

# A convivência familiar nos casos de regulação e exercício das responsabilidades parentais à luz da jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos

Ana Rita Gil<sup>[1]</sup>

*Professora Convidada da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa  
e da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa e Investigadora  
do CEDIS, Centro de I&D em Direito e Sociedade, da Faculdade de Direito  
da Universidade Nova de Lisboa*

<sup>[1]</sup> O presente artigo corresponde à comunicação apresentada, sob o mesmo tema, no III Congresso Lusobrasileiro Alienação Parental, que teve lugar nos dias 22 e 23 de janeiro de 2018, na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

---

**SUMÁRIO:** I. A proteção do direito à família na Convenção Europeia dos Direitos Humanos; I.1. Normas de proteção; I.2. O conceito de família na jurisprudência do TEDH; I.3. A proteção do direito à convivência familiar; I.4. A ingerência na vida familiar; II. A convivência familiar nos casos de regulação e exercício das responsabilidades parentais: princípios gerais de decisão; III. Questões referentes às decisões de atribuição de guarda na sequência de divórcio ou separação dos progenitores. III.1. Motivos discriminatórios; III.2. Processo equitativo; III.3. Conteúdo do regime da guarda e responsabilidades parentais; III.4. Direito de visita; IV. Questões referentes ao exercício do direito de guarda e de visitas; IV.1. Obrigações positivas destinadas a repor uma convivência familiar ilegalmente interrompida; IV.2. Obrigação de meios; IV.3. Natureza urgente das medidas de execução da guarda e visitas; V. Jurisprudência sobre rapto parental; V.1. Obrigação de meios; V.2. Rapidez da atuação estadual; V.3. Medidas preparatórias; V.4. Fatores impeditivos de um retorno imediato; VI. Conclusões.

---

## I. A PROTEÇÃO DO DIREITO À FAMÍLIA NA CONVENÇÃO EUROPEIA DOS DIREITOS HUMANOS

### I.1. NORMAS DE PROTEÇÃO

Tal como outros instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos<sup>[2]</sup>, a Convenção Europeia dos Direitos Humanos (CEDH) estabelece, em várias normas, a proteção da família. O artigo 8.º da CEDH reveste, neste contexto, um valor central, estabelecendo no seu n.º 1 que «qualquer pessoa tem direito ao respeito da sua vida privada e familiar, do seu domicílio e da sua correspondência». Nesta norma, a CEDH protege a vida familiar como um direito fundamental do indivíduo<sup>[3]</sup>, determinando que o mesmo deve gozar esse direito sem ingerências externas arbitrárias, nomeadamente por parte do Estado. Assim, contrariamente a outras normas internacionais, este normativo não visa proteger a família *em si, como instituição*, mas sim a *família como direito do indivíduo*. De facto, a CEDH não contém, ao contrário da Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), uma disposição específica destinada a proteger a «família enquanto elemento natural e fundamental da sociedade». Trata-se, assim, de proteger o direito individual de cada um à sua família.

A CEDH contém ainda outras normas respeitantes à proteção do direito à família. É o caso do artigo 12.º, que consagra o *direito a casar e fundar família*. Este direito distingue-se do *direito à vida familiar*, protegido no artigo 8.º, já que se destina primordialmente a

[1] O presente artigo corresponde à comunicação apresentada, sob o mesmo tema, no III Congresso Lusobrasileiro Alienação Parental, que teve lugar nos dias 22 e 23 de janeiro de 2018, na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

[2] Assim, os artigos 12.º e 16.º, n.º 3, da Declaração Universal dos Direitos Humanos, os artigos 17.º e 23.º do Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos e os artigos 16.º e 18.º da Convenção dos Direitos da Criança.

[3] V. FRÉDÉRIC SUDRE, "La «Construction» par le Juge Européen du Droit au Respect de la Vie Familiale", AA.VV., *Le Droit au Respect de la Vie Familiale au sens de la Convention Européenne des Droits de l'Homme*, Frédéric Sudre (dir.), Bruylant, 2002, p. 13.

proteger o direito a constituir família *ex novo*, enquanto o artigo 8.º protege os indivíduos contra ingerências nas famílias já constituídas<sup>[4]</sup>.

Ora, no presente estudo visamos analisar a jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (TEDH) sobre a proteção da convivência familiar nos casos de regulação e exercício das responsabilidades parentais na sequência de rutura da vida conjugal, seja por divórcio, separação ou mesmo na falta de qualquer vínculo prévio a unir os progenitores. Assim, o artigo 8.º revestirá uma importância central na nossa análise.

Para além desta norma especificamente destinada à proteção da família, outras serão convocadas para o estudo do tema em presença. O artigo 14.º da CEDH revela-se ainda de particular relevância para a matéria respeitante à proteção da convivência familiar no tema que especificamente pretendemos desenvolver. Tal norma consagra o princípio da proibição da discriminação no gozo dos direitos previstos na Convenção<sup>[5]</sup>, assim estabelecendo, como se verá, importantes limites à regulação estadual das responsabilidades parentais, impedindo que a mesma seja discriminatória. Esta norma é ainda complementada pelo artigo 5.º do Protocolo n.º 7, que consagra o princípio da igualdade entre os cônjuges.

Por fim, será feita também referência ao artigo 6.º da CEDH, que consagra o direito a um processo equitativo. Desta garantia decorrem, como veremos, várias exigências nos processos respeitantes à guarda e regulação das responsabilidades parentais, de forma a que o direito de todas as partes do processo a viver em família seja devidamente atendido.

[4] RICHARD CLAYTON & HUGH TOMLINSON, *The Law of Human Rights*, Oxford University Press, 2009, p. 912.

[5] O artigo 14.º da CEDH é considerado uma cláusula simultaneamente acessória e autónoma dos demais direitos presentes na Convenção. Ele

não proíbe a discriminação em si, mas apenas no que toca ao gozo dos direitos protegidos pela CEDH. Não obstante, a violação do artigo 14.º não pressupõe que tenha ocorrido simultaneamente uma violação de um direito garantido pela Convenção. Significa isso que essa norma pode ser violada autono-

mamente, em relação ao gozo de um direito, mesmo que a substância desse direito em si não tenha sido desrespeitada. Sobre o regime do artigo 14.º da CEDH, v. LOUKIS G. LOUCAIDES, *The European Convention on Human Rights – Collected Essays*, Martinus Nijhoff Publishers, 2007, p. 55 e ss.