juízo fundamentado acerca dos assuntos em discussão”²³⁹. Na nossa opinião, não é necessário que a criança emita um juízo fundamentado. Ainda que ela não tenha capacidade de exprimir de forma concreta a sua opinião, ela pode transmitir uma mensagem através de gestos, desenhos e, frequentemente, se consegue chegar a muitas conclusões através destes meios, além de que o juiz pode recorrer a peritos, se necessário for²⁴⁰, de forma a retirar o máximo proveito desta “audição”.

²³⁷ De acordo com Rui Alves Pereira, “a Criança deverá ser ouvida sempre que a sua maturidade e idade o permitam, sendo que se poderá afirmar a obrigatoriedade legal da sua audição a partir, pelo menos, dos 12 anos de idade (cfr. art.º 35.º do RGPTC)”. PEREIRA, Rui Alves, “Quando as Quatro Mãos não Embalam o Berço...”, *ob. cit.*, p. 142.

²³⁸ Tal como sucedia anteriormente, em que o direito ao convívio da criança com outros familiares era decidido sem se proceder à sua audição.

²³⁹ AMARAL, Jorge Pais do, “A criança e os seus direitos”, *ob. cit.*, p. 167.

²⁴⁰ Neste sentido pronunciou-se Jorge Dias Duarte ao referir que os magistrados devem recorrer ao apoio de técnicos com preparação específica para “proceder à audição de crianças e jovens e, subseqüentemente, ler/interpretar os depoimentos assim colhidos, nomeadamente em termos do «dito» e do «não dito», da respectiva postura e linguagem corporal, assim como possíveis «contaminações» (quando não manipulações) emocionais...”. DUARTE, Jorge Dias, “«Sobre a obrigatoriedade da audição de menores»: Comentário ao Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, de 20 de Novembro de 2014, proc. n.º 43/13.4TMBRG.G1, RG”, *Revista do Ministério Público*, Lisboa, Ano 36, n.º 141; 2015, (pp 199-211), pp. 209 e 210.

Importante é, também, criar um “espaço para falar”²⁴¹, onde as crianças se sintam bem e possam falar abertamente sobre os seus sentimentos. Além disso, é necessário haver espaços próprios e que o juiz adote uma posição dialogante e uma linguagem que elas percebam. O objetivo principal é que as crianças não se sintam intimidadas e possam falar espontaneamente sobre as suas opiniões e sentimentos que, comumente, são bastante diferentes das posições que os progenitores assumem relativamente ao tema em questão.

Além de ouvir a criança, o tribunal deve, sempre que possível, considerar a sua opinião na tomada de decisão, pois só assim este direito de audição e participação adquire efeitos práticos, reconhecendo à criança o seu direito à autodeterminação nas questões fundamentais da sua vida²⁴². Ainda assim, não podemos deixar de concordar com Lúcio Laborinho quando refere que “o que verdadeiramente interessa na formação da decisão não é necessariamente a adoção acrítica da posição trazida pela criança, mas sim a ponderação do seu ponto de vista, da sua opinião, cuja importância reforça ainda mais a necessidade de lhe dar voz e de a ouvir”²⁴³.

Não podemos deixar de salientar, contudo, que a audição e participação da criança é um direito que lhe assiste e não uma obrigação²⁴⁴, pelo que, de acordo com o artigo 1901.º, n.º 3, do CC e do artigo 41.º, n.º 2, *al. c*), do Regulamento (CE) n.º 2201/2003, de 27 de novembro de 2003²⁴⁵, referente à competência, reconhecimento e execução de decisões

²⁴¹ Annamaria Dell’Antonio chama a atenção para a necessidade de criação de “um espaço para falar”, onde a criança possa “deixar emergir vivências e atitudes que se revelam mais complexas e, por vezes, muito diversas, se bem que «mais verdadeiras»”. DELL’ANTONIO, Annamaria, *Ascoltare il minore – l’audizione dei minori nei procedimenti civili*, Milano, Guiffrè Editore, 1990, p. 128.

²⁴² Neste sentido, MARTINS, Rosa A. S. Cândido, “Processos de Jurisdição Voluntária, Ações de Regulação do Poder Paternal, Audição do Menor”, *ob. cit.*, p. 747; DELL’ANTONIO, Annamaria, *Ascoltare il minore...*, *ob. cit.*, p. 141.

²⁴³ LÚCIO, Álvaro Laborinho, “As crianças e os direitos – o superior interesse da criança”, *Estudos em Homenagem a Rui Epifânio*, Coordenação de Armando Leandro, Álvaro Laborinho Lúcio e Paulo Guerra, Coimbra, Almedina, 2010, (pp. 177-197), pp. 189 e 190. Em sentido idêntico pronunciou-se Enrico Quadri, ao afirmar que a audição da criança reflete uma nova consideração do menor como portador de necessidades e interesses que, se conscientemente expressados, não são vinculativos para o juiz, mas não podem ser por ele ignorados. Neste sentido, QUADRI, Enrico, “I figli nel conflitto familiare”, *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, Anno XXVIII, n.º 9, Padova, 2012, Parte Seconda, (pp. 539-548), p. 546.

²⁴⁴ Neste sentido, AGULHAS, Rute e ALEXANDRE, Joana, *Audição da Criança: Guia de Boas Práticas*, Conselho Regional de Lisboa da Ordem dos Advogados, 2017, p. 13, disponível em <https://crlisboa.org/2017/imagens/Audicao-Crianca-Guia-Boas-Praticas.pdf>, última consulta a 03-01-2018. No mesmo sentido pronunciou-se Marta Santos Pais, ao afirmar “It is important to note that child’s participation is a right, and should not be as a duty. It implies for the child the freedom of expressing views or preferring not to do so. It means the opportunity to take a stand but not to be forced to do so”. PAIS, Marta Santos, “Child Participation”, *ob. cit.*, p. 95.

²⁴⁵ A audição da criança é tão importante que, de acordo com este Regulamento, “uma sentença de um tribunal português que tenha sido proferida, sem que a criança tenha tido a oportunidade de ser ouvida (ou a inexistência de um despacho que fundamente a não audição da criança) levará a que esta mesma sentença não seja reconhecida em outro Estado-Membro, por consubstanciar um fundamento de não reconhecimento ao abrigo do referido regulamento”. PEREIRA, Rui Alves, “Quando as Quatro Mãos não Embalamos o Berço...”, *ob. cit.*, p. 144.

em matéria matrimonial e de responsabilidade parental, tal audição não deve ter lugar se for considerada inadequada ou quando circunstâncias ponderosas o desaconselhem.

Assim, o decretamento do direito ao convívio terá sempre como critério o superior interesse da criança e a sua audição e participação no processo será sempre a forma mais eficaz de corresponder a este interesse.

2.5. Limite às responsabilidades parentais e respetiva constitucionalidade

Quando os pais permanecem unidos e ambos se opõem ao convívio da criança ou jovem com os ascendentes e com os irmãos, a imposição de um direito ao convívio levanta, muitas vezes, problemas de conformidade com a CRP, uma vez que a liberdade dos pais, enquanto titulares do exercício das responsabilidades parentais²⁴⁶, está a ser restringida pelo Estado.

O artigo 1887.º-A do CC veio, assim, introduzir, expressamente, um limite ao exercício das responsabilidades parentais, nomeadamente, um limite ao direito dos pais à companhia e educação dos filhos, bem como um limite ao poder dos pais de decidirem com quem se podem relacionar os seus filhos²⁴⁷, faceta do direito-dever de guarda e de vigilância²⁴⁸.

A nossa Lei Fundamental consagra o princípio da atribuição aos pais do direito-dever de educação dos filhos (artigo 36.º, n.º 5) e o princípio da inseparabilidade dos filhos dos seus progenitores (artigo 36.º, n.º 6). Estes princípios têm sido encarados como princípios de direito natural, pelo que deverão complementar-se um ao outro e ser considerados

²⁴⁶ Uma vez que o “poder de guarda, compreende, designadamente: a) o direito de manter o filho junto dos pais ou no local que estes lhe indicarem; b) o direito de regular as relações do filho com outrem que não os pais; c) o direito de vigilância sobre a pessoa do menor; d) o direito de vigiar a sua correspondência, dentro dos limites do respeito devido ao filho e da consideração do seu grau de maturidade”. LEANDRO, Armando Gomes, “O Poder Paternal: natureza, conteúdo, exercício e limitações...”, *ob. cit.*, pp. 124 e 125.

²⁴⁷ PINHEIRO, Jorge Duarte, “A relação entre avós e netos”, *ob. cit.*, p. 272; BOLIEIRO, Helena e GUERRA, Paulo, *A Criança e a Família – Uma Questão de Direito(s)...*, *ob. cit.*, p. 226; SOTTOMAYOR, Maria Clara, *Regulação do exercício das responsabilidades parentais nos casos de divórcio*, *ob. cit.*, p. 209; MADEIRA, Laura Fernandes, “Direito das crianças à convivência com familiares – em especial, os avós”, *ob. cit.*, p. 80; Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 3 de março de 1998, Processo n.º 98A058, Relator Silva Paixão, (citado, *supra*, na nota 91); Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 9 de dezembro de 2004, Processo n.º 04B3939, Relator Custódio Montes, disponível em www.dgsi.pt; Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 2 de dezembro de 2009, Processo n.º 1604/08.9TMSB-A. L1-7, Relator Pires Robalo, (citado, *supra*, na nota 91); Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 14 de janeiro de 2014, Processo n.º 194/11.0T6AVR.C1, Relator Francisco Caetano, (citado, *supra*, na nota 117).

²⁴⁸ Ou, nas palavras do Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 5 de julho de 2005, Processo n.º 1566/05, Relator Sousa Pinto, (citado, *supra*, na nota 94), “cabe no âmbito do poder-dever de educação dos filhos, pertencente aos pais, a gestão do convívio entre irmãos ou entre avós e netos, a qual deve ser pautada por princípios de racionalidade e de equilíbrio, visando-se a salvaguarda dos superiores interesses dos menores”.

conjuntamente²⁴⁹. Inserindo-se estes princípios na Parte I, Título II da nossa Constituição, relativa aos Direitos, Liberdades e Garantias, constituem verdadeiros direitos fundamentais dos pais²⁵⁰ que requerem um dever de abstenção ou de não interferência por parte do Estado. Tal significa que o Estado não deve interferir no modo como são exercidos estes direitos e muito menos deve retirar este direito-dever de educação aos pais, a fim de o atribuir a uma entidade coletiva estatal.

Estamos, desta forma, perante um conflito de direitos, particularmente, o conflito entre o direito da criança ao convívio com ascendentes e irmãos²⁵¹ e o direito dos pais à companhia e educação dos filhos, que inclui o direito de decidirem, de forma livre e injustificada, com quem os mesmos se podem relacionar, nos termos do artigo 36.º, n.ºs 5 e 6, da CRP.

Há, contudo, quem argumente, contra esta limitação por parte do Estado, que existe uma presunção de que os pais, em virtude dos laços afetivos que os unem aos filhos, agem sempre no interesse destes. Além disso, este poder dos pais de educarem os filhos abarca sempre a possibilidade de os mesmos cometerem erros, desde que esses mesmos erros não causem um dano físico e/ou psicológico grave para a criança em questão²⁵².

A admitir-se tal possibilidade, o direito da criança ao convívio com irmãos e ascendentes só seria reconhecido caso a ausência deste convívio a colocasse numa das situações previstas no artigo 1918.º do CC. Não nos parece, contudo, que tenha sido esta a intenção do nosso legislador ao aditar o artigo 1887.º-A ao CC, dado que tal solução já era permitida pelo direito anterior e este preceito legal não traria nenhuma novidade, nem qualquer consequência prática, pelo que tal aditamento seria completamente inútil e desnecessário.

²⁴⁹ Neste sentido, CAMPOS, Diogo Leite de, *Lições de Direito da Família e das Sucessões*, ob. cit., p. 106; SOTTOMAYOR, Maria Clara, *Regulação do exercício das responsabilidades parentais nos casos de divórcio*, ob. cit., p. 214.

²⁵⁰ Segundo Jorge Miranda e Rui Medeiros, este princípio fundamental constitui um verdadeiro direito subjetivo dos próprios pais a não serem separados dos seus filhos. MIRANDA, Jorge e MEDEIROS, Rui, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, com a colaboração de Maria da Glória Garcia et. al., 2.ª Ed.ª revista, actualizada e ampliada, Coimbra, Coimbra Editora, 2010, p. 834.

²⁵¹ Cujo reconhecimento tem por base a intervenção do Estado nas decisões dos pais, de forma salvaguardar, quando for necessário, o superior interesse da criança.

²⁵² Segundo Maria Clara Sottomayor, “o Estado deve respeitar a autonomia e a intimidade da família, não tendo competência para impor relações entre os membros de uma família. Neste sentido, entende-se que o poder dos pais de educar os/as filhos/as abrange sempre o poder de cometer erros ocasionais ou tomar decisões pouco sensatas e subjectivas, desde que não causem um dano emocional ou físico grave à criança”. SOTTOMAYOR, Maria Clara, *Regulação do exercício das responsabilidades parentais nos casos de divórcio*, ob. cit., pp. 214 e 215.

Posto isto, concordamos com Maria Clara Sottomayor²⁵³, quando afirma que a letra da lei é bastante clara e permite concluir, através de uma interpretação meramente declarativa, que a intenção do legislador e da lei, com o aditamento do preceito legal em questão foi, precisamente, criar um espaço de autonomia da criança face aos seus pais ou cuidadores, atribuindo, simultaneamente, aos irmãos e ascendentes uma forma de tutelarem os seus interesses em conviverem com a criança, que ultrapassa, em grande medida, a que era concedida pelo direito anterior.

Para Júlio Barbosa e Silva²⁵⁴, o artigo 1887.º-A do CC, ao invés de estabelecer qualquer limite exposto ao exercício das responsabilidades parentais, consagra antes um verdadeiro direito da criança ao seu desenvolvimento pessoal. Com a introdução deste preceito legal, a lei apenas pretendeu clarificar que este direito existe enquanto um direito que pertence à sua esfera jurídica e no seu próprio interesse. Por conseguinte, os pais não devem impedir, injustificadamente, o seu exercício, ainda que na maior parte das vezes ele se efetive por intermédio da intervenção de outras pessoas.

Num sentido um pouco diverso, o Tribunal da Relação de Lisboa²⁵⁵ considerou que o preceito legal em questão não estabelece um limite ao artigo 36.º, n.ºs 5 e 6, da CRP, porque se assim fosse tal artigo seria manifestamente inconstitucional. No entendimento do mesmo tribunal, esta inconstitucionalidade não se verifica, uma vez que este preceito legal “apenas explicita o que já resultava do art.º 1878.º, n.º 2, *in fine*”. Além disso, “depois da revisão constitucional de 1977, que introduziu no n.º 1 do art.º 26.º da Constituição o direito ao desenvolvimento da personalidade, mais clara ficou a «limitação da margem de intervenção do Estado e da sociedade na esfera individual»”.

O que se pretende é tão-só a estipulação de um direito da criança ao convívio com irmãos e ascendentes, direito este que não se confunde com o direito de guarda que integra as responsabilidades parentais. Daqui resulta que o direito ao convívio “não é uma faceta das responsabilidades parentais”, tratando-se, antes, de um “direito autónomo em relação ao direito de guarda”²⁵⁶.

²⁵³ SOTTOMAYOR, Maria Clara, *Regulação do exercício das responsabilidades parentais nos casos de divórcio*, *ob. cit.*, p. 215.

²⁵⁴ SILVA, Júlio Barbosa e, “O direito da criança na manutenção das suas relações com terceiros afetivamente significativos...”, *ob. cit.*, p. 142.

²⁵⁵ No Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 17 de fevereiro de 2004, Processo n.º 7958/2003-1, Relator Ferreira Pascoal, (citado, *supra*, na nota 111).

²⁵⁶ SOTTOMAYOR, Maria Clara, *Regulação do exercício das responsabilidades parentais nos casos de divórcio*, *ob. cit.*, p. 207.

Ademais, a CRP prevê direitos fundamentais que atingem a natureza dos direitos configurados como poderes-deveres com dupla natureza²⁵⁷. Ora, as responsabilidades parentais são um exemplo destes direitos, cuja natureza é configurada como um poder-dever ou um poder funcional, cujo exercício compete a ambos os progenitores, como forma de suprir a incapacidade dos filhos menores. Este poder funcional deve ser exercido de forma altruísta, isto é, no interesse das próprias crianças, de forma a promover o seu desenvolvimento integral, assegurando as suas necessidades físicas, emocionais/afetivas, intelectuais e materiais (cfr. artigo 1878.º, n.º 1, do CC)²⁵⁸.

Face ao exposto, as responsabilidades parentais não são um direito subjetivo sobre os filhos²⁵⁹, visto que nas responsabilidades parentais, “o exercício do poder jurídico respectivo não está dependente da livre vontade do titular, como é próprio dos direitos subjectivos”²⁶⁰. As responsabilidades parentais são direitos concedidos aos pais ou a outras pessoas, em situações excepcionais, para serem exercidos, única e exclusivamente, no interesse da criança e não no seu próprio interesse, isto é, no interesse de quem é o verdadeiro titular do direito²⁶¹.

Logo, se é do interesse da criança manter a relação afetiva que tem com determinada pessoa, os pais não devem, injustificadamente, privá-la do convívio com estas pessoas, dada a importância destas relações afetivas, bem como os efeitos nefastos que a quebra

²⁵⁷ ANDRADE, José Carlos Vieira de, *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, *ob. cit.*, pp. 158 e 159; MORAIS, Isaltino, ALMEDIDA, José M. F. de e PINTO, Ricardo L. Leite, *Constituição [da] República Portuguesa: anotada e comentada*, Lisboa, Rei dos Livros, 1983, p. 79.

²⁵⁸ Neste sentido, LEANDRO, Armando Gomes, “Direito e Direito dos Menores...”, *ob. cit.*, p. 11; DUARTE, Maria de Fátima Abrantes, *O Poder Paternal...*, *ob. cit.*, p. 52; DELANHEZE, Daniele Gervazoni, “Uma Visão Intimista do Direito de Visita dos Avós...”, *ob. cit.*, pp. 80 e 81; SALOMÃO, Márcia Poggianela, “O exercício dos direitos de personalidade dos filhos menores...”, *ob. cit.*, p. 331; MARTINS, Rosa A. S. Cândido, “Processos de Jurisdição Voluntária, Ações de Regulação do Poder Paternal, Audição do Menor”, *ob. cit.*, p. 730; MELO, Helena Gomes de, *et. al.*, *Poder paternal e Responsabilidades Parentais*, *ob. cit.*, p. 44; BOLIEIRO, Helena e GUERRA, Paulo, *A Criança e a Família – Uma Questão de Direito(s)...*, *ob. cit.*, p. 177; FEITOR, Sandra Inês, *Alienação Parental sob a Perspetiva do Novo Regime do Processo Tutelar Cível...*, *ob. cit.*, p. 135; Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, de 12 de junho de 2014, Processo n.º 3056/06.9TBGMR-C.G1, Relator Filipe Carçoço, (citado, *supra*, na nota 111).

²⁵⁹ Neste sentido, DUARTE, Maria de Fátima Abrantes, *O Poder Paternal...*, *ob. cit.*, pp. 44 e 45; GUERRA, Paulo, “Sensibilidade, sentimento e Direito na filiação, na adopção e na protecção das crianças e jovens”, *ob. cit.*, p. 173.

²⁶⁰ LEANDRO, Armando Gomes, “O Poder Paternal: natureza, conteúdo, exercício e limitações...”, *ob. cit.*, p. 120.

²⁶¹ Ainda assim, Jorge Miranda considera que as responsabilidades parentais implicam uma dualidade de natureza, ou seja, são um direito subjetivo, mas também um poder funcional, uma vez que, na sua opinião, as responsabilidades parentais não são conferidas apenas “para a satisfação dos interesses dos menores; também é conferido para a satisfação do interesse dos pais à liberdade e à continuação das suas vidas e, noutro prisma, do interesse da família à sua autonomia institucional”. Assim, para o mesmo Autor, os interesses dos pais “têm em princípio tanta dignidade como os interesses dos filhos que devem ser protegidos”. Por isso, “o Código Civil deverá ser conjugado com a Constituição para se atingir o autêntico espírito deste direito subjectivo”. MIRANDA, Jorge, “*Sobre o poder paternal*”, *ob. cit.*, pp. 55 e 56.

da continuidade destas relações pode acarretar. Por conseguinte, o direito ao convívio não deve ser deixado “ao capricho e discricionariedade dos pais”²⁶², pois o facto de os pais não desejarem que a criança se relacione com os seus irmãos ou ascendentes, muitas vezes, por desentendimentos existentes entre os mesmos, não é razão para o tribunal negar este direito ao convívio. Ademais, de acordo com o disposto no artigo 1878.º, n.º 2, do CC, “os pais têm o dever, e não meramente a obrigação moral, de respeitar a criança como pessoa, o que engloba o respeito pelas suas relações afectivas e pela autonomia na organização da sua própria vida, de acordo com a sua maturidade”²⁶³.

Para além disso, o direito dos pais à educação e companhia dos filhos não é um direito absoluto e ilimitado²⁶⁴, dado que os direitos fundamentais podem ser limitados com vista à proteção dos interesses da comunidade, bem como dos direitos de outras pessoas. Deste modo, quando estamos perante um conflito de direitos fundamentais, como se verifica neste caso, o direito dos pais poderá ser limitado se, no caso concreto, esta limitação for necessária para salvaguardar o interesse da criança e se tal limitação for adequada e proporcional a essa necessidade²⁶⁵. Ora, a limitação imposta pelo artigo 1887.º-A do CC, não só, respeita o princípio da necessidade, como também, o princípio da proporcionalidade, uma vez que este direito ao convívio não tem ou não deve ter um período de duração que afete a relação entre a criança e os seus pais, bem como o seu direito de a educar²⁶⁶.

Para além do direito dos pais, a criança também é titular de direitos constitucionalmente protegidos, designadamente, o direito ao desenvolvimento da personalidade, previsto no artigo 26.º, n.º 1, da CRP, e o direito ao desenvolvimento integral, previsto no artigo 69.º, n.º 1, da CRP. Estando o direito dos pais e o direito dos

²⁶² SOTTOMAYOR, Maria Clara, *Regulação do exercício das responsabilidades parentais nos casos de divórcio*, *ob. cit.*, p. 215.

²⁶³ *Id. ibidem*.

²⁶⁴ Pois, como refere Vieira de Andrade, “os direitos fundamentais, mesmo os direitos, liberdades e garantias, não são absolutos nem ilimitados”, o que significa que o direito fundamental dos pais à educação e companhia dos filhos, mesmo tratando-se de um direito, liberdade e garantia, não é um absoluto e ilimitado. ANDRADE, José Carlos Vieira de, *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, *ob. cit.*, p. 263.

²⁶⁵ Neste sentido, ANDRADE, José Carlos Vieira de, *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, *ob. cit.*, p. 303; SOTTOMAYOR, Maria Clara, *Regulação do exercício das responsabilidades parentais nos casos de divórcio*, *ob. cit.*, p. 215; Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 14 de janeiro de 2014, Processo n.º 194/11.0T6AVR.C1, Relator Francisco Caetano, (citado, *supra*, na nota 117).

²⁶⁶ Daí o Tribunal da Relação de Coimbra, no Acórdão de 14 de janeiro de 2014, Processo n.º 194/11.0T6AVR.C1, Relator Francisco Caetano, (citado, *supra*, na nota 117), ter afirmado que “O regime de visitas (convívio) fixado não afronta qualquer dos direitos (deveres) de guarda e educação da progenitora”, visto que “apesar do convívio, é à mãe que continua a caber o dever de educar a filha, nem a decisão separa dela a filha. Fá-lo na medida da aludida necessidade e proporcionalidade”.

filhos em conflito, deve prevalecer, como já inúmeras vezes afirmamos, o direito dos segundos, salvo se os pais apresentarem motivos que justifiquem a proibição deste convívio, visto que a principal finalidade do exercício das responsabilidades parentais é, precisamente, promover o superior interesse da criança.

Ainda assim não podemos deixar de concordar com o Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 5 de julho de 2005²⁶⁷, quando afirma que o artigo 1887.º-A do CC “deve ser interpretado numa perspectiva restritiva”, aplicando-se somente quando “há uma patente inviabilização do convívio entre irmãos ou entre avós e netos”. Além disso, segundo o mesmo tribunal²⁶⁸, “a norma do art. 1887º-A... apresenta, sobretudo, um efeito preventivo, no sentido de inibir os pais de se oporem à relação dos filhos com os avós e com os irmãos”, pelo que o Estado só deve intervir nas decisões dos pais em “situações limite e raras”.

2.6. Meios de tutela da situação jurídica do direito ao convívio

Atualmente, os irmãos e ascendentes têm legitimidade ativa²⁶⁹ para recorrer ao tribunal de forma a obter a tutela legal do direito ao convívio, previsto no artigo 1887.º-A do CC.

Assim, os ascendentes, bem como os irmãos, no caso de se encontrar em curso um processo de regulação do exercício das responsabilidades parentais, podem intervir de forma a garantir e regular este direito ao convívio.

De acordo com o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 3 de março de 1998²⁷⁰, se a questão do direito ao convívio da criança com ascendentes e/ou irmãos for suscitada durante a pendência de um processo de regulação do exercício das responsabilidades

²⁶⁷ Processo n.º 1566/05, Relator Sousa Pinto, (citado, *supra*, na nota 94).

²⁶⁸ Nomeadamente, no Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 26 de fevereiro de 2008, Processo n.º 50031-B/2000.C1, Relator Jaime Ferreira, (citado, *supra*, na nota 111).

²⁶⁹ Neste sentido, FERNÁNDEZ, María Cárcaba, *El derecho de los abuelos a relacionarse con sus nietos*, *ob. cit.*, pp. 30 e 31; GUERRA, Paulo, “Sensibilidade, sentimento e Direito na filiação, na adoção e na proteção das crianças e jovens”, *ob. cit.*, p. 172; *O Superior Interesse da Criança na perspectiva do respeito pelos seus direitos*, *ob. cit.*, p. 5; BOLIEIRO, Helena e GUERRA, Paulo, *A Criança e a Família – Uma Questão de Direito(s)...*, *ob. cit.*, p. 226; BOTELHO, João, *Regulação das Responsabilidades Parentais*, *ob. cit.*, p. 124; SOTTOMAYOR, Maria Clara, *Regulação do exercício das responsabilidades parentais nos casos de divórcio*, *ob. cit.*, p. 209; Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 3 de março de 1998, Processo n.º 98A058, Relator Silva Paixão, (citado, *supra*, na nota 91); Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 19 de setembro de 2002, Processo n.º 0230360, Relator Manuel Ramalho, (citado, *supra*, na nota 111); Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 17 de fevereiro de 2004, Processo n.º 7958/2003-1, Relator Ferreira Pascoal, (citado, *supra*, na nota 111); Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 5 de julho de 2005, Processo n.º 1566/05, Relator Sousa Pinto, (citado, *supra*, na nota 94); Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, de 12 de junho de 2014, Processo n.º 3056/06.9TBGMR-C.G1, Relator Filipe Carço, (citado, *supra*, na nota 111).

²⁷⁰ Processo n.º 98A058, Relator Silva Paixão, (citado, *supra*, na nota 91).

parentais, pode ser decidida nos respetivos autos²⁷¹, podendo ser suscitada até à decisão final. Contudo, há quem considere que o requerimento deste direito ao convívio se deve processar por apenso ao processo de regulação do exercício das responsabilidades parentais, seguindo o formalismo do atual artigo 67.º do RGPTC²⁷², tal como aconteceu no Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 26 de fevereiro de 2008²⁷³ e no Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, de 12 de junho de 2014²⁷⁴.

O pedido para o estabelecimento de convívio com os irmãos e/ou ascendentes também pode partir da iniciativa da própria criança, através de uma pessoa que represente o seu ponto de vista ou interesse²⁷⁵ ou através do Ministério Público, em sua representação²⁷⁶. O mesmo pode suceder quando um irmão, ainda que menor de idade, queira requerer o direito ao convívio com outro irmão, também ele menor de idade.

Pode suceder, ainda, que ambos os pais exerçam conjuntamente as responsabilidades parentais e não estejam de acordo no que diz respeito à importância da convivência da criança com os irmãos e/ou ascendentes. Ora, nestas situações, qualquer um dos progenitores pode recorrer a tribunal, nos termos do artigo 44.º, n.º 1, do RGPTC, para que este decida se deve ou não ser concedido este direito ao convívio e em que termos se deve processar este mesmo direito²⁷⁷.

Contudo, as situações mais frequentes são, na nossa opinião, quando esta privação ocorre sem qualquer justificação plausível, não se encontrando nenhum processo de regulação do exercício das responsabilidades parentais em curso. Nestas situações, tendo em consideração que nos movemos num ambiente legal de jurisdição voluntária, nos termos dos artigos 3.º, *al.* 1), e 12.º, ambos do RGPTC, quer os irmãos, quer os ascendentes e mesmo o Ministério Público podem recorrer a tribunal para obter a tutela da situação jurídica de convívio, através da ação tutelar comum, prevista no artigo 67.º do RGPTC.

²⁷¹ No mesmo sentido, BOLIEIRO, Helena e GUERRA, Paulo, *A Criança e a Família – Uma Questão de Direito(s)...*, *ob. cit.*, p. 226, nota 64.

²⁷² Correspondente ao anterior artigo 210.º da OTM.

²⁷³ Processo n.º 50031-B/2000.C1, Relator Jaime Ferreira, (citado, *supra*, na nota 111).

²⁷⁴ Processo n.º 3056/06.9TBGMR-C.G1, Relator Filipe Carço, (citado, *supra*, na nota 111).

²⁷⁵ Cfr. artigos 1.º a 5.º da Convenção Europeia Sobre o Exercício dos Direitos da Criança, de 25 de janeiro de 1996.

²⁷⁶ No Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 9 de dezembro de 2004, Processo n.º 04B3939, Relator Custódio Montes, (citado, *supra*, na nota 247), foi precisamente o Ministério Público que requereu, a favor da criança A., a fixação de visitas à mesma por parte dos avós paternos.

²⁷⁷ No mesmo sentido, BOLIEIRO, Helena e GUERRA, Paulo, *A Criança e a Família – Uma Questão de Direito(s)...*, *ob. cit.*, p. 226, nota 66; PINHEIRO, Jorge Duarte, “A relação entre avós e netos”, *ob. cit.*, p. 278.

Assim, entendemos, em abstrato, que há três ações em que se pode regular o direito da criança ao convívio com irmãos e ascendentes: a ação autónoma de regulação do exercício das responsabilidades parentais, a ação declarativa comum e a ação tutelar comum.

Das três ações anteriormente referidas, o meio mais adequado é a ação tutelar comum²⁷⁸, pois, tratando-se de uma providência tutelar cível, nos termos do artigo 3.º, *al.* l), do RGPTC, demonstra, desde logo, “a impropriedade das duas outras ações”²⁷⁹, uma vez que este tipo de ação exclui, logo à partida, a ação declarativa comum. Além disso, ainda que o preceito legal que visa tutelar este direito ao convívio se insira na subsecção das responsabilidades parentais relativamente à pessoa dos filhos, trata-se, ainda assim, de matéria distinta da regulação do exercício das responsabilidades parentais, visto estarmos, nos termos do artigo 3.º, *al.* c), perante uma providência tutelar cível distinta da regulação dos convívios da criança com irmãos e ascendentes. Também poderíamos chegar a esta mesma conclusão, através da análise de vários acórdãos²⁸⁰ que, sempre que está em causa a aplicação do artigo 1887.º-A do CC, recorrem à ação tutelar comum, reforçando, desta forma, a ideia de que esta é, de facto, a ação mais adequada para tutelar o direito da criança ao convívio com irmãos e ascendentes. Aliás, no Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 17 de fevereiro de 2004²⁸¹, embora os avós maternos das crianças tenham intentado uma ação declarativa, com processo ordinário, com vista à fixação judicial do regime de visitas relativamente aos seus netos, o tribunal ordenou, por despacho, a prossecução dos autos como ação tutelar comum, a tramitar nos termos do artigo 210.º e ss da OTM²⁸², o que demonstra que a ação declarativa comum não é a forma correta para tutelar o direito suprarreferido.

²⁷⁸ No mesmo sentido, BOLIEIRO, Helena e GUERRA, Paulo, *A Criança e a Família – Uma Questão de Direito(s)...*, *ob. cit.*, p. 226; PINHEIRO, Jorge Duarte, “A relação entre avós e netos”, *ob. cit.*, p. 279.

²⁷⁹ PINHEIRO, Jorge Duarte, “A relação entre avós e netos”, *ob. cit.*, p. 279.

²⁸⁰ Designadamente, o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 17 de fevereiro de 2004, Processo n.º 7958/2003-1, Relator Ferreira Pascoal, (citado, *supra*, na nota 111); Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 9 de dezembro de 2004, Processo n.º 04B3939, Relator Custódio Montes, (citado, *supra*, na nota 247); Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 5 de julho de 2005, Processo n.º 1566/05, Relator Sousa Pinto, (citado, *supra*, na nota 94); Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 2 de dezembro de 2009, Processo n.º 1604/08.9TMLSB-A. L1-7, Relator Pires Robalo, (citado, *supra*, na nota 91); Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 14 de janeiro de 2014, Processo n.º 194/11.0T6AVR.C1, Relator Francisco Caetano, (citado, *supra*, na nota 117); Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, de 12 de junho de 2014, Processo n.º 3056/06.9TBGMR-C.G1, Relator Filipe Carço, (citado, *supra*, na nota 111).

²⁸¹ Processo n.º 7958/2003-1, Relator Ferreira Pascoal, (citado, *supra*, na nota 111).

²⁸² Correspondente ao atual artigo 67.º do RGPTC.

III. Do direito ao convívio no sistema legal atual à necessidade de uma alteração legal

1. A falta de tutela legal do direito da criança ao convívio com outros parentes e terceiros e a solução apontada pela doutrina

Como sabemos, a manutenção das relações afetivas fortes e significativas efetua-se através do direito da criança ao convívio com familiares e terceiros. Contudo, como tivemos oportunidade de verificar no capítulo anterior, o nosso legislador apenas tutelou expressamente o direito da criança ao convívio com irmãos e ascendentes.

Perante tal constatação, são vários os Autores²⁸³ que questionam que respostas tem o ordenamento jurídico português para evitar o corte total de uma relação afetiva forte e significativa que, muitas vezes, a criança estabelece com o adulto com quem um dos seus progenitores refez a sua vida sentimental e familiar e que, frequentemente, se torna uma figura de referência para a mesma, após a rutura desta segunda relação. Além disso, que respostas tem o nosso ordenamento jurídico para as situações em que a criança está à guarda de facto de um tio ou de um padrinho católico, por exemplo, durante vários anos e, de um dia para o outro, os pais decidem levar os seus filhos consigo e privar os mesmos do convívio com estas pessoas que, durante um determinado período de tempo, desempenharam um papel de verdadeiros pais? E que tutela existe para as situações em que há uma união entre um casal homossexual, em que um deles fica com a guarda do filho do casamento anterior ou adota uma criança, e esta cria fortes laços afetivos com o outro membro do casal, com quem não tem nenhum laço biológico ou legal, e após a rutura desta união a criança é privada de manter esta mesma relação?

Tal problemática ainda menos se percebe se considerarmos que o ordenamento jurídico português prevê expressamente, no artigo 1907.º, n.º 1, do CC, a possibilidade de a criança ser entregue a uma terceira pessoa. Nesta situação, a lei não fixa taxativamente os terceiros que podem ficar com a sua guarda, o que significa que tanto se pode tratar de avós ou irmãos maiores, como de tios, padrinhos ou qualquer outra pessoa, independentemente dos laços de parentesco. Se a lei permite a guarda por terceiro,

²⁸³ BOLIEIRO, Helena, “O Direito da Criança a uma Família: Algumas Reflexões”, *ob. cit.*, pp. 107 e 108; MARTINS, Norberto, “Os direitos das crianças para terem direito a uma família”, *Estudos em Homenagem a Rui Epifânio*, Coordenação de Armando Leandro, Álvaro Laborinho Lúcio e Paulo Guerra, Coimbra, Almedina, 2010, (pp. 199-210), p. 209; DUARTE, Jorge Dias, “Direito de visita a menores (Resposta a recurso)”, *ob. cit.*, pp. 274, 275 e 276; OLIVEIRA, Guilherme de, “Apresentação”, *Cuidado e Afetividade...*, *ob. cit.*, p. XX.

parente ou não, por que é que não permite um simples direito ao convívio? Não será este direito ao convívio menos intrusivo no que diz respeito aos direitos dos pais ou dos cuidadores, tendo em consideração que são estes que continuam a ser detentores do exercício das responsabilidades parentais?

A questão pode, ainda, ser colocada de outro prisma: se a lei permite que as crianças fiquem ao cuidado de terceiras pessoas, por que é que não lhes dá legitimidade para recorrerem a tribunal de forma a requererem a manutenção das relações afetivas quando a criança, por algum motivo, regressa para junto dos pais? Se ela esteve ao cuidado destas pessoas durante um certo período de tempo, certamente que estabeleceu relações afetivas significativas com elas, não será benéfico e do seu superior interesse continuar a conviver com estas pessoas?

Volvidos tantos anos desde a introdução do artigo 1887.º-A no CC, não podemos deixar de reconhecer que a sociedade sofreu, entretanto, enormes alterações e que, atualmente, podemos deparar-nos com várias formas de organização familiar em que, frequentemente, não existe um laço biológico entre todos os elementos do agregado familiar. Ora, devido a estas novas realidades familiares, a criança acaba por estabelecer fortes relações afetivas, não só, com os seus irmãos e ascendentes, mas também, com outros familiares ou terceiros, relações estas que são fundamentais para o seu desenvolvimento saudável e harmonioso. Desta forma, afigurar-se-ia essencial salvaguardar o seu direito a conviver com quem frequentemente lhe proporciona afeto, conforto, carinho, etc.²⁸⁴, até porque o principal intuito do direito ao convívio é a salvaguarda das suas relações afetivas.

Mas, a falta de tutela legal é ainda mais grave se considerarmos que, mesmo antes de ter surgido o artigo 1887.º-A do CC, Armando Leandro²⁸⁵ já tinha alertado para a importância de salvaguardar o convívio da criança com outras pessoas (familiares ou não) a quem a mesma está profundamente ligada. Já nesta altura, o Autor questionava se os pais poderiam privar os seus filhos de conviver com estas pessoas, na medida em que a descontinuidade destas relações afetivas fortes e significativas poderia causar um perigo para o seu desenvolvimento físico e psicológico.

Independentemente de já haver vozes na doutrina que consideravam que a manutenção destas relações afetivas era importante para o desenvolvimento saudável e

²⁸⁴ DUARTE, Jorge Dias, “Direito de visita a menores (Resposta a recurso)”, *ob. cit.*, pp. 274 e 275.

²⁸⁵ LEANDRO, Armando Gomes, “O Poder Paternal: natureza, conteúdo e limitações...”, *ob. cit.*, pp. 145, 146 e 147.

harmonioso das crianças, o legislador, quando aditou o artigo 1887.º-A ao CC, optou por fixar taxativamente as pessoas com quem a criança tem o direito de conviver²⁸⁶. Ficou, assim, por concretizar, a extensão do convívio a outros parentes e a terceiros que, por qualquer vicissitude, tenham desempenhado um papel fundamental na vida daquela criança, acabando por desempenhar “funções análogas às dos pais, avós e irmãos e ser igualmente determinantes para a sua formação e desenvolvimento”²⁸⁷.

Acreditamos que o alargamento do âmbito subjetivo do convívio se prende precisamente com as alterações sociológico-familiares a que aludimos, que permitem que outras pessoas, para além dos pais, avós e irmãos, desempenhem um papel, tão ou mais importante, na vida daquela criança. Além disso, tendo em consideração o que acabamos de referir, não vislumbramos nenhum motivo que justifique o facto de a lei tutelar expressamente o seu direito a conviver com ascendentes e irmãos e não contemplar o seu direito de conviver com outras pessoas, familiares ou não.

Creemos que a criança, enquanto verdadeiro sujeito autónomo de direitos, deve ter à sua disposição condições e instrumentos que lhe permitam pôr em prática a efetivação deste direito, que se revela cada vez mais importante. Posto isto, não se impunha já nesta altura uma tutela legal mais abrangente deste direito ao convívio, de forma a salvaguardar a manutenção das relações afetivas da criança com quem a mesma estabeleceu uma forte relação afetiva? Parece-nos que não poderemos deixar de concordar com Júlio Barbosa e Silva quando afirma que dado que a questão que nos ocupa já tinha sido colocada há mais de duas décadas, o legislador só não a tutelou expressamente “por uma questão de imaturidade social ou desatenção a questões que já na altura eram equacionáveis”²⁸⁸.

Perante a ausência de uma norma legal que regule expressamente o direito da criança ao convívio com outros parentes e terceiros, são vários os Autores que apontam uma solução, de modo a dar uma resposta para esta lacuna.

Para Armando Leandro²⁸⁹, a solução passa, tal como sucedia no caso dos avós e dos irmãos antes do aditamento do artigo 1887.º-A do CC, pelo recurso ao artigo 1918.º do

²⁸⁶ Ou, nas palavras de Maria Clara Sottomayor, “a lei optou por fixar taxativamente as pessoas abrangidas pela protecção jurídica conferida pelo art.º 1887.º-A, não a estendendo à chamada grande família psicológica da criança: relação da criança com outros parentes (tios, primos, etc.) e com todas as pessoas, mesmo não parentes, que tenham com a criança uma relação significativa, por exemplo, amas, educadoras ou preceptoras que tenham cuidado da criança”. SOTTOMAYOR, Maria Clara, *Regulação do Exercício das Responsabilidades Parentais nos Casos de Divórcio*, *ob. cit.*, pp. 203 e 204.

²⁸⁷ SILVA, Júlio Barbosa e, “O direito da criança na manutenção das suas relações com terceiros afetivamente significativos...”, *ob. cit.*, p. 142.

²⁸⁸ *Id. ibidem*.

²⁸⁹ LEANDRO, Armando Gomes, “O Poder Paternal: natureza, conteúdo, exercício e limitações...”, *ob. cit.*, p. 147.

mesmo diploma. Destarte, sempre que o corte ou a privação do convívio da criança com outras pessoas, familiares ou não, possa implicar um perigo para o seu equilíbrio, desenvolvimento e educação, os pais não se devem opor a este convívio.

Todavia, a maioria dos Autores que abordaram esta problemática, consideram que o recurso ao artigo 1918.º do CC, não constitui uma solução adequada e suficiente para o problema em questão. No entendimento de Andreia Martins, Bruno Alcarva e Débora Marques²⁹⁰, ao contrário do que sucede com a aplicação do artigo 1918.º do CC, este direito da criança não deve estar necessariamente dependente de uma situação de perigo para que se possa tornar um direito efetivo, pelo que a solução não passa pela aplicação desta norma. Por conseguinte, desde que tal corresponda ao superior interesse da criança, esta deve ter direito a conviver com outras pessoas em qualquer ocasião.

Maria Clara Sottomayor²⁹¹, ciente que o artigo 1887.º-A do CC é demasiado amplo – uma vez que fixa taxativamente as pessoas com quem a criança pode conviver, designadamente irmãos e ascendentes, com fundamento na existência de vínculos biológicos entre os mesmos, independentemente da existência de laços afetivos – e demasiado restrito – visto que não abrange outras pessoas com que a criança estabeleceu laços afetivos significativos – opta por outra solução. Assim, tendo em consideração que o espírito da lei passa por proteger a continuidade dos laços afetivos, a Autora²⁹² defende que a solução para este problema passa por interpretar extensivamente o artigo 1887.º-A, de modo a incluir outras pessoas (parentes ou não) que, por diversos motivos, estabeleceram uma forte relação afetiva com a criança.

Laura Madeira²⁹³, embora reconheça que a norma não tem grande margem de flexibilidade, considera, tendo presente as reformas legislativas mais recentes²⁹⁴, que o artigo 1887.º-A não é taxativo, podendo ir além dos ascendentes e irmãos.

No entendimento de Júlio Barbosa e Silva²⁹⁵, a tutela do direito da criança ao convívio com pessoas com quem a mesma mantém uma especial relação afetiva, sejam ou não estas pessoas suas familiares, passa pelo recurso a uma interpretação teleológica

²⁹⁰ Neste sentido, MARTINS, Andreia, ALCARVA, Bruno and MARQUES, Débora, “Children in post-modern families: the right of children to have contact with attachment figures”, *ob. cit.*, p. 63.

²⁹¹ SOTTOMAYOR, Maria Clara, *Regulação do Exercício das Responsabilidades Parentais nos Casos de Divórcio*, *ob. cit.*, p. 210.

²⁹² *Id. ibidem*.

²⁹³ MADEIRA, Laura Fernandes, “Direito das crianças à convivência com familiares – em especial, os avós”, *ob. cit.*, p. 64.

²⁹⁴ Nomeadamente, a abertura dada pela LPCJP e pela Lei do Apadrinhamento Civil.

²⁹⁵ SILVA, Júlio Barbosa e, “O direito da criança na manutenção das suas relações com terceiros afetivamente significativos...”, *ob. cit.*, p. 138.

e atual do artigo 1887.º-A do CC. Considerando a proteção que o legislador conferiu, nos mais variados diplomas legais, à proteção do superior interesse da criança, bem como à manutenção das suas relações afetivas fortes e significativas, não poderemos concluir, a ver do Autor, que o mesmo pretendeu excluir o direito da criança ao convívio com outras pessoas, para além dos irmãos e ascendentes. Desta forma, se houver necessidade de recorrer ao tribunal de forma a tutelar o direito da criança ao convívio com outros parentes e/ou terceiros com quem a mesma mantém uma relação afetiva significativa, nada obsta a que se lance mão da ação tutelar comum prevista no artigo 67.º do RGPTC.

Para este Autor, se a lei permite o mais, isto é, se a lei permite que a criança seja entregue a terceiros, também permite o menos, designadamente, quando esse menos existe exatamente para salvaguardar o superior interesse da criança e “é claramente menos intrusivo dos poderes-deveres-responsabilidades de pais ou cuidadores.”²⁹⁶.

Aliás, para o Autor, o direito da criança a conviver, não só com os avós e com os irmãos, como também com quaisquer outras pessoas, faz parte do seu leque de direitos de personalidade, nomeadamente, do direito à formação da sua personalidade e equilíbrio psicossocial²⁹⁷. Ora, colocando a questão central no direito da criança, uma vez que é este direito que se pretende tutelar quando alguém se dirige a tribunal e ainda que incorretamente se refiram a este direito como se fosse seu, parece ser de admitir o recurso a tribunal por parte de outras pessoas de forma a proteger os direitos da criança. Como não poderia deixar de ser, este direito só será concedido caso corresponda ao superior interesse da criança²⁹⁸.

Por sua vez, Jorge Dias Duarte²⁹⁹, consciente dos anos que já decorreram desde a introdução do artigo 1887.º-A no CC, afirma haver necessidade de se recorrer a uma interpretação atualista, se não mesmo teleológica, do normativo em questão, tal como o artigo 9.º, n.º 1, do CC, exige. Segundo o Autor, só mediante uma leitura atualista do preceito legal em análise, será possível aferir se existem ou não outras pessoas de referência na vida de qualquer criança, para além dos avós/ascendentes e irmãos. Se, perante o caso concreto, se provar que outras pessoas são de tal maneira importantes para garantir o equilíbrio daquela criança, deve-se dar continuidade a estas relações, através

²⁹⁶ SILVA, Júlio Barbosa e, “O direito da criança na manutenção das suas relações com terceiros afetivamente significativos...”, *ob. cit.*, p. 139.

²⁹⁷ SILVA, Júlio Barbosa e, “O direito da criança na manutenção das suas relações com terceiros afetivamente significativos...”, *ob. cit.*, p. 141.

²⁹⁸ SILVA, Júlio Barbosa e, “O direito da criança na manutenção das suas relações com terceiros afetivamente significativos...”, *ob. cit.*, pp. 142 e 143.

²⁹⁹ DUARTE, Jorge Dias, “Direito de visita a menores (Resposta a recurso)”, *ob. cit.*, pp. 274, 275 e 276.

do decretamento de um direito ao convívio. Consequentemente, não se deve indeferir liminarmente o pedido efetuado por outras pessoas que não as previstas no artigo 1887.º-A do CC, o que não quer dizer que o pedido não possa ser indeferido se o juiz concluir pela sua desadequação ou inoportunidade³⁰⁰.

Tomando também em consideração que o que se pretende tutelar não é um direito dos adultos ao convívio com a criança, mas sim um direito desta a conviver com os adultos que podem não ser necessariamente os previstos no artigo 1887.º-A, visto que ela pode eleger outros “adultos de referência”, a questão deve ser resolvida atendendo, essencialmente, ao seu superior interesse, tal como o mesmo se encontra previsto no artigo 4.º, *al. a*), da LPCJP³⁰¹.

Com uma argumentação completamente distinta, Carlos Marinho³⁰² afirma que, vigorando, no nosso ordenamento jurídico, o Regulamento (CE) n.º 2201/2003 do Conselho, de 27 de novembro de 2003, as regras referentes ao exercício do direito de visita aplicar-se-ão em qualquer circunstância, ou seja, independentemente da pessoa do seu beneficiário. Como tal, o Regulamento aplicar-se-á quer se trate de um direito ao convívio com irmãos e ascendentes, quer com outros familiares ou terceiros³⁰³.

Estas são todas interpretações ou leituras que a nossa doutrina elabora tendo, sobretudo, em consideração que nos movemos no campo do Direito da Família e das Crianças, onde reina aquilo que designa por “cultura da criança”³⁰⁴ e os processos de jurisdição voluntária, onde critérios de legalidade estrita e formalismos exacerbados são não só desadequados, como também inoportunos.

A verdade é que, apesar da sua importância, o nosso legislador continua sem tomar uma atitude que lhe permita tutelar, de uma maneira expressa e eficaz, o direito da criança ao convívio com pessoas com quem a mesma estabeleceu uma forte ligação afetiva. Deste modo, a regulação da manutenção destas relações fica na disponibilidade dos pais ou

³⁰⁰ DUARTE, Jorge Dias, “Direito de visita a menores (Resposta a recurso)”, *ob. cit.*, p. 276.

³⁰¹ DUARTE, Jorge Dias, “Direito de visita a menores (Resposta a recurso)”, *ob. cit.*, p. 278.

³⁰² MARINHO, Carlos M. G. de Melo, *Textos de cooperação judiciária europeia em matéria civil e comercial*, Coimbra, Coimbra Editora, 2008, pp. 63 e 64.

³⁰³ No mesmo sentido, *Practice guide for the application of the Brussels Ila Regulation from European Commission*, p. 43, disponível em <http://ec.europa.eu>, última consulta a 03-01-2018.

³⁰⁴ Cultura esta que “por anterior, há-de impor-se ao próprio direito, obrigando tanto na fase da criação deste, como nas da sua interpretação e aplicação, a um esforço de observação crítica permanente, que permita reter dos direitos da criança não apenas o resultado de uma visão cognitiva, estática, puramente exegética, mas, antes, o produto de uma análise dinâmica e criativa, isto é, de um ponto de vista de valor, como estratégia para a concepção e para a compreensão dos próprios «direitos da criança», para a densificação do conceito de «interesse superior» e, finalmente, para a verdadeira consciencialização da figura «criança, sujeito de direitos»”. LÚCIO, Álvaro Laborinho, “As crianças e os direitos – o superior interesse da criança”, *ob. cit.*, p. 180.

cuidadores que, muitas vezes, atendendo somente aos seus interesses egoísticos e tendo em consideração os conflitos existentes entre estes e aquelas pessoas, acabam por privar as crianças do convívio com terceiros afetivamente significativos, mesmo não existindo verdadeiramente um motivo plausível que justifique a sua privação e mesmo que tal cause às crianças uma instabilidade psicológica considerável. Não nos podemos esquecer que, infelizmente, na nossa sociedade, nem todos desempenham a sua função de pais da forma mais correta, tal como é exigido pelo Direito, agindo sempre em prol do superior interesse da criança.

Assim, no nosso entendimento, o valor tutelado nesta norma deveria ser a continuidade das relações afetivas fortes e significativas, através da consagração de um direito da criança ao convívio com pessoas com quem tenha estabelecido uma forte relação afetiva³⁰⁵. Considerando a atual conjuntura do Direito da Família, bem como as várias formas de organização familiar com que nos podemos deparar atualmente, o Direito da Família não pode continuar a ser encarado como um ramo de direito que regula as relações entre um conjunto de pessoas unidas por laços de parentesco. Para que este ramo do direito seja um direito completo, é necessário que regule, também, as relações de afeto, uma vez que, nos dias de hoje, os afetos e as relações afetivas são o centro do Direito da Família³⁰⁶.

Nesta senda, não podemos deixar de concordar com Francisco Hernández, quando refere que o Direito não pode sufocar ou obstaculizar, além do que é razoavelmente necessário, o desejo natural e o direito de cultivar afetos nobres e naturais entre uma criança e uma pessoa. Assim, na hora de determinar quem pode obter ou não um regime de visitas e relações com uma criança, a questão não pode centrar-se tanto no grau de parentesco, na sua maior ou menor proximidade, mas em outras circunstâncias, tais como o carinho ou a convivência anterior com a criança³⁰⁷.

³⁰⁵ Pois, ainda que normalmente este direito seja colocado em prática através de terceiros, a norma do artigo 1887.º-A, ou qualquer outra norma que venha a tutelar expressamente este direito, nunca lhes atribuirá um direito ao convívio. Este direito será sempre um direito da criança a conviver com qualquer pessoa com quem tenha uma especial relação afetiva, pelo que os pais ou cuidadores não poderão privar os seus filhos deste convívio, a menos que invoquem e provem a existência de motivos que justifiquem a oposição ao exercício deste direito. Os avós, irmãos, outros familiares e terceiros serão titulares de um mero interesse juridicamente relevante. Neste sentido pronunciou-se, também, SILVA, Júlio Barbosa e, “O direito da criança na manutenção das suas relações com terceiros afetivamente significativos...”, *ob. cit.*, pp. 140 e 141.

³⁰⁶ No mesmo sentido, HIRONAKA, Giselda M. F. Novaes, “Sobre peixes e afetos: um desvanecio acerca da ética no Direito da Família”, *Família e Dignidade Humana: Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família*, Coordenação de Rodrigo da Cunha Pereira, São Paulo, IOB Thomson, 2006, (pp. 425-437), pp. 436 e 437.

³⁰⁷ Neste sentido, HÉRNANDEZ, Francisco Rivero, *El Derecho de Visita*, *ob. cit.*, p. 125.

2. O direito ao convívio em alguns ordenamentos jurídicos estrangeiros

Após a análise da tutela legal conferida ao direito ao convívio no ordenamento jurídico português e da constatação de que esta mesma tutela é, na nossa opinião, insuficiente, na medida em que deixa de parte situações que carecem de uma tutela legal, iremos agora percorrer e analisar, ainda que de forma breve, a referida tutela em outros ordenamentos jurídicos estrangeiros, neste tocante.

No que diz respeito ao direito da criança ao convívio com pessoas com quem mantenha uma especial relação afetiva podemos encontrar, nos vários países europeus, três situações distintas. Existem alguns países europeus, tal como a Dinamarca³⁰⁸ e a Polónia³⁰⁹, cuja legislação apenas prevê o direito da criança ao convívio com os pais, não lhe concedendo qualquer direito de convívio com outras pessoas com as quais ela tenha estabelecido uma especial relação afetiva. Existem países que, tal como Portugal, tutelam o direito da criança ao convívio com alguns parentes, nomeadamente, avós e irmãos, como a Itália³¹⁰. E, por fim, existem países europeus que, pensando de forma mais inovadora e reconhecendo a importância que as relações afetivas desempenham na vida de uma criança, tutelam expressamente o direito da criança ao convívio com outros parentes (além de ascendentes e irmãos) e terceiros, tais como a França, a Espanha, a Bélgica, a Alemanha e a Suécia.

Todavia, consideramos relevante analisar apenas a legislação dos últimos países europeus que referimos, uma vez que é na legislação destes países que o nosso legislador deve ir buscar inspiração para, tal como eles, consagrar legalmente o direito da criança ao convívio com outros parentes e terceiros.

2.1. França

O ordenamento jurídico francês foi pioneiro no reconhecimento do direito da criança ao convívio com os avós e outros familiares. Foi em 8 de julho de 1857 que a *Cour de Cassation* reconheceu, pela primeira vez, um direito da criança a conviver com os seus avós, ao determinar que os pais não podem negar aos seus filhos o direito de se

³⁰⁸ Sobre a questão do direito ao convívio na Dinamarca veja-se ANDERSEN, Ingrid Lund and BOER, Christina Gyldenløve Jeppesen de, *National Report: Denmark*, pp. 18 e ss, disponível em <http://ceflonline.net>, última consulta a 03-01-2018.

³⁰⁹ Para um estudo mais aprofundado sobre o tema veja-se MAÇZYŃSKI, Andrzej and MAÇZYŃSKA, Mgr Jadwiga Maçzyńska, *National Report: Poland*, Human Rights Centre of the Jagiellonian University, pp. 15 e ss, disponível em <http://ceflonline.net>, última consulta a 03-01-2018.

³¹⁰ Vide PATTI, Salvatore, CARLEO, Liliana Rossi and BELLISARIO, Dott. Elena, *National Report: Italy*, pp. 26 e ss, disponível <http://ceflonline.net>, última consulta a 03-01-2018.

relacionarem com os seus familiares, a menos que exista uma causa que justifique tal impedimento.

Após esta decisão e com o passar do tempo, o conceito de direito de “visita” foi-se liberalizando, e para além dos avós, outros familiares consanguíneos, afins ou simplesmente aqueles que por circunstâncias especiais criaram um vínculo afetivo com a criança passaram a ter legitimidade para invocar este direito³¹¹.

Esta orientação de base jurisprudencial obteve consagração legal em 1970. O ordenamento jurídico francês foi o primeiro a tutelar legalmente o direito da criança ao convívio, não só com os avós, como também com outros parentes e terceiros³¹².

Não podemos deixar de reconhecer o valor do legislador francês que, ao tutelar esta questão, pensou no problema em toda a sua plenitude e não se cingiu a tutelar o direito ao convívio entre avós e netos, salvaguardando também as relações das crianças com outras pessoas, familiares ou não, ao dispor, no artigo 371-4 do *Code Civil*, na redação dada pela Lei n.º 70-459, de 4 de junho de 1970, o seguinte:

O pai e a mãe não podem, salvo por motivos graves, obstaculizar as relações pessoais da criança com os seus avós. Na ausência de acordo entre as partes, as modalidades destas relações serão reguladas pelo tribunal.

Tendo em consideração situações excecionais, o tribunal pode conceder um direito de correspondência ou visita a outras pessoas, progenitores ou não³¹³.

Posteriormente este preceito legal foi alvo de algumas alterações. Uma das alterações foi levada a cabo pela Lei n.º 93-22, de 8 de janeiro de 1993, que não introduziu nenhuma modificação significativa na redação deste preceito legal, tendo somente previsto a intervenção do “*juge aux affaires familiales*”. Todavia, a alteração realizada em 2002, pela Lei n.º 2002-305, de 4 de março de 2002 foi substancial, ao determinar:

³¹¹ Neste sentido, VÉLEZ, Brenda Marie Acosta, “El derecho de visita de terceros”, *Revista de Derecho Puertorriquenõ*, Vol. 39, n.º 2, Ponce, 2000, (pp. 401-415), p. 403.

³¹² Segundo Gérard Cornu, “La loi reconnaît ou donne sa chance à deux sortes de relations entre l'enfant et d'autres que ses père et mère: **une relation normale, avec ses grands-parents (et autres ascendants); une relation plus exceptionnelle avec d'autres personnes, parents ou non**”. CORNU, Gérard, *Droit civil: La famille*, 9.ª Ed.ª, Paris, Montchrestien, 2006, p. 158.

³¹³ Tradução do texto francês, que aqui se reproduz:

“Les père et mère ne peuvent, sauf motifs graves, faire obstacle aux relations personnelles de l'enfant avec ses grands-parents. A défaut d'accord entre les parties, les modalités de ces relations sont réglées par le tribunal.

En considération de situations exceptionnelles, le tribunal peut accorder un droit de correspondance ou de visite à d'autres personnes, parents ou non”.

Do direito ao convívio no sistema legal atual à necessidade de uma alteração legal

A criança tem o direito de manter relações pessoais com os seus ascendentes. Só o interesse da criança pode obstar ao exercício deste direito.

Se tal for do interesse da criança, o juiz do tribunal de família pode fixar as modalidades de relações entre o filho e um terceiro, progenitores ou não³¹⁴.

Com esta alteração legal, o direito passa a ser encarado como um direito da criança e não como um direito dos avós ou dos terceiros, uma vez que a redação anterior, ao determinar, por exemplo, no segundo parágrafo, que “o tribunal pode conceder um direito de correspondência ou visita a outras pessoas”, dá a entender que o titular do direito em questão são as outras pessoas e não a criança. Tendo em consideração que se visa prosseguir o interesse da criança, este é um direito que pertence, sobretudo, a ela própria e não a quem, indiretamente, vai poder usufruir deste mesmo direito.

Para Gérard Cornu³¹⁵ esta alteração legal não teve um grande impacto, uma vez que apesar de a presente lei encarar a manutenção de tais relações como um direito da criança, aos avós assiste um direito costumeiro de manter relações pessoais com os seus netos. Pelo contrário, o direito da criança ao convívio com outras pessoas, parentes ou não, não deriva, segundo o mesmo Autor, diretamente da lei, isto é, os outros parentes e os terceiros não têm um direito legal de manter contacto com as crianças. Desta forma, quando um parente, que não um ascendente, ou um terceiro pretendem conviver com a criança devem recorrer a tribunal de modo a obter este direito. Será com base no superior interesse da criança que o juiz determinará, ou não, este direito de conviver com este parente ou terceiro, tendo em consideração circunstâncias excecionais que levaram a criança a estabelecer fortes laços afetivos com estas pessoas. Nestas situações, o Autor considera que estaremos perante situações atípicas, designadamente, situações em que uma criança foi criada pelos tios ou tias ou pelos pais adotivos, por padrinhos ou madrinhas, por amigos que a teriam acolhido, por pessoas que se teriam interessado por ela ao longo de vários anos, entre outros. Tratam-se de situações extraordinárias que requerem uma apreciação, uma vez que a lei tem também em consideração a família afetiva, a afeição exterior à parentalidade. A criança acaba, muitas vezes, por criar ligações recíprocas com terceiros³¹⁶.

³¹⁴ “L'enfant a le droit d'entretenir des relations personnelles avec ses ascendants. Seuls des motifs graves peuvent faire obstacle à ce droit.

Si tel est l'intérêt de l'enfant, le juge aux affaires familiales fixe les modalités des relations entre l'enfant et un tiers, parent ou non”.

³¹⁵ CORNU, Gérard, *Droit civil: La famille, ob. cit.*, p. 159.

³¹⁶ CORNU, Gérard, *Droit civil: La famille, ob. cit.*, p. 162.

Do direito ao convívio no sistema legal atual à necessidade de uma alteração legal

Também Claude Colombet³¹⁷ afirma que se aos avós é reconhecido um direito de caráter natural, o mesmo não acontece com os terceiros, dado que o artigo 371-4, § 2, do *Code Civil* francês exige a intervenção do tribunal para que a criança tenha o direito a conviver com outros parentes e terceiros. Desta forma, em situações excepcionais, como a existência de um vínculo de apadrinhamento, uma filiação de facto, ou uma filiação de direito destruída por uma ação judicial, o juiz deve conceder um direito de correspondência ou de visita a outras pessoas, para além dos pais.

Para Ana Escandón, tanto os avós, como os netos são titulares de um direito a manter relações pessoais. Pelo contrário, os outros parentes e terceiros só podem relacionar-se pessoalmente com a criança se provarem que existem circunstâncias excepcionais que o justifiquem³¹⁸.

Jean Hauser e Jérôme Casey³¹⁹ também se pronunciaram sobre a questão, afirmando que as pessoas que mantiveram uma ligação estreita com uma criança têm legitimidade para ir a tribunal regular a questão do direito ao convívio. Entre estas pessoas estão os pais adotivos, o marido da mãe cuja ligação de filiação com a criança foi destruída, o autor de um reconhecimento de filiação que foi anulado, o padrasto, o coabitante do adotante após a separação, a companheira homossexual da mãe após a separação ou uma mãe substituta.

Atualmente e após a última alteração legal³²⁰, a redação do referido preceito legal é a seguinte:

A criança tem o direito de manter relações pessoais com os seus ascendentes. Só o interesse da criança pode obstar ao exercício deste direito.

Se este for o interesse da criança, o juiz da família deve fixar as condições do relacionamento entre a criança e um terceiro, seja pai ou não, em particular, se esse terceiro residiu de forma estável com a criança e um dos seus pais, providenciou a sua educação, o seu sustento ou a sua instalação, e estabeleceu com ele vínculos afetivos duradouros³²¹.

³¹⁷ COLOMBET, Claude, “Droit Civil: La famille”, Presses Universitaires de France, Paris, 1985, p. 242.

³¹⁸ ESCANDÓN, Ana M^a Colás, *Relaciones familiares de los nietos con sus abuelos: derecho de visita, comunicación y atribución de la guarda y custodia (Ley 42/2003, de 21 de noviembre)*, Aranzadi, Espanha, 2005, pp. 216 e 217.

³¹⁹ HAUSER, Jean et CASEY, Jérôme (coordenação), *Code des personnes et de la famille*, Litec, Paris, 2002, p. 501.

³²⁰ Levada a cabo pela Lei n.º 2013-404, de 17 de maio.

³²¹ “L'enfant a le droit d'entretenir des relations personnelles avec ses ascendants. Seul l'intérêt de l'enfant peut faire obstacle à l'exercice de ce droit.

Do direito ao convívio no sistema legal atual à necessidade de uma alteração legal

Após uma breve análise do Direito francês podemos afirmar que a criança pode, se assim o desejar, conviver com os seus ascendentes. Não é necessária a intervenção do juiz de família para que este direito se possa efetivar. Contrariamente, o convívio da criança com outros parentes e terceiros deve ser determinado pelo juiz de família.

Tal como os vários Autores afirmaram, a tutela concedida ao direito da criança a manter relações pessoais com os ascendentes é diferente da tutela concedida a este direito quando estão em causa outras pessoas. Contudo, ainda que estas outras pessoas possam usufruir indiretamente deste direito, em qualquer dos casos estamos perante um direito que pertence, sobretudo, à esfera jurídica da criança, e tal pode-se inferir da expressão “a criança tem o direito de...”. Além disso, ainda que o principal titular deste direito seja a criança, quando os seus pais se opõem ao exercício deste direito, tanto os avós, como os outros parentes e terceiros, têm legitimidade ativa para recorrer a tribunal de forma a obter uma tutela legal do referido direito.

Hoje, o artigo 371-4, § 2, do *Code Civil* francês passou a especificar que terceiros podem, eventualmente, requerer a tutela do direito ao convívio. Todavia, não podemos deixar de salientar que, a nosso ver, este preceito legal não apresenta uma enumeração taxativa, ou seja, não são apenas os terceiros elencados neste preceito legal que têm legitimidade para tal. Isto significa que o juiz deve conceder à criança o direito de conviver com qualquer terceiro com quem ela tenha estabelecido vínculos afetivos duradouros, se este mesmo convívio corresponder ao seu superior interesse.

2.2. Espanha

Antes da consagração legal do direito ao convívio no ordenamento jurídico espanhol, a questão do direito de “visita” já se tinha colocado inúmeras vezes perante os tribunais espanhóis. Porém, os tribunais haviam sido confrontados, sobretudo, relativamente à questão do direito de “visita” do progenitor não guardião, nos casos de divórcio e, mais tarde, sobre a questão das relações entre avós e netos³²².

Até 1981, o direito de “visita” pertencia apenas ao progenitor não residente. Foi, em 1981, através da alteração legal operada pela Lei 11/1981, de 13 de maio, que o direito

Si tel est l'intérêt de l'enfant, le juge aux affaires familiales fixe les modalités des relations entre l'enfant et un tiers, parent ou non, en particulier lorsque ce tiers a résidé de manière stable avec lui et l'un de ses parents, a pourvu à son éducation, à son entretien ou à son installation, et a noué avec lui des liens affectifs durables”.

³²² Neste sentido, e para um estudo mais detalhado, ver HÉRNANDEZ, Francisco Rivero, *El derecho de Visita, ob. cit.*, pp. 44 e ss.

Do direito ao convívio no sistema legal atual à necessidade de uma alteração legal

da criança ao convívio com outros parentes e pessoas chegadas obteve tutela legal no ordenamento jurídico espanhol. Com esta alteração legal, o artigo 161 do Código Civil, passou a ter a seguinte redação:

O pai e a mãe, ainda que não exerçam o poder paternal, têm o direito de se relacionarem com os seus filhos menores, exceto com os que forem adotados plenamente por outrem ou quando haja decisão judicial em contrário.

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

Em caso de oposição, o juiz, a pedido do menor ou do parente ou de pessoa chegada, decidirá em função das circunstâncias³²³.

Apesar de os tribunais espanhóis nunca se terem confrontado com a questão do direito da criança ao convívio com pessoas que lhe são chegadas, mas que não têm qualquer vínculo de parentesco com a mesma, o legislador espanhol, quando regulou a questão foi mais longe e, talvez por influência do direito francês, tutelou este direito na sua totalidade.

Ao contrário da lei portuguesa, que apenas reconhece um direito ao convívio com os ascendentes e irmãos, a lei espanhola é mais ampla e abarca também outras pessoas que, ainda que não familiares, estabeleceram uma forte ligação afetiva com a criança³²⁴ e que, conseqüentemente, contribuem para garantir o seu desenvolvimento harmonioso e saudável³²⁵. E que outras pessoas são estas? São, por exemplo, os tios, os primos, os padrinhos ou uma ama que cuidou da criança durante vários anos, um professor que a protegeu e lhe deu carinho, o ex-cônjuge de um dos progenitores com quem a criança conviveu, entre outros³²⁶.

Segundo Brenda Vélez, com a adoção desta alteração, o direito espanhol reconheceu, por um lado, legitimidade ativa aos parentes e pessoas chegadas para reclamarem perante os tribunais o direito a relacionar-se com as crianças. Por outro lado, estabeleceu uma

³²³ “El padre y la madre, aunque no ejerzan la patria potestad, tienen el derecho de relacionarse con sus hijos menores, excepto con los adoptados por otro de manera plena o conforme a lo dispuesto en resolución judicial.

No podrá impedirse sin justa causa las relaciones personales entre el hijo y otros parientes y allegados. En caso de oposición, el Juez, a petición del menor o del pariente o allegado, resolverá atendidas las circunstancias”.

³²⁴ HÉRNANDEZ, Francisco Rivero, *El derecho de Visita*, ob. cit., p. 128.

³²⁵ Neste sentido, HÉRNANDEZ, Francisco Rivero, *El derecho de Visita*, ob. cit., p. 128; RÍO, José Manuel Lete del, “Derecho de visita de los abuelos...”, ob. cit., pp. 148 e 149.

³²⁶ Neste sentido, HÉRNANDEZ, Francisco Rivero, *El derecho de Visita*, ob. cit., p. 129; FERNÁNDEZ, María Cárcaba, *El derecho de los abuelos a relacionarse con sus nietos*, ob. cit., p. 15.

limitação ao poder paternal, uma vez que os pais não podem proibir o menor de se relacionar com os seus parentes e pessoas chegadas se não existir uma justa causa que justifique a proibição³²⁷.

Atualmente e depois de várias alterações, que para o estudo do tema em questão foram pouco significativas, é o artigo 160 do Código Civil espanhol que regula esta questão. Após a última alteração, levada a cabo pela Lei 26/2015, de 28 de julho, o artigo 160 apresenta a seguinte redação:

Os filhos menores têm o direito de se relacionar com os seus progenitores, ainda que não exerçam o poder paternal, salvo disposição em contrário de decisão judicial ou de Entidade Pública nos casos previstos no artigo 161. Em caso de privação da liberdade dos progenitores, e sempre que o interesse superior do menor recomende visitas àqueles, a Administração deverá facilitar a transferência acompanhada do menor ao centro penitenciário, seja por um parente designado pela administração competente ou por um profissional que assegurará a preparação do menor para essa visita. Da mesma forma, a visita a um centro penitenciário deve ser feita fora do horário escolar e em um ambiente adequado para o menor.

Os menores adotados por outra pessoa, só podem relacionar-se com a sua família de origem nos termos previstos no artigo 178.4.

Não podem impedir-se sem justa causa as relações pessoais do menor com os seus irmãos, avós e outros parentes ou pessoas chegadas.

No caso de oposição, o juiz, a pedido do menor, irmãos, avós, parentes ou pessoas chegadas, decidirá em função das circunstâncias. Em particular, deve garantir que as medidas fixadas para favorecer as relações entre irmãos e entre avós e netos não facultem o incumprimento de decisões judiciais que restrinjam ou suspendam as relações dos menores com algum dos seus progenitores³²⁸.

³²⁷ Neste sentido, VÉLEZ, Brenda Marie Acosta, “El derecho de visita de terceros”, *ob. cit.*, p. 406.

³²⁸ “Los hijos menores tienen derecho a relacionarse con sus progenitores aunque éstos no ejerzan la patria potestad, salvo que se disponga otra cosa por resolución judicial o por la Entidad Pública en los casos establecidos en el artículo 161. En caso de privación de libertad de los progenitores, y siempre que el interés superior del menor recomiende visitas a aquellos, la Administración deberá facilitar el traslado acompañado del menor al centro penitenciario, ya sea por un familiar designado por la administración competente o por un profesional que velarán por la preparación del menor a dicha visita. Asimismo la visita a un centro penitenciario se deberá realizar fuera de horario escolar y en un entorno adecuado para el menor.

Los menores adoptados por otra persona, solo podrán relacionarse con su familia de origen en los términos previstos en el artículo 178.4.

No podrán impedirse sin justa causa las relaciones personales del menor con sus hermanos, abuelos y otros parientes y allegados.

Do direito ao convívio no sistema legal atual à necessidade de uma alteração legal

No nosso entender, o primeiro parágrafo deste preceito legal alterou a titularidade do direito, uma vez que agora não são os progenitores que têm o direito de se relacionar com os filhos menores, mas são estes últimos que têm o direito de conviver com os seus progenitores.

O segundo parágrafo, referente às situações em que a criança é adotada, remete a regulação da manutenção das relações da criança com a família de origem para o artigo 178.4. Geralmente, a adoção extingue os vínculos entre o adotado e a sua família de origem. Todavia, de acordo com o artigo 178. 4, quando o interesse da criança o aconselhe, poderá estipular-se um direito de “visitas” ou comunicações entre a criança e a sua família de origem, devendo-se favorecer especialmente a relação entre irmãos biológicos.

Quanto ao terceiro e quarto parágrafos, a única alteração que sofreram foi acrescentar uma referência expressa aos irmãos, que a nosso ver foi uma alteração pouco significativa, dado que estes já se inseriam na expressão “parentes”.

2.3. Bélgica

Desde 1995 que o ordenamento jurídico belga também tutela de forma expressa o direito da criança ao convívio com outros parentes e terceiros, caso exista entre estes e a criança uma relação afetiva significativa.

Assim, de acordo com o artigo 375 bis do Código Civil belga:

Os avós têm o direito de estabelecer relações pessoais com a criança. Este mesmo direito pode ser reconhecido a qualquer pessoa, se ela mantiver um vínculo afetivo particular com a criança.

Na ausência de um acordo entre as partes, o exercício deste direito é estabelecido pelo tribunal de família no interesse da criança, a pedido das partes ou do procurador do Rei³²⁹.

En caso de oposición, el Juez, a petición del menor, hermanos, abuelos, parientes o allegados, resolverá atendidas las circunstancias. Especialmente deberá asegurar que las medidas que se puedan fijar para favorecer las relaciones entre hermanos, y entre abuelos y nietos, no faculten la infracción de las resoluciones judiciales que restrinjan o suspendan las relaciones de los menores con alguno de sus progenitores”.

³²⁹ “Les grands-parents ont le droit d'entretenir des relations personnelles avec l'enfant. Ce même droit peut être octroyé à toute autre personne, si celle-ci justifie d'un lien d'affection particulier avec lui. A défaut d'accord entre les parties, l'exercice de ce droit est réglé dans l'intérêt de l'enfant par le tribunal de la famille à la demande des parties ou du procureur du Roi.”

Do direito ao convívio no sistema legal atual à necessidade de uma alteração legal

No entendimento de Walter Pintens e Dominique Pignolet³³⁰, de acordo com este preceito legal, uma criança tem o direito de conviver com os seus avós, sempre que este convívio corresponda ao seu superior interesse. Já para todas as outras pessoas, incluindo os irmãos da criança, é necessário a prova de que a criança tem um relacionamento significativo e afetivo com as pessoas que pretendem obter este direito.

Perante a leitura deste preceito legal parece-nos que se trata de um direito dos avós e das outras pessoas, ou seja, também os avós, assim como os outros parentes e terceiros são titulares deste direito ao convívio. Ainda assim, somos da opinião de que o principal titular deste direito é a criança, visto que o exercício do mesmo por parte dos outros está dependente do seu superior interesse.

Também Walter Pintens e Dominique Pignolet³³¹ defendem tratar-se de um direito recíproco, de que, tanto a criança, como os avós e as outras pessoas que mantêm com esta uma especial relação afetiva são titulares. Pois, se por um lado, começam por referir que a criança tem direito, por outro lado, afirmam que quer os avós, quer as outras pessoas também têm este direito, ainda que esteja dependente da prova da existência de uma relação significativa e afetiva com a criança. O seu direito tem um objetivo específico, que é, precisamente, manter este relacionamento afetivo com a criança.

Desta forma, quando existe um conflito e os pais não chegam a um acordo sobre se devem ou não permitir que a criança se relacione com uma determinada pessoa, se se verificar que entre a criança e essa pessoa existe uma relação afetiva significativa e que este convívio corresponde ao seu superior interesse, o tribunal de família pode e deve conceder este direito.

2.4. Alemanha

No ordenamento jurídico alemão, só em 1997 é que a questão do direito ao convívio mereceu a preocupação do legislador. Todavia, quando o legislador alemão consagrou legalmente este direito ao convívio, o § 1685 do *Bürgerliches Gesetzbuch* (doravante, BGB) apenas salvaguardou a manutenção das relações da criança com os seus avós e irmãos. Mas, consciente das alterações ocorridas no seio familiar, o legislador rapidamente se apercebeu que a tutela concedida ao direito ao convívio era insuficiente.

³³⁰ PINTENS, Walter and PIGNOLET, Dominique, *National Report: Belgium*, Catholic University Leuven, p. 30, disponível em <http://ceflonline.net>, última consulta a 03-01-2018.

³³¹ PINTENS, Walter and PIGNOLET, Dominique, *National Report: Belgium*, *ob. cit.*, pp. 30 e 31.

Do direito ao convívio no sistema legal atual à necessidade de uma alteração legal

Destarte, um ano volvido, com a Lei de Reforma dos Direitos da Criança de 1998, o legislador ampliou o direito ao convívio, passando a salvaguardar a manutenção das relações da criança com os padrastos, desde que este convívio correspondesse ao superior interesse da mesma³³². Na versão desta reforma, o § 1685 instituía o seguinte:

Os avós e os irmãos têm o direito ao convívio com a criança, quando tal contribui para o bem-estar da criança.

O mesmo se aplica às pessoas com quem a criança se relaciona de perto quando estas têm ou tiveram responsabilidade efetiva pela criança (relação sociofamiliar). Em geral, esta responsabilidade é presumida quando a pessoa viveu com a criança por um longo período de tempo³³³.

Segundo Nina Dethloff e Dieter Martiny³³⁴, foi a partir da reforma de 1998, que outras pessoas, para além dos avós e dos irmãos, passaram a ter o direito de conviver com a criança, ainda que o exercício deste direito estivesse sujeito a uma pré-condição, que é o superior interesse da criança³³⁵.

Em 2004, o § 1685 do BGB sofreu uma alteração, efetuada pela Lei de Reforma dos Direitos da Criança, passando a assegurar o direito ao convívio com a criança aos parceiros que vivam em união de facto. Ou seja, por força desta alteração, os companheiros de um dos progenitores, ainda que estes vivam numa relação homossexual, passam também a ter um direito a conviver com a criança.

Atualmente, o § 1685 do BGB, que regula o contacto da criança com outras pessoas, estabelece que:

Os avós e os irmãos têm o direito ao convívio com a criança, quando tal contribui para o bem-estar da criança.

³³² Neste sentido, FERREIRA, Jussara S. A. B. Nasser e RÖRHMANN, Konstanze, “As Famílias Pluriparentais ou Mosaicos”, *ob. cit.*, p. 524.

³³³ “Großeltern und Geschwister haben ein Recht auf Umgang mit dem Kind, wenn dieser dem Wohl des Kindes dient.

Gleiches gilt für enge Bezugspersonen des Kindes, wenn diese für das Kind tatsächliche Verantwortung tragen oder getragen haben (sozial-familiäre Beziehung). Eine Übernahme tatsächlicher Verantwortung ist in der Regel anzunehmen, wenn die Person mit dem Kind längere Zeit in häuslicher Gemeinschaft zusammengelebt hat”.

³³⁴ DETHLOFF, Nina and MARTINY, Dieter, *National Report: Germany*, European University, Frankfurt, p. 48, disponível em <http://ceflonline.net>, última consulta a 03-01-2018.

³³⁵ No mesmo sentido pronunciaram-se RESETAR, Branka and EMERY, Robert E., *Children's rights in European Legal Proceedings: Why are family practices so different from legal theories?*, p. 68, disponível em <http://onlinelibrary.wiley.com>, última consulta a 03-01-2018.

Do direito ao convívio no sistema legal atual à necessidade de uma alteração legal

O mesmo se aplica às pessoas com quem a criança se relaciona de perto quando estas têm ou tiveram responsabilidade efetiva pela criança (relação sociofamiliar). Em geral, esta responsabilidade é presumida quando a pessoa viveu com a criança por um longo período de tempo.

O § 1684 II a IV aplica-se de forma análoga. Em conformidade com o disposto no § 1684 III a V, o tribunal de família só pode ordenar a tutela do direito ao convívio se os pré-requisitos do § 1666 I estiverem cumpridos³³⁶.

No entendimento de Nina Dethloff e Dieter Martiny³³⁷, o atual § 1685 do BGB não apresenta uma enumeração taxativa das diferentes pessoas que podem conviver com a criança. Mas, ainda assim, as Autoras apontam, como possíveis detentores deste direito, o cônjuge do pai (madrasta), assim como o ex-cônjuge³³⁸ e o ex-parceiro de uma relação não conjugal, o parceiro registado ou ex-parceiro registado e ainda os pais adotivos, caso tenham cuidado da criança durante um certo período de tempo.

No fundo, pretende-se salvaguardar as relações da criança com todas as pessoas de referência na sua vida, se existir entre a criança e estas pessoas, por alguma circunstância, uma relação afetiva significativa, ainda que a relação formal que esteve na base deste vínculo afetivo já não exista.

Também o ordenamento jurídico alemão consagra um direito que é recíproco, isto é, para além de ser um direito da criança, também os avós, assim como os outros parentes e terceiros são titulares deste direito. Podemos chegar a esta conclusão através da leitura do próprio preceito legal que, ao afirmar que “os avós e os irmãos têm direito...” e que “o mesmo se aplica às pessoas com quem a criança se relaciona de perto...”, confirma a titularidade deste direito por parte dos sujeitos anteriormente mencionados. Ainda assim, não podemos deixar de considerar que este é um direito cujo principal titular é a criança, uma vez que tal direito só será concedido se isso corresponder ao seu superior interesse.

³³⁶ “Großeltern und Geschwister haben ein Recht auf Umgang mit dem Kind, wenn dieser dem Wohl des Kindes dient.

Gleiches gilt für enge Bezugspersonen des Kindes, wenn diese für das Kind tatsächliche Verantwortung tragen oder getragen haben (sozial-familiäre Beziehung). Eine Übernahme tatsächlicher Verantwortung ist in der Regel anzunehmen, wenn die Person mit dem Kind längere Zeit in häuslicher Gemeinschaft zusammengelebt hat.

§ 1684 Abs. 2 bis 4 gilt entsprechend. Eine Umgangspflegschaft nach § 1684 Abs. 3 Satz 3 bis 5 Kann das Familiengericht nur anordnen, wenn die Voraussetzungen des § 1666 Abs. 1 erfüllt sind”.

³³⁷ DETHLOFF, Nina and MARTINY, Dieter, *National Report: Germany, ob. cit.*, p. 49.

³³⁸ Neste sentido ver também JAYME, Erik, “Pós-modernismo e Direito da Família, *ob. cit.*”, p. 215.

Do direito ao convívio no sistema legal atual à necessidade de uma alteração legal

De acordo com Jussara Ferreira e Konstanze Röhrmann³³⁹, a jurisprudência alemã estabeleceu uma espécie de ordem hierárquica para os casos em que existem várias pessoas que pretendam conviver com uma mesma criança, por forma a viabilizar o exercício deste direito. Em primeiro lugar, este direito está assegurado ao pai legítimo que não vive com o filho; em segundo lugar, estão os parentes próximos da criança, designadamente, os avós, os irmãos, entre outros; e, por último, o exercício do direito será assegurado aos padrastos (hetero e homossexuais) e às outras pessoas de referência da criança.

Segundo Nina Dethloff e Dieter Martiny³⁴⁰, em caso de conflito, quando os pais se opõem ao direito ao convívio da criança com os avós ou até mesmo com outras pessoas, e ainda que o critério de decisão seja sempre o superior interesse da criança, os tribunais alemães tendem a negar este mesmo direito. E fazem-no argumentando que não é do superior interesse da criança viver este conflito entre os pais e os avós ou outros sujeitos, colocando a criança num conflito de lealdades que a poderá prejudicar.

Creemos que tal solução acaba por não dar grande efetividade ao referido direito, porque é sobretudo quando os pais ou cuidadores da criança se opõem ao exercício deste direito, que é necessário recorrer a tribunal, com base nesta norma de direito substantivo, a fim de obter uma tutela judicial do mesmo.

2.5. Suécia

A lei sueca, ao referir, no Capítulo 6, Secção 2ª, do Código das Crianças e dos Pais, que o superior interesse da criança deve ser decisivo em todas as decisões relativas aos assuntos sociais, parece reconhecer que, se isso corresponder ao superior interesse da criança e ela o desejar, a criança pode conviver, não apenas com os seus pais, mas também com outros parentes e pessoas próximas³⁴¹.

Independentemente de não conter uma norma que regule de forma expressa e direta o direito da criança ao convívio com outros parentes e terceiros, como acontece nos outros ordenamentos jurídicos que analisamos, o ordenamento jurídico sueco estabelece, no Capítulo 6, Seção 15, § 3, do referido Código³⁴², que os pais ou o progenitor guardião

³³⁹ FERREIRA, Jussara S. A. B. Nasser e RÖRHMANN, Konstanze, “As Famílias Pluriparentais ou Mosaicos”, *ob. cit.*, pp. 525 e 526.

³⁴⁰ DETHLOFF, Nina and MARTINY, Dieter, *National Report: Germany*, *ob. cit.*, p. 52.

³⁴¹ Neste sentido, RESETAR, Branka and EMERY, Robert E., *Children's rights in European Legal Proceedings...*, *ob. cit.*, p. 68.

³⁴² Cujá redação é: “Barnets vårdnadshavare har ett ansvar för att barnets behov av umgänge med någon annan som står det särskilt nära så långt möjligt tillgodoses”.

têm o dever de garantir, na medida do possível, que a criança conviva com outros adultos que lhe sejam afetivamente significativos³⁴³.

Desta forma, somos da opinião que ao impor aos pais a responsabilidade de garantir que os seus filhos convivam com adultos, parentes ou não, com quem os mesmos estabeleceram uma relação afetiva, o legislador sueco reconheceu que este direito ao convívio é um direito da criança, direito cujo exercício deve ser garantido pelos pais, sempre que tal corresponda ao superior interesse da criança.

No entendimento de Maarit Jänterä-Jareborg, Anna Singer e Caroline Sörgjerd³⁴⁴, quando está em causa o direito da criança ao convívio, os interesses dos pais não são explicitamente considerados. Serão sempre os superiores interesses da criança que prevalecerão.

Aliás, segundo a doutrina, esta responsabilidade dos pais vai ainda mais longe, porque mesmo que não exista esta forte ligação afetiva entre a criança e uma determinada pessoa, sempre que essa pessoa possa contribuir de forma positiva para o desenvolvimento da criança, os pais também são responsáveis por encorajar este convívio³⁴⁵.

Pelas orientações que podemos retirar da lei sueca, este não é o melhor exemplo a seguir, pois, para além dos pais (Capítulo 6, Secção 15ª, § 1, do Código das Crianças e dos Pais), só o Comité de Assistência Social pode recorrer a tribunal de forma a salvaguardar este direito ao convívio (Capítulo 6, Secção 15a, § 2). Consequentemente, nenhum outro parente ou terceiro tem legitimidade ativa para recorrer a tribunal a fim de o efetivar, pelo que, quando os pais não estão de acordo relativamente ao convívio do seu filho com outra pessoa, apenas o Comité de Assistência Social poderá recorrer de forma a tutelar o referido direito. O Comité apenas intervirá, é claro, se tal convívio se mostrar conforme com o superior interesse da criança.

³⁴³ Neste sentido, JÄNTERÄ-JAREBORG, Maarit; SINGER, Anna and SÖRGJERD, Caroline, *National Report: Sweden*, University of Uppsala, pp. 24 e 25, disponível em <http://ceflonline.net>, última consulta a 03-01-2018; *Parents and children – brief information about current legislation*, Government Offices of Sweden, 2015, p. 8, disponível em <http://www.government.se>, última consulta a 03-01-2018.

³⁴⁴ JÄNTERÄ-JAREBORG, Maarit; SINGER, Anna and SÖRGJERD, Caroline, *National Report: Sweden*, *ob. cit.*, p. 25.

³⁴⁵ Neste sentido pronunciaram-se Branka Reseter e Robert E. Emery, ao afirmarem que “However, the parent is also responsible for encouraging contact with people who are not so close, but whose presence would have a positive impact on the child’s development”. RESETAR, Branka and EMERY, Robert E., *Children’s rights in European Legal Proceedings...*, *ob. cit.*, p. 68. Em sentido equivalente ver também JÄNTERÄ-JAREBORG, Maarit; SINGER, Anna and SÖRGJERD, Caroline, *National Report: Sweden*, *ob. cit.*, p. 25.

3. O direito da criança ao convívio no TEDH e na jurisprudência nacional

Embora não exista, no ordenamento jurídico português, uma norma que regule de forma expressa e direta o problema por nós suscitado, tanto o TEDH, como os tribunais portugueses já tiveram oportunidade de se pronunciar sobre o direito da criança ao convívio com pessoas diferentes das previstas no artigo 1887.º-A do CC.

O Acórdão do TEDH, *Kopf e Liberda v. Áustria*, de 17 de janeiro de 2012³⁴⁶ foi um dos casos em que o TEDH foi chamado a pronunciar-se sobre a questão do direito da criança ao convívio com terceiros.

Neste caso, os requerentes peticionaram um direito de visita à criança, uma vez que depois da mãe da criança ter incendiado o apartamento, encontrando-se, nesse momento, sobre o efeito de drogas, a criança F. foi-lhes entregue, como família de acolhimento. Posteriormente, os requerentes tentaram obter a guarda de F., com o intuito de a adotarem. No entanto, após a recuperação da mãe e das visitas por si realizadas à criança, esta tentou recuperar a sua guarda, o que levou à troca de argumentos entre a mesma e os requerentes. Devido a estes desentendimentos, a 25 de outubro de 2001, F. foi entregue a uma “família de crise”, por aproximadamente 8 semanas e depois foi entregue à mãe biológica.

A 20 de dezembro de 2001, os requerentes solicitaram o direito de visitar F., direito este que lhes foi concedido a 31 de dezembro de 2001, tendo por base a relação duradoura que se estabeleceu entre F. e os requerentes, devido ao tempo que a criança tinha passado com os mesmos, pelo que seria inadequado não permitir o direito de visita.

Entretanto, a 31 de janeiro de 2002, a mãe de F. foi ouvida e opôs-se à concessão do direito de visita aos requerentes, uma vez que a criança se estava a habituar a si novamente. Tal oposição deu origem a uma série de requerimentos, o que foi prolongando o processo.

Quase três anos depois, tendo em consideração dois relatórios de duas entidades distintas, o direito de visita a favor dos requerentes foi indeferido. Tal decisão assentou na interrupção do convívio entre F. e os requerentes por mais de dois anos, bem como na consciência que F. tinha dos conflitos existentes entre a mãe e os requerentes, levando-o inclusive a dizer que não os pretendia ver. No entendimento do tribunal, este convívio já não correspondia ao superior interesse da criança, visto que não era do seu interesse colocar-se novamente numa situação de lealdades divididas entre a mãe e a antiga família.

³⁴⁶ Processo n.º 1598/06, disponível em <http://www.echr.coe.int>.

Após a rejeição dos recursos subsequentes, os requerentes recorreram para o TEDH, invocando a violação do seu direito à vida familiar, previsto no artigo 8.º da CEDH, e invocaram também a violação do requisito do “prazo razoável”, nos termos do artigo 6.º da CEDH, devido ao tempo que decorreu entre o pedido e a decisão.

O TEDH analisou o caso com base no artigo 8.º da Convenção³⁴⁷, declarando, no parágrafo 35, que à luz deste preceito legal, a noção de “vida familiar” não se limita às relações conjugais e pode abranger outros laços “familiares” de facto³⁴⁸. O tribunal afirmou também, no referido parágrafo, que a existência ou inexistência de “vida familiar” na aceção do artigo 8.º é, essencialmente, uma questão de facto, dependente, na prática, da existência real de laços pessoais³⁴⁹. Embora, em regra, a coabitação seja uma condição para que essa relação exista, excepcionalmente outros fatores podem servir para demonstrar que um relacionamento tem consistência suficiente para criar “laços familiares” de facto³⁵⁰.

No presente caso o TEDH considerou não haver qualquer dúvida de que estávamos perante a noção de vida familiar, prevista no artigo 8.º, n.º 1, da CEDH, não só porque a criança habitou com os requerentes durante 46 meses, como também pelo facto de se terem estabelecido entre a criança e os requerentes laços emocionais semelhantes aos que existem entre pais e filho. Deste modo, a proteção da vida privada e familiar requer, por parte dos Estados, não só um dever de não ingerência arbitrária por parte das autoridades

³⁴⁷ Direito ao respeito pela vida privada e familiar: “1. Qualquer pessoa tem direito ao respeito da sua vida privada e familiar, do seu domicílio e da sua correspondência. 2. Não pode haver ingerência da autoridade pública no exercício deste direito senão quando esta ingerência estiver prevista na lei e constituir uma providência que, numa sociedade democrática, seja necessária para a segurança nacional, para a segurança pública, para o bem-estar económico do país, a defesa da ordem e a prevenção das infracções penais, a protecção da saúde ou da moral, ou a protecção dos direitos e das liberdades de terceiros”.

³⁴⁸ Tal como o TEDH afirmou no Acórdão *Anayo v. Alemanha*, de 21 de dezembro de 2010, Processo n.º 20578/07, parágrafo 55, disponível em <http://www.echr.coe.int>, em que foi considerada como família de facto uma criança nascida fora do casamento com o seu pai biológico. Também no Acórdão do TEDH, *Moretti e Benedetti v. Itália*, de 27 de abril de 2010, Processo n.º 16318/07, parágrafos 49 e 50, disponível em <http://www.echr.coe.int>, o TEDH considerou que a relação entre os requerentes como família de acolhimento e a criança que lhes foi confiada e viveu com eles durante dezanove meses correspondia à noção de vida familiar na aceção do artigo 8.º da CEDH, uma vez que a criança e os requerentes tinham estabelecido uma estreita relação interpessoal entre si e os requerentes se tinham comportado em todos os aspetos como se fossem pais da criança.

³⁴⁹ O TEDH já se tinha pronunciado neste sentido no Acórdão *K. e T. v. Finlândia*, de 12 de julho de 2001, Processo n.º 25702/94, parágrafo 150, disponível em <http://www.echr.coe.int>.

³⁵⁰ Neste sentido, Acórdão do TEDH, *Kroon e outros v. Países Baixos*, de 27 de outubro de 1994, Processo n.º 18535/91, parágrafo 30, disponível em <http://www.echr.coe.int>. O Acórdão do TEDH, *Moretti e Benedetti v. Itália*, de 27 de abril de 2010, Processo n.º 16318/07, parágrafo 48, (citado, *supra*, na nota 348), vai mais longe e dá exemplos concretos de outros fatores que podem ser considerados, designadamente o tempo que viveram juntos, a qualidade das relações, bem como o papel assumido pelo adulto em relação à criança.

públicas, como também uma obrigação positiva por parte destas, de modo a assegurar o cumprimento efetivo desta vida privada e familiar.

Na apreciação do caso, o TEDH afirmou, no parágrafo 38, que deve ter-se em conta o justo equilíbrio entre os interesses concorrentes, gozando os Estados, neste campo, de uma certa margem de apreciação. Saliu também, no parágrafo 44, que no processo de equilíbrio deve ser dada especial importância aos superiores interesses da criança, que podem prevalecer em relação aos interesses dos pais³⁵¹.

No entanto, dada a morosidade do processo (que se prolongou por três anos, seis meses e treze dias), e a consequente falta de convívio entre a criança e os requerentes durante este tempo, levou o TEDH a considerar que os tribunais austríacos não cumpriram os requisitos processuais implícitos no artigo 8.º da Convenção, pelo que houve violação deste preceito legal.

Ora, no presente caso, se não fosse a morosidade do processo, o TEDH teria reconhecido este direito ao convívio, com base na noção de vida familiar por si adotada e nas relações que se haviam estabelecido entre a requerente e F.

O TEDH também se pronunciou sobre esta questão no Acórdão do TEDH, *Boyle v. Reino Unido*, de 24 de fevereiro de 1994³⁵². Neste caso o Senhor Boyle invocou a violação do artigo 8.º da CEDH por parte do Estado, por lhe terem negado o direito ao convívio com o seu sobrinho, após a sua irmã e mãe da criança ter ficado sem a guarda do menino por ter, alegadamente, abusado sexualmente da criança.

Também, aqui, se considerou haver uma violação do artigo 8.º da Convenção, visto que a relação estabelecida entre um tio e um sobrinho poderia cair no âmbito da noção de vida familiar. Além disso, ficou provado que havia uma relação estreita entre o tio e o sobrinho. Logo, os serviços sociais deveriam ter permitido o convívio entre os dois.

No entanto, no decorrer do presente caso, o requerente e o governo do Reino Unido chegaram a um acordo amigável, o que pôs fim ao processo.

Tendo em consideração a análise da jurisprudência do TEDH e a interpretação que a mesma elaborou do artigo 8.º da CEDH, referente ao direito ao respeito pela vida privada e familiar, norma esta que vigora diretamente na ordem jurídica interna³⁵³, parece-nos

³⁵¹ No mesmo sentido, Acórdão do TEDH, *Görgülü v. Alemanha*, de 26 de maio de 2004, Processo n.º 74969/01, parágrafo 43, disponível em <http://www.echr.coe.int>.

³⁵² Processo n.º 16580/90, disponível em <http://www.echr.coe.int>.

³⁵³ Nos termos do artigo 8.º da CRP, que estabelece: “1. As normas e os princípios de direito internacional geral ou comum fazem parte integrante do direito português. 2. 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. 3. As normas emanadas dos órgãos

Do direito ao convívio no sistema legal atual à necessidade de uma alteração legal

que tal norma e interpretação poderá ser uma forma de obter uma tutela do direito da criança à manutenção das suas relações afetivas.

Em Portugal, até ao momento, temos conhecimento de cinco decisões em que outros adultos, não elencados no artigo 1887.º-A do CC, peticionaram convívios com determinada criança.

No Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 20 de junho de 2012³⁵⁴, o Ministério Público, no âmbito de um processo de regulação do exercício das responsabilidades parentais, interpôs recurso do despacho datado de 14 de novembro de 2011, em que lhe foi indeferido o pedido onde o mesmo requereu que se solicitasse à Segurança Social a elaboração de um Relatório Social sobre a situação familiar do padrinho da criança, de forma a aferir da viabilidade de eventual fixação de regime de visitas à criança por parte do mesmo. Tal pedido teve por base a existência de uma relação entre a criança e o seu padrinho, que se mostrava ser uma relação muito idêntica à relação de filiação. Como foi o padrinho que cuidou da criança desde pequena, tornando-se a sua figura primária de referência, seria do superior interesse da criança fixar tal regime de visitas.

Neste recurso, o Tribunal da Relação de Coimbra deu razão ao Ministério Público, pois, o facto de se tratar de um processo de regulação do exercício das responsabilidades parentais, que tem a natureza de processo de jurisdição voluntária, possibilita a busca da solução mais adequada de forma a atender ao superior interesse da criança. Interesse este que deve orientar o julgador no sentido de encontrar a solução que, “não só objetivamente mas também à «luz» dos afectos, do grau de desenvolvimento psíquico”, permita que a criança cresça e se desenvolva na sua plenitude.

O Tribunal da Relação de Coimbra salientou também que não se pode concluir que o artigo 1887.º-A do CC ou qualquer outro preceito legal aplicável no caso concreto excluam a possibilidade de regular, no âmbito do processo de regulação do exercício das responsabilidades parentais, outras relações afetivas que a criança possa estabelecer, ainda que com terceiros, quando em causa estão a felicidade e os interesses da criança, que tudo devem dominar.

competentes das organizações internacionais de que Portugal seja parte vigoram directamente na ordem interna, desde que tal se encontre estabelecido nos respectivos tratados constitutivos. 4. As disposições dos tratados que regem a União Europeia e as normas emanadas das suas instituições, no exercício das respectivas competências, são aplicáveis na ordem interna, nos termos definidos pelo direito da União, com respeito pelos princípios fundamentais do Estado de direito democrático”.

³⁵⁴ Processo n.º 450/11.7TBTNV-A.C1, Relator Carlos Marinho, disponível em www.dgsi.pt.

Do direito ao convívio no sistema legal atual à necessidade de uma alteração legal

Assim, tendo a criança estabelecido com o seu padrinho uma relação idêntica à relação de filiação, sendo a sua figura primária de referência, o seu superior interesse reclama a fixação de um regime de visitas.

Tal constatação levou o tribunal a decidir que o direito ao convívio entre a criança e o padrinho é legalmente admissível, nos termos dos artigos 146.º, *al. d*) e 150.º, ambos da Organização Tutelar de Menores (OTM)³⁵⁵, bem como do artigo 1410.º do Código do Processo Civil (CPC)³⁵⁶ e do Regulamento (CE) n.º 2201/2003 do Conselho, de 27/11/2003.

Também o Tribunal da Relação do Porto já teve oportunidade de se pronunciar sobre o direito da criança ao convívio, não com o padrinho, mas com dois tios. Assim, no Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 7 de janeiro de 2013³⁵⁷, o tribunal teve oportunidade de se pronunciar sobre o pedido de dois tios, que requereram em tribunal, nos termos dos artigos 1918.º e 1919.º, ambos do CC, o estabelecimento de convívios com a sobrinha, de 13 anos, filha do requerido. Tal pedido assentou no facto de ter sido a requerente, cunhada do requerido e esposa do requerente B, a assumir o papel de figura maternal desde a ausência da mãe da menina, o que sucedeu ao longo de dez anos. Durante o período de tempo em que os requerentes assumiram a guarda de facto da sobrinha, a criança acabou por criar uma forte ligação afetiva com os requerentes, que cuidaram dela e a amaram como se sua filha fosse, não fazendo qualquer distinção entre ela e os seus próprios filhos.

Acontece que, por decisão judicial, o requerido, pai da menina, ficou com a guarda e responsabilidade parental da mesma, tendo criado obstáculos, desde 2009, à convivência da criança com os seus tios, o que se agravou em setembro de 2011. Tal comportamento por parte do pai causou sentimentos de angústia, desespero, medo e opressão na filha, por estar privada de conviver com os seus tios, principalmente com a sua tia, que a criança considerava como sua mãe, educadora, melhor amiga e confidente.

A pretensão dos tios foi, no entanto, indeferida liminarmente, uma vez que o tribunal considerou que os mesmos, enquanto tios da menor E., não tinham legitimidade para invocar um direito de visita, visto que o artigo 1887.º-A do CC apenas contempla o direito da criança ao convívio com irmãos e ascendentes.

³⁵⁵ Correspondente aos atuais artigos 6.º, *al. c*) e 12.º, ambos do RGPTC.

³⁵⁶ Corresponde ao atual artigo 987.º do nCPC.

³⁵⁷ Processo n.º 762-A/2001.P1, Relator Luís Lameiras, disponível em www.dgsi.pt.

Do direito ao convívio no sistema legal atual à necessidade de uma alteração legal

Inconformados, os tios da menina interpuseram recurso, que foi aceite pelo Tribunal da Relação do Porto, que afirmou que o artigo 1887.º-A do CC não impede que outras pessoas, para além dos irmãos e ascendentes, possam requerer um direito ao convívio com a criança, através de um processo tutelar cível, sob a forma de ação tutelar comum (artigo 210.º da OTM³⁵⁸). Embora o convívio com os tios não faça parte do núcleo primordial do conteúdo das responsabilidades parentais, isto é, não estando o pai da criança onerado com o vínculo de não obstaculizar o convívio com os tios, como está com os irmãos e ascendentes, não significa que os tios nunca possam conviver com a criança. Ora, no entendimento deste tribunal, os tios podem peticionar convívios com a criança, nos termos do artigo 1918.º do CC, nomeadamente, quando existam situações concretas que conduzam à adequação desse convívio, ou seja, quando o superior interesse da criança o exija. Estando nós, no presente caso, perante um processo de jurisdição voluntária, o tribunal não está adstrito aos factos alegados, podendo seleccionar e escrutinar outros, desde que tal se mostre necessário para apurar o superior interesse da criança naquele caso concreto.

Face ao exposto, o Tribunal da Relação do Porto revogou o despacho e ordenou a sua substituição por outro que viabilizasse o seguimento do processo. No entanto, o Tribunal de 1.ª Instância negou o estabelecimento de convívios entre a criança e os seus tios.

Inconformados com a decisão, os tios interpuseram um novo recurso, em que o Tribunal da Relação do Porto voltou a pronunciar-se sobre a questão, designadamente, no Acórdão de 21 de outubro de 2013³⁵⁹. Neste Acórdão, ao contrário da sentença proferida pelo tribunal *a quo* e do parecer do Ministério Público, o tribunal *ad quem* realçou que o interesse do pai em reorganizar a sua vida familiar não pode prevalecer sobre o interesse da sua filha, que pretende manter as relações de afeto que estabeleceu, ao longo de dez anos, com os seus tios, com quem o pai cortou relações e privou a filha de conviver. Afirmou ainda que, no presente caso, o interesse legítimo do pai da criança não é proporcional ao interesse superior da mesma, princípio este que é aplicável e se visa proteger em todos os processos tutelares cíveis.

Em 2014, o Tribunal da Relação de Évora também teve oportunidade de se pronunciar sobre a questão no Acórdão de 10-07-2014³⁶⁰, no qual se realçou que o facto

³⁵⁸ Correspondente ao atual artigo 67.º do RGPTC.

³⁵⁹ Processo n.º 762-A/2001.P2, Relatora Rita Romeira, disponível em www.dgsi.pt.

³⁶⁰ Processo n.º 851/12.3TBPTG-A.E1, Relatora Alexandra Moura Santos, (citado, *supra*, na nota 205).

Do direito ao convívio no sistema legal atual à necessidade de uma alteração legal

do artigo 1887.º-A do CC se referir apenas ao convívio com os irmãos e ascendentes, não significava que a criança não pudesse conviver com a família alargada, nomeadamente, com os tios, desde que o seu superior interesse o justificasse. Não se questionou, de forma alguma, os laços de afeto que existiam entre a criança e a sua tia (requerente) e o seu primo. Contudo, existindo um conflito latente entre a requerente e o pai da criança, havia o receio de que esta conflitualidade contribuísse negativamente para o seu desenvolvimento, que se pretendia que fosse harmonioso, sereno e feliz. E, atentos os factos apurados, existia o risco de o convívio com a requerente poder vir a afetar o equilíbrio e a serenidade de que a criança necessitava para se adaptar à nova realidade da sua vida após a morte da mãe.

O tribunal reconheceu, também, que o fim último é o superior interesse da criança e que uma decisão judicial contra a vontade do pai poderia agudizar a conflitualidade entre ele e a requerente, por eventuais oposições ao convívio por parte deste. O tribunal considerou, ainda, que esta imposição poderia propiciar a eventual manipulação da criança no que se refere ao seu pai, por parte da requerente.

Tomando em consideração estas circunstâncias, o Tribunal da Relação de Évora confirmou a decisão da sentença recorrida, não fixando um regime de visitas a favor da tia, uma vez que os conflitos existentes seriam “contraproducentes com o restabelecimento do menor”.

A última decisão de que temos conhecimento sobre o problema em análise foi tomada pelo Tribunal da Relação de Guimarães, no Acórdão de 10 de novembro de 2016³⁶¹. Neste Acórdão estava em causa a fixação de um regime de visitas à tia que cuidou da menina, após o seu nascimento, tendo-se desenvolvido fortes laços de afeto entre ambas, e mesmo com o companheiro da tia, semelhantes aos da filiação. Para além disso era através da tia, que a menina mantinha uma proximidade e interação positiva com a mãe, que é incapacitada e que por si só não consegue desempenhar tais funções.

Tal factualidade levou o tribunal a concluir que a cessação do convívio de M. com a sua mãe, a tia e o companheiro desta se afigurava prejudicial, especialmente, pelo facto de a M. ter manifestado vontade em manter este convívio.

No entendimento do douto tribunal, a introdução do artigo 1887.º-A do CC, traduz também a necessidade de salvaguardar as relações familiares não estritamente nucleares,

³⁶¹ Processo n.º 719/08.8TBBCL-C.G1, Relatora Maria dos Anjos Nogueira, disponível em www.dgsi.pt.

posto que estas relações se traduzem numa mais-valia para o desenvolvimento psicossocial e educacional das crianças.

Tendo em consideração a factualidade dada como provada, designadamente, os laços criados e a afetividade existente entre a M. e a sua família materna, o tribunal considerou que a fixação de um regime de visitas era o mais adequado e equilibrado ao interesse da menina.

Na falta de uma norma que regule o direito da criança ao convívio com outros parentes e terceiros, os tribunais portugueses, apoiados sobretudo pelo superior interesse da criança, tendem a resolver a questão com base na norma substantiva do artigo 1918.º do CC. De uma forma geral, os nossos tribunais consideram que este preceito legal constitui uma providência adequada à situação da criança, ajustada à realidade vivencial de facto em que ela se ache inserida³⁶².

4. A forma atual de garantir o direito da criança ao convívio com outras pessoas para além das previstas no artigo 1887.º-A do Código Civil

Apesar da inexistência de uma norma legal que regule direta e expressamente esta questão, através do alargamento do âmbito subjetivo das pessoas com quem a criança tem o direito de conviver, o ordenamento jurídico português não deixa o direito da criança ao convívio com outros parentes e terceiros sem qualquer proteção jurídica.

Uma das formas de tutelar este direito poderá ser, eventualmente, através de um processo de promoção e proteção da criança e do jovem em perigo.

Ora, de acordo com o artigo 3.º, n.º 1, da LPCJP, “a intervenção para promoção dos direitos e proteção da criança e do jovem em perigo tem lugar quando os pais, o representante legal ou quem tenha a guarda de facto ponham em perigo a sua segurança, saúde, formação, educação ou desenvolvimento”. Desta forma, para que possa haver uma intervenção no âmbito da promoção e proteção é necessário que a criança ou jovem se encontre numa das situações de perigo previstas no n.º 2 do mesmo preceito legal.

³⁶² Isto é, de acordo com o Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 07 de janeiro de 2013, Processo n.º 762-A/2001.P1, Relator Luís Lameiras, citado, *supra*, na nota 357, o artigo 1918.º do CC, ao referir-se, “em jeito de cláusula aberta, às providências adequadas que possam ser decretadas”, dá guarida a uma ação deste tipo. Ainda que não exista uma norma que regule o direito ao convívio com outros parentes e terceiros, podem existir situações concretas que conduzam à adequação desse convívio que, à luz do artigo 1918.º, deve então ser concedido. É sempre o superior interesse da criança a “condicionar a conformação da realidade concreta que cada caso, isto é, são os factos concretos que permitem apurar, aqueles que hão-de sustentar a definição das providências adequadas que hajam de ser decretadas”.

Do direito ao convívio no sistema legal atual à necessidade de uma alteração legal

Uma situação como esta, em que a criança é privada de conviver com pessoas com quem estabeleceu uma especial relação afetiva, pode ser configurada como uma situação de perigo, uma vez que ela pode estar “sujeita, de forma direta ou indireta, a comportamentos que afetem gravemente a sua segurança ou o seu equilíbrio emocional”, (*al. f*), do n.º 2, do artigo 3.º, da LPCJP).

Destarte, verificando-se tal situação, deverá equacionar-se a aplicação de uma das medidas tipificadas no artigo 35.º da LPCJP, cuja finalidade consiste, não só, em afastar o perigo em que a criança se encontra, como também, proporcionar-lhe as condições que permitam proteger e promover a sua segurança, saúde, formação, educação, bem-estar e desenvolvimento integral (artigo 34.º, *als. a* e *b*), da mesma lei).

Entre as várias medidas previstas no artigo 35.º da LPCJP, a medida de apoio junto dos pais parece ser, entre as várias medidas de promoção e proteção, a mais adequada para afastar a eventual situação de perigo que poderá resultar desta privação do convívio.

Parece-nos que qualquer uma das outras medidas de promoção e proteção previstas no artigo 35.º são demasiado excessivas para salvaguardar o direito da criança ao convívio com qualquer pessoa com quem a mesma mantém uma especial relação afetiva. Retirar a criança de junto dos seus pais poderia causar, na maioria das situações, um perigo ainda maior para aquela criança. Consideramos, assim, que o mais vantajoso é que a criança esteja ao cuidado dos seus pais e, simultaneamente, possa usufruir do carinho e afetividade que outras pessoas, familiares ou não, tenham para lhe proporcionar e que são extremamente importantes para ela.

Em conformidade com o disposto no artigo 39.º da LPCJP, a medida de apoio junto dos pais consiste em proporcionar à criança apoio de natureza psicopedagógica e social.

Nos termos do artigo 11.º, do Decreto-Lei n.º 12/2008, de 17 de janeiro³⁶³, o apoio psicopedagógico consiste numa intervenção de natureza psicológica e pedagógica que tem em consideração as diferentes etapas de desenvolvimento da criança e o respetivo contexto familiar, de modo a promover e facilitar a construção de interações positivas entre os membros da sua família ou entre estes e terceiros afetivamente significativos e orientar os pais ou cuidadores da criança nas suas atitudes para com ela.

³⁶³ Que regula o regime de execução das medidas de promoção dos direitos e de proteção das crianças e dos jovens em perigo, respeitantes ao apoio junto dos pais e apoio junto de outro familiar, à confiança a pessoa idónea e ao apoio para a autonomia de vida, previstas na Lei de Proteção de Crianças e Jovens em Perigo.

Do direito ao convívio no sistema legal atual à necessidade de uma alteração legal

A execução da medida de apoio junto dos pais tem como principal objetivo o reforço ou aquisição por parte destes das competências para o exercício da função parental, de modo a que os pais adquiram competências adequadas a remover a situação de perigo em que a criança se encontra (artigo 16.º, n.º 2, do diploma suprarreferido).

Quando o ambiente familiar se desenvolve com base na existência de conflitos frequentes, birras, intrigas ou outras situações que podem afetar o equilíbrio emocional das crianças, muitas vezes, por desavenças existentes entre os pais ou cuidadores da criança e as pessoas que requerem a tutela deste direito ao convívio, deve-se optar, em situações menos graves, por uma medida de apoio junto dos pais, sujeitando-os a obrigações de acompanhamento psicoterapêutico e de terapia que permitam atenuar os conflitos existentes. Nestas situações, é fundamental haver uma intervenção por parte da Comissão de Proteção de Crianças e Jovens em Perigo, que desempenhará um papel de “mediadora de conflitos”, a fim de promover a interação positiva entre todos, isto é, não só entre a criança e as pessoas com quem a mesma mantém uma especial relação afetiva, como também com estes segundos e os pais da criança, no intuito de superar os conflitos existentes entre as partes e permitir que este convívio possa existir, sem que tal tenha consequências nefastas para a criança, devido aos entraves colocados pelos seus pais.

Pese embora esta possa ser uma das possibilidades atuais de tutelar o direito da criança à manutenção das suas relações afetivas, através da imposição de um direito ao convívio, entendemos não se tratar da solução mais adequada. Por um lado, para que haja uma intervenção judicial é necessário, à semelhança do que acontece no artigo 1918.º do CC, a verificação de uma situação de perigo, o que nem sempre é fácil de provar. Por outro lado, parece-nos um mecanismo muito pouco operacional e ineficaz, visto que é necessário o consentimento dos pais ou dos cuidadores para que a criança possa conviver com estas pessoas. Frequentemente, quando é necessário tomar medidas de modo a tornar efetivo este direito ao convívio, existe uma oposição – ainda que muitas vezes injustificada – por parte dos pais ou cuidadores, que se mantêm intransigentes, pelo que o processo de promoção e proteção terá que seguir para tribunal.

Por sua vez, sempre que os tribunais portugueses se pronunciaram sobre a questão do direito da criança ao convívio com outros familiares e terceiros recorreram aos artigos 12.º e 67.º, ambos do RGPTC, ao artigo 987.º do nCPC e ao Regulamento (CE) n.º 2201/2003 do Conselho de 27/11/2003.

Estamos perante um processo tutelar cível, o que significa, nos termos do artigo 12.º do RGPTC, que nos movemos no âmbito de um processo de jurisdição voluntária. No

entanto, esta providência tutelar cível não se encontra expressamente prevista no artigo 3.º do RGPTC, uma vez que este artigo só faz referência ao processo de regulação dos convívios da criança com os irmãos e ascendentes (*al. 1*), do artigo 3.º). Ora, dado que a esta providência tutelar cível não corresponde a nenhuma das formas de processo previstas nas secções anteriores do RGPTC, aplica-se o artigo 67.º do RGPTC, segundo o qual o tribunal está apto a ordenar todas as diligências que entender necessárias para a boa decisão da causa³⁶⁴.

Ao contrário da jurisdição contenciosa, a jurisdição voluntária caracteriza-se por quatro princípios fundamentais, a saber: o princípio do inquisitório, o que significa que o juiz pode investigar livremente os factos relativos ao objeto da ação, não estando limitado aos factos alegados pelas partes; o predomínio da equidade sobre a legalidade, segundo o qual o juiz deve, nos termos do artigo 987.º do nCPC, olhar para o caso concreto e procurar a solução que melhor serve os interesses em causa³⁶⁵; o princípio da livre modificabilidade das decisões, dado que as decisões não têm força de caso julgado e podem ser modificadas sempre que circunstâncias supervenientes o justifiquem (artigo 988.º, n.º 1, do nCPC); e, por último, o princípio da inadmissibilidade de recurso para o Supremo, uma vez que aqui não está em causa a resolução de questões de direito da competência específica do Supremo Tribunal de Justiça (artigo 988.º, n.º 2, do nCPC)³⁶⁶.

Uma solução com base na equidade tenderá, certamente, a “dar mais valor aos sentimentos, aos afectos pessoais e às emoções das partes”³⁶⁷, o que permitirá chegar à solução mais adequada para aquele caso concreto, na medida em que vai atender às relações afetivas existentes e protegê-las se tal for o mais adequado para a salvaguarda dos interesses em causa, sobretudo, para o superior interesse da criança, que será o

³⁶⁴ Neste sentido, BOLIEIRO, Helena e GUERRA, Paulo, *A Criança e a Família – Uma Questão de Direito(s)...*, *ob. cit.*, p. 174.

³⁶⁵ O que significa que “...o julgador não está vinculado à observância rigorosa do direito aplicável à espécie vertente; tem liberdade de se subtrair a esse enquadramento rígido e de proferir a decisão que lhe pareça mais *equitativa*”. REIS, Alberto dos, *Processos Especiais*, Vol. II – Reimpressão, Coimbra, Coimbra Editora, 1982, p. 400. Em sentido equivalente pronunciou-se também LEANDRO, Armando Gomes, “O Poder Paternal: natureza, conteúdo, exercício e limitações...”, *ob. cit.*, p. 162.

³⁶⁶ Neste sentido ANDRADE, Manuel A. Domingues de, *Noções Elementares de Processo Civil*, com a colaboração do Prof. Antunes Varela, Nova Ed.^a Revista e Actualizada pelo Dr. Herculano Esteves, Reimpressão, Coimbra, Coimbra Editora, 1993, p. 72; MARTINS, Rosa A. S. Cândido, “Processos de Jurisdição Voluntária, Ações de Regulação do Poder Paternal, Audição do Menor”, *ob. cit.*, pp. 726, 727 e 728; VARELA, Antunes *et. al.*, *Manual de Processo Civil*, 2.^a Ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2004, pp. 71 a 73; MACHADO, António Montalvão e PIMENTA, Paulo, *O Novo Processo Civil*, 12.^a Ed.^a, Coimbra, Almedina, 2011, pp. 66 e 67; VILARDO, Maria Aglaé Tedesco e FIALHO, António José, “Alienação Parental – Quando o amor dá lugar ao ódio”, *ob. cit.*, pp. 178 e 179.

³⁶⁷ FRADA, Manuel Carneiro da, “A equidade (ou a “justiça com coração”): A propósito da decisão arbitral segundo a equidade”, *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 72, n.º 1, Lisboa, 2012, (pp. 109-146), p. 123.

principal interesse a ter em consideração neste caso³⁶⁸. Contudo, a discricionariedade do juiz nestas situações não pode ser total, sob pena de comprometer a segurança jurídica, o que significa que o mesmo pode procurar e realizar a justiça com base naquilo “que o sistema indica, comporta e permite”³⁶⁹.

Ademais, nos termos do artigo 4.º, n.º 1, do RGPTC, “Os processos tutelares cíveis regulados no RGPTC regem-se pelos princípios orientadores de intervenção estabelecidos na lei de proteção de crianças e jovens em perigo”, destacando-se, para o estudo do problema em questão, o princípio do interesse superior da criança e o primado da continuidade das relações psicológicas profundas, consagrados nas *als.* a) e g), do artigo 4.º, da LPCJP. Destas alíneas resulta, de uma forma clara, que atender ao superior interesse da criança exige que se respeite a “continuidade das relações afetivas de qualidade e significativas”, bem como o seu direito à manutenção “das relações afetivas estruturantes de grande significado e de referência para o seu saudável e harmónico desenvolvimento”, devendo dar-se, para tal, prevalência às “medidas que garantam a continuidade de uma vinculação securizante”.

O superior interesse da criança é, como referimos *supra*, um conceito jurídico indeterminado, o que dá uma maior margem de liberdade ao juiz na determinação e adaptação dos factos às situações sociais concretas³⁷⁰. Além disso, à semelhança dos processos de jurisdição voluntária, estes conceitos indeterminados também permitem que a decisão assente em critérios de equidade, querendo isto dizer que o juiz tem um poder discricionário, que lhe permite, à luz de critérios de oportunidade e conveniência, tomar a melhor decisão para a resolução daquele caso concreto³⁷¹.

³⁶⁸ Pois, de acordo com Manuel Carneiro da Frada, “a equidade permite dar aos afectos e sentimentos humanos, positivos ou negativos, um relevo para a decisão do caso que o sistema ordinariamente não comporta, ou a que, como ocorrerá no direito civil, não é sensível senão em termos limitados”. FRADA, Manuel Carneiro da, “A equidade (ou a “justiça com coração”): A propósito da decisão arbitral segundo a equidade”, *ob. cit.*, p. 131.

³⁶⁹ FRADA, Manuel Carneiro da, “A equidade (ou a “justiça com coração”): A propósito da decisão arbitral segundo a equidade”, *ob. cit.*, p. 132.

³⁷⁰ Aliás, de acordo com Paulo K. Khouri, “O recurso a esse mecanismo pelo legislador evitaria a desatualização, ou a obsolescência dos diplomas legais, uma vez que a partir dos seus conceitos indeterminados e princípios nela contidos, o intérprete sempre teria a resposta necessária diante do caso concreto”. KHOURI, Paulo K., “Cláusulas gerais, boa fé, dignidade da pessoa humana e segurança jurídica”, *I Congresso de Direito do Consumo*, Coordenação Jorge Morais Carvalho, Coimbra, Almedina, 2016, (pp. 39-50), p. 41.

³⁷¹ Nesta senda, concordamos com Helder Roque quando refere que o facto de a lei recorrer a conceitos jurídicos indeterminados pode ser uma mais-valia, uma vez que permite que a norma se adapte “à variabilidade e imprevisibilidade das situações da vida, em especial, de cada família e de cada menor, sendo certo que aqueles conceitos jurídicos indeterminados não são um fim em si mesmo, mas um instrumento operacional, cuja utilização é, prudentemente, confiada ao arbítrio do juiz.”. Todavia, considerarmos que há sempre um risco de a arbitrariedade do juiz poder comprometer a justa resolução do litígio. ROQUE, Helder, “Os Conceitos jurídicos indeterminados em direito da família e a sua integração”, *Lex Familia*:

O superior interesse da criança será sempre o critério delimitador deste direito ao convívio³⁷². Aliás, não assumindo força de caso julgado, o processo pode ser reaberto sempre que, naquele momento, a decisão anteriormente tomada já não esteja de acordo com o superior interesse da criança, sempre que o tribunal seja chamado a pronunciar-se sobre a questão³⁷³. Todavia, ao determinar o interesse superior, o julgador deve-se apoiar em alguns critérios, tais como os afetos estabelecidos, o grau de desenvolvimento psíquico, a idade e os efeitos para o desenvolvimento daquela criança em concreto³⁷⁴.

Por conseguinte, a ação tutelar comum conducente à regulação do direito da criança ao convívio com pessoas com quem a mesma estabeleceu uma forte relação afetiva pode ser peticionada pela própria criança, por alguém que represente o seu ponto de vista³⁷⁵, ou pelo Ministério Público em sua representação, bem como por qualquer pessoa que entenda que a determinação desse direito é benéfica para o superior interesse da criança.

Os requerentes devem apresentar, no respetivo requerimento de fixação de convívios, os fundamentos e as provas a realizar ou a requerer no tribunal da área de residência da criança. Após a entrada do processo no tribunal competente, o tribunal e o Ministério Público devem solicitar as provas, dando lugar à fase de produção de prova, com tentativa de conciliação das partes. Na fase de produção de prova, deve proceder-se à audição da criança nos termos expostos no capítulo anterior. Seguindo-se, por fim, a decisão do tribunal relativamente àquele caso concreto, ou seja, perante as provas concretamente realizadas e tendo em consideração aquilo que foi dito pela criança aquando da sua audição, o tribunal deve decidir atendendo ao superior interesse da criança em conviver com o(s) requerente(s).

Revista Portuguesa de Direito da Família, Ano 2, n.º 4, Coimbra, Coimbra Editora, 2005, (pp. 93-98), p. 96.

³⁷² Daí a afirmação feita por António Montalvão Machado e Paulo Pimenta, ao referirem, relativamente a processos de jurisdição voluntária que, “há determinadas acções que não visam resolver um conflito de interesses, antes regular judicialmente um interesse em comum a ambas as partes. Estas acções justificam-se pelo facto de esse interesse, apesar de comum, ser perspectivado de modo diversos pelas partes”. MACHADO, António Montalvão e PIMENTA, Paulo, *O Novo Processo Civil*, *ob. cit.*, p. 66.

³⁷³ “Por isso, as decisões que ponham termo aos processos de jurisdição voluntária não são soluções jurídica e futuramente indiscutíveis, isto é, não possuem o carácter da inalterabilidade e da irrevogabilidade que encontramos nas sentenças dos processos de jurisdição litigiosa”. MACHADO, António Montalvão e PIMENTA, Paulo, *O Novo Processo Civil*, *ob. cit.*, p. 67.

³⁷⁴ Estes critérios aos quais o juiz deve atender para a determinação daquilo que será o superior interesse da criança acabam por ser, ainda assim, uma forma de “restringir a margem de livre apreciação ou discricionariedade do julgador”. Neste sentido, ROQUE, Helder, “Os Conceitos jurídicos indeterminados em direito da família e a sua integração”, *ob. cit.*, p. 96.

³⁷⁵ Agindo em conformidade com o disposto nos artigos 1.º a 5.º da Convenção Europeia Sobre o Exercício dos Direitos da Criança, de 25 de janeiro de 1996.

À luz da atual legislação portuguesa, ainda que por vezes seja necessário recorrer ao direito comunitário e internacional, bem como à jurisprudência nacional e do TEDH, nomeadamente, à interpretação que este último tribunal faz do artigo 8.º da CEDH e à primazia que é dada ao superior interesse da criança, estas ações são perfeitamente aceitáveis. No fundo, o decretamento, ou não, de convívios dependerá, em grande medida, da prova e da avaliação do superior interesse da criança relativamente à determinação de convívios com o(s) requerente(s).

5. A necessidade de uma alteração legal

Como tivemos oportunidade de referir no Capítulo I, o nosso legislador já tomou algumas medidas de forma a salvaguardar a manutenção das relações afetivas da criança com pessoas afetivamente significativas, reconhecendo, desta forma, a importância que estas relações afetivas assumem na sua vida. Todavia, apesar dos consideráveis avanços legislativos, não podemos deixar de considerar que ainda faltam alguns passos a nível legislativo para um efetivo reforço deste direito, designadamente, através da tutela legal do direito ao convívio com outros familiares e terceiros.

Apesar da inexistência de uma norma legal, não podemos deixar de salientar o mérito dos nossos tribunais ao considerarem que outras pessoas, para além das elencadas no artigo 1887.º-A do CC, têm legitimidade para invocar esta questão perante os tribunais, salvaguardando a manutenção das relações afetivas da criança.

Ainda assim, entendemos que o artigo 1887.º-A do CC deveria ser alterado por diversos motivos.

Por um lado, esta alteração legal justifica-se, desde logo, pela necessidade de alargamento do âmbito subjetivo deste preceito legal, porque ainda que o nosso ordenamento jurídico considere admissível uma ação de regulação do direito da criança ao convívio com outras pessoas, fá-lo com base num enquadramento legal distinto. Ora, a aplicação do artigo 1918.º do CC está sujeita à verificação de pressupostos bastante exigentes, que o artigo 1887.º-A não exige.

Creemos que a tutela do direito da criança ao convívio com determinada pessoa deve ter por fundamento a existência de uma forte relação afetiva entre os mesmos, pois, muitas vezes, é mais importante para ela conviver com os tios ou com a madrasta que cuidou dela durante vários anos, do que conviver com os avós que nunca lhe deram carinho e atenção, porque simplesmente não tiveram interesse. No entanto, o decretamento, ou não, de um regime de convívios com outros familiares e terceiros deve estar dependente da

Do direito ao convívio no sistema legal atual à necessidade de uma alteração legal

prova da existência de uma relação afetiva prévia, uma vez que o convívio só merece tutela legal quando existir uma relação afetiva significativa entre a criança e esta pessoa³⁷⁶.

Face ao exposto, consideramos que a admissibilidade da ação de regulação do direito da criança ao convívio com outras pessoas deve ter por base o mesmo enquadramento jurídico e estar sujeito aos mesmos pressupostos, nomeadamente, a inexistência de motivos justificativos que permitam que os pais privem os seus filhos deste convívio. O verdadeiro intuito desta norma deve ser a proteção do direito da criança ao convívio com qualquer pessoa que contribui para o seu desenvolvimento e bem-estar, seja familiar (avós, irmãos, tios, primos) ou não (padrinhos, padrastos, família de acolhimento, entre outros).

Além disso, o facto de se subsumir a questão do direito ao convívio com outras pessoas ao artigo 1918.º do CC poderá conduzir determinados casos a um vazio legal. Não podendo considerar a ação admissível à luz do artigo 1887.º-A do CC, caso não se consiga provar, naquele caso concreto, que a criança está em perigo, também não poderá haver lugar à fixação de um regime de convívios nos termos do artigo 1918.º, o que significa que não haverá nenhuma forma de tutelar esta questão. A nosso ver, poderá haver situações que, apesar da inexistência de perigo, mereçam também elas uma tutela jurídica, designadamente pelo cariz extremamente positivo que estas relações afetivas representam.

Por outro lado, acreditamos que esta alteração legal evitaria as duplas interpretações sobre a admissibilidade destas ações. Falamos em duplas interpretações porque, muitas vezes, quando a iniciativa parte de uma pessoa diferente das previstas no artigo 1887.º-A do CC, existem juízes, sobretudo os juízes dos Tribunais de 1.ª Instância, que, frequentemente, indeferem liminarmente o pedido com base na ilegitimidade ativa das partes. Fazem-no detendo-se exclusivamente na letra da lei do artigo 1887.º-A, alegando que este preceito legal só contempla o direito da criança ao convívio com os ascendentes e irmãos, pelo que qualquer ação proposta por outras pessoas, familiares ou não, é inadmissível, por falta de legitimidade ativa.

³⁷⁶ Pelo contrário, existem situações excepcionais, em que o convívio entre avós e netos é merecedor de tutela, mesmo inexistindo uma relação afetiva prévia. Sendo os familiares mais próximos da criança, quando não existe uma relação afetiva prévia porque os pais ou cuidadores da criança nunca o permitiram, apesar das suas insistentes tentativas, o tribunal deve fixar um regime de convívios, a fim de permitir e tentar que estas relações se estabeleçam.

Todavia, nem todos os magistrados concordam com este entendimento. Como vimos através da análise da jurisprudência dos Tribunais da Relação, são vários os juízes que consideram admissível uma ação deste género. No seu entendimento, ainda que os pais não estejam onerados com o vínculo de não obstaculizar o convívio dos seus filhos com outras pessoas, à semelhança do que sucede com os ascendentes e irmãos, não significa que a criança não possa conviver com outras pessoas para além das elencadas no preceito legal em questão. Como vimos, a regulação do direito ao convívio com outros familiares e terceiros poderá ser admissível nos termos do artigo 1918.º do CC se, perante o caso concreto, o superior interesse da criança o aconselhar, pelo que a norma do artigo 1887.º- A não impede que outras pessoas possam recorrer a tribunal, a fim de regular este direito ao convívio.

Perante a diversidade de interpretações relativamente à admissibilidade destas ações, perguntamo-nos: não poderão estas duplas interpretações comprometer o acesso ao direito e à tutela jurisdicional efetiva, bem como a segurança e a certeza jurídicas?

Posto que a lei não prevê, direta e expressamente, o direito da criança ao convívio com pessoas com quem a mesma estabeleceu uma especial relação afetiva, a admissibilidade de uma ação com vista à regulação deste direito fica à discricionariedade do juiz³⁷⁷. No fundo, vai ser o julgador a decidir se esta questão é ou não digna de uma tutela jurídica. Estaremos nós, numa situação como esta, perante uma verdadeira tutela jurisdicional efetiva? Estará, no presente caso, salvaguardado o direito constitucional de acesso ao direito e aos tribunais?

De acordo com o artigo 20.º, n.º 1, da CRP, “a todos é assegurado o acesso ao direito e aos tribunais para defesa dos seus direitos e interesses legalmente protegidos...”. Ora, o direito de acesso ao direito e à tutela jurisdicional efetiva, ainda que inserida na parte referente aos Direitos, Liberdades e Garantias, “é uma *norma-princípio* estruturante do Estado de Direito democrático”³⁷⁸, que visa, não só, a proteção dos direitos fundamentais, como também, de todos e quaisquer direitos e interesses legalmente protegidos³⁷⁹.

³⁷⁷ O que significa que “o juiz terá, inevitavelmente, de se socorrer de uma valoração pessoal autónoma, no âmbito da chamada discricionariedade judicial, que é sempre menos um produto da sua aprendizagem do que da sua personalidade e do seu temperamento, isto é, da sua idiosincrasia”. ROQUE, Helder, “Os Conceitos jurídicos indeterminados em direito da família e a sua integração”, *ob. cit.*, p. 95.

³⁷⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes e MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 4.ª ed. Revista, Vol. I, Coimbra, Coimbra Editora, 2007, p. 409.

³⁷⁹ No mesmo sentido, CANOTILHO, José Joaquim Gomes e MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, *ob. cit.*, p. 410.

Do direito ao convívio no sistema legal atual à necessidade de uma alteração legal

Assim, tratando-se de um direito da criança, as pessoas que pretendem recorrer a tribunal de forma a tutelar este direito têm um interesse juridicamente relevante ou reflexo. Todavia, ainda que estas pessoas sejam titulares deste interesse podem não ter forma de o defender, visto que o acesso aos tribunais nestes casos, por ausência de uma norma legal, fica à discricionariedade do juiz, que pode considerar, como não raras vezes acontece, que estas pessoas são partes ilegítimas, pelo que a ação é inadmissível. Parece-nos que poderá haver uma tutela jurisdicional sim, mas que não é efetiva, porque tudo dependerá do entendimento do juiz relativamente à admissibilidade destas ações. Para que este direito se torne um direito efetivo é necessário, não só, garantir um direito de ação, como também, que o tipo de ação seja adequada, o que nem sempre acontece nestas situações.

Para além de não salvaguardar o direito a uma tutela jurisdicional efetiva, a ausência de uma norma legal poderá comprometer a segurança e certeza jurídicas, que exigem a realização efetiva da justiça, efetividade esta que nem sempre se verifica nestes casos.

Vejamos concretamente o seguinte caso: a tia da criança Y, com base no facto de ter estabelecido uma forte relação afetiva com a sua sobrinha, de quem cuidou durante quatro anos, decide recorrer a tribunal de forma a obter a tutela legal do seu interesse legalmente protegido, após o progenitor da criança obter judicialmente a guarda desta. Por sua vez, a tia da criança X, perante uma situação exatamente igual, intenta uma ação com vista à regulação deste mesmo direito ao convívio. Todavia, a competência para a análise deste problema pertence a dois tribunais distintos. Ora, o juiz que recebe a ação proposta pela tia da criança Y considera esta ação inadmissível, visto que o artigo 1887.º-A do CC não permite que outras pessoas, para além dos ascendentes e irmãos, possam recorrer a tribunal de forma a obter a tutela do direito ao convívio. Pelo contrário, o juiz que recebe a ação proposta pela tia da criança X decide considerar esta ação admissível porque, naquele caso, existem motivos concretos que conduzem à adequação desse convívio. Como é que a certeza e segurança jurídicas podem estar salvaguardadas quando, perante duas situações exatamente iguais, o tratamento vai ser distinto?

Do direito ao convívio no sistema legal atual à necessidade de uma alteração legal

Acreditamos, pois, que, em situações deste género, para que se alcance uma verdadeira segurança e certeza jurídicas é necessário que as normas jurídicas sejam claras³⁸⁰ e, sobretudo, que exista uma norma que regule diretamente a questão³⁸¹.

Se este direito passasse a resultar da aplicação de uma norma legal concreta, os juízes deixariam de ter discricionariedade na aceitação, ou não, destas ações, evitando, assim, as duplas interpretações a que aludimos. Inexistindo uma norma que, de forma inequívoca, atribua legitimidade ativa a outras pessoas para que estas possam requerer a tutela deste direito ao convívio, a aceitação ou não destas ações ficará sujeita à visão puramente subjetiva e pessoal do juiz, o que comprometerá a certeza e segurança jurídicas.

É óbvio que na resolução do caso concreto, o juiz vai ter sempre uma margem de liberdade para apreciar a questão, até porque o critério que vai estar na base da regulação deste direito é o superior interesse da criança, conceito indeterminado que, por si só, dá uma maior margem de discricionariedade ao juiz. Ademais, estaremos sempre na presença de um processo de jurisdição voluntária que não deve pautar-se por critérios de legalidade estrita, o que também contribui para a maior margem de liberdade do julgador na resolução do caso concreto. Mas a discricionariedade dos magistrados, nestes casos, já não se manifestará na admissibilidade da ação.

Face ao exposto, este direito ao convívio só se tornará efetivo se existir uma norma que permita o acesso efetivo aos tribunais por parte de outras pessoas, para além das já elencadas no artigo 1887.º-A do CC. A efetividade da tutela deste direito depende, assim, da consagração de uma norma ou da alteração da norma já existente, de forma a permitir a extensão das pessoas que poderão recorrer a tribunal, para que o juiz, com base na avaliação do caso concreto, possa conceder à criança a possibilidade de se relacionar com quem tão bem lhe faz.

A extensão do âmbito subjetivo do direito ao convívio não deixaria margem para dúvidas sobre a admissibilidade destas ações, evitando-se, deste modo, as duplas interpretações e, conseqüentemente, alcançando-se a segurança e certeza jurídicas tão desejadas.

³⁸⁰ Neste sentido veja-se a afirmação feita por Baptista Machado, ao referir que para a segurança e certeza jurídicas “concorrem desde logo as leis formuladas em termos claros e precisos, que não deixem margem a ambiguidades de interpretação nem a lacunas”. MACHADO, J. Baptista, *Introdução ao Direito e ao discurso legitimador*, 17.ª reimpressão, Coimbra, Almedina, 2007, p. 57.

³⁸¹ Daí a afirmação feita por Robert Alexy de que “Existe, assim, uma conexão intrínseca entre o princípio da certeza jurídica e a positividade”. ALEXY, Robert, “Certeza Jurídica e Correção”, *Boletim da Faculdade de Direito*, Coimbra, V. LXXXVIII, Tomo II, 2012, (pp.481-497), p. 482.

Ademais, não podemos deixar de concordar com Brenda Vélez³⁸² quando refere que não é ao julgador que compete legislar sobre o assunto, mas sim ao legislador. Tendo em consideração as alterações ocorridas na nossa sociedade, compete ao legislador tutelar situações que, perante as novas relações familiares e a importância crescente dos afetos no seio familiar, são verdadeiramente dignas de uma tutela legal. Compete ao legislador permitir que a criança possa conviver com os tios, primos, padrinhos, padrastos, madrastas, etc. Mais de que um ato de sensibilidade humana, é um ato de justiça! O nosso legislador não pode esquecer que, atualmente, as crianças são sujeitos de direitos e, como tal, têm direito a crescer num ambiente saudável, pleno de amor e de paz, de forma a potenciar o seu desenvolvimento integral. Mas, para que tal seja possível, é imprescindível proceder à alteração do artigo 1887.º-A do CC, permitindo que outros parentes e/ou terceiros com quem a criança mantém uma relação afetiva significativa possam ter legitimidade ativa para peticionar este direito ao convívio.

Por último, parece-nos que esta alteração legal também se justificará pela necessidade de uniformização das nossas leis. Tendo em consideração as recentes alterações levadas a cabo pelo nosso legislador a fim de salvaguardar a manutenção das relações afetivas da criança, parece-nos que se justifica a alteração do artigo 1887.º-A, do CC, a fim de tornar efetivo o princípio do primado da continuidade das suas relações afetivas.

Para alcançar uma uniformização total é necessário alterar, não só o regime substantivo (de que temos vindo a falar), como também o regime processual. Tal implicaria a alteração do artigo 3.º, *al.* l), do RGPTC, acrescentando-lhe “outros parentes e com pessoas com quem tenha especial relação de afeto”, de modo a termos uma ação tutelar cível específica para colocar em prática o direito em questão. Só assim estes dois preceitos legais ficariam em perfeita concordância com o artigo 4.º, *als.* a) e g), da LPCJP e com o artigo 3.º, *al.* f), do RJPA, obtendo-se a total uniformização dos preceitos legais que tutelam a manutenção das relações afetivas da criança, contribuindo, desta forma, para o seu desenvolvimento saudável³⁸³.

³⁸² VÉLEZ, Brenda Marie Acosta, “El derecho de visita de terceros”, *ob. cit.*, p. 414.

³⁸³ Em sentido equivalente pronunciou-se Paulo Guerra ao interrogar se o legislador da Lei n.º 141/2015, de 8 de setembro não devia ter acrescentado no artigo 3.º, *al.* l), do RJPTC, “**e com as pessoas com quem a criança tenha especial relação de afecto**”?” Afirmando que “isto implicava também a alteração do artigo 1887.º-A, do CC, acrescentando-se-lhe redação idêntica, ficando tudo em perfeita consonância com a alínea g), do art.º 4.º, da LPCJP e com a alínea f), do artigo 3.º do RJPA”. GUERRA, Paulo, *Família e Crianças: As Novas Leis – Resolução de Questões Práticas*, CEJ, 2017, p. 20, disponível em <http://www.cej.mj.pt>, última consulta a 03-01-2018.

Do direito ao convívio no sistema legal atual à necessidade de uma alteração legal

Destarte, o artigo 1887.º-A do CC deveria passar a dispor:

1 – Os pais, os guardiões de facto ou quem detenha o exercício das responsabilidades parentais, não podem injustificadamente privar a criança do convívio com os seus ascendentes, irmãos, outros parentes e com pessoas com quem a criança tenha estabelecido uma especial relação afetiva.

2 – Sempre que o superior interesse da criança o justificar, a criança, por si ou por intermédio de um representante legal, o Ministério Público, ou qualquer uma das pessoas referidas no número anterior, podem recorrer ao tribunal de forma a obter a tutela deste direito, competindo ao juiz a determinação do regime de convívio.

3 – Esta ação apresenta carácter urgente, devendo ser decidida no prazo máximo de 6 meses³⁸⁴.

Ao alargar o âmbito de aplicação, a nova redação do artigo 1887.º-A passaria a tutelar de forma expressa o direito da criança ao convívio com pessoas com quem tenha uma especial relação afetiva, além de resolver muitos dos problemas que se colocam relativamente à norma em questão.

Por um lado, o n.º 1, ao referir-se expressamente aos pais, guardiões de facto ou de direito, não deixa margem para dúvidas que este é um direito oponível a qualquer uma destas pessoas, protegendo, de uma forma mais completa e eficaz, o direito da criança ao convívio com pessoas que lhe são afetivamente significativas. E, ao alargar o âmbito de aplicação, o fundamento passa a ser a existência de uma relação afetiva e já não as relações de parentesco. O intuito da norma é salvaguardar, não só, o convívio entre avós e netos e entre irmãos, como também, as relações afetivas significativas que a criança estabeleceu com determinada pessoa, familiar ou não. Todavia, para que o convívio com um familiar mais afastado ou um terceiro seja digno de tutela legal é necessário, à semelhança do que sucede em grande parte dos ordenamentos jurídicos que analisámos, demonstrar e invocar factos concretos que revelem a existência de uma forte relação afetiva entre a criança e estas pessoas, sob pena do preceito legal se tornar demasiado amplo e qualquer pessoa possa requerer a tutela deste direito.

Por outro lado, o n.º 2, considerando a criança como sujeito de direitos e deixando claro que este direito só deve merecer tutela quando o seu interesse o justificar, dá a visão de que este é um direito da criança— ainda que haja um interesse legalmente protegido das

³⁸⁴ Uma redação idêntica foi proposta por Júlio Barbosa e Silva em SILVA, Júlio Barbosa e, “O direito da criança na manutenção das suas relações com terceiros afetivamente significativos...”, *ob. cit.*, p. 155.

Do direito ao convívio no sistema legal atual à necessidade de uma alteração legal

outras pessoas referidas neste preceito legal – pelo que também ela, de forma direta ou através de um representante legal, tem legitimidade para interpor a ação³⁸⁵.

Contudo, não poderíamos deixar de salvaguardar, no n.º 3, um prazo máximo para a decisão, considerando, sobretudo, os efeitos nefastos que a passagem do tempo pode ter nestas situações, levando, por vezes, à negação deste direito, como sucedeu no Acórdão do TEDH *Kopf e Libberda v. Áustria*. Aliás, uma tutela jurisdicional efetiva exige que o processo seja decidido num prazo razoável (artigo 20.º, n.º 4, da CRP), sob pena da demora do processo causar prejuízos irreparáveis.

A todas as outras questões que se colocam relativamente ao preceito legal em análise e que não obtenham uma resposta direta, através da redação legal por nós sugerida, designadamente, a questão do âmbito de aplicação, os motivos justificativos para a proibição do convívio, entre outros, aplicam-se, com as necessárias adaptações, as considerações apresentadas no capítulo II.

³⁸⁵ Ainda que consideremos que dificilmente será a criança a interpor a ação, sobretudo se for uma criança de tenra idade.

CONCLUSÃO

Embarcámos nesta jornada tendo como força motriz a busca do superior interesse das nossas crianças, com o intento de dar relevo a um direito da criança que acreditamos carecer de tutela legal por parte do nosso legislador, pese embora a relevância que assume e que esperamos ter conseguido salientar ao longo da presente dissertação.

Como tivemos oportunidade de constatar, a família é uma realidade em constante mutação, podendo assumir várias configurações. Assim, ao lado da chamada família tradicional – composta por pai, mãe e filhos – podemos encontrar várias formas de organização familiar, tais como famílias monoparentais, famílias reconstituídas, famílias homossexuais, famílias unidas de facto, famílias de acolhimento, famílias adotivas, entre outras.

Perante realidades tão diversas, atestámos que, hoje, o traço diferenciador do Direito da Família é o afeto e que a mera existência de vínculos biológicos não pressupõe, necessariamente, a presença de vínculos afetivos.

Tendo em consideração estas novas realidades familiares, verificámos que a criança pode estabelecer uma relação afetiva forte e significativa com vários adultos, familiares ou não. Quando a criança estabelece vínculos afetivos de grande qualidade, que se revelam determinantes para o seu desenvolvimento saudável e harmonioso, consideramos ser crucial a sua preservação. Ora, a sua manutenção, tão importante para o desenvolvimento gracioso das nossas crianças, efetuar-se-á através do seu direito ao convívio com pessoas com quem tenha estabelecido uma especial relação afetiva.

Antes de 1995, o direito ao convívio pertencia exclusivamente ao progenitor não guardião, visto ser este um direito que se integrava no anteriormente designado de poder paternal. Destarte, não havia, na ordem jurídica portuguesa, qualquer tutela jurídica do direito da criança ao convívio com outras pessoas com quem ela tivesse, por qualquer vicissitude, estabelecido uma especial relação afetiva.

Consequentemente, a única forma de salvaguardar a manutenção destas relações afetivas, pressupondo-se que o seu corte era prejudicial para a criança, era através do recurso à norma substantiva do artigo 1918.º do CC.

Porém, ciente que a tutela legal era insuficiente, devido à necessidade de provar os exigentes pressupostos do artigo 1918.º do CC, o nosso legislador consagrou, em 1995, o direito da criança ao convívio com irmãos e ascendentes. Fê-lo através do aditamento do artigo 1887-º-A ao CC, operado pela Lei n.º 84/95, de 31 de agosto.

Constatámos, assim, que o legislador apenas tutelou o direito da criança ao convívio com irmãos e ascendentes, que só poderá ser derogado em casos justificados.

Clarificámos que, embora a doutrina e a jurisprudência recorram, muito frequentemente, à expressão “direito de visita”, este não revela ser o termo mais correto, desde logo porque o recurso à expressão “visita” é demasiado redutor. Ademais, esta expressão poder-nos-á induzir em erro no que à questão da titularidade diz respeito. Face ao exposto, e salvo melhor entendimento, considerámos que o termo direito ao convívio traduz, de forma mais adequada, as várias realidades que se pretende tutelar.

Verificámos, ainda, que a redação do artigo 1887.º-A do CC se mostra pouco clara, suscitando várias questões a seu respeito e que procurámos esclarecer e tomar posição.

De acordo com a tese dominante, o fundamento que esteve na base do direito ao convívio foi a relação jurídico-familiar de parentesco existente entre irmãos e entre avós (ascendentes) e netos. Para além da relação de parentesco, o preceito legal em questão também pretendeu tutelar as relações que geralmente se estabelecem entre estes membros da família, que para alguns Autores deve ser anterior às relações de conflito, a fim de justificar a tutela jurídica concedida pelo artigo 1887.º-A do CC.

Apesar de este ser o entendimento maioritário, defendemos, contudo, que o fundamento do direito ao convívio não deveria ser o parentesco, mas sim a existência de uma relação afetiva forte e significativa entre a criança e os avós, irmãos ou outras pessoas, o que conduziria, necessariamente, à ampliação do âmbito subjetivo deste preceito legal. Considerámos, no entanto, que nas hipóteses em que nunca existiu uma relação afetiva prévia entre a criança e os avós e/ou irmãos, devido ao impedimento do convívio entre estes por parte dos seus pais ou cuidadores, deveria ser fixado um regime de convívios, de forma a possibilitar o estabelecimento destas relações. Exceção que sustentámos no pressuposto de que, estando em causa parentes próximos da criança, o estabelecimento de uma relação afetiva ocorreria, em grande medida, de uma forma natural, só não se tendo produzido por falta de oportunidade e não de interesse. Esta seria uma exceção que, enquanto tal, não se aplicaria para outros familiares ou terceiros: o convívio entre estes e a criança, só será digno de tutela jurídica no caso de haver já uma forte relação afetiva entre a criança e estas pessoas, que se justifica manter.

No que se refere à titularidade e natureza jurídica do direito ao convívio, verificámos que a posição maioritária tem aderido ao entendimento de que este é um direito de que tanto a criança, como os ascendentes e irmãos são titulares. Não obstante ser um direito recíproco, apresenta uma natureza jurídica distinta. Enquanto o direito da criança consiste

num direito de personalidade, que deriva do direito fundamental ao desenvolvimento da personalidade, o direito dos ascendentes e irmãos trata-se de um verdadeiro poder funcional, que se encontra exclusivamente vinculado à prossecução dos interesses da criança.

Concluimos, no entanto, que o titular deste direito é a criança, ainda que este preceito legal atribua legitimidade ativa aos irmãos e ascendentes para que possam recorrer a tribunal de forma a obter a tutela jurídica do referido direito quando os pais ou cuidadores da criança se opõem a este convívio. Refutámos, ainda, a possibilidade de os ascendentes e irmãos serem titulares de um poder funcional pois, ao contrário do que sucede no exercício das responsabilidades parentais, em que os pais ou quem detenha o seu exercício estão obrigados a agir, de forma a salvaguardar os superiores interesses da criança, os ascendentes e irmãos não têm este dever, esta obrigação de agir, havendo para estes um mero interesse juridicamente relevante ou reflexo, que poderá vir a ser atendido se este convívio for do superior interesse da criança.

Quanto ao âmbito de aplicação do direito ao convívio e, no seguimento do que dissemos sobre a terminologia, concluimos que a amplitude deste direito vai muito mais longe do que o simples ato de ir visitar a criança ao local onde ela se encontra. Destarte, este convívio pode ir do simples ato de ir visitar a criança à sua residência habitual a estadias de fins de semana ou de uma semana durante o período de férias escolares. Além disso, quando o contacto pessoal não é tão regular, devido especialmente à distância geográfica, o direito ao convívio poder-se-á efetuar através de contactos telefónicos, videochamadas, entre outros meios cujo uso é bastante recorrente nos dias de hoje.

Apesar da amplitude que este direito pode assumir, alertámos para o facto de ser um direito mais restrito do que aquele que assiste ao progenitor não residente, uma vez que estamos perante duas realidades sociais e familiares bastante distintas.

Denotámos que, embora o artigo 1887.º-A do CC só se refira expressamente aos pais, ele também é, por maioria de razão, oponível aos adotantes (quando se trata de uma adoção de filho de cônjuge ou companheiro), às pessoas a quem os pais legitimamente atribuíram o exercício das responsabilidades parentais, bem como aos tutores ou pessoas e entidades que têm a guarda de facto da criança.

Conferimos que resulta do preceito legal uma presunção de que o convívio entre irmãos e entre avós e netos é benéfico para a criança. Por conseguinte, quando alguém se quiser opor, com êxito, ao convívio da criança com algum destes familiares tem que invocar e, simultaneamente, provar motivos válidos que possam justificar a sua proibição.

Entre as causas justificativas para a privação do convívio estão, naturalmente, circunstâncias de perigo para a criança, a perturbação grave do exercício das responsabilidades parentais, a degradação das relações existentes entre a criança e os seus pais ou cuidadores, entre outras.

Considerámos que, à partida, quando a criança se recusa a conviver com os seus irmãos ou ascendentes, o convívio não deve ser imposto contra a sua própria vontade. Excetuámos, todavia, os casos em que esta recusa se deve à manipulação ou instrumentalização da criança por parte dos seus progenitores ou cuidadores, fazendo-a rejeitar estes convívios. Chegámos à conclusão que a melhor solução para estes casos poderá ser o recurso a um processo de promoção e proteção: mantendo a estrutura familiar intocada, tal processo pode ajudar e apoiar os pais ou cuidadores da criança, promovendo um maior esclarecimento sobre o modo como deverão exercer as responsabilidades parentais, orientados pelo superior interesse da criança. Outra solução poderá passar pelo recurso à mediação familiar, de modo a que as partes possam ultrapassar os conflitos existentes e chegar a um acordo que seja digno de dar resposta àquele que é o interesse do ser mais fraco e débil deste conflito.

Nas situações em que nunca existiu uma relação afetiva prévia, porque os pais da criança nunca permitiram e ela se recusa a conviver com estes familiares, defendemos que é importante perceber os motivos inerentes a esta privação do convívio e, no caso de serem motivos inválidos, cremos que deve haver uma tentativa de fixação de convívios, para que estas relações possam fluir, até porque entendemos que a recusa não significa, logo à partida, que este convívio é contrário ao superior interesse da criança, interesse este que será sempre o critério que deve orientar o julgador, não só no que à questão do direito ao convívio diz respeito, mas em todas as decisões relativas às crianças.

Salientámos a importância que a audição da criança pode ter na determinação do seu superior interesse e na averiguação da sua posição relativamente à questão dos convívios.

Concluímos pela existência de uma limitação ao exercício das responsabilidades parentais, designadamente, de um limite do direito dos pais à companhia e educação dos filhos, bem como do seu poder de decidir com quem os seus filhos se podem relacionar. Limitação esta que considerámos adequada e proporcional à salvaguarda dos superiores interesses da criança, dado que este direito não deve ter um período de duração que afete a relação entre a criança e os seus pais, bem como o seu direito de a educar. Ademais, a criança é também ela titular de direitos fundamentais que, em caso de conflito, devem prevalecer sobre os dos pais.

Conferimos ainda que o meio mais adequado para tutelar o direito em questão é a ação tutelar comum prevista no artigo 3.º, *al.* 1), do RGPTC.

Posto isto, avançámos para a confirmação de que a tutela legal conferida ao direito ao convívio, mesmo após o aditamento do artigo 1887.º-A no CC, é insuficiente, na medida em que o ordenamento jurídico português não salvaguarda a manutenção das relações afetivas da criança com outros familiares (além dos irmãos e ascendentes) e terceiros com quem ela tenha estabelecido uma especial relação afetiva, relação esta que, como vimos, pode ser tão ou mais importante para o seu desenvolvimento são e harmonioso.

Deixámos claro que já em 1995, o legislador deveria ter ido mais longe na tutela deste direito ao convívio, alargando o seu âmbito subjetivo, não só, porque já havia vozes na doutrina que alertavam para esta necessidade, como já existia em outros ordenamentos jurídicos, como a França e a Espanha, uma tutela legal mais abrangente, pelo que o nosso legislador devia ter ido buscar inspiração à legislação destes países e de outros que tivemos oportunidade de analisar.

Reconhecemos, no entanto, o mérito da nossa doutrina e jurisprudência que, na falta de uma norma legal que regule, direta e expressamente, o direito da criança ao convívio com pessoas com quem tenha uma especial relação afetiva, procuram, com base numa interpretação atualista e extensiva do artigo 1887.º-A do CC ou recorrendo à norma do artigo 1918.º do CC, dar uma resposta a este problema.

Após a análise de alguma jurisprudência do TEDH e dos tribunais nacionais, procurámos perceber quais as formas atuais, na ausência de uma norma legal expressa, de garantir o direito da criança ao convívio com outras pessoas para além das elencadas no artigo 1887.º-A do CC.

Equacionámos, como uma das possíveis formas de salvaguardar este direito ao convívio, a aplicação de um processo de promoção e proteção de crianças e jovens em perigo, nomeadamente, através da medida de apoio junto dos pais. No entanto, considerámos que esta não é a medida mais adequada, desde logo por ser necessário provar que a criança se encontra em perigo e dificilmente se consiga obter um acordo nestas situações.

Perante a ausência de uma norma legal que regule diretamente esta questão, concluímos que a forma de tornar esta ação admissível é através do artigo 1918.º, constituindo esta uma providência adequada à situação da criança, ajustada à realidade vivencial de facto em que ela se ache inserida. Em termos processuais, a ação para regular

o referido direito será a ação tutelar comum, prevista no artigo 67.º do RGPTC. Dado que esta providência tutelar cível não corresponde a nenhuma das formas de processo previstas nas secções anteriores do RGPTC, movemo-nos num ambiente legal de jurisdição voluntária, segundo o qual o tribunal está apto a ordenar todas as diligências que se mostrem necessárias para a boa decisão da causa (artigos 12.º e 67.º, ambos do RGPTC).

Não obstante existir já uma forma de salvaguardar o direito da criança ao convívio com pessoas com quem tenha estabelecido uma especial relação afetiva, reconhecemos que ainda faltam alguns passos a nível legislativo para um efetivo reforço deste direito.

Acreditamos, deste modo, haver vários motivos que justificam a necessidade de haver uma alteração do artigo 1887.º-A do CC.

Um dos motivos por nós apresentados teve por base o enquadramento legal do referido direito. Assim, enquanto o direito da criança ao convívio com outros parentes e terceiros está sujeito à verificação dos exigentes pressupostos previstos no artigo 1918.º do CC, o seu direito ao convívio com ascendentes e irmãos apenas depende da inexistência de motivos que justifiquem a sua proibição por parte dos pais ou cuidadores. Se o fundamento legal do direito ao convívio assentasse, como defendemos, na existência de uma forte relação afetiva, o âmbito subjetivo do direito ao convívio ampliar-se-ia necessariamente e o seu direito ao convívio com qualquer pessoa com quem a criança estabeleceu uma relação afetiva forte e significativa passaria a ter o mesmo enquadramento legal e a estar sujeito aos mesmos pressupostos.

Mais grave ainda é o vazio legal que pode resultar da aplicação do artigo 1918.º do CC, ou seja, se não se conseguir provar que, naquele caso concreto, a criança se encontra em perigo devido à falta de convivência com aquela pessoa, não haverá forma de proteger a manutenção destas relações afetivas que, apesar da inexistência de perigo ou da carência de prova, merecem também elas uma tutela jurídica.

A alteração deste preceito legal evitaria também as duplas interpretações sobre a admissibilidade destas ações, que poderão comprometer o direito a uma tutela jurisdicional efetiva, bem como a certeza e a segurança jurídicas.

Creemos, assim, que este direito só se tornará efetivo se houver uma tutela legal direta e expressa do referido direito, atribuindo legitimidade ativa a outras pessoas, para além dos ascendentes e irmãos, para recorrerem a tribunal a fim de requererem a tutela do direito da criança – dado que ela dificilmente o fará – e dos seus interesses legalmente protegidos, que serão atendidos se e na medida que corresponderem ao superior interesse da criança.

Outro motivo que corrobora a necessidade desta alteração legal é a uniformização das nossas leis, a fim de dar efetividade ao princípio do primado da continuidade das relações afetivas. Da mesma forma, manifestamos a indispensabilidade de alterar o regime processual, previsto no artigo 3.º, *al.* 1), do RGPTC, de modo a dispormos de uma ação tutelar cível específica para pôr em prática o direito em questão e, conseqüentemente, se alcançar a uniformização total dos preceitos legais que tutelam a manutenção das relações afetivas da criança.

Neste sentido, de tudo quanto consideramos no decorrer desta investigação, estamos certos de que não podemos, jamais, esquecer a evidente e indesmentível importância da manutenção das relações afetivas fortes e significativas da criança para o seu desenvolvimento e para a forma como irá viver o presente e o futuro. Alertámos, conseqüentemente, para a necessidade de o legislador civil atuar em conformidade com o novo paradigma de criança enquanto sujeito de direito e de direitos, tomando medidas que permitam a efetividade destes direitos.

Assim, não temos hesitações em afirmar, no nosso humilde e sincero entendimento, que é urgente proceder à alteração do artigo 1887.º-A do CC, de modo a salvaguardar o direito da criança ao convívio com quaisquer pessoas com quem ela tenha estabelecido uma especial relação afetiva e, ao mesmo tempo, dar resposta a muitas das questões que o preceito legal em questão suscita.

REFERÊNCIAS

1. Bibliografia

AGULHAS, Rute e **ALEXANDRE**, Joana, *Audição da Criança: Guia de Boas Práticas*, Conselho Regional de Lisboa da Ordem dos Advogados, 2017, disponível em <https://crlisboa.org/2017/imagens/Audicao-Crianca-Guia-Boas-Praticas.pdf>.

ALARCÃO, Madalena, “A importância das relações afetivas da criança no desenvolvimento da sua personalidade”, *A Tutela Cível do Superior Interesse da Criança*, Tomo III, CEJ, 2014, (pp. 67-99), disponível em <http://www.cej.mj.pt>.

ALBUQUERQUE, Catarina de, “O princípio do interesse superior da criança”, *A Tutela Cível do Superior Interesse da Criança*, Tomo III, CEJ, 2014, (pp. 183-218), disponível em <http://www.cej.mj.pt>.

ALEXY, Robert, “Certeza Jurídica e Correção”, *Boletim da Faculdade de Direito*, Coimbra, V. LXXXVIII, Tomo II, 2012, (pp.481-497).

ALMEIDA, José Carlos Moitinho de, “Efeitos da Filiação”, *Reforma do Código Civil*, Ordem dos Advogados, Lisboa, 1981, (pp. 137-167).

AMARAL, Jorge Pais do, “A criança e os seus direitos”, *Estudos em Homenagem a Rui Epifânio*, Coordenação de Armando Leandro, Álvaro Laborinho Lúcio e Paulo Guerra, Coimbra, Almedina, 2010, (pp. 163-176).

AMORIM, Rui Jorge Guedes Faria, “O interesse do menor: um conceito transversal à jurisdição da família e crianças”, *Revista do CEJ*, Lisboa, n.º 12, 2009, (pp. 83-115).

ANDERSEN, Ingrid Lund and **BOER**, Christina Gyldenløve Jeppesen de, *National Report: Denmark*, disponível em <http://ceflonline.net>.

ANDRADE, José Carlos Vieira de, *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 5.ª Ed.ª, Coimbra, Almedina, 2012.

ANDRADE, Manuel A. Domingues de, *Noções Elementares de Processo Civil*, com a colaboração do Prof. Antunes Varela, Nova Ed.ª Revista e Actualizada pelo Dr. Herculano Esteves, Reimpressão, Coimbra, Coimbra Editora, 1993.

AZEVEDO, Álvaro Villaça, “Direitos e deveres dos avós (alimentos e visitação)”, *Pessoa Humana e Direito*, Coordenado por Diogo Leite de Campos e Silmara Juny de Abreu Chinellato, Coimbra, Almedina, 2009, (pp. 5-38).

BARROS, Sérgio Resende de, “A Tutela Constitucional do Afeto”, *Família e Dignidade Humana: Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família*, Coordenação de Rodrigo da Cunha Pereira, São Paulo, IOB Thomson, 2006, (pp. 881-889).

BERGER, Maurice, *A criança e o sofrimento da separação* (tradução portuguesa do original *L’Enfant et la souffrance de la séparation*, Paris, 1997), Lisboa, 2003.

BOLIEIRO, Helena “O Direito da Criança a uma Família: Algumas Reflexões”, *Estudos em Homenagem a Rui Epifânio*, Coordenação de Armando Leandro, Álvaro Laborinho Lúcio e Paulo Guerra, Coimbra, Almedina, 2010, (pp. 99-109).

BOLIEIRO, Helena e **GUERRA**, Paulo, *A criança e a Família – Uma questão de Direito(s). Visão prática dos Principais Institutos do Direito da Família e das Crianças e Jovens*, 2.^a Ed.^a (Actualizada), Coimbra, Coimbra Editora, 2014.

BORGES, Beatriz Marques, *Protecção de crianças e jovens em perigo: comentário e anotações à Lei n.º 147/99 de 1 de Setembro*, 2.^a Ed.^a, Coimbra, Almedina, 2011.

BOTELHO, João, *Regulação das Responsabilidades Parentais*, Nova Causa, 2015.

BRAVO, Teresa Maria da Silva, “Ética Judicial nos Processos de Promoção e Protecção”, *Lex Familiae: Revista Portuguesa de Direito da Família*, Ano 4, n.º 8, Coimbra, Coimbra Editora, 2007, (pp. 87-108).

CANOTILHO, José Joaquim Gomes e **MOREIRA**, Vital, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 4.^a ed. Revista, Vol. I, Coimbra, Coimbra Editora, 2007.

CAMPOS, Diogo Leite de, *Lições de Direito da Família e das Sucessões*, 2.^a Ed.^a, Revista e Actualizada (3.^a Reimpressão da edição em 1997), Coimbra, Almedina, 2005.

CAMPOS, Diogo Leite de, “O Direito da Família: Relações de Associação”, *Galileu – Revista de Economia e Direito*, Lisboa, Vol. XIV, n.º 2, 2009/ Vol. XV, n.º 1, 2010, (pp. 67-94).

CHEVRAND, Márcia, “A mudança como instrumento afetivo do cuidado”, *Cuidado e Afetividade: projeto Brasil/Portugal – 2016-2017*, organizado por Tânia Silva Pereira,

Antônio Carlos Mathias Coltro e Guilherme de Oliveira, São Paulo, Atlas, 2017, (pp. 357-365).

COELHO, F. M. Pereira, “Casamento e família no direito português”, *Temas de Direito da Família. Ciclo de Conferências no Conselho Distrital do Porto da Ordem dos Advogados*, sob a direção do Conselho Distrital do Porto da Ordem dos Advogados, Coimbra, Almedina, 1986, (pp. 1-29).

COELHO, F. M. Pereira e **OLIVEIRA**, Guilherme de, *Curso de Direito da Família*, com a colaboração de Rui Moura Ramos, Vol. I, 5.^a Ed.^a, Coimbra, Coimbra Editora, 2016.

COLOMBET, Claude, “Droit Civil: La famille”, Presses Universitaires de France, Paris, 1985.

COLTRO, Antônio C. Mathias, “A socioafetividade sob a ótica jurisprudencial”, *Revista do Advogado*, Ano XXXI, n.º 112, 2011, (pp. 18-29).

CORDEIRO, Mário, *Crianças e Famílias num Portugal em Mudança*, Lisboa, Ensaios da Fundação, 2015.

CORNU, Gérard, *Droit civil: La famille*, 9.^a Ed.^a, Paris, Montchrestien, 2006.

COSTA, Eva Dias, *Da relevância da culpa nos efeitos patrimoniais do divórcio*, Coimbra, Almedina, 2005.

CRUZ, Orlando, “Que parentalidade?”, *A Tutela Cível do Superior Interesse da Criança*, Tomo III, CEJ, 2014, (pp. 101-135), disponível em <http://www.cej.mj.pt>.

CRUZ, Rossana Martingo, “A adoção e o apadrinhamento civil em Portugal: diferentes formas de oficializar o cuidado parental?”, *Cuidado e Afetividade: projeto Brasil/Portugal – 2016-2017*, organizado por Tânia Silva Pereira, Antônio Carlos Mathias Coltro e Guilherme de Oliveira, São Paulo, Atlas, 2017, (pp. 569-592).

DELANHEZE, Daniele Gervazoni, “Uma Visão Intimista do Direito de Visita dos Avós Construída sob os Pilares da Família Moderna e do Novo Relacionamento entre Pais e Filhos”, *Estudos Sobre o Direito das Pessoas*, Coordenação de Diogo Leite Campos, Coimbra, Almedina, 2007, (pp. 71-86).

DELL'ANTONIO, Annamaria, *Ascoltare il minore – l'audizione dei minori nei procedimenti civili*, Milano, Guiffrè Editore, 1990.

DETHLOFF, Nina and **MARTINY**, Dieter, *National Report: Germany*, European University, Frankfurt, disponível em <http://ceflonline.net>.

DIAS, Maria Berenice, *Manual de Direito das Famílias*, 4.^a Ed.^a revista, atualizada e ampliada, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2007.

DINIZ, João Seabra, *Este meu filho que eu não tive: a adopção e os seus problemas*, 2.^a Ed.^a, Porto, Edições Afrontamento, 1997.

DINIZ, João Seabra, “Família lugar dos afectos”, *Estudos em Homenagem a Rui Epifânio*, Coordenação de Armando Leandro, Álvaro Laborinho Lúcio e Paulo Guerra, Coimbra, Almedina, 2010, (pp. 143-162).

DUARTE, Jorge Dias, “Direito de visita a menores (Resposta a recurso)”, *Revista do Ministério Público*, Lisboa, Ano 33, n.º 132, 2012, (pp. 261-282).

DUARTE, Jorge Dias, “«Sobre a obrigatoriedade da audição de menores»: Comentário ao Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, de 20 de Novembro de 2014, Proc. n.º 43/13.4TMBRG.G1, RG”, *Revista do Ministério Público*, Lisboa, Ano 36, n.º 141, 2015, (pp 199-211).

DUARTE, Maria de Fátima Abrantes, *O Poder Paternal – Contributo para o Estudo do seu Actual Regime*, Lisboa, AAFDL, 1989.

ESCANDÓN, Ana M^a Colás, *Relaciones familiares de los nietos con sus abuelos: derecho de visita, comunicación y atribución de la guarda y custodia (Ley 42/2003, de 21 de noviembre)*, Aranzadi, Espanha, 2005.

ESCANDÓN, Ana M.^a Colás, “El régimen de relaciones personales entre abuelos y nietos fijado judicialmente, con especial referencia a su extensión (a propósito de la STC, sala 2.^a, N.º 138/2014, de 8 de septiembre)”, *Derecho Privado y Constitución*, Madrid, Ano 23, n.º 29, 2015, (pp. 133-185).

FEITOR, Sandra Inês, “Alienação parental – novos desafios: velhos problemas (estudo de jurisprudência e legislação)”, *Julgar*, n.º 24, Lisboa, 2014, (pp. 187-202).

FEITOR, Sandra Inês, *Alienação Parental sob a Perspetiva do Novo Regime do Processo Tutelar Cível: Repensando o Direito e Procurando Soluções*, 1.^a Ed.^a, Lisboa, Chiado Editora, 2016.

FERNÁNDEZ, María Cárcaba, *El derecho de los abuelos a relacionarse con sus nietos*, Madrid, Tecnos, 2000.

FERREIRA, Jussara S. A. B. Nasser e **RÖRHMANN**, Konstanze, “As Famílias Pluriparentais ou Mosaicos”, *Família e Dignidade Humana: Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família*, Coordenação de Rodrigo da Cunha Pereira, São Paulo, IOB Thomson, 2006, (pp. 507-529).

FIALHO, António José, “(Novos) desafios para os juizes das famílias e das crianças”, *Julgar*, n.º 24, Lisboa, 2014, (pp. 11-27).

FRADA, Manuel Carneiro da, “A equidade (ou a "justiça com coração"): A propósito da decisão arbitral segundo a equidade”, *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 72, n.º 1, Lisboa, 2012, (pp. 109-146).

FRANCO, Natália Soares, “O cuidado nos processos de adoção”, *Cuidado e Afetividade: projeto Brasil/Portugal – 2016-2017*, organizado por Tânia Silva Pereira, Antônio Carlos Mathias Coltro e Guilherme de Oliveira, São Paulo, Atlas, 2017, (pp. 395-406).

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da, “Função Social da Família e Jurisprudência Brasileira”, *Família e Solidariedade – Teoria e Prática do Direito de Família*, Coordenação de Rodrigo da Cunha Pereira, Rio de Janeiro, IBDFAM, Lumen Juris, 2008, (pp. 181-201).

GARNICA, María Del Carmen García, “El síndrome de alienación parental a la luz del interés superior del menor”, *Derecho Privado y Constitución*, Ano 17, n.º 23, Madrid, 2009, (pp. 201-248).

GASPAR, João Pedro, “A importância dos cuidadores de crianças acolhidas: afeto e vínculos”, *Cuidado e Afetividade: projeto Brasil/Portugal – 2016-2017*, organizado por Tânia Silva Pereira, Antônio Carlos Mathias Coltro e Guilherme de Oliveira, São Paulo, Atlas, 2017, (pp. 203-209).

GIRARDI, Viviane, “O direito fundamental da criança e do adolescente à convivência familiar, o cuidado como valor jurídico e a adoção por homossexuais”, *Revista do Advogado*, Ano XXVIII, n.º 101, 2008, (pp. 116-123).

GONÇALVES, Luiz da Cunha, *Tratado de Direito Civil em comentário ao Código Civil Português*, Vol. II, Coimbra, Coimbra Editora, 1930.

GONZÁLEZ, José Alberto R. L., *Código Civil Anotado*, Vol. V, Lisboa, Quid Juris, 2014.

GOMES, Ana Sofia, *Responsabilidades Parentais: De acordo com as Leis n.ºs 61/2008, 103/2009 e o Decreto-Lei n.º 121/2010*, 3.ª Ed.ª, Lisboa, Quid Juris, 2012.

GUERRA, Paulo e **BOLIEIRO**, Helena, “Os Novos Rumos do Direito da Família e das Crianças e Jovens”, *I Congresso de Direito da Família e das Crianças: A criança e a família no colo da lei – as causas não se medem aos palmos*, Coordenação de Paulo Guerra, Coimbra, Almedina, 2016, (pp. 283-317).

GUERRA, Paulo, “Sensibilidade, sentimento e Direito na filiação, na adoção e na protecção das crianças e jovens”, *Escritos de Direito das Famílias: uma perspectiva luso-brasileira*, Coordenação de Maria Berenice Dias e Jorge Duarte Pinheiro, Porto Alegre, 2008, (pp. 164-183).

GUERRA, Paulo, *Família e Crianças: As Novas Leis – Resolução de Questões Práticas*, CEJ, 2017, disponível em <http://www.cej.mj.pt>.

HAUSER, Jean et **CASEY**, Jérôme (coordenação), *Code des personnes et de la famille*, Litec, Paris, 2002.

HÉRNANDEZ, Francisco Rivero, *El derecho de Visita*, Barcelona, BOSCH, 1997.

HERNÁNDEZ, Francisco Rivero, “Las relaciones personales entre abuelos y nietos en las familias reconstituidas”, *Lex Familiae: Revista Portuguesa de Direito da Família*, Ano 3, n.º 6, Coimbra, 2006, (pp. 29-77).

HIRONAKA, Giselda M. F. Novaes, “Sobre peixes e afetos: um desvanecio acerca da ética no Direito da Família”, *Família e Dignidade Humana: Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família*, Coordenação de Rodrigo da Cunha Pereira, São Paulo, IOB Thomson, 2006, (pp. 425-437).

JAYME, Erik, “Pós-modernismo e Direito da Família”, *Boletim da Faculdade de Direito*, Vol. LXXVIII, Coimbra, 2002, (pp. 209-221).

JÄNTERÄ-JAREBORG, Maarit; **SINGER**, Anna and **SÖRGJERD**, Caroline, *National Report: Sweden*, University of Uppsala, disponível em <http://ceflonline.net>.

JEMOLO, Arturo Carlo, “La famiglia e il Diritto”, texto de conferência proferida em 1949, *Pagine Sparse di Diritto e Storiografia*, Milão, Giuffrè, 1957, (pp. 222-241).

KHOURI, Paulo K., “Cláusulas gerais, boa fé, dignidade da pessoa humana e segurança jurídica”, *I Congresso de Direito do Consumo*, Coordenação Jorge Morais Carvalho, Coimbra, Almedina, 2016, (pp. 39-50).

LEANDRO, Armando Gomes, “O Poder Paternal: natureza, conteúdo, exercício e limitações. Algumas reflexões da prática judiciária”, *Temas de Direito de Família. Ciclo de Conferências no Conselho Distrital do Porto da Ordem dos Advogados*, sob a direção do Conselho Distrital do Porto da Ordem dos Advogados, Coimbra, Almedina, 1986, (pp. 111-164).

LEANDRO, Armando Gomes, “Direito e Direito dos Menores: Síntese da situação em Portugal no domínio civil e no domínio para-penal e penal”, *Infância e Juventude*, n.º 1, Lisboa, 1990, (pp. 9-34).

LEANDRO, Armando Gomes, “O papel do sistema de promoção e proteção de crianças em Portugal – o definitivo balanço de 14 anos de vigência”, *I Congresso de Direito da Família e das Crianças: A criança e a família no colo da lei – as causas não se medem aos palmos*, Coordenação de Paulo Guerra, Coimbra, Almedina, 2016, (pp. 217-231).

LEANDRO, Maria Engrácia, “Família em mudança”, *III Encontro Luso- Brasileiro de Bioética: Bioética ou bioéticas na evolução das sociedades*, Centro de Estudos de Bioética, Pólo Açores, Ponta Delgada, 2004, (pp. 57-70).

LEANDRO, Maria Engrácia, “Laços Familiares em Questão: Antinomias nas Sociedades Hipermodernas”, *Laços Familiares e Sociais*, Coordenação de Maria Engrácia Leandro, PsicoSoma, Viseu, 2011, (pp. 95-115).

LÔBO, Paulo, “Socioafetividade no Direito da Família: a persistente trajetória de um conceito fundamental”, *Escritos de Direito das Famílias: uma perspectiva luso-*

brasileira, Coordenação de Maria Berenice Dias e Jorge Duarte Pinheiro, Porto-Alegre, 2008, (pp. 145-163).

LOPES, Alexandra Viana, “A justiça na tutela dos direitos das crianças e das famílias sob a intervenção do Estado e a coesão social: contributos para uma reflexão judiciária”, *Revista do CEJ*, II, Lisboa, Almedina, 2013, (pp.135-177).

LOUZADA, Flávio Gonçalves, “Os paradigmas segundo Thomas Kuhn e sua relação com as transformações do direito de família no que tange à multiparentalidade”, *Diálogos em direito: uma abordagem sobre a transdisciplinaridade entre o direito constitucional e o direito civil*, coordenação de Jorge Miranda e Thereza Alvim e organização de Alessandra Monteiro Machado, Fernando Loschiavo Nery e José Geraldo Alencar Filho, Lisboa, AAFDL, 2015, (pp. 93-118).

LÚCIO, Álvaro Laborinho, “As crianças e os direitos – o superior interesse da criança”, *Estudos em Homenagem a Rui Epifânio*, Coordenação de Armando Leandro, Álvaro Laborinho Lúcio e Paulo Guerra, Coimbra, Almedina, 2010, (pp. 177-197).

MACHADO, António Montalvão e **PIMENTA**, Paulo, *O Novo Processo Civil*, 12.^a Ed.^a, Coimbra, Almedina, 2011.

MACHADO, J. Baptista, *Introdução ao Direito e ao discurso legitimador*, 17.^a reimpressão, Coimbra, Almedina, 2007.

MACIEL, Kátia L. A., “Reflexões sobre as referências afetivas da criança e do adolescente institucionalizados a partir de sua própria narrativa”, *Cuidado e Afetividade: projeto Brasil/Portugal – 2016-2017*, organizado por Tânia Silva Pereira, Antônio Carlos Mathias Coltro e Guilherme de Oliveira, São Paulo, Atlas, 2017, (pp. 211-243).

MAÇZYŃSKI, Andrzej and **MAÇZYŃSKA**, Mgr Jadwiga Maçzyńska, *National Report: Poland*, Human Rights Centre of the Jagiellonian University, disponível em <http://ceflonline.net>.

MADEIRA, Laura Fernandes, “Direito das crianças à convivência com familiares – em especial, os avós”, *Revista da Faculdade de Direito e Ciência Política da Universidade Lusófona do Porto*, Vol. 8, n.º 8, 2016, (pp. 58-82), disponível em <http://revistas.ulusofona.pt/index.php/rfdulp/article/view/5718>.

MARTINS, Andreia, **ALCARVA**, Bruno and **MARQUES**, Débora, “Children in post-modern families: the right of children to have contact with attachment figures”, *Themis* 2017, 32.º Concurso de Formação de Magistrados, CEJ, 2017, (pp. 53-83), disponível em <http://www.cej.mj.pt>.

MARTINS, Norberto, “Os direitos das crianças para terem direito a uma família”, *Estudos em Homenagem a Rui Epifânio*, Coordenação de Armando Leandro, Álvaro Laborinho Lúcio e Paulo Guerra, Coimbra, Almedina, 2010, (pp. 199-210).

MARTINS, Rosa A. S. Cândido, “Processos de Jurisdição Voluntária, Ações de Regulação do Poder Paternal, Audição do Menor”, *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Vol. LXXVII, Coimbra, 2001, (pp. 721-752).

MARTINS, Rosa e **VÍTOR**, Paula Távora, “O Direito dos avós às relações pessoais com os netos na jurisprudência recente”, *Julgar*, n.º 10, Lisboa, 2010, (pp. 59-75).

MATIAS, Carlos “Da Culpa e da Inexigibilidade de Vida em Comum no Divórcio”, *Temas de Direito de Família. Ciclo de Conferências no Conselho Distrital do Porto da Ordem dos Advogados*, sob a direção do Conselho Distrital do Porto da Ordem dos Advogados, Coimbra, Almedina, 1986, (pp. 67-87).

MATOS, Ana Carla Harmatiuk, “Novas Entidades Familiares e seus Efeitos Jurídicos”, *Família e Solidariedade – Teoria e Prática do Direito de Família*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2008, (pp.35-48).

MAURO, Antonio de, “Le famiglie ricomposte”, *Familia: Rivista di diritto della famiglia e delle successioni in Europa*, n.ºs 4 e 5, Milano, 2005, (pp. 767-775).

MAZZONI, Silvia, “Le famiglie ricomposte : dall'arrivo dei nuovi partners alla costellazione familiare ricomposta”, *Il diritto di famiglia e delle persone*, Vol. XXVIII, n.º 1, Milano, 1999, (pp. 369-384).

MELO, Helena Gomes de, *et. al.*, *Poder paternal e Responsabilidades Parentais*, 2.ª Ed.ª (revista, atualizada e aumentada), Lisboa, Quid Juris, 2010.

MILHEIRO, Tiago Caiado, “Obrigação de Indemnização pela Falta de Afecto”, *Lex Familiae – Revista Portuguesa de Direito da Família*, Ano 10, n.º 19, Coimbra, Coimbra Editora, 2013, (pp. 67-93).

MIRANDA, Jorge, “Sobre o poder paternal”, *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, Ano XXXII, n.ºs 1 a 4, Coimbra, Almedina, 1990, (pp. 23-56).

MIRANDA, Jorge e **MEDEIROS**, Rui, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, com a colaboração de maria da Glória Garcia *et. al.*, 2.ª Ed.ª revista, actualiada e ampliada, Coimbra, Coimbra Editora, 2010.

MORAES, Maria Celina Bodin de, “A Família Democrática”, *Família e Dignidade Humana: Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família*, Coordenação de Rodrigo da Cunha Pereira, São Paulo, IOB Thomson, 2006, (pp. 613-640).

MORAIS, Isaltino, **ALMEIDA**, José M. F. de e **PINTO**, Ricardo L. Leite, *Constituição [da] República Portuguesa: anotada e comentada*, Lisboa, Rei dos Livros, 1983.

OLIVEIRA, Guilherme de, “Transformações do Direito da Família”, *Comemorações dos 35 Anos do Código Civil e dos 25 Anos da Reforma de 1977*, Vol. I, Coimbra, Coimbra Editora, 2004, (pp. 763-779).

OLIVEIRA, Guilherme de, “O sangue, os afetos e a imitação da natureza”, *Lex Familiae – Revista Portuguesa de Direito da Família*, Ano 5, n.º 10, Coimbra, Coimbra Editora, 2008, (pp. 5-16).

OLIVEIRA, Guilherme de and **MARTINS**, Rosa, *National Report: Portugal*, disponível em <http://ceflonline.net>.

OLIVEIRA, Guilherme de, “Precisamos assim tanto do Direito da Família? (Do “Panjurisme” Iluminista ao “Fragmentarische Charakter”)", *Lex Familiae – Revista Portuguesa de Direito da Família*, Ano 10, n.º 19, Coimbra, Coimbra Editora, 2013, (pp. 5-21).

OLIVEIRA, Guilherme de, “Apresentação”, *Cuidado e Afetividade: projeto Brasil/Portugal – 2016-2017*, organizado por Tânia Silva Pereira, Antônio Carlos Mathias Coltro e Guilherme de Oliveira, São Paulo, Atlas, 2017, (pp. XIX-XXIII).

O Superior Interesse da Criança na perspectiva do respeito pelos seus direitos, Coordenação de Cristina Andrade Funico e José Brito Soares, 2.ª Ed.ª, Lisboa, Instituto de Apoio à Criança, 2009.

PAIS, Marta Santos, “Child Participation”, *Documentação e Direito Comparado*, n.ºs 81 e 82, Lisboa, 2000, (pp. 91-101).

PATTI, Salvatore, **CARLEO**, Liliana Rossi and **BELLISARIO**, Dott. Elena, *National Report: Italy*, disponível <http://ceflonline.net>.

PEDROSO, João e **BRANCO**, Patrícia, “Mudam-se os tempos, muda-se a família. As mutações do acesso ao direito e à justiça de família e das crianças em Portugal”, *Revista Crítica de Ciências Sociais*, n.º 82, Coimbra, 2008, (pp.53-83).

PEREIRA, Margarida Silva, *Direito da Família: Elementos de Estudo*, Lisboa, AAFDL, 2013.

PEREIRA, Rui Alves, “Quando as Quatro Mãos não Embalam o Berço – Parentalidades Interrompidas ou não Assumidas”, *I Congresso de Direito da Família e das Crianças: A criança e a família no colo da lei – as causas não se medem aos palmos*, Coordenação de Paulo Guerra, Coimbra, Almedina, 2016, (pp. 139-155).

PEREIRA, Tânia da Silva, “O direito fundamental à convivência familiar e a guarda compartilhada”, *Lex Familiae: Revista Portuguesa de Direito da Família*, Ano 6, n.º 11, Coimbra, Coimbra Editora, 2009, (pp. 21-30).

PERFEITO, Abílio Alves Bonito *et. al.*, *Dicionário da Língua Portuguesa*, Ed.^a revista e atualizada, Porto Editora, 2015.

PINHEIRO, Jorge Duarte, *Estudos de Direito da Família e das Crianças*, Lisboa, AAFDL, 2015:

“O Direito da Família”, pp. 161- 170;

“A relação entre avós e netos”, pp. 255-282;

“Ideologias e ilusões no regime jurídico do divórcio e das responsabilidades parentais”, pp. 283-300;

“Afecto e justiça do caso concreto no Direito da Família: «utopia ao alcance, poesia pura ou porta aberta para o caos?»”, pp. 301-321;

“Novos pais e novos filhos – Sobre a multiplicidade no Direito da Família e das Crianças”, pp. 401-411.

PINHEIRO, Jorge Duarte, “A tutela da personalidade da criança na relação com os pais”, *Scientia Iuridica: Revista de Direito Comparado Português e Brasileiro*, Tomo LXIV, n.º 338, 2015, (pp. 249-266).

PINHEIRO, Jorge Duarte, *O Direito da Família Contemporâneo*, 5.^a Ed.^a, Coimbra, Almedina, 2016.

PINTENS, Walter and **PIGNOLET**, Dominique, *National Report: Belgium*, Catholic University Leuven, disponível em <http://ceflonline.net>.

PURNELL, Marie and **BAGBY**, Beatrice H., “Grandparents’ Rights: Implications for Family Specialists”, *Family Relations*, Vol. 42, n.º 2, 1993, (pp. 173-178), disponível em <https://www.jstor.org>.

QUADRI, Enrico, “I figli nel conflitto familiare”, *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, Anno XXVIII, n.º 9, Padova, 2012, Parte Seconda, (pp. 539-548).

QUENTAL, Margarida, *et. al.*, “O direito de audição da criança no âmbito de processos de raptó parental internacional”, *Revista do CEJ*, II, Lisboa, Almedina, 2013, (pp. 181-200).

RAMIÃO, Tomé D’Almeida, *Lei de Proteção de Crianças e Jovens em Perigo*, Anotada e Comentada, 7.^a Ed.^a (revista e atualizada), Lisboa, Quid Juris, 2014.

REDONDO, Gonçalo Saraiva, “Alienação Parental – Síndrome”, *Direito da Família e Direito dos Menores: que Direitos no século XXI?*, Coordenação de Maria Eduarda Azevedo e Ana Sofia Gomes, Lisboa, Universidade Lusíada Editora, 2014, (pp. 111-118).

REIS, Alberto dos, *Processos Especiais*, Vol. II – Reimpressão, Coimbra, Coimbra Editora, 1982.

RESETAR, Branka and **EMERY**, Robert E., *Children’s rights in European Legal Proceedings: Why are family practices so different from legal theories?*, disponível em <http://onlinelibrary.wiley.com>.

RÍO, José Manuel Lete del, “Derecho de visita de los abuelos: Comentario a la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 30 de septiembre de 1991”, *Poder Judicial*, 2.^a época, n.º 25, Madrid, 1992, (pp. 145-150).

ROCHA, Dulce, “Os 25 anos da Convenção sobre os Direitos da Criança”, *Direito da Família e Direito dos Menores: que Direitos no século XXI?*, Coordenação de Maria Eduarda Azevedo e Ana Sofia Gomes, Lisboa, Universidade Lusíada Editora, 2014, (pp. 9-13).

ROCHA, Gelásio “Os direitos de família e as modificações das estruturas sociais a que respeitam”, *Temas de Direito de Família. Ciclo de Conferências no Conselho Distrital do Porto da Ordem dos Advogados*, sob a direção do Conselho Distrital do Porto da Ordem dos Advogados, Coimbra, Almedina, 1986, (pp. 31-66).

RODRIGUES, Almiro, “Direitos da Criança: o legislado e o vivido”, *Infância e Juventude*, n.º 3, Lisboa, 1994, (pp.37-63).

SALOMÃO, Márcia Poggianela, “O exercício dos direitos de personalidade dos filhos menores em contraposição ao exercício do poder familiar dos pais”, *Escritos de Direito das Famílias: uma perspectiva luso-brasileira*, Coordenação de Maria Berenice Dias e Jorge Duarte Pinheiro, Porto Alegre, 2008, (pp. 324-344).

SILVA, Júlio Barbosa e, “O direito da criança na manutenção das suas relações com terceiros afetivamente significativos: o presente (e uma proposta para o futuro)”, *Revista do CEJ*, Lisboa, Almedina, 2015, (pp. 113-158).

SOARES, Maria Lúcia de Barros, “Família digo, famílias...”, *III Encontro Luso-Brasileiro de Bioética: Bioética ou bioéticos na evolução das sociedades*, Centro de Estudos de Bioética, Pólo Açores, Ponta Delgada, 2004, (pp. 47-56).

SOTTOMAYOR, Maria Clara, “Adopção ou o direito ao afecto”, in *Scientia Iuridica: Revista de Direito Comparado Português e Brasileiro*, Tomo LLIV, n.º 301, Braga, 2005, (pp. 115-137).

SOTTOMAYOR, Maria Clara, “Liberdade de opção da criança ou poder do progenitor? – comentário ao acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 31 de Outubro de 2007”, *Lex Familiae: Revista Portuguesa de Direito da Família*, Ano 5, n.º 9, Coimbra, Coimbra Editora, 2008, (pp. 53-64).

SOTTOMAYOR, Maria Clara, *Temas de Direito das Crianças*, Coimbra, Almedina, 2014.

SOTTOMAYOR, Maria Clara, *Regulação do Exercício das Responsabilidades Parentais nos Casos de Divórcio*, 6.ª Ed.ª, reimpressão, revista, aumentada e atualizada, Coimbra, Almedina, 2016.

SOUSA, Rabindranath V. A. Capelo de, *O Direito Geral de Personalidade*, Coimbra, Coimbra Editora, 1995.

SZYMANSKY, Heloisa, “Viver em Família como Experiência de Cuidado Mútuo”, *Revista Serviço Social e Sociedade*, n.º 71, São Paulo, 2002, (pp. 9-25).

TUPINAMBÁ, Roberta, “Os princípios do cuidado e da afetividade à luz das famílias recompostas”, *Cuidado e Afetividade: projeto Brasil/Portugal – 2016-2017*, organizado por Tânia Silva Pereira, Antônio Carlos Mathias Coltro e Guilherme de Oliveira, São Paulo, Atlas, 2017, (pp. 527-545).

VARELA, Antunes *et. al.*, *Manual de Processo Civil*, 2.ª Ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2004.

VÉLEZ, Brenda Marie Acosta, “El derecho de visita de terceros”, *Revista de Derecho Puertorriqueño*, Vol. 39, n.º 2, Ponce, 2000, (pp. 401-415).

VILARDO, Maria Aglaé Tedesco e FIALHO, António José, “Alienação Parental – Quando o amor dá lugar ao ódio”, *Revista do CEJ*, n.º 15, Lisboa, 2011, (pp. 137-189).

2. Documentação

Parents and children – brief information about current legislation, Government Offices of Sweden, 2015 disponível em <http://www.government.se>.

Practice guide for the application of the Brussels Ila Regulation from European Commission, disponível em <http://ec.europa.eu>.

3. Jurisprudência Consultada

3.1. Jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça

Acórdão de 3 de março de 1998, Processo n.º 98A058, Relator Silva Paixão, disponível em <http://www.dgsi.pt>.

Acórdão de 09 de dezembro de 2004, Processo n.º 04B3939, Relator Custódio Montes, disponível em <http://www.dgsi.pt>.

3.2. Jurisprudência do Tribunal da Relação de Coimbra

Acórdão de 05 de julho de 2005, Processo n.º 1566/05, Relator Sousa Pinto, disponível em <http://www.dgsi.pt>.

Acórdão de 26 de fevereiro de 2008, Processo n.º 50031-B/2000.C1, Relator Jaime Ferreira, disponível em <http://www.dgsi.pt>.

Acórdão de 20 de junho de 2012, Processo n.º 450/11.7TBTNV-A.C1, Relator Carlos Marinho, disponível em <http://www.dgsi.pt>.

Acórdão de 14 de janeiro de 2014, Processo n.º 194/11.0T6AVR.C1, Relator Francisco Caetano, disponível em <http://www.dgsi.pt>.

3.3. Jurisprudência do Tribunal da Relação de Évora

Acórdão de 10 de julho de 2014, Processo n.º 851/12.3TBPTG-A.E1, Relatora Alexandra Moura Santos, disponível em <http://www.dgsi.pt>.

3.4. Jurisprudência do Tribunal da Relação de Guimarães

Acórdão de 12 de junho de 2014, Processo n.º 3056/06.9TBGMR-C.G1, Relator Filipe Carço, disponível em <http://www.dgsi.pt>.

Acórdão de 10 de novembro de 2016, Processo n.º 719/08.8TBBCL-C.G1, Relatora Maria dos Anjos Nogueira, disponível em <http://www.dgsi.pt>.

3.5. Jurisprudência do Tribunal da Relação de Lisboa

Acórdão de 17 de fevereiro de 2004, Processo n.º 7958/2003-1, Relator Ferreira Pascoal, disponível em <http://www.dgsi.pt>.

Acórdão de 08 de julho de 2004, Processo n.º 6143/2004-6, Relator Manuel Gonçalves, disponível em <http://www.dgsi.pt>.

Acórdão de 02 de dezembro de 2009, Processo n.º 1604/08.9TMLSB-A. L1-7, Relator Pires Robalo, disponível em <http://www.dgsi.pt>.

Acórdão de 01 de junho de 2010, Processo n.º 5893/06.5TBVFX.L1-7, Relatora Dina Monteiro, disponível em <http://www.dgsi.pt>.

3.6. Jurisprudência do Tribunal da Relação do Porto

Acórdão de 09 de março de 1993, Processo n.º 9251015, Relator Almeida e Silva, disponível em <http://www.dgsi.pt>.

Acórdão de 19 de setembro de 2002, Processo n.º 0230360, Relator Manuel Ramalho, disponível em <http://www.dgsi.pt>.

Acórdão de 07 de janeiro de 2013, Processo n.º 762-A/2001.P1, Relator Luís Lameiras, disponível em <http://www.dgsi.pt>.

Acórdão de 21 de outubro de 2013, Processo n.º 762-A/2001.P2, Relatora Rita Romeira, disponível em <http://www.dgsi.pt>.

3.7. Jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem

Acórdão do TEDH, *Boyle v. Reino Unido*, de 24 de fevereiro de 1994, Processo n.º 16580/90, disponível em <https://hudoc.echr.coe.int>.

Acórdão do TEDH, *Kroon e outros v. Países Baixos*, de 27 de outubro de 1994, Processo n.º 18535/91, disponível em <https://hudoc.echr.coe.int>.

Acórdão do TEDH, *K. e T. v. Finlândia*, de 12 de julho de 2001, Processo n.º 25702/94, disponível em <https://hudoc.echr.coe.int>.

Acórdão do TEDH, *Görgülü v. Alemanha*, de 26 de maio de 2004, Processo n.º 74969/01, disponível em <https://hudoc.echr.coe.int>.

Acórdão do TEDH, *Moretti e Benedetti v. Itália*, de 27 de abril de 2010, Processo n.º 16318/07, disponível em <https://hudoc.echr.coe.int>.

Acórdão do TEDH, *Anayo v. Alemanha*, de 21 de dezembro de 2010, Processo n.º 20578/07, disponível em <https://hudoc.echr.coe.int>.

Acórdão do TEDH, *Kopf e Liberta v. Áustria*, de 17 de janeiro de 2012, Processo n.º 1598/06, disponível em <https://hudoc.echr.coe.int>.