

A convivência familiar em tempos de COVID-19 e a necessária ponderação jurídica

Sandra Inês Feitor ()*

Resumo: o mais essencial e basilar elo de ligação e vinculação familiar, em especial para as crianças em desenvolvimento e formação da personalidade, é a convivência familiar. É na relação com outros que o «ser» se constrói e desenvolve. Em especial, é no seio das relações familiares, pilar essencial à sociedade, que a criança estrutura a sua identidade, forma o seu autoconceito e a sua personalidade. Com o actual estado de calamidade de saúde pública gerado pelo COVID-19, essas estruturas essenciais ao ser humano foram fortemente abaladas e requerem as mais prudentes reflexões.

* Advogada. Docente convidada em pós-graduações da Faculdade de Direito de Lisboa. Doutoranda em Direito. Mestre em Direito. Mediadora Familiar ICFML.

Introdução

Vivemos no presente estranhos e complexos tempos que a todos constrangem com um silencioso vírus COVID-19 que rapidamente se propaga, se transforma e se instala, em alguns casos assintomáticos, tendo-se espalhado por um mundo cada vez mais globalizado e de interconexões constantes levando a uma pandemia¹ cujos números gritantes e crescentes de infectados e de vidas ceifadas não nos deixa indiferente e a todos atemoriza.

Portugal tem tomado inúmeras medidas de contenção à propagação do vírus num processo de aprendizagem com as vivências de outros países já mais afectados sobre algo de que se sabe tão pouco, de que não há uma cura, um tratamento especificado ou uma vacina ainda.

Assim, em 18/03/2020, por Decreto Presidencial 14-A/2020², foi declarado em Portugal o Estado de Emergência que o Governo viria a regulamentar em seguida através de inúmeros diplomas, nomeadamente, no que aqui mais releva ao tema, Decreto-Lei n.º 2-A/2020, publicado no Diário da República n.º 57/2020, 1º Suplemento, Série I de 2020-03-20. A declaração de Estado de Emergência fundou-se em suma numa necessidade de prevenção face aos «...crescentes os novos casos de infetados no nosso País. O conhecimento hoje adquirido e a experiência de outros países aconselham a que idênticas medidas sejam adotadas em Portugal, como forma de conter a expansão da doença, sempre em estreita articulação com as autoridades europeias...», especificando que se trata de uma restrição tão estrita quanto o necessário aos direitos fundamentais e não uma ampla restrição daqueles «...a declaração limita-se ao estritamente necessário para a adoção das referidas medidas e os seus efeitos terminarão logo que a normalidade seja retomada. Entretanto, confere às medidas que se traduzam em limitações de direitos, liberdades e garantias o respaldo Constitucional que só o estado de emergência pode dar,

¹ OMS declarou em 12/03/2020 o estado de pandemia mundial a que chegou o vírus COVID-19, disponível na URL: <http://www.euro.who.int/en/health-topics/health-emergencies/coronavirus-covid-19/news/news/2020/3/who-announces-covid-19-outbreak-a-pandemic>

² Publicado no Diário da República n.º 55/2020, 3º Suplemento, Série I de 2020-03-18, disponível na URL: <https://dre.pt/web/guest/home/-/dre/130399862/details/maximized>

reforçando a segurança e certeza jurídicas e a solidariedade institucional...». O decreto do Governo supramencionado manteve os seus efeitos com a renovação da declaração de Estado de Emergência de 02/04/2020, pelo Decreto Presidencial 17-A/2020³, sustentando que «...As autoridades de saúde determinaram a transição da fase de contenção para a fase de mitigação. Tal significa, naturalmente, que se deve acentuar o nível de prevenção, sob pena de o esforço feito até aqui ser desperdiçado. Os efeitos ainda iniciais das medidas adotadas confirmam o acerto da estratégia seguida e aconselham a sua manutenção...», implementando novas medidas preventivas comportando algumas excepções à tutela do regime de convivência familiar «...é tanto mais evidente quanto se aproxima o tempo da Páscoa, época tradicional de encontro de famílias e de circulação internacional. É essencial para o sucesso da estratégia traçada e conduzida até aqui que este tempo não conduza ao aumento de contactos entre pessoas e, consequentemente, de infeções...», implementando novas medidas e restringindo as deslocações para fora do Concelho de residência durante a semana da Páscoa, o que comporta, nesta fase, uma excepção à salvaguarda operada pelo Governo ao dever de cumprir o regime de convivência familiar de filhos de pais separados.

Porém, a realidade vivenciada e a sua gravidade impõe cautelas e prudência no caso concreto, pois podemos ter situações de legítimas recusas no cumprimento por efectivo e concreto risco de contágio ou contágio efectivo, como podemos deparar-nos, e não será raro, com situações de um uso oportunista de tão dramática situação de calamidade de saúde pública para boicotar a convivência familiar, muitas vezes no seguimento de comportamentos parentais precedentes.

³ Diário da República n.º 66/2020, 1º Suplemento, Série I de 2020-04-02, disponível na URL: <https://dre.pt/web/guest/home/-/dre/131068115/details/maximized>

A convivência familiar – um direito fundamental e o superior interesse da criança

Falar de convivência familiar é falar de parentalidade. Uma parentalidade que se quer consciente e responsável no superior interesse altruístico e funcional da criança nos termos do artigo 1878.º, 1882.º e 1887-A do CC.

É, assim, a convivência familiar das crianças com os seus familiares, em especial ascendentes e irmãos um Direito fundamental nos termos do artigo 36.º, n.º 6 da CRP, ora corporizado no artigo 1887.º-A e 1906.º, n.º 5 a 7 do CC, bem assim como, constitui aquele direito uma consagração do seu direito fundamental ao livre desenvolvimento da personalidade, e consequentemente um direito de personalidade da criança, nos termos conjugados dos artigo 26.º, n.º 1 da CRP, artigo 1887.º-A e 70.º, n.º 1 do CC, impondo ao Estado o dever se assegurar a tutela integral da infância e juventude da criança de harmonia com o artigo 69.º da CRP, nomeadamente contra abusos da autoridade parental que não nos são de todo desconhecidos ou indiferentes.

Portanto, sendo essencial à construção do ser humano, à construção da identidade e do *self*⁴ de cada um a função socializadora que têm as relações familiares⁵, donde brota a historicidade e raízes de cada criança e onde cria os seus primeiros laços afectivos e através dos quais experiencia e percepciona o exterior^{6/7}. Assim, é no superior interesse da criança e visando o livre desenvolvimento da sua personalidade em toda a sua expansão que se corporiza um direito fundamental da criança à convivência familiar com os seus irmãos e ascendentes nos termos conjugados do artigo 8.º da CEDH, artigo 9 e 18.º da CDC

⁴ MAGALHÃES, V., Ser Pessoa, o Caminho de uma Definição, in *Bioética*, [coord. Luis Archer, Jorge Biscais, Walter Osswald, Editora Verbo, Lisboa, 1996, pp. 63-64].

⁵ SANTOS, Victor Macedo dos, O abuso do Direito nas Relações Existenciais Familiares, in *Revista IBDFAM Famílias e Sucessões*, Edição 00, 2013, Brasil, pp. 81-111.

⁶ CAMPOS, Maria Teresa, *Um Estudo Fenomenológico da Experiência de Rapto Parental*, Tese de Mestrado em psicologia Clinica, ISPA, 2012, p. 11, [em linha], disponível na URL: <http://repositorio.ispa.pt/bitstream/10400.12/2322/1/15466.pdf>, (consultado em 20.10.2015).

⁷ SÁ, Patrícia Carneiro de, *Vinculação ao Pai e à Mãe: Contribuições Específicas para o Ajustamento Escolar em Crianças*, Faculdade de Psicologia da Universidade de Lisboa, Tese de Mestrado, 2010, p. 5, disponível na [URL:www.repositorio.ul.pt/bitstream/10451/2505/1/ulfp035830_tm.pdf](http://www.repositorio.ul.pt/bitstream/10451/2505/1/ulfp035830_tm.pdf)

e artigo 26.º, n.º 1 e 36.º, n.º 6 da CRP e artigo 1878.º, 1887.º-A e 1906.º, n.º 5 a 7 do CC.

E, é nesse superior interesse da criança enquanto verdadeiro sujeito titular de direitos que a parentalidade assume uma especial função e conteúdo, de harmonia com o artigo 1787.º e 1882.º do CC, assumindo cariz indissociável de um conjunto de poderes-deveres em função das necessidades e interesses dos filhos – o seu superior interesse; e o especial dever de os progenitores que agem em nome e por conta dos filhos menores e incapazes de exercício – mas não incapazes de gozo e titularidade de direitos dado serem verdadeiros sujeitos de direitos que aos seus representantes legais cabe assegurar e respeitar em primeiro lugar – de assegurarem o cumprimento desses deveres parentais e direitos das crianças, nomeadamente à convivência familiar.

Sendo a expressão mais significativas do reforço da afirmação da criança como Sujeito autónomo de direitos, salientam-se, a Declaração dos Direitos da Criança, adotada pela Assembleia - Geral das Nações Unidas em 20 de Novembro de 1959, que referia no seu preâmbulo «...*Proclama esta Declaração dos Direitos da Criança com vista a uma infância feliz e ao gozo, para bem da criança e da sociedade, dos direitos e liberdades aqui estabelecidos e com vista a chamar a atenção dos pais, enquanto homens e mulheres, das organizações voluntárias, autoridades locais e Governos nacionais, para o reconhecimento dos direitos e para a necessidade de se empenharem na respectiva aplicação...*»

Seguida da Convenção sobre os Direitos da Criança, aprovada pela O.N.U. em 1989 e ratificada por Portugal em 12/09/90, diretamente aplicável na ordem jurídica portuguesa, referindo no seu preâmbulo «...*Convictos de que a família, elemento natural e fundamental da sociedade e meio natural para o crescimento e bem-estar de todos os seus membros, e em particular das crianças, deve receber a protecção e a assistência necessárias para desempenhar plenamente o seu papel na comunidade;...»; «...Reconhecendo que a criança, para o desenvolvimento*

harmonioso da sua personalidade, deve crescer num ambiente familiar, em clima de felicidade, amor e compreensão...»⁸.

A Convenção não é apenas uma proclamação de princípios gerais, representa um vínculo jurídico depois de ratificada para os estados a que a ela aderem, devendo adequar as normas jurídicas internas à Convenção. É um tratado internacional nos termos e para os efeitos dos artigo 7.º e 8.º da Constituição da República.

Portanto, reconhece a criança como um verdadeiro sujeito de direitos, titular de todos os direitos fundamentais e substantivos embora carecendo de protecção especial em função da sua incapacidade de exercício, mas não de gozo⁹ «...a criança é, nos nossos dias, perspectivada pelo direito como pessoa, como verdadeiro sujeito de direito, como titular de direitos fundamentais. A criança deixou de ser vista como mero sujeito passivo, objecto de decisões de outrem, sem qualquer capacidade para influenciar a condução da sua vida, e passou a ser vista como um sujeito de direitos, ou seja, como um sujeito activo, com uma autonomia progressiva no exercício dos seus direitos em função da sua idade, maturidade e desenvolvimento das suas capacidades...»¹⁰.

Pelo que, forçosamente tem de se concluir que à titularidade de gozo de direitos pela criança não podem ser excluídos os direitos de personalidade, até porque, os mesmos são inerentes à condição e qualidade de pessoa, que as crianças também são, com substrato constitucional de direito fundamental, nos termos do artigo 26.º, n.º 1 da Constituição da República e 70.º, n.º 1 do Código Civil, na sua tutela geral da personalidade, onde cabem todos os direitos subjectivos necessários ao desenvolvimento e expansão da personalidade da pessoa. Veja-se que «...crescer

⁸ Disponível na URL: https://www.unicef.pt/media/2766/unicef_convenc-a-o_dos_direitos_da_crianca.pdf

⁹ ALFAIATE, Ana Rita, Tutela Cível do Superior Interesse da Criança, in *Tutela do Superior Interesse da Criança*, Tomo I, in Ebooks Centro de Estudos Judiciários, Formação Contínua, pp. 49-86, [em linha], Lisboa, 2014, disponível na URL: http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/familia/Tutela_Civel_Superior_Interesse_Crianca_Tom_O1.pdf

¹⁰ DIAS, Cristina, A Criança como Sujeito de Direitos e o Poder de Correcção, in *Revista Julgar*, n.º 4, 2008, pp. 87-101.

*é um fenómeno dinâmico, biológico e relacional...», implicando para a criança visceralmente o sentimento de *pertença e integração*, «...ser parte (...) se desenvolver como parte de algo que transcende o próprio ser para ser...», que se projecta e constrói em e na família.¹¹ Sendo crucial compreender que «...pertencer não faz parte da aprendizagem enquanto processo de elaboração cognitiva (...) pertencer é um estado de alma que nasce da coerência feita de uma contingência de afectos...»¹², razão pela qual a convivência familiar da criança com ambos os progenitores, a sua preservação e manutenção sadia e gratificante e securizante é tão imprescindível e fundamental para o desenvolvimento e formação do *ser* da criança e livre desenvolvimento da sua personalidade.*

Pelo que, no cenário actualmente vivenciado de confinamento social e, muitas vezes familiar ao abrigo do disposto no artigo 4.º e 5.º do Decreto-Lei n.º 2-A/2020, de 20/03/2020¹³, assume especial relevância, não só enquanto direito fundamental tutelado e salvaguardado, sem prejuízo na necessária ponderação face ao caso concreto, mas também numa fase tão sensível de saúde pública, de doença e perdas familiares sem lugar a despedidas.

Estado de Emergência e medidas restritivas de direitos fundamentais

Face à evolução avassaladora da pandemia do COVID-19 no mundo e em Portugal, o Presidente da República visando travar a sua proliferação e conter os danos quer humanos, quer económicos, após reunião com o Conselho de Estado¹⁴, emitiu Declaração de Estado de Emergência Nacional em 18/03/2020, pelo Decreto Presidencial n.º 14-A/2020¹⁵, publicado no Diário da República n.º 55/2020, 3º Suplemento, Série I de 2020-03-18.

¹¹ AAVV, Crescer, Ser e Pertencer, in *Estudos de Homenagem a Rui Epifânio*, coord. Paulo Guerra, Armando Leandro, Laborinho Lúcio, Almedina, Coimbra, 2010, p. 130.

¹² AAVV, Crescer, Ser e Pertencer, in *Estudos de Homenagem a Rui Epifânio*, coord. Paulo Guerra, Armando Leandro, Laborinho Lúcio, Almedina, Coimbra, 2010, p. 129.

¹³ Disponível na URL: <https://dre.pt/home/-/dre/130473161/details/maximized>

¹⁴ Disponível na URL: <http://www.presidencia.pt/?idc=10&idi=176049>

¹⁵ Disponível na URL: <https://dre.pt/web/guest/home/-/dre/130399862/details/maximized>

Nos termos do mesmo não foram suspensos os Direitos Fundamentais dos cidadãos, vindo posteriormente o Governo em 20/03/2020, regulamentar os moldes e medidas a vigorar durante a vigência do Estado de Emergência por meio do Decreto-Lei n.º 2-A/2020, publicado no Diário da República n.º 57/2020, 1º Suplemento, Série I de 2020-03-20¹⁶. Renovada da Declaração de Estado de Emergência de 02/04/2020, pelo Decreto Presidencial 17-A/2020¹⁷, sustentando que «...As autoridades de saúde determinaram a transição da fase de contenção para a fase de mitigação. Tal significa, naturalmente, que se deve acentuar o nível de prevenção, sob pena de o esforço feito até aqui ser desperdiçado. Os efeitos ainda iniciais das medidas adotadas confirmam o acerto da estratégia seguida e aconselham a sua manutenção...», implementando novas medidas preventivas comportando algumas excepções à tutela do regime de convivência familiar «...é tanto mais evidente quanto se aproxima o tempo da Páscoa, época tradicional de encontro de famílias e de circulação internacional. É essencial para o sucesso da estratégia traçada e conduzida até aqui que este tempo não conduza ao aumento de contactos entre pessoas e, consequentemente, de infeções...», implementando novas medidas e restringindo as deslocações para fora do Concelho de residência durante a semana da Páscoa, o que comporta, nesta fase, uma excepção à salvaguarda operada pelo Governo ao dever de cumprir o regime de convivência familiar de filhos de pais separados.

Deste modo, determinou nos termos do artigo 4.º e 5.º do Decreto-Lei n.º 2-A/2020, as situações de confinamento obrigatório e as situações de dever especial de protecção constrangendo a liberdade de circulação das pessoas e impondo um dever de isolamento social por forma a conter a propagação do contágio pelo vírus COVID-19. Assim, nos termos do artigo 5.º do referido Decreto-Lei, vem definir o dever de recolhimento domiciliário e estabelecer quais e em que moldes se observam excepções ao dever de isolamento social fixado no artigo 4.º.

¹⁶ Disponível na URL: <https://www.portugal.gov.pt/download-ficheiros/ficheiro.aspx?v=3f8e87a6-3cfi-4doc-b5ee-72225a73cd4f>

¹⁷ Diário da República n.º 66/2020, 1º Suplemento, Série I de 2020-04-02, disponível na URL: <https://dre.pt/web/guest/home/-/dre/13106815/details/maximized>

Assim, no seu artigo 5.º, alínea j) vem referir que são admitidas deslocações com vista a assegurar o regime de convivência familiar «...*Deslocações por outras razões familiares imperativas, designadamente o cumprimento de partilha de responsabilidades parentais, conforme determinada por acordo entre os titulares das mesmas ou pelo tribunal competente...*».

Porquanto, é inequívoco que, não obstante as necessárias cautelas e sem prejuízo da observância dos casos previstos no artigo 4.º daquele diploma, o Governo pretendeu assegurar a normalidade possível no seio das relações familiares, em especial para as crianças filhas de pais separados, demonstrando não ser alheio às dificuldades e conflitos decorrentes deste confinamento para as crianças e no seio de famílias em conflito ou disfuncionais. Assim, determina o artigo 4.º um especial dever de protecção com aplicação de restrições especiais conforme n.º 1 «... a) *Os maiores de 70 anos; b) Os imunodeprimidos e os portadores de doença crónica que, de acordo com as orientações da autoridade de saúde devam ser considerados de risco, designadamente os hipertensos, os diabéticos, os doentes cardiovasculares, os portadores de doença respiratória crónica e os doentes oncológicos...*», referindo o n.º 2 que nesse caso somente poderão ausentar-se do domicílio «...a) *Aquisição de bens e serviços; b) Deslocações por motivos de saúde, designadamente para efeitos de obtenção de cuidados de saúde; c) Deslocação a estações e postos de correio, agências bancárias e agências de corretores de seguros ou seguradoras; d) Deslocações de curta duração para efeitos de atividade física, sendo proibido o exercício de atividade física coletiva; e) Deslocações de curta duração para efeitos de passeio dos animais de companhia; f) Outras atividades de natureza análoga ou por outros motivos de força maior ou necessidade impreterível, desde que devidamente justificados...*». Apenas excepcionado nos termos do n.º 4 do mesmo preceito para os profissionais de saúde e agentes de protecção civil. Portanto, todos aqueles que se encontram na linha da frente de combate ao vírus, desde assistentes operacionais que asseguram os meios, alimentação e higiene nos espaços hospitalares ou não, e todos os médicos e enfermeiros, assim como bombeiros e Polícias, além dos demais operadores judiciários, como os oficiais de

justiça, magistrados e advogados que permitem o funcionamento dos tribunais, ainda que com as restrições necessárias de protecção implementadas pela Lei 1-A/2020¹⁸, então alterada pela Lei 4-A/2020, de 06/04¹⁹.

Desta senda, com fundamento na verificação de uma situação objectiva de calamidade pública e emergência de saúde pública decorrente da declaração da Organização Mundial de Saúde de pandemia²⁰ em 11/03/2020 «...a declaração limita-se ao estritamente necessário para a adoção das referidas medidas e os seus efeitos terminarão logo que a normalidade seja retomada. Entretanto, confere às medidas que se traduzam em limitações de direitos, liberdades e garantias o respaldo Constitucional que só o estado de emergência pode dar, reforçando a segurança e certeza jurídicas e a solidariedade institucional...», não suspendendo os Direitos Fundamentais, apenas os limitando no estritamente necessário, como veio a ser, então, regulamentado pelo Decreto do Governo. Portanto, excepcionalmente impõe algumas restrições de direitos e liberdades de circulação «...exige a aplicação de medidas extraordinárias e de caráter urgente de restrição de direitos e liberdades, em especial no que respeita aos direitos de circulação e às liberdades económicas...»²¹. Mais, sendo expresso o Decreto do Governo ao referir que a Democracia não está suspensa restringindo-se as medidas ao essencial a travar o contágio.

Sem prejuízo da excepção à saída do Concelho de residência na semana da Páscoa, entretanto introduzida pelo Decreto Presidencial 17-A/2020, o Decreto-Lei n.º 2-A/2020, não alterado nesta parte, no seu artigo 5.º vem definir um dever geral de recolhimento que pode ser excepcionado nos termos das alíneas do mesmo e quando não se verifiquem as situações do artigo 4.º «...a) Aquisição de bens e serviços; b) Deslocação para efeitos de desempenho de atividades profissionais ou

¹⁸ Disponível na URL: <https://dre.pt/web/guest/pesquisa/-/search/130473088/details/normal?l=1>

¹⁹ Disponível na URL: <https://dre.pt/pesquisa/-/search/131193439/details/maximized>

²⁰ Disponível na URL: <https://dre.pt/web/guest/home/-/dre/130399862/details/maximized> ; <https://www.sns.gov.pt/noticias/2020/03/11/covid-19-pandemia/>

²¹ Disponível na URL: <https://www.portugal.gov.pt/download-ficheiros/ficheiro.aspx?v=3f8e87a6-3cfi-4doc-b5ee-72225a73cd4f>

equiparadas; c) Procura de trabalho ou resposta a uma oferta de trabalho; d) Deslocações por motivos de saúde, designadamente para efeitos de obtenção de cuidados de saúde e transporte de pessoas a quem devam ser administrados tais cuidados ou dádiva de sangue; e) Deslocações para acolhimento de emergência de vítimas de violência doméstica ou tráfico de seres humanos, bem como de crianças e jovens em risco, por aplicação de medida decretada por autoridade judicial ou Comissão de Proteção de Crianças e Jovens, em casa de acolhimento residencial ou familiar; f) Deslocações para assistência de pessoas vulneráveis, pessoas com deficiência, filhos, progenitores, idosos ou dependentes; g) Deslocações para acompanhamento de menores; i) Em deslocações de curta duração, para efeitos de fruição de momentos ao ar livre; ii) Para frequência dos estabelecimentos escolares, ao abrigo do n.º 1 do artigo 10.º do Decreto-Lei n.º 10-A/2020, de 13 de março; h) Deslocações de curta duração para efeitos de atividade física, sendo proibido o exercício de atividade física coletiva; i) Deslocações para participação em ações de voluntariado social; j) Deslocações por outras razões familiares imperativas, designadamente o cumprimento de partilha de responsabilidades parentais, conforme determinada por acordo entre os titulares das mesmas ou pelo tribunal competente; k) Deslocações para visitas, quando autorizadas, ou entrega de bens essenciais a pessoas incapacitadas ou privadas de liberdade de circulação; l) Participação em atos processuais junto das entidades judiciárias; m) Deslocação a estações e postos de correio, agências bancárias e agências de corretores de seguros ou seguradoras; n) Deslocações de curta duração para efeitos de passeio dos animais de companhia e para alimentação de animais; o) Deslocações de médicos-veterinários, de detentores de animais para assistência médico-veterinária, de cuidadores de colónias reconhecidas pelos municípios, de voluntários de associações zoófilas com animais a cargo que necessitem de se deslocar aos abrigos de animais e de equipas de resgate de animais; p) Deslocações por parte de pessoas portadoras de livre-trânsito, emitido nos termos legais, no exercício das respetivas funções ou por causa delas; q) Deslocações por parte de pessoal das missões diplomáticas, consulares e das organizações internacionais localizadas em Portugal, desde que

relacionadas com o desempenho de funções oficiais; r) Deslocações necessárias ao exercício da liberdade de imprensa; s) Retorno ao domicílio pessoal; t) Outras atividades de natureza análoga ou por outros motivos de força maior ou necessidade impreverível, desde que devidamente justificados...». Portanto, fomentando o dever de cumprimento do regime de convivência familiar regulado, atenta a relevância fundamental do mesmo, não só enquanto partilha de afectos, mas em especial nesta fase, de partilha de cuidados e coresponsabilidade. Coresponsabilidade parental que deve ser especialmente fomentada numa fase em que vivemos um momento delicado que a todos constrange e que deve ser de união, não devendo haver espaço para o conflito.

Contudo, sem deixar de ser sensível às necessidades das famílias aos mais diversos níveis e sectores procurando encontrar o justo e possível equilíbrio ponderativo na tomada de decisão e implementação de medidas. Facto, é que cautelas são necessárias perante algo tão delicado e sobre o qual tão pouco sabemos. Veja-se que, muitos daqueles que se encontram na frente de batalha a este malogrado vírus têm sido infectados, encontrando-se numa posição especialmente vulnerável e de elevado risco de contágio pela actividade profissional de exercício essencial quando se trata de salvar vidas. Estas pessoas têm família e vivendo juntos ou separados muitos têm-se privado voluntariamente dos convívios com os familiares e filhos com vista a preservá-los do risco de contágio. Outros não têm assumido essa posição, mas nem por isso deixará o seu desejo e intenção de manutenção de convivência ser legítimo, assim o determinou o Decreto-Lei n.º 2-A/2020, ao assegurar precisamente a convivência familiar no seu artigo 5.º, alínea j).

COVID-19 e o superior interesse da criança – ponderação jurídica

O superior interesse da criança sem dúvida sempre será primordial face aos demais interesses ou princípios com os quais possa colidir, desde logo sob o enfoque a tutela integral da infância e juventude nos termos do artigo 69.º da Constituição da República, bem como, observadas as normas de direito civil

respeitantes aos direitos das crianças e exercício das responsabilidades parentais, desde logo quando define o âmbito do exercício da parentalidade no artigo 1878.º do Código Civil, como um poder-dever de cariz funcional no superior interesse da criança, sem prescindir, naturalmente do disposto nos artigo 1887.º-A e 1906.º, n.ºs 5 a 7 do Código Civil.

Portanto, sempre será do superior interesse da criança e no respeito da tutela integral da sua infância a salvaguarda da sua vida e integridade física, como também o será a convivência familiar. Porém, se ambas colidirem importa ponderar casuisticamente atentas as especificidades concretas de cada situação onde deverá ser privilegiado o superior interesse da criança, se em assegurar em mais a convivência familiar, se assegurar com imposição de outras medidas ou, se suprimir em detrimento da salvaguarda da vida e integridade física da criança em determinado momento e perante concretas circunstâncias que validamente o justifiquem. Pois que, só casuisticamente poderá ser realmente preenchido o conceito indeterminado de superior interesse da criança.

O superior interesse da criança é consagrado na Convenção dos Direitos da Criança como um direito fundamental no seu artigo 3.º «...*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...*». Do mesmo modo que é concebida como um princípio de interpretação e regra de procedimento, visando assim assegurar a concretização dos direitos das crianças colocando-as num plano prioritário aquando da necessidade de ponderar soluções, além de a Convenção também reconhecer a criança como sujeito de direitos.

Porém, e atentas as especiais e delicadas circunstâncias concretas decorrentes do actual estado de pandemia e calamidade de saúde pública que se vive e que veio justificar a necessidade de implementação de especiais medidas de contenção da propagação do vírus, na tutela da vida e integridade física, por meio do Decreto Presidencial que Declara o Estado de Emergência e regulamentado pelo Governo, haverá sempre de ponderar em cada caso concreto o superior interesse

da criança que balança entre o direito fundamental à vida e integridade física na protecção contra este vírus que silenciosamente se espalha e indiscriminadamente ceifa vidas, e o seu também fundamental direito à convivência familiar.

E, esse balanceamento que se impõe, no presente e face a tais concretas circunstâncias decorre precisamente sempre e primordial tutela do superior interesse da criança que só casuisticamente pode ser considerado, dada a natureza abstracta da lei «...o conceito do interesse superior da criança visa assegurar a fruição plena e efetiva de todos os direitos reconhecidos na Convenção e o desenvolvimento global da criança...»²², entendendo o desenvolvimento global como o desenvolvimento físico, mental, espiritual, moral, psicológico e social da criança. Como acentua Jorge Novais “...o conflito de bens constitucionais deve ser resolvido não em função da prevalência do interesse imediato de liberdade, mas em função da solução mais correta. Ora, numa ordem constitucional orientada à promoção dos direitos fundamentais como é a ordem jurídica de Estado de Direito, a solução constitucionalmente mais correta não é necessariamente a que dê sempre prevalência ao interesse pontual ou parcelar...”²³.

Robert Alexy assume ser fulcral a conjugação do direito com os princípios e valores de ordem moral para a restruturação de um direito objectivo e correcto, e com maior adequação aos casos concretos, a partir dos textos legais, nomeadamente na Lei Fundamental, dando seguimento à teoria de Dworkin. Tratando-se o tema da ponderação jurídica que abarca como necessária para a validade do direito a conexão entre normas e princípios/valores, trata-se de uma discussão em torno do conceito de direito: ou seja, sobre o que é o direito, enquanto conjunto de normas reguladoras da convivência social de base marcadamente moralista, com relevância para o direito, isto é – fenómenos

²² Comité dos Direitos da Criança, Comentário geral n.º 14 (2013) do Comité dos Direitos da Criança sobre o direito da criança a que o seu interesse superior seja tido primacialmente em consideração, 2013, p. 11, disponível na URL: <https://www.cnpdpcj.gov.pt/direitos-das-criancas/covencao-sobre-os-direitos-da-crianca/interesse-superior-da-crianca-pdf.aspx>

²³ NOVAIS, Jorge Reis, *Os Princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa*, Coimbra editora, Coimbra, 2011, p. 55.

sociojurídicos ou juridicamente solucionáveis. A aplicabilidade dos princípios conjugados com normas jurídicas ou deles derivados, a casos concretos resulta de uma pretensão de correcção jurídica conexa com uma pretensão de correcção moral que balanceiam e se justapõem no caso concreto em face das possibilidades fácticas e jurídicas.

Assim, as circunstâncias presentemente vividas, não obstante o teor da alínea j) do artigo 5.º do Decreto-Lei n.º 2-A/2020, levam a ponderar que em regra, caso nenhuma situação concreta de risco de contágio se verifique, impõe-se o dever de ambos os progenitores assegurarem e cumprirem o regime de convivência familiar vigente. Porém, não haverá como não reflectir sobre as situações em que um dos progenitores se encontre em situação especialmente vulnerável por ter sido exposto a eventual contágio e até que tenha resultados negativos ao teste do COVID, ou tenha efectivamente sido contagiado ou em contacto directo com alguém infectado, bem como profissionais que pela natureza própria da sua actividade profissional estejam em permanente risco de contágio, bem ainda como ainda situações de fecho de fronteiras ou localidades.

Pelo que, parece natural que neste tipo de situações concretas deverá ser ponderado se corresponde ao superior interesse da criança a manutenção, do regime de convivência com ambos os progenitores nesta fase de pandemia. Não por não ser do interesse da criança a manutenção dos laços e convivência familiar, mas porque ponderados e balanceados ambos os direitos fundamentais, sempre irá imperar a tutela da salvaguarda do direito à vida e integridade física da criança, no sentido de a proteger de eventual contágio.

Contudo, situações há de conflitos parentais pendentes em Tribunal, ou que mesmo não se encontrando pendentes se encontram latentes no sistema familiar de determinada criança, surgindo em certos casos, a questão da declaração de Estado de Emergência e dever de confinamento para suprimir a convivência familiar, muitas vezes acompanhada da privação de outro tipo de contactos. Razão que torna particularmente séria a necessidade de ponderar face à realidade de cada caso concreto, uma vez que deverá ser a conjugação de todos os factores entre a

questão da saúde e risco de contágio no caso concreto e situação de já pretérito conflito ou privação da convivência familiar que deverá em cada circunstância guiar o juízo de ponderação sobre o superior interesse da criança. Pois que, casos haverá em que a privação estará justificada e deve resultar em primeira mão de um juízo de bom senso e ponderação dos próprios progenitores, mas que nem sempre ocorre levando à apreciação por parte do judiciário. Não obstante, sem dúvida, muitas situações de oportunismo face à actual situação de calamidade pública surgem como mais um pretexto para perpetuar situações de privação e incumprimento já antes observadas, e, nas quais, poderá não estar no caso concreto verificado qualquer elemento concreto que desaconselhe aquela convivência como determinada na alínea j) do artigo 5.º do Decreto-Lei n.º 2-A/2020. Veja-se que, ainda que perante direitos fundamentais em colisão de harmonia com o artigo 18.º, n.º 3 da CRP, não podemos deixar de ser sensíveis ao facto de vivenciarmos uma situação de saúde pública muito sensível que, de um lado impõe o dever de assegurar a convivência familiar conforme regime vigente, não legitimando actos de privação unilateral e arbitrária, e, de outro lado, nos impõe a realidade actual o dever de um olhar atento às concretas circunstâncias de cada caso concreto no sentido de aferir se estamos perante a efectiva protecção da criança, ou apenas mais uma hábil e oportunística forma de boicotar e incumprir.

Certo é que, havendo um consenso e ponderação parental no sentido de provisória e transitoriamente suspender os convívios, durante a fase de contenção e medidas restritivas de certas deslocações, nomeadamente as que impliquem maiores distâncias ou até viagens de avião entre as ilhas ou internacionais, ou porque um ou ambos exercem actividades profissionais que os colocam na linha da frente de combate e exposição permanente ao contágio, é legítimo na medida em que não ultrapasse o razoável e não veja a dar o *mote* para a reiteração e incumprimento e sendo acordado por ambos os progenitores de forma consciente. Mas não o será, à luz da alínea j) do artigo 5.º do Decreto-Lei n.º 2-A/2020, se a tomada de posição for unilateral, levando inequivocamente a um incidente de incumprimento nos termos do artigo 41.º do RGPTC, mas cuja apreciação dos

fundamentos será sempre devidamente ponderada pelo Tribunal guiado pelo superior interesse da criança em cada caso concreto.

Veja-se ainda, a também delicada situação em que se veem colocados os profissionais de saúde em geral, desde operacionais, médicos, enfermeiros, assistentes em Lares, bombeiros, e agentes da autoridade que se encontram dia a dia em contacto e exposição directa e permanente a eventual contágio. Muitos deles já vitimados por este vírus que silenciosamente se propaga. Não se pode deixar de honrar quem se coloca na linha da frente ao serviço da vida em tão delicada situação como a vivenciada, mas também não pode tal vir a constituir uma penalização à manutenção sadia dos seus laços familiares com os filhos. Como, igualmente, não pode a sua manutenção ser o espaço privilegiado ao eventual contágio das crianças. Portanto, ponderar em tempos de COVID é essencial, tanto como não permitir nem dar espaço ou palco a oportunismos e incumprimentos que, cujos fundamentos no caso concreto, não se justifiquem ou não mereçam atendimento.

Conclusão

Atentas as especiais circunstâncias a que não podemos deixar de ser sensíveis e, sobretudo, conscientes e responsáveis, impõe-se um especial dever de prudência e cautela na tomada de decisões no que à convivência familiar de filhos de pais separados diz respeito.

A realidade que hoje vivemos é nova nunca antes experienciada e tão pouco dela temos conhecimento profundo, ceifando vidas por onde passa sem olhar a novos e velhos, propagando-se nos contactos sociais, muitas vezes assintomáticos, de forma silenciosa. Crescem absurdamente a cada dia em todo o mundo os números de infectados e vítimas mortais pelo COVID-19, alguns deles crianças. Quase parece que 2020 se transformou num ano de purga global do planeta.

Não é possível, perante um cenário de pandemia mundial como a que vivemos na actualidade querer impor a qualquer custo a manutenção e cumprimento rigoroso do regime de convivência familiar das crianças filhas de pais

separados, quer tenham regime quinzenal, quer residência alternada e períodos de férias lectivas, sem reflectir consciente e responsavelmente sobre o superior interesse da criança em cada caso concreto. E, em cada caso concreto, porque só casuisticamente podemos em rigor definir o superior interesse de cada criança no seio de cada família e respectivas dinâmicas e conflitos.

Pois que, não obstante a Declaração de Estado de Emergência de 18/03/2020, não ter vindo restringir todos os Direitos Fundamentais, assim como foi expressa a vontade do Governo no Decreto-Lei n.º 2-A/2020, no artigo 5.º, alínea j) em assegurar a manutenção e cumprimento do regime vigente de convivência familiar, impõe-se, sempre ponderar se em cada caso concreto se encontram, de forma séria e objectiva, reunidas as condições de segurança sanitária e de saúde pública e familiar para a concretização da convivência familiar.

Porquanto, casos há e haverá que, quer pelo fecho de fronteiras a nível internacional ou, como o caso do fecho das fronteiras do Arquipélago na Madeira, ou por estar em causa casos inseridos em localidades com cerco sanitário, bem assim como, percursos de grandes distâncias susceptíveis de expor a situações de contágio, e, ainda, situações mais dramáticas como efectivo contágio ou suspeição de caso COVID entre o agregado familiar ou familiares com os quais tenha havido contacto; e, por fim, ainda, situações de pais que exerçam profissões de risco como médicos, enfermeiros e demais pessoal e assistentes médicos e Assistentes em Lares, Polícias, Bombeiros, entre outros que, por força das circunstâncias se encontram neste momento na linha da frente ao combate COVID-19. Nestas situações, naturalmente, não seria consciente, responsável e nem sensato impor o cumprimento do regime de convivência familiar vigente, não só pela necessária ponderação entre Direitos Fundamentais vida e integridade física e saúde, além da saúde pública, e direito fundamental à convivência familiar, mas, sobretudo, porque impera e sempre guiará a mão do julgador, o superior interesse da criança. É a criança e a protecção e salvaguarda da sua vida, integridade física e saúde que guiará, nesta fase de crise sanitária que vivenciamos que guiará a mão do julgador,

e que deverá conduzir e ser a base de tomada de decisões conscientes dos progenitores, ainda que em conflito.

Porém, não podemos igualmente ser insensíveis à realidade de que, infelizmente, no seio de famílias em intenso conflito e disfuncionais o argumento COVID-19 serve e servirá de pretexto para fundamentar ou tentar justificar a reiteração de incumprimentos. Ou seja, novas estratégias para perpetuar práticas parentais disfuncionais já conhecidas dos nossos Tribunais e, dessa forma, sem a verificação de situações de perigo concretas e objectivas, fazer hábil e oportunista utilização de uma situação dramática para sem justificação razoável privar a criança da convivência com o outro progenitor. E, precisamente por este tipo de conduta parental ser já previsível num contexto tão delicado como o presente, que o Governo no intuito de travar situações de privação abusiva e injustificada, determinou no seu Decreto-Lei n.º 2-A/2020, artigo 5.º, alínea j) o dever de cumprir o regime vigente. Sem, contudo, naturalmente, deixar de observar a necessária prudência e ponderação do superior interesse da criança em cada caso concreto.

Assim, deve partir-se do princípio que o regime vigente de convivência familiar deve ser mantido e cumprido por ambos os progenitores, pois assim decorre da alínea j) do artigo 5.º do Decreto-Lei n.º 2-A/2020, sem, contudo, deixar de observar sempre a necessária ponderação de todas as circunstâncias envolventes de cada caso concreto por forma a determinar, naquela concreta situação qual será o superior interesse da criança, o qual poderá determinar a imposição do cumprimento do que estiver regulado, ou, na presença de circunstâncias concretas que possa expor a criança a factor de perigo concreto de contágio, privilegiar a protecção da sua saúde, integridade física e a vida, para que possa após a superação da calamidade, manter em harmonia e saúde a convivência familiar que lhe é essencial e é também um direito fundamental. Porém, direito fundamental que cede perante o perigo para a sua vida, saúde ou integridade física, assim como temos observado noutras circunstâncias do quotidiano que justificam a sua suspensão na estrita medida do necessário e razoável. Como poderia estar, igualmente, justificada a alteração provisória da residência habitual da criança se

o progenitor guardião, ou em caso de residência alternada, um deles fosse infectado pelo COVID-19, mas a criança escapasse ao contágio, devendo, nesse caso ficar ao cuidado do outro, caso se mantivesse saudável.

Não obstante, assume especial relevo nesta fase e nesses casos de necessária suspensão temporária – desde que justificada – a manutenção e promoção activa de outras formas de convivência da criança com o progenitor ausente, nomeadamente as comunicações através de meios de videochamada. Porém, não será legítima a tomada de decisão unilateral por parte de um dos progenitores de não entregar a criança ao outro, devendo quanto a esse aspecto haver um consenso, pois não deixa de ser uma questão de particular importância e cuja alteração de regime ou suspensão do mesmo não será admissível unilateralmente e sem decisão judicial conforme artigo 36.º, n.º 6 da CRP. A imposição da suspensão unilateral dará origem a incidente de incumprimento e deve ser apreciada pelo Tribunal face ao desacordo parental sobre a convivência familiar no sentido de aferir da verificação de pressupostos que legitimem e justifiquem ou não tal suspensão. Em rigor, mais do que nunca impõe-se um especial dever de bom senso e consciência parental, onde ambos os progenitores em conjunto – diferendos à parte – devem ponderar as deslocações dos filhos atentas todas as circunstâncias concretas, exposição ou especial situação de vulnerabilidade de qualquer deles ou da criança, ou condição de saúde da criança, ou mesmo as distâncias geográficas que os separam e os riscos daí decorrentes para a criança. Ponderação que deve ser casuística, pois somente casuisticamente é possível preencher o superior interesse de cada criança em cada especial circunstância.