

O DIREITO DOS AVÓS ÀS RELAÇÕES PESSOAIS COM OS NETOS NA JURISPRUDÊNCIA RECENTE

ROSA MARTINS / PAULA TÁVORA VÍTOR

As autoras analisam o contributo central da jurisprudência dos tribunais superiores portugueses para o reconhecimento e regulação dos termos em que se desenvolvem as relações pessoais entre avós e netos, centrando-se no direito dos avós a este relacionamento. Para proceder a esta análise, determinaram as principais questões teóricas que têm sido, directa ou indirectamente, objecto do labor jurisprudencial, debruçando-se sobre os problemas da titularidade, do fundamento, da finalidade e da natureza jurídica do direito em causa, sem esquecer a determinação do seu conteúdo e o critério que preside à sua consagração e ao estabelecimento do seu regime em concreto.

1. INTRODUÇÃO

Os tribunais portugueses têm sido confrontados, de forma crescente, com a necessidade de reconhecer e regular os termos em que se desenvolvem as relações pessoais entre avós e netos. Por esta razão, podemos hoje encontrar uma jurisprudência cada vez mais rica que se ocupa das várias facetas do problema. Assim, neste estudo, é nosso intuito analisar a forma como este assunto tem vindo a ser tratado pelos nossos tribunais superiores.

A maior atenção dada pelo mundo do foro a esta questão é o reflexo de uma série de mutações sociais, das quais emergiram novos paradigmas de entendimento da velhice e da infância e juventude enquanto fases da vida.

Os estudos demográficos têm vindo a detectar no nosso contexto sócio-cultural uma tendência que não apresenta precedentes históricos — o envelhecimento das populações.

O fenómeno do aumento da longevidade permite que coexistam várias gerações na mesma família. Na verdade, são cada vez mais frequentes tanto as famílias trigeracionais, como as que englobam quatro gerações¹. O envelhecimento

¹ Cf. FERNANDES, Ana Alexandre, “Velhice, solidariedades familiares e política social — itinerário de pesquisa em torno do aumento da esperança de vida”, *Sociologia, Problemas e Práticas*, n.º 36, 2001, p. 40, e RIBEIRO, Joana Sousa, Processos de Envelhecimento: A Construção

da população, porém, não resulta só do crescimento das faixas mais elevadas da “pirâmide demográfica”, que se referem aos mais velhos, mas também do emagrecimento dos grupos dos mais jovens². Deste modo, no seio da comunidade familiar, o número de avós supera, muitas vezes, o dos netos³.

O crescente peso demográfico dos idosos é acompanhado por uma nova percepção desta categoria social, não mais identificada com a dependência, a doença ou a incapacidade, mas antes iluminada pela ideia de “successful aging”⁴.

Os mais velhos continuam a desempenhar, como outrora, um papel fundamental no quadro da vida familiar. Assim, encontra-se hoje ultrapassada a ideia de que o advento da “família nuclear”, como estrutura dominante, implicou o corte com a família alargada⁵. Aliás, os dados da Sociologia têm vindo a demonstrar a relevância das relações que se estabelecem entre pais idosos e seus filhos e netos⁶.

Actualmente assiste-se à redescoberta das funções da família alargada, ao nível social, e com reflexos no plano do Direito da Família⁷. Sublinha-se, novamente, o papel da família na transmissão da cultura e a relevância do diálogo intergeracional⁸, em que aparecem como protagonistas os avós. Com efeito, os estudos sociológicos têm demonstrado a importância dos avós como cuidadores dos seus netos⁹ e como suporte para estes nos casos de ruptura familiar, nomeadamente, de separação ou divórcio dos pais. Os avós de hoje encontram-se numa posição privilegiada para assumir estas funções, já que, não raro, as gerações mais velhas são detentoras de “um capital de saúde e de uma confortável reforma”¹⁰, que lhes permite cultivar as relações com os seus descendentes.

É de destacar igualmente a crescente importância do papel da criança no seio da comunidade familiar. Esta valorização da criança pela família acompanhou, de resto, uma mudança da representação social daquela. Com

de um Direito Emancipatório, in: *Direito da Infância, da Juventude e do Envelhecimento*, Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 205.

² Cf. FERNANDES (nota 1), p. 40, e RIBEIRO (nota 1), p. 205.

³ Cf. FERNANDES (nota 1), p. 47.

⁴ No plano constitucional, veja-se CANOTILHO, J. J. Gomes, MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 885.

⁵ Cf. SEGALEN, Martine, *Sociologia da Família*, Lisboa: Terramar, pp. 104 e 105, e RIBEIRO, Joana Sousa (nota 1), p. 213, nota 19.

⁶ Cf. WALL, Karin, Os grupos domésticos de co-residência, in: *Famílias em Portugal* (Karin Wall, org.), Lisboa: ICS, 2005, p. 575.

⁷ Antecipando uma tendência no sentido da recuperação das “funções perdidas” ou “mal conseguidas” da família, designadamente, a protecção dos idosos e a socialização dos filhos, vide OLIVEIRA, Guilherme de, Transformações do Direito da Família, in: *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977*, vol. I, Direito da Família e das Sucessões, Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 779.

⁸ SAMPAIO, Daniel, *A razão dos avós*, Lisboa, Editorial Caminho, 2008.

⁹ Cf. SARRACENO Chiara, NALDINI, Manuela, *Sociologia da Família*, 2.^a ed., Editorial Estampa, 2003, p. 240.

¹⁰ Cf. SEGALEN (nota 5), p. 109.

efeito, a noção de criança é uma construção social¹¹, expressão da imagem que uma dada sociedade num dado tempo e espaço tem da infância enquanto primeira fase da vida humana.

A posição central que a criança actualmente ocupa na vida familiar parece estar relacionada, por um lado, com a moderna possibilidade de controlo da fecundidade estreitamente liga à queda da taxa de natalidade e, por outro lado, com o decréscimo da mortalidade infantil¹².

A (re)valorização da criança e a nova consciência das suas especificidades tem reflexos no plano jurídico. De facto, à criança é actualmente reconhecido um estatuto de “cidadania social”¹³ que radica na sua nova condição de pessoa e de sujeito de direitos. A criança é agora perspectivada como verdadeiro titular de direitos fundamentais que devem ser respeitados não só pelos pais e outros familiares mas também pela Sociedade e pelo Estado.

Em suma, as novas representações da criança e do idoso provocaram uma mudança significativa da posição social e jurídica destes sujeitos e potenciaram o reconhecimento e a regulação das suas relações pessoais pelo Direito.

No contexto do sistema jurídico português, coube ao legislador, em 1995, a iniciativa de dar tradução legal a esta realidade sócio-afectiva através do artigo 1887.º-A do Código Civil que disciplina alguns aspectos das relações pessoais entre avós e netos. Na verdade, até à publicação da Lei n.º 84/95, de 31 de Agosto, a jurisprudência recusou reconhecer a existência autónoma de um direito dos avós às relações pessoais com os netos¹⁴. A partir desse

¹¹ Neste sentido, *vide* ARIÈS, Philipe, *A criança e a vida familiar no Antigo Regime*, Lisboa: Relógio d'Água, 1988 e JAMES, Alison, JAMES, Adrian L., *Constructing childhood*, New York: Palgrave Macmillan, 2004, pp. 12-13.

¹² Cf. SARRACENO, NALDINI (nota 9), pp. 208 e ss.

¹³ Sobre a necessidade de adaptar o discurso da cidadania à realidade da infância, *vide* ROCHE, Jeremy, “Rights, participation and citizenship”, *Childhood*, 1999, 6, pp. 475 e ss.

¹⁴ A introdução do artigo 1887.º-A no Código Civil veio resolver alguns dos problemas com que a jurisprudência até então se confrontava.

Um deles dizia respeito ao facto de não se encontrar no ordenamento jurídico português nenhuma referência legal expressa ao direito dos avós às relações pessoais com os netos. Alguma jurisprudência — da qual podemos destacar o Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 01 de Junho de 1993 —, confrontada com a necessidade de reconhecer um tal direito nalgumas situações concretas, afirmava a sua consagração indirecta no artigo 1918.º do Código Civil. Na verdade, esta norma permitia que os avós, no âmbito de uma acção de limitação do poder paternal, na qualidade de parentes na linha recta no segundo grau, requeressem ao tribunal o estabelecimento a seu favor de um direito às relações pessoais com os netos nas situações de perigo para a segurança, saúde, formação moral e educação destes. Tendo por base tal entendimento, os tribunais pareciam, assim, exigir para o reconhecimento do direito dos avós à companhia dos netos, por um lado, a prova da situação de perigo para a segurança, saúde, formação moral e educação destes e, por outro lado, a prova de que o contacto com os avós não se revelava, em circunstância alguma, prejudicial para aqueles. O referido Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 01 de Junho de 1993, declarou que “só através de limitação do exercício do poder paternal poderá ser estabelecida a obrigação de visitas do menor aos avós”. Cf. Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 01 de Junho de 1993, *in* <http://www.dgsi.pt>. Fora deste circunstancialismo, os nossos tribunais superiores consideravam que não era consagrado, no contexto do ordenamento jurídico português, um direito autónomo dos avós às

momento, porém, é de destacar a elaboração teórica das relações pessoais entre avós e netos que resultou do labor jurisprudencial. Nesta matéria, a criatividade dos nossos tribunais superiores supera os contributos da doutrina¹⁵, razão pela qual nos propomos realizar uma análise pormenorizada das suas decisões, debruçando-nos mais detidamente sobre o direito dos avós ao relacionamento com os netos¹⁶.

2. O DIREITO DOS AVÓS ÀS RELAÇÕES PESSOAIS COM OS NETOS NA JURISPRUDÊNCIA

2.1. Situações típicas

A análise da jurisprudência dos nossos tribunais superiores permite-nos identificar uma série de traços comuns nas situações de facto que foram sujeitas à sua apreciação.

Na verdade, verificamos que, em todos os casos que tivemos a oportunidade de analisar, a iniciativa de recorrer ao tribunal se deu na sequência de uma situação de crise familiar, designadamente, morte, separação ou divórcio.

Na maioria dos casos, deparamo-nos com a situação mais radical, ou seja, com a morte de um dos progenitores. Nesta circunstância, assiste-se frequentemente ao levantar de obstáculos ao contacto da criança com os avós da linha do progenitor falecido e ao seu consequente afastamento¹⁷ até

relações pessoais com os netos, como o proclamou o Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 09 de Março de 1993.

A doutrina, criticando a ausência de preceito legal que afirmasse tal direito, apresentava-se menos exigente quanto ao seu reconhecimento em concreto, pois entendia que o prejuízo para os netos resultava precisamente da falta de relacionamento com os avós e não o contrário. Neste sentido, vide ALMEIDA, José Carlos Moitinho de, Efeitos da filiação, in: *Reforma do Código Civil*, Lisboa: Ordem dos Advogados, 1981, p. 166, DUARTE, Maria de Fátima Abrantes, *O poder paternal. Contributo para o estudo do seu actual regime*, 1.^a reimpr., Lisboa: AAFDL, 1994, pp. 77-78, SOTOMAYOR, Maria Clara, *Regulação do exercício do poder paternal nos casos de divórcio*, 4.^a ed., Coimbra: Almedina, 2002, pp. 120 e ss.

¹⁵ Esta questão é abordada em vários textos doutrinários, designadamente, COELHO, F. M. Pereira, Casamento e família no direito português, in *Temas de Direito da Família*, Coimbra: Almedina, 1986, p. 22, LEANDRO, Armando Gomes, Poder paternal: natureza, conteúdo, exercício e limitações. Algumas reflexões de prática judiciária, in: *Temas de Direito da Família*, Coimbra, Almedina, 1986, pp. 124 e 145-146, ALMEIDA (nota 14), pp. 165-166, DUARTE (nota 14), pp. 76 e ss., PINHEIRO, Jorge Duarte, *O Direito da Família contemporâneo*, Lisboa: AAFDL, 2008, p. 60. No entanto, no contexto da doutrina portuguesa, apenas Maria Clara Sottomayor se pronuncia mais pormenorizadamente sobre o assunto. Cf. SOTOMAYOR (nota 14), pp. 119 e ss.

¹⁶ A opção de nos centrarmos no exame do direito dos avós às relações pessoais com os netos fica a dever-se ao facto de ser este o aspecto de tal relacionamento que mais tem suscitado a intervenção dos tribunais portugueses. Todavia, não desconhecemos a existência de um correlativo direito dos netos às relações pessoais com os avós. Deste modo, ao longo deste estudo, convocaremos certos aspectos deste direito com o intuito de, através do seu confronto com o direito dos avós, melhor apurarmos a compreensão deste último.

¹⁷ Cf. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 09 de Dezembro de 2004, in www.dgsi.pt, Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 09 de Março de 1993, in <http://www.dgsi.pt>, Acór-

mesmo nos casos em que as responsabilidades parentais já houvessem sido reguladas e atribuídas àquele progenitor no contexto de divórcio ou separação dos pais¹⁸.

Cabe igualmente salientar que, em quase todos os casos, os avós e as crianças tinham vivido em momento anterior uma relação de proximidade existencial¹⁹.

Não podemos deixar de notar que se destacam os casos em que o progenitor falecido foi a mãe, sendo esta quem detinha à data o exercício das responsabilidades parentais. No contexto destas famílias monoparentais, é evidente o contributo dado pelos avós da linha materna no cuidado da criança, o que implica uma relação estreita e, por vezes, residência comum. Nestas circunstâncias, a quebra ou a menor intensidade do contacto da criança com os avós, na sequência de tal acontecimento traumático, assume particular relevância²⁰.

Importa também referir que, em alguns casos, a existência de um novo casamento ou de uma nova relação estável por parte do progenitor que detém a guarda e, portanto, do surgimento de um novo sujeito relevante no quadro familiar, pode ser um elemento potenciador do recurso aos tribunais para fazer valer o direito dos avós às relações pessoais com os netos²¹. Com efeito, da leitura da jurisprudência, torna-se perceptível que o quadro de uma família recombinação pode fazer surgir a necessidade por parte dos avós de delimitar claramente espaços de contacto com a criança.

Após a enunciação dos traços mais comuns dos casos de litígio sobre os quais os tribunais superiores portugueses se têm pronunciado, pretendemos analisar e comentar somente os aspectos das relações pessoais entre avós

dão do Tribunal da Relação de Lisboa de 17 de Fevereiro de 2004, Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 08 de Julho de 2004, *in* <http://www.dgsi.pt>, Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 05 de Julho de 2005, Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 30 de Outubro de 2007 e do Tribunal da Relação de Coimbra de 26 de Fevereiro de 2008, *in* <http://www.dgsi.pt>.

¹⁸ Cf. Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 09 de Março de 1993, *in* <http://www.dgsi.pt>, Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 30 de Outubro de 2007 e Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 26 de Fevereiro de 2008, *in* <http://www.dgsi.pt>.

¹⁹ Cf. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 03 Março de 1998, *in* <http://www.dgsi.pt>, Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 09 de Março de 1993, *in* <http://www.dgsi.pt>, Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 19 de Janeiro de 2006, *in* <http://www.dgsi.pt>, Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 17 de Fevereiro de 2004, Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 08 de Julho de 2004, *in* <http://www.dgsi.pt>, Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 30 de Outubro de 2007, *in* <http://www.dgsi.pt> e Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 26 de Fevereiro de 2008, *in* <http://www.dgsi.pt>.

²⁰ Cf. Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 09 de Março de 1993, *in* <http://www.dgsi.pt>, Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 17 de Fevereiro de 2004, *in* <http://www.dgsi.pt>, Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 30 de Outubro de 2007, *in* <http://www.dgsi.pt> e Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 26 de Fevereiro de 2008, *in* <http://www.dgsi.pt>.

²¹ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 03 Março de 1998, *in* <http://www.dgsi.pt>, Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 17 de Fevereiro de 2004, *in* <http://www.dgsi.pt> e Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 26 de Fevereiro de 2008, *in* <http://www.dgsi.pt>.

e netos que, do ponto de vista da construção teórica, mais interesse têm despertado na jurisprudência dos nossos tribunais superiores.

2.2. Titularidade

A jurisprudência é unânime em reconhecer a realidade sócio-afectiva das relações pessoais entre avós e netos. Não há, porém, acordo no que se refere à questão de saber se o relacionamento entre avós e netos se deve traduzir na existência de um direito dos avós, de um direito dos netos ou de ambos.

O entendimento de que se trata de um direito exclusivo dos avós, tanto quanto sabemos, não foi acolhido pela jurisprudência. Os nossos tribunais aderiram, no entanto, em múltiplas ocasiões, à posição que defende tratar-se de um direito dos netos. A nova consideração da criança como sujeito de direitos fundamentais e a centralidade que o seu interesse assume no Direito das Crianças e Jovens e no Direito da Família, levaram certamente a supor que se trataria de um direito única e exclusivamente do neto. Assim, e em momento anterior à Lei n.º 84/95, o Tribunal da Relação do Porto, por Acórdão de 09 de Março de 1993, afirmava que “*o nosso ordenamento jurídico não reconhecia aos avós o direito de visita relativamente ao menor*”²². Na mesma linha, e já depois da referida lei, o Tribunal da Relação de Lisboa, por Acórdão de 12 de Junho de 2003, inclinou-se no sentido da existência de um “*direito autónomo ao convívio com os irmãos e os avós*” apenas por parte do neto²³ e, por Acórdão de 17 de Fevereiro de 2004, declarou que as crianças, como titulares do direito constitucionalmente protegido ao desenvolvimento da personalidade (art. 26.º, n.º 1, CRP), “*podem relacionar-se e conviver com quem entenderem, nomeadamente, com os irmãos e ascendentes; (...) não exist[indo] consequentemente, nenhum direito de visita que tenha por objecto os menores, nomeadamente, não exist[indo] o direito de visita dos avós*”²⁴.

Tratar-se-á então de um direito exclusivo dos netos? A posição dominante na jurisprudência parte da consideração do direito do neto ao convívio com os avós, mas não deixa de reconhecer igualmente um direito destes à companhia do neto. De facto, o Supremo Tribunal de Justiça, em Acórdão de 03 de Março de 1998, reconheceu “*um direito do menor ao convívio com os avós*” mas também “*um direito destes ao convívio com o neto*”²⁵ e o Tribunal da Relação do Porto, em Acórdão de 7 de Janeiro de 1999, sustenta que “*à menor assiste o direito de continuar a relacionar-se com a avó, e esta tem, igualmente,*

²² Cf. Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 09 de Março de 1993, *in* <http://www.dgsi.pt>.

²³ Cf. Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 12 de Junho de 2003, *Colectânea de Jurisprudência*, ano XXVIII, tomo III/2003, pp. 110-11.

²⁴ Cf. Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 17 de Fevereiro de 2004, *in* <http://www.dgsi.pt>.

²⁵ Cf. Acórdão do Supremo Tribunal Justiça, de 03 de Março de 1998, *in* <http://www.dgsi.pt>.

*o direito de conviver com a menor*²⁶. O Tribunal da Relação de Coimbra resumiu esta ideia ao falar de um “direito de convívio recíproco”²⁷.

No que respeita aos titulares do direito em análise uma última observação se impõe. A lei refere-se a “ascendentes” e não apenas a avós, alargando, por conseguinte, este círculo. Na verdade, a categoria dos ascendentes engloba não só os parentes em linha recta ascendente no segundo grau — os avós — mas também, por exemplo, no terceiro e quarto grau — os bisavós e os trisavós — (arts. 1580.^º e 1581.^º CCiv). Deste modo, não fica afastado um direito às relações pessoais com bisavós no quadro de uma família “tetrageracional”.

Este aspecto, porém, não foi ainda submetido à apreciação dos nossos tribunais superiores.

2.3. Fundamento

O fundamento do direito dos avós e dos netos a relações pessoais recíprocas tem sido uma questão controvertida que tem dividido, desde há muito, tanto a doutrina como a jurisprudência de outros países²⁸.

A nossa jurisprudência teve oportunidade de se pronunciar sobre o assunto, no Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 03 de Março de 1998, apontando a relação jurídico-familiar de parentesco como a base deste direito²⁹.

Na verdade, a lei atribuiu uma relevância considerável à relação de parentesco, associando-lhe um amplo espectro de efeitos³⁰, entre os quais se

²⁶ Cf. Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 01 de Janeiro de 1999, *Colectânea de Jurisprudência*, ano XXIV, tomo I/1999, pp. 180-181.

²⁷ Cf. Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 26 de Fevereiro de 2006, *in* <http://www.dgsi.pt>. Neste sentido, veja-se também o já citado Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 09 de Dezembro de 2004, que a propósito da competência internacional dos tribunais portugueses para julgar uma acção de limitação do poder paternal e a fixação de visitas aos avós, se refere a um direito ao convívio recíproco entre avós e netos.

A doutrina tem acompanhado a jurisprudência a este respeito, *vide* LEANDRO (nota 15), p. 146, SOTOMAYOR (nota 14), p. 119. Também a doutrina espanhola adere a esta compreensão das relações pessoais entre avós e netos, por todos, *vide* GARCÍA CANTERO, Gabriel, *Las relaciones familiares entre nietos y abuelos sgún la Ley de 21 de noviembre de 2003*, Madrid: Thomson — Civitas, 2004, p. 133, e RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco, “Las relaciones personales entre abuelos y nietos en las familias reconstituidas”, *Lex Familiae — Revista Portuguesa de Direito da Família*, ano 3, n.º 6, 2006, p. 41.

²⁸ Cf. CORVO LÓPEZ, Felisa-María, A propósito de la nueva relación de las relaciones de los niños com sus abuelos en Francia y en España, *in: Protección jurídica de los mayores* (M. Alonso Pérez, E. M.ª Martínez Gallego, J. Reguero Celada, coords.), Madrid: La Ley, 2004, pp. 356 e ss.

²⁹ A doutrina nacional também se inclina neste sentido. Na verdade, Clara Sottomayor configura o direito de visita como “um direito particular, resultante de uma realidade humana e biológica (o parentesco e a afeição), que o direito não pode ignorar”, SOTOMAYOR (nota 14), p. 124. Em Itália, Pasquale Stanzione e Giovanni Sciancalepore fundam o direito de visita no *status familiae*. STANZIONE, Pasquale, SCIANCALEPORE, Giovanni, *Minori e diritti fondamentali*, Milano: Giuffrè Editore, 2006, p. 183.

³⁰ Cf. COELHO, F. M. Pereira, OLIVEIRA, Guilherme de, *Curso de Direito da Família*, vol. I, 3.^a ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2003, pp. 32 e 41 e ss.

perfila o referido direito. Tal resulta claramente do artigo 1887.º-A do Código Civil que se refere ao “direito ao convívio” com os “ascendentes”, ou seja, com os parentes na linha recta ascendente da criança.

Para além disso, o Supremo Tribunal de Justiça, no último Acórdão citado, complementa o fundamento do parentesco com a referência à relação afectiva que se estabelece entre avós e netos e afirma que tal direito se encontra “*alicerçado na afeição e amor reciprocamente sentidos, em geral, entre pessoas do mesmo sangue e muito próximas entre si*”³¹.

Apesar de aderirmos sem reservas à posição do nosso tribunal superior de que a relação de parentesco é o fundamento do direito dos avós e dos netos a um relacionamento recíproco, somos mais cautelosas na consideração das relações de afecto entre estes como o outro pilar que está na base do referido direito. Na verdade, se é certo que avós e netos se encontram normalmente ligados por tais laços, poderemos deparar-nos com situações em que a ausência de qualquer contacto prévio não pode determinar que lhes seja negada a titularidade deste direito³².

2.4. Finalidade

A jurisprudência portuguesa não autonomizou de forma clara a questão da finalidade do direito objecto deste estudo. Todavia, em vários dos acórdãos analisados perpassam ideias que remetem para os fins prosseguidos pelo direito em causa. Na verdade, a consagração deste direito não deixa de ser um meio para a prossecução de outros direitos, nomeadamente direitos fundamentais de que a criança é titular.

Em primeiro lugar, podemos individualizar uma finalidade principal que se prende com a promoção do direito ao desenvolvimento da personalidade e do direito à historicidade pessoal³³. Tal entendimento é acolhido em várias decisões dos nossos tribunais superiores, que se debruçam mais detidamente sobre o primeiro.

Qual a razão para a centralidade do direito ao desenvolvimento da personalidade no contexto das relações pessoais entre avós e netos? Desde logo, não podemos esquecer a ligação daquele direito à ideia da “formação da personalidade” e que esta assume uma particular importância no contexto das

³¹ No espaço francês, Thierry Garé combina igualmente estes dois elementos e sustenta que, em primeira linha, encontramos o “lien de proche parenté” que liga os netos aos seus avós, mas que também devemos considerar o papel da “affection toute naturelle inherent à cette parenté”. Cf. GARÉ, Thierry, *Les grands-parents dans le droit de la famille*, Paris, Editions du CNRS, 1989, pp. 210 e 212. Em Espanha, García Cantero também elege como fundamento do “direito de visita” a relação de parentesco, destacando a particular intensidade que “deriva do parentesco em linha recta”. Cf. GARCIA CANTERO (nota 27), p. 37. No entanto, lembra igualmente a relevância “das relações pessoais e afectivas que unem efectivamente os netos aos seus avós”. GARCIA CANTERO (nota 27), p. 131.

³² Cf. CORVO LÓPEZ (nota 28), p. 380.

³³ Francisco Rivero Hernández classifica esta finalidade como uma “função formativa”. Cf. RIVERO HERNÁNDEZ (nota 27), p. 40.

matérias que envolvem crianças e jovens³⁴. Para além disso, podemos dizer que o desenvolvimento da personalidade se realiza, em regra, nas relações com outras pessoas — é, por natureza, “comunicativo”³⁵ — e exige a regulamentação de tais relações, de modo a criar condições para este desenvolvimento³⁶. Cabe aos pais (e/ou ao tribunal) definir em concreto as relações pessoais entre avós e netos de forma a possibilitar a concretização deste direito³⁷.

Assim, o Supremo Tribunal de Justiça, em Acórdão de 03 de Março de 1998, acentua a ideia que a relação que se estabelece entre avós e netos contribui para a formação moral e o desenvolvimento destes, sublinhando o papel “afectivo e lúdico” dos avós, que contribuiu para a satisfação da “necessidade emocional da criança de se sentir amada, valorizada e apreciada”³⁸. Para além disso, este tribunal foi sensível ao que a promoção da memória familiar representa para o desenvolvimento harmonioso do indivíduo e encara igualmente as referidas relações como um meio de conhecimento da história familiar³⁹. Deste modo, o respeito pelo direito à historicidade pessoal na medida em que se traduz num direito a conhecer os antepassados, garantindo o conhecimento da “localização familiar” e o acesso às origens⁴⁰ é, nesta sede, sublinhado como finalidade a prosseguir.

Também o Tribunal da Relação de Lisboa, em 2004⁴¹, invocando os dados da Sociologia e da Psicologia, se referiu ao benefício das relações pessoais entre avós e netos para “o desenvolvimento e formação da personalidade do ser humano” da “sua integração numa família, assente em laços de afectividade”⁴².

³⁴ Cf. MIRANDA, Jorge, MEDEIROS, Rui, *Constituição Portuguesa anotada*, tomo I, Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 287.

³⁵ Cf. PINTO, Paulo Mota, O direito ao livre desenvolvimento da personalidade, in: *Portugal-Brasil Ano 2000*, Studia Jurídica, n.º 40, Coimbra: Coimbra Editora, 1999, p. 159.

³⁶ Paulo Mota Pinto considera que a “garantia jurídica da realização do direito ao ‘desenvolvimento da personalidade’ pressupõe, pois, também (num processo de “juridificação”, é certo), o estabelecimento de um quadro jurídico-normativo de regulamentação dessas relações, por forma a possibilitar justamente condições de desenvolvimento da personalidade”. Cf. PINTO (nota 35), p. 159.

³⁷ Gomes Canotilho e Vital Moreira apontam três elementos nucleares do direito ao desenvolvimento da personalidade: o direito à “auto-affirmação” em relação a si mesmo; o direito à auto-exposição na relação com os outros; e o direito à criação ou aperfeiçoamento de pressupostos indispensáveis ao desenvolvimento da personalidade. Cf. CANOTILHO, MOREIRA (nota 4), p. 464. Assim, parece-nos que podemos enquadrar o direito do neto às relações com os avós neste terceiro elemento enumerado.

³⁸ Cf. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 03 de Março de 1998, in <http://www.dgsi.pt>. Aqui o Supremo Tribunal de Justiça utiliza as palavras de Maria Clara Sottomayor, SOTTOMAYOR (nota 14), p. 126.

³⁹ Cf. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 03 de Março de 1998 apoia-se nas palavras de Maria Clara Sottomayor para tecer estas considerações. Cf. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 03 de Março de 1998, in <http://www.dgsi.pt>.

⁴⁰ Seguimos aqui de perto as palavras de F. M. Pereira Coelho e de Guilherme de Oliveira. Cf. COELHO, OLIVEIRA (nota 30), p. 51.

⁴¹ Cf. Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 17 de Fevereiro de 2004, in <http://www.dgsi.pt>.

⁴² Em sentido similar se pronunciou o Tribunal da Relação do Porto, considerando que no caso apreciado “é desejável (...) que se mantenha uma forte ligação da menor à sua avó, por forma

Esta função promotora do desenvolvimento da personalidade foi igualmente assinalada na segunda instância de Coimbra, que reconheceu que “*o relacionamento familiar de um jovem, (...) que habitualmente lhe proporciona afecto, carinho, conforto, segurança e identificação pessoal e social, (...) desenvolve a sua personalidade e formação sócio-moral e contribui para a moldar, habitual e desejavelmente no bom sentido*”⁴³.

Em ocasião anterior, este mesmo tribunal parece ter assinalado outra finalidade a tal direito. Para além do contributo para o “desenvolvimento psico-social e educacional dos menores”, o exercício de tal direito também se traduz “*numa situação gratificante para os avós*”⁴⁴. Na verdade, pode entrever-se uma finalidade secundária, que se reconduz à auto-realização dos avós⁴⁵.

A tradução no plano jurídico das relações pessoais entre avós e netos pode ainda, em nossa opinião, prosseguir outro fim: o fortalecimento dos laços com a família alargada ou, dito de outro modo, a promoção da solidariedade familiar. A este propósito, o Tribunal da Relação do Porto parece aludir a este fim ao considerar que “*com a referência a ascendentes naquele preceito legal, se mostra a importância para a menor do conhecimento e da relação com a “grande família”*”⁴⁶. Por seu lado, em Coimbra, o Tribunal da Relação também acentuou que a introdução do artigo 1887.º-A no Código Civil representaria “*a necessidade de salvaguarda de relações familiares não estritamente nucleares que poderiam perder-se caso os pais entendessem que os seus filhos não deveriam conviver com os seus irmão e avós*”⁴⁷.

2.5. Natureza jurídica

Afirmámos já a existência de um direito dos avós, mas também a existência de um direito dos netos. Avós e netos são, pois, titulares de dois direitos autónomos e distintos, ainda que intrinsecamente ligados. Esta consideração é particularmente importante quando nos propomos examinar a

a continuar um envolvimento afectivo que lhe tem sido benéfico e continuará a ser”. Cf. Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 07 de Janeiro de 1999, *in Colectânea de Jurisprudência*, Ano XXIV, Tomo I, 1999, p. 181.

⁴³ Cf. Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 26 de Fevereiro de 2008, *in* <http://www.dgsi.pt>.

⁴⁴ Cf. Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 05 de Julho de 2005, *in* <http://www.dgsi.pt>.

⁴⁵ Esta ideia da valorização, não só do interesse dos netos, mas também da pessoa dos avós, é exemplo do entendimento actual da Direito da Família como aquilo que Diogo Leite de Campos classifica como “um espaço de pessoas iguais em interacção de amor, em criação mútua continuada, nunca terminada no seu caminho”. Cf. CAMPOS, Diogo Leite de, “O Direito em Nós”, *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 68, II/III, Lisboa, Setembro/Dezembro 2008, p. 570.

⁴⁶ Cf. Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 07 de Janeiro de 1999 — o sublinhado é nosso — que se apoia nas palavras de Maria Clara Sottomayor. Cf. Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 07 de Janeiro de 1999, *in Colectânea de Jurisprudência*, Ano XXIV, Tomo I, 1999, p. 181, e SOTOMAYOR (nota 14), p. 119.

⁴⁷ Cf. Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 05 de Julho de 2005, *in* <http://www.dgsi.pt>.

natureza jurídica dos direitos em causa. Podemos já avançar que quer o direito dos avós, quer o direito dos netos se reconduzem à categoria de direitos familiares pessoais, mais precisamente de direitos pessoalíssimos, ou seja, direitos subjectivos que, pela sua essência, estão intimamente ligados à pessoa do seu titular. Deste perfil decorrem outras notas como a irrenunciabilidade e a intransmissibilidade⁴⁸.

O direito dos avós e o direito dos netos assumem, porém, uma diferente natureza jurídica⁴⁹. Os nossos tribunais superiores tiveram ocasião de se debruçar sobre esta questão. No entanto, não a analisaram na perspectiva dos dois sujeitos da relação ou, dito de outro modo, a jurisprudência somente se pronunciou sobre a questão da natureza jurídica do direito dos avós às relações pessoais com os seus netos. Se bem entendemos, o Supremo Tribunal de Justiça, no Acórdão de 03 de Março de 1998, classifica tal direito como um direito subjectivo dos avós⁵⁰. Já o Tribunal da Relação de Lisboa, no Acórdão de 08 de Julho de 2004, parece aderir à tese de que se trata de um poder funcional⁵¹.

Acompanhamos este segundo entendimento. O direito dos avós às relações pessoais com os netos parece enquadrar-se na categoria dos poderes funcionais⁵². Com efeito, é, em primeiro lugar, nítida a dissociação entre o titular do poder — os avós — e o titular do interesse que através dele se prossegue — o neto; em segundo lugar, o seu exercício, tem por critério orientador o interesse do neto⁵³, como veremos adiante.

Tal interesse, para além de ser determinante no que toca à consideração do direito dos avós como poder funcional, tem outros reflexos na caracterização do referido direito. Na verdade, o interesse da criança é, em primeira linha, avaliado pelos pais e dessa avaliação estes poderão retirar a existência de uma causa justa para impedir o contacto entre avós e netos. A formulação negativa⁵⁴ do artigo 1887.º-A do Código Civil suporta esta interpre-

⁴⁸ Neste sentido, vide GARCÍA CANTERO (nota 27), pp. 134-136, e COLÁS ESCANDÓN, Ana María, *Relaciones Familiares de los Nietos con sus Abuelos. Derecho de Visita, Estancia, Comunicación y Atribución de la Guarda y Custodia (Ley 42/2003, de 21 de noviembre)*, Cizur Menor: Aranzadi, 2005, p. 44.

⁴⁹ Neste sentido, vide RIVERO HERNÁNDEZ (nota 27), pp. 40 e ss., e GARCÍA CANTERO (nota 27), pp. 134-135.

⁵⁰ Cf. Acórdão do Supremo Tribunal Justiça de 03 de Março de 1998, *in* <http://www.dgsi.pt>.

⁵¹ Cf. Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 08 de Julho de 2004, *in* <http://www.dgsi.pt>.

⁵² Sobre esta categoria e a sua distinção dos direitos subjectivos em sentido estrito, vide CARVALHO, Orlando de, *Teoria Geral do Direito Civil*: sumários desenvolvidos para uso dos alunos do 2.º Ano (1.ª Turma) do Curso Jurídico de 1980/ 81, Coimbra: Centelha, 1981, pp. 77 e ss., 82 e ss., MENDES, João de Castro, *Teoria geral do direito civil*, vol. I, reimpr, Lisboa: AAFDL, 1997, pp. 368-369, SOUSA, Rabindranath Capelo de, *Teoria Geral do Direito Civil*, vol. I, Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 185, PINTO, Carlos Alberto da Mota, MONTEIRO, António Pinto, PINTO, Paulo Mota, *Teoria Geral do Direito Civil*, 4.ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 179, COELHO, OLIVEIRA (nota 30), pp. 198-201.

⁵³ Neste sentido, GARCÍA CANTERO (nota 27), p. 134, e RIVERO HERNÁNDEZ (nota 27), p. 41.

⁵⁴ A lei portuguesa adoptou uma formulação semelhante à da lei espanhola — Artigo 160.2 do Código Civil Espanhol: “No podrán impedirse sin justa causa las relaciones personales del hijo con sus abuelos y otros parientes y allegados”.

tação ao dispôr que “os pais não podem injustificadamente privar os filhos do convívio com os irmãos e ascendentes”. Assim, a lei parece admitir que, em certas circunstâncias, designadamente face a uma situação de perigo da qual possa resultar grave prejuízo para o neto, seja negado aos avós o efectivo exercício do seu direito às relações pessoais com os netos⁵⁵. Destas reflexões, decorre, em nossa opinião, o reconhecimento deste direito como um direito potencial e abstracto e não como um direito definitivo e concreto⁵⁶.

Já caracterizámos o direito do neto às relações pessoais com os avós como um direito pessoalíssimo. Tal caracterização não ficaria, no entanto, completa se não afirmássemos a sua qualidade de direito da personalidade⁵⁷, na medida em que se consubstancia num modo de ser moral da personalidade do neto⁵⁸. Este direito surge intrinsecamente ligado à pessoa do neto, à consciência da sua especial vulnerabilidade e da realidade do seu desenvolvimento progressivo⁵⁹, razão pela qual defendemos, tratar-se de uma densificação do direito fundamental ao desenvolvimento da personalidade e do direito à historicidade pessoal do neto.

2.6. Conteúdo

Partindo da letra do preceito legal do artigo 1887.º-A do Código Civil, vamos procurar averiguar do conteúdo do direito dos avós às relações pessoais com os netos. Esta disposição legal refere-se ao “convívio com (...) ascendentes”. Deste modo, afasta-se da fórmula tradicional de “direito de visita” dos avós. Tal opção do nosso legislador indica que entende o direito em causa (e o seu conteúdo) de forma mais ampla do que a expressão “direito de visita” faria supor. Ainda assim, a jurisprudência⁶⁰ e a doutrina

⁵⁵ Afirmando a prevalência do interesse do neto sobre o interesse dos avós, *vide* SOTOMAYOR (nota 14), p. 127.

⁵⁶ Neste sentido, *vide* RIVERO HERNÁNDEZ (nota 27), p. 42. Adaptando a terminologia da doutrina principalista quanto ao conceito de direito fundamental e à natureza das suas restrições à realidade das relações entre avós e netos, parece assim que o direito dos avós deverá, então, ser perspectivado como um direito *prima facie* que pode, *em definitivo*, ter que ceder na ponderação com outros direitos ou interesses com ele conflituantes, neste caso os do neto. Sobre a teoria principalista, *vide* ALEXY, Robert, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, 3.ª reimpr., Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, e J. J. CANOTILHO, Gomes, *Dogmática de Direitos Fundamentais e Direito Privado*, in *Estudos sobre Direitos Fundamentais*, Coimbra, Coimbra Editora, 2004, pp. 191 e ss.

⁵⁷ Cf. RIVERO HERNÁNDEZ (nota 27), p. 43. Em sentido contrário, *vide* COLÁS ESCANDÓN (nota 48), p. 42.

⁵⁸ Sobre a categoria dos direitos da personalidade, *vide* PINTO et al. (nota 52), pp. 208 e ss., e CAMPOS, Diogo Leite de, “Lições de direitos da personalidade”, separata do *Boletim da Faculdade de Direito*, 1991.

⁵⁹ Cf. RIVERO HERNÁNDEZ (nota 27), p. 43.

⁶⁰ *Vide*, entre outros, o Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 09 de Março de 1993, *in* <http://www.dgsi.pt>, o Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 19 de Setembro de 2002, *in* <http://www.dgsi.pt>, o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 12 de Junho de 2003, *in* <http://www.dgsi.pt>, o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 17 de Fevereiro de 2004, *in* <http://www.dgsi.pt>, o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 20 de Maio de 2004,

nacionais⁶¹ continuam a referir-se mais comumente a “direito de visita”, o que pode ser explicado pelo facto de se tratar de uma “expressão breve e cómoda que permite identificar rapidamente o problema a que se refere”⁶². Todavia, apesar desta virtude, tal opção terminológica não é a mais adequada para exprimir a complexa realidade sócio-afectiva inerente às relações entre avós e netos. Na linguagem comum, “visitar” significa apenas, o “acto de ir ver alguém por cortesia ou afeição”⁶³, o que fica aquém do conteúdo que pensamos que o direito em análise encerra.

A expressão legal “convívio” parece estar um passo à frente na compreensão da variedade destas relações⁶⁴. Na verdade, estas abrangem não só um direito de ir ao encontro dos netos no domicílio destes, ou seja, no domicílio daquele que os tem à sua guarda, mas também, o direito de os receber em sua própria casa ou de se encontrar com estes num local definido. Todavia, a letra da lei deixa de fora um feixe de outros direitos que a expressão “convívio” só abarcaria se entendida em sentido lato. Como exemplos podemos apontar o direito de estabelecer contacto por telefone, através de carta ou correio electrónico⁶⁵ ou o direito de receber informações acerca de diversos aspectos da vida dos netos, nomeadamente, acerca da saúde física ou psíquica destes⁶⁶.

Debruçando-se sobre a questão da periodicidade com que se realizam estes contactos, o Tribunal da Relação de Coimbra parece ter ido ao encontro desta compreensão ampla, afirmando que, apesar de o “convívio” “não implica[r] necessariamente periodicidade certa, nem mesmo espaço temporal preciso, (...) tem na sua base a ideia de regularidade (diferente de periodicidade certa) e de tempo bastante para o estabelecimento de comunicação inter relacional entre os visados (o qual pode variar em função das circunstâncias em que ocorre)”⁶⁷.

Apesar da opção terminológica do legislador português, os nossos tribunais

⁶¹ in <http://www.dgsi.pt>, o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 08 de Julho de 2004, in <http://www.dgsi.pt>, o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 06 de Abril de 2006, in <http://www.dgsi.pt> e o Acórdão do Tribunal do Supremo Tribunal de Justiça de 09 de Dezembro de 2004 in <http://www.dgsi.pt>.

⁶² Cf. COELHO (nota 15), p. 22, LEANDRO (nota 15), pp. 124 e 145-146, DUARTE (nota 14), p. 76, e SOTOMAYOR (nota 14), p. 119.

⁶³ Cf. GARCÍA CANTERO (nota 27), pp. 28-29.

⁶⁴ Cf. FIGUEIREDO, Cândido, *Grande Dicionário da Língua Portuguesa*, 25.^a ed., Venda Nova, Bertrand Editora, 1996.

⁶⁵ O Tribunal da Relação de Coimbra, em Acórdão de 26 de Fevereiro de 2008, parece entender o inverso quando relega a questão terminológica para um segundo plano, optando por se pronunciar sobre a questão “independentemente de se saber se trata ou não, no citado preceito, de haver um direito de visita ou se é apenas um direito ao convívio” Cf. Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 26 de Fevereiro de 2008, in <http://www.dgsi.pt>. O sublinhado é nosso.

⁶⁶ Cf. GARCÍA CANTERO (nota 27), p. 31,

⁶⁷ Neste sentido, vide RIVERO HERNÁNDEZ (nota 27), p. 58.

⁶⁸ Cf. Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 05 de Julho de 2005, in <http://www.dgsi.pt>. O sublinhado é nosso.

superiores, em regra, continuaram a utilizar as expressões “*direito de visita*” e “*direito ao convívio*” em sentido equivalente. Como exceções a esta tendência encontramos o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 03 de Março de 1998⁶⁸ e o Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 05 de Julho de 2005⁶⁹. O primeiro, ao falar em “*direito de visita*”, não prescinde das aspas, o que parece indicar a falta de propriedade do termo e refere-se a este direito no sentido do “*estabelecimento de relações pessoais entre quem está unido por estreitos laços familiares*”. O segundo adopta exclusivamente a expressão “*convívio*”.

Em nossa opinião⁷⁰, e em coerência com a terminologia que temos adoptado, a expressão que reproduz de forma mais fiel a densidade e a variedade das relações que aqui analisamos será “direito dos avós às relações pessoais com os netos”.

A maior amplitude que assim se reconhece ao direito referido não pode, todavia, esbater as diferenças que existem entre este direito e os poderes-deveres que integram o espectro das responsabilidades parentais (art. 1878.º, n.º 1, CCiv), de que ambos os pais são, em princípio, os detentores (arts. 36.º, n.º 5, CRP e 1901.º, 1906.º, n.º 1, CCiv). Neste sentido, não podemos deixar de destacar a decisão do Tribunal da Relação de Coimbra de Fevereiro de 2008 que sublinha a necessidade de interpretar com cuidado o preceito do artigo 1887.º-A do Código Civil, “*pois do mesmo não resulta nem pode resultar que este “direito de 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 arts. 1905.º, n.os 1 e 2, 1906.º, do C. Civ. e 180.º da OTM*”⁷¹.

O direito dos avós às relações pessoais com os netos não se confunde, desde logo, com o poder-dever de guarda que integra as responsabilidades parentais. Tal poder funcional traduz-se no direito e no dever de ter o filho em sua companhia, de lhe fixar residência e de exigir que ele aí permaneça⁷². O exercício deste poder-dever só se autonomiza, passando a ser exercido apenas por um dos pais, quando, após uma situação de crise familiar — cessação de convivência, separação de pessoas e bens, divórcio, anulação ou declaração de nulidade do casamento —, o tribunal, no contexto da regulação das responsabilidades parentais, fixa a residência do menor junto de um dos pais (art. 1906.º, n.º 4, CCiv), ou quando, por acordo, os pais assim o decidam (art. 1776.º-A CCiv). Deste modo, nestas situações, será o progenitor com

⁶⁸ Cf. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 03 de Março de 1998, *in* <http://www.dgsi.pt>.

⁶⁹ Cf. Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 05 de Julho de 2005, *in* <http://www.dgsi.pt>.

⁷⁰ No mesmo sentido, *vide* COLÁS ESCANDÓN (nota 48), p. 39.

⁷¹ Cf. Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 26 de Fevereiro de 2008, *in* <http://www.dgsi.pt>.

⁷² A noção de guarda pressuposta no texto reconduz-se à noção de guarda em sentido restrito, entendida como poder-dever que integra o plano pessoal das responsabilidades parentais. Para mais desenvolvimentos sobre o poder-dever de guarda, *vide* MARTINS, Rosa, *Menoridade, Incapacidade e Cuidado Parental*, Coimbra: Coimbra Editora, 2008, pp. 198 e ss.

quem a criança residir habitualmente, ou seja, o progenitor a quem é confiada a guarda do filho, a exercer os restantes poderes-deveres que fazem parte das responsabilidades parentais no que respeita aos actos da vida corrente deste. Por conseguinte, será este o progenitor a quem cabe exercer o poder-dever de vigilância⁷³ ou, dito de outro modo, o progenitor a quem cumpre proteger o filho na sua integridade física e moral e, portanto, a quem compete, nomeadamente, vigiar as acções do filho, controlar as suas entradas e saídas da residência que lhe fixou, supervisionar as suas relações pessoais com outros familiares e com terceiros.

Na nossa jurisprudência, o Supremo Tribunal de Justiça⁷⁴ sentiu a necessidade de proceder a esta distinção, realçando que o direito concedido aos avós não se confunde com o poder-dever de guarda dos pais. Considera, portanto, que são “*dois direitos distintos com objecto, finalidade e natureza jurídica*⁷⁵ diferentes, sendo mais amplo o círculo dos potenciais beneficiários deste último”.

Este direito dos avós também não se pode identificar com o “direito de visita” de um dos progenitores. O nosso tribunal superior aludiu a este facto, referindo que o “direito de visita” dos avós não se confunde com os poderes do progenitor que não detém a guarda⁷⁶ e o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 17 de Fevereiro de 2004⁷⁷, reconhece-lhe menor amplitude que o “direito de visita” do progenitor não guardião. Pensamos, todavia, que esta distinção não se basta com uma avaliação de natureza “quantitativa”, já que estes direitos apresentam fundamentos diferentes⁷⁸.

Por fim, não cabe aos avós, no exercício do seu direito às relações pessoais com os netos, estender a sua actuação ao exercício de outros poderes funcionais, como por exemplo o poder-dever de educação. O Tribunal da Relação de Coimbra⁷⁹ foi sensível a esta diversidade, afirmando que “aos avós não cumpre velar quanto a esse poder-dever, nem eles estão, pessoal e habitualmente, vocacionados ou preparados para exercer um poder disciplinador, formativo e de guarda dos netos”.

2.7. Critério

O regime jurídico das relações pessoais entre avós e netos parece girar em torno da figura do neto. De facto, o conceito de interesse da criança, pedra

⁷³ Sobre a estreita relação entre o poder-dever de guarda e o poder-dever de vigilância, *vide* MARTINS (nota 72), p. 201.

⁷⁴ Cf. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 03 de Março de 1998, *in* <http://www.dgsi.pt>.

⁷⁵ Note-se que não aderimos a esta posição acerca da natureza jurídica do direito dos avós, conforme já ficou explicitado em 2.5.

⁷⁶ Cf. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 03 de Março de 1998, *in* <http://www.dgsi.pt>.

⁷⁷ Cf. Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 17 de Fevereiro de 2004, *in* <http://www.dgsi.pt>.

⁷⁸ Sobre os fundamentos das responsabilidades parentais, *vide* MARTINS (nota 72), pp. 177 e ss.

⁷⁹ Cf. Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 26 de Fevereiro de 2008, *in* <http://www.dgsi.pt>.

angular do Direito das Crianças e Jovens e do Direito da Família dos nossos dias, influencia, de modo decisivo, o regime jurídico de tais relações⁸⁰.

A centralidade do interesse do neto dita a caracterização do direito dos avós como um poder funcional. Na verdade, o direito dos avós apenas pode ser exercido se e na medida em que se revelar ajustado ao interesse do neto, ou seja, se e na medida em que este interesse o reclamar. Na ponderação dos interesses dos avós e dos netos, é o interesse destes últimos que prevalece. O Supremo Tribunal de Justiça exprimiu esta mesma conclusão de forma clara ao afirmar que “o interesse do menor condiciona “o direito de visita” dos avós, podendo conduzir à sua limitação ou mesmo supressão, quando seja susceptível de lhe acarretar prejuízos ou de o afectar negativamente” e, “em caso de conflito entre os pais e os avós do menor, o interesse deste último será, assim, o critério decisivo para que seja concedido ou denegado o “direito de visita”⁸¹.

É por força da consideração do interesse do neto que o direito dos avós é classificado direito como potencial e abstracto. Será a avaliação do interesse daquele, pelos pais (e/ou pelo tribunal), atentas as circunstâncias de cada caso, e o juízo de conformidade de tal interesse com as relações pessoais com os avós, que converterá o direito destes em definitivo e concreto até nova ponderação.

O artigo 1887.º-A do Código Civil dispõe que os “pais não podem *injustificadamente* privar os filhos do convívio com os irmãos e ascendentes”. Quer isto dizer que a lei partiu do princípio de que o contacto da criança com os seus familiares mais próximos, nomeadamente, com os irmãos e avós é importante e benéfico para ela. O legislador, porém, não deixou de reconhecer que o *se*, o *quando* e o *como* daquele relacionamento devem estar subordinados ao interesse do neto. Na verdade, a avaliação da conformidade de tal convívio com o interesse da criança, caberá, em primeira linha, aos pais que o podem impedir sempre que justificadamente entenderem que é prejudicial para o filho.

Importa então precisar o que se deve entender por “*injustificadamente*”. Parece que os pais não podem alegar qualquer causa para justificar a sua atitude. Impõe-se, deste modo, interpretar restritivamente o preceito legal em questão e afirmar que a causa que os pais invoquem tem de ser uma causa justa⁸².

⁸⁰ Assim o reconheceu a jurisprudência dos nossos tribunais superiores, *vide* Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 03 de Março de 1998, *in* www.dgsi.pt, Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 08 de Julho de 2004, *in* [www. dgsi.pt](http://www.dgsi.pt), Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 05 de Julho de 2005, *in* [www. dgsi.pt](http://www.dgsi.pt), Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 30 de Outubro de 2007, *in* [www. dgsi.pt](http://www.dgsi.pt) e Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 26 de Fevereiro de 2008, *in* [www. dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

⁸¹ Cf. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 03 de Março de 1998, *in* [www. dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

⁸² O artigo 160 do Código Civil Espanhol utiliza a expressão “justa causa”. Parece-nos preferível esta formulação pois deixa mais facilmente antever a interpretação que defendemos no texto.

O tribunal, ao apreciar a recusa dos pais, deve não só averiguar qual o motivo da recusa mas também avaliá-lo de acordo com os parâmetros da proporcionalidade em sentido estrito, da necessidade e da adequação em relação ao interesse do filho. Impõe-se a convocação destes critérios pois em causa estão o direito ao livre desenvolvimento do personalidade e o direito à historicidade pessoal deste último⁸³. Assim se justifica a apreciação da segunda instância de Coimbra relativamente à decisão submetida ao seu escrutínio. Considera que esta decisão “realizou uma correcta interpretação do disposto no artigo 1887º-A do Código Civil, cumprindo apenas sublinhar que a existência desse convívio, formalizado nos termos em que o foi, está sob reserva de não perturbar a integração da menor B... no agregado familiar do pai, sendo que cessará — deverá cessar — se, contrariamente ao desejado, constituir um elemento perturbador dessa integração”⁸⁴.

3. CONCLUSÃO

As relações pessoais entre avós e netos transpuseram a fronteira das relações sócio-afectivas e reclamaram a atenção do Direito. Os tribunais portugueses, ao contrário da jurisprudência de outros países⁸⁵, não foram pioneiros no reconhecimento de um direito dos avós às relações pessoais com os netos, chegando mesmo, num primeiro período, a negar a sua existência. Foi somente após a intervenção do legislador, regulamentando, ainda que de forma sumária, as relações pessoais entre avós e netos, que a jurisprudência se atreveu a exercer o seu papel criador neste domínio. De facto, podemos dizer que a partir de então se abriu uma nova fase no tratamento que os nossos tribunais deram a esta questão. A jurisprudência não só reconheceu a existência de um direito dos avós às relações pessoais com os netos, como também se debruçou sobre os principais aspectos de regime dessas mesmas relações. Assim, os problemas da titularidade de tal direito, do seu fundamento, da sua finalidade, da natureza jurídica, do seu conteúdo e do seu critério, isoladamente ou em conjunto, mereceram a atenção das instâncias superiores dos nossos tribunais, que, Acórdão a Acórdão, foram contribuindo para uma construção teórica cada vez mais elaborada do regime jurídico das relações pessoais entre avós e netos.

Coimbra, 4 de Julho de 2009