



Universidade do Minho
Escola de Direito

Larissa Franzoni | O ABUSO DO DIREITO E RESPONSABILIDADES PARENTAIS:
REFLEXÕES A PARTIR DO SUPERIOR INTERESSE DA CRIANÇA

Larissa Franzoni

O ABUSO DO DIREITO E RESPONSABILIDADES
PARENTAIS: REFLEXÕES A PARTIR DO SUPERIOR
INTERESSE DA CRIANÇA

UMinho | 2022

Abril de 2022



Universidade do Minho
Escola de Direito

Larissa Franzoni

**O ABUSO DO DIREITO E RESPONSABILIDADES
PARENTAIS: REFLEXÕES A PARTIR DO
SUPERIOR INTERESSE DA CRIANÇA**

Trabalho efetuado sob a orientação da
Professora Doutora Rossana Martingo Costa Serra Cruz

Abril de 2022

DIREITOS DE AUTOR E CONDIÇÕES DE UTILIZAÇÃO DO TRABALHO POR TERCEIROS

Este é um trabalho académico que pode ser utilizado por terceiros desde que respeitadas as regras e boas práticas internacionalmente aceites, no que concerne aos direitos de autor e direitos conexos.

Assim, o presente trabalho pode ser utilizado nos termos previstos na licença abaixo indicada.

Caso o utilizador necessite de permissão para poder fazer um uso do trabalho em condições não previstas no licenciamento indicado, deverá contactar o autor, através do RepositóriUM da Universidade do Minho.

Licença concedida aos utilizadores deste trabalho



Atribuição-NãoComercial-SemDerivações
CC BY-NC-ND

<https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/>

AGRADECIMENTOS

O percurso caminhado no Mestrado em Direito das Crianças, Família e Sucessões da Escola de Direito da Universidade do Minho foi feito de esforço, perseverança, renúncia e um profundo desejo de realização. Uma mudança de país, embalada pelo desejo da experiência, de aprendizado e de qualificação, em um período que coincidiu com a eclosão de uma pandemia mundial e suas consequentes restrições. O somatório de alegrias e dificuldades proporcionou uma das experiências mais ricas imagináveis. Pelo tanto que me foi oportunizado, pelo tanto que me foi doado, e pelo tanto que me engrandeci com essa experiência, sou profundamente grata:

À Escola de Direito da Universidade do Minho, e a todos, agradeço na pessoa da professora Doutora Cristina M. Araújo Dias, que de forma criteriosa e isonômica, abriu as portas desta escola para que estudantes estrangeiros como eu pudessem aprofundar estudos, vivências e trocas, que nos enriquecerão por toda a vida.

À Professora Doutora Rossana Martingo Cruz, pela disponibilidade para ter sido minha orientadora neste longo processo de investigação, pela consideração prestada e conhecimento generosamente partilhado. Os obstáculos decorrentes da pandemia de COVID-19 afetaram a todos, e ainda assim a Dra. Rossana foi sempre muito gentil e solícita às nossas angústias, e contribuiu de maneira inestimável à conclusão da investigação.

À minha amada família, Julio e Davi, que aceitaram, com amor e generosidade, participar da aventura neste país estrangeiro que tanto amamos e que se tornou nossa segunda casa.

Aos meus amados pais, que além de pais são colegas de trabalho e profissão, meus grandes professores, e oportunizadores de sonhos.

Aos amigos que fiz na turma do MDCFS 2019-2020.

DECLARAÇÃO DE INTEGRIDADE

Declaro ter atuado com integridade na elaboração do presente trabalho acadêmico e confirmo que não recorri à prática de plágio nem a qualquer forma de utilização indevida ou falsificação de informações ou resultados em nenhuma das etapas conducente à sua elaboração.

Mais declaro que conheço e que respeitei o Código de Conduta Ética da Universidade do Minho.

O ABUSO DO DIREITO E RESPONSABILIDADES PARENTAIS: REFLEXÕES A PARTIR DO SUPERIOR INTERESSE DA CRIANÇA

RESUMO

A presente investigação visa provocar reflexões sobre o abuso do direito no exercício das responsabilidades parentais na perspectiva do superior interesse da criança. O processo histórico de reconhecimento das crianças enquanto sujeitos de direitos foi longo e árduo, tendo a Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança o papel de divisor de águas neste processo. Com o advento da Convenção sobre os Direitos da Criança e a adesão de 196 países, na esfera interna os países passaram a tratar a criança de forma privilegiada. Em Portugal, a legislação que tem a criança como destinatário tem cariz protetivo fortalecido. Neste cenário que coaduna normas internacionais de direitos humanos e normas internas, somado à eficácia dos direitos fundamentais entre particulares, tem-se a possibilidade de uma nova hermenêutica do direito das famílias que coloca o superior interesse da criança como questão fundamental a ser considerada. Neste sentido, as responsabilidades parentais que historicamente correspondiam ao poder paternal, passaram a se constituir em poderes-dever de caráter protetivo e altruísta, de atendimento ao superior interesse da criança. Deste modo, o exercício das responsabilidades parentais deve ser pautado não apenas por comportamentos legalmente conformados mas também pelo superior interesse da criança, especialmente quando houver conflito de interesses entre as crianças e os progenitores. É neste cenário que convém analisar o instituto do abuso do direito. Considerado como o exercício de um direito que viola a boa fé, os bons costumes ou os fins econômicos e sociais, o abuso do direito configura uma ilicitude cujas consequências aos autores podem ser as mais variadas e, via de regra, possibilitam que haja uma pretensão indenizatória daqueles que foram vitimados. Nos casos de exercício abusivo das responsabilidades parentais, é possível constatar que a legislação prevê consequências tão graves quanto a inibição ou limitação do exercício das responsabilidades parentais, aplicação de medidas de proteção dentre outras. Considerando situações específicas que pautam o atual debate sobre os direitos da criança, analisa-se situações como a exposição da criança à violência doméstica, alienação parental e exposição da imagem da criança na internet e outras mídias sob a ótica do abuso do direito e do superior interesse da criança.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos da criança, responsabilidades parentais, abuso do direito, superior interesse da criança.

**ABUSE OF LAW AND PARENTAL RESPONSIBILITIES: REFLECTIONS FROM THE SUPERIOR
INTEREST OF THE CHILD**

ABSTRACT

The present investigation aims to provoke reflections on the abuse of rights in the exercise of parental responsibilities from the perspective of the best interests of the child. The historical process of recognizing children as subjects of rights was long and arduous, and the International Convention on the Rights of the Child had the role of watershed. With the advent of the Convention on the Rights of the Child and the accession of 196 countries, in the internal sphere, countries started to treat children in a privileged way. In Portugal, the legislation that has children as subjects has a strengthened its protective nature. In this scenario that combines international human rights and internal norms, in addition to the effectiveness of fundamental rights between individuals, it is possible to consider a new hermeneutics of family law that places the best interests of the child as a fundamental issue to be considered. In this sense, parental responsibilities that historically corresponded to parental authority, began to constitute duty-powers of protective and altruistic nature, serving to the best interests of the child. In this way, the exercise of parental responsibilities must be guided not only by legally compliant behaviors but also by the best interests of the child, especially when there is a conflict of interest between the children and the parents. It is in this scenario that it is convenient to analyze the institute of abuse of rights. Considered as the exercise of a right that violates good faith, good customs or economic and social purposes, the abuse of the right constitutes an illegality whose consequences to authors can be the most varied and possibly allow for a claim to indemnify those who were victimized. In cases of abusive exercise of parental responsibilities, the legislation provides consequences as serious as the inhibition or limitation of the exercise of parental responsibilities, application of protective measures, among others. Considering specific situations that guide the current debate on the rights of the child, situations such as the child's exposure to domestic violence, parental alienation and exposure of the child's image on the internet and other media are analyzed from the perspective of the abuse of rights and best interest of the child.

KEYWORDS: Children's rights, parental responsibilities, abuse of rights, best interests of the child.

ÍNDICE GERAL

INTRODUÇÃO.....	8
1. DIREITOS FUNDAMENTAIS DA CRIANÇA E O SUPERIOR INTERESSE DA CRIANÇA.....	11
1.1. Contextualização histórica: a criança enquanto sujeito de direitos	11
1.2. Os direitos fundamentais específicos para as crianças	16
1.3. A nova hermenêutica do direito da família: a eficácia dos direitos fundamentais na esfera familiar	22
2. AS RESPONSABILIDADES PARENTAIS.....	28
2.1. Do poder paternal ao cuidado parental: a mudança paradigmática das responsabilidades parentais.....	28
2.2. Conteúdo das Responsabilidades Parentais	34
2.3. Exercício das Responsabilidades Parentais:	39
3. O ABUSO DO DIREITO.....	47
3.1. Contextualização e natureza jurídica	47
3.2. O abuso do direito no Código Civil – critérios identificadores	53
3.3. Consequências jurídicas do abuso do direito.....	57
3.4. Modalidades do abuso de direito	60
3.4.1. <i>Exceptio Doli</i>	60
3.4.2. <i>Venire contra factum proprium</i>	62
3.4.3. <i>Supressio e Surrectio</i>	63
3.4.4. <i>Tu quoque</i>	65
3.4.5. Inalegabilidade de nulidades formais.....	66
3.4.6. Desequilíbrio no exercício	67
4. ABUSO DO DIREITO E RESPONSABILIDADES PARENTAIS: REFLEXÕES NA PERSPECTIVA DO SUPERIOR INTERESSE DA CRIANÇA.....	69
4.1. Os casos de inibição e limitação do exercício das responsabilidades parentais, e incumprimento das responsabilidades parentais	72
4.2. Exposição da criança à violência doméstica e violência contra a criança no exercício do poder de correção	76
4.3. Alienação parental.....	86
4.4. Exposição da criança na internet e outras mídias.....	96
CONCLUSÃO.....	104
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	107

ABUSO DE DIREITO E RESPONSABILIDADES PARENTAIS: REFLEXÕES A PARTIR DO SUPERIOR INTERESSE DA CRIANÇA

INTRODUÇÃO

A prática forense na seara das famílias proporciona uma vivência na qual se constata que, em que pese muito se tenha avançado em termos de conquistas dos direitos das crianças, ainda há um importante caminho a se percorrer relativamente a construção de uma cultura de pacificação e respeito a partir da família. É possível testemunhar cotidianamente situações que revelam o exercício abusivo dos direitos, em especial, no exercício das responsabilidades parentais.

A busca pela efetividade dos direitos fundamentais das crianças deve passar necessariamente por uma reflexão sobre a questão do exercício das responsabilidades parentais, em especial, por ser este um espaço em que podem existir interesses e direitos em conflito. Para que se possa construir um direito e uma prática jurídica verdadeiramente conectados com a realidade e aptos a responder às novas demandas, pressupõe-se um constante amadurecimento teórico dos institutos jurídicos, e uma ponderação sobre os conflitos de direitos que possam emergir das situações concretas.

Os direitos fundamentais das crianças são uma conquista histórica, progressista e inclusiva. No entanto, para que sejam amplamente implementados e tenham reflexos concretos na realidade, é indispensável que se pense também nos aspectos mais íntimos da vida, naqueles inseridos na esfera da vida privada, tais como as decisões e escolhas dos progenitores no âmbito do exercício das responsabilidades parentais e quais objetivos almejam, para que se configure um exercício regular de direito, e não um exercício abusivo.

A questão do abuso de direito no âmbito das responsabilidades parentais, além de ser um desafio prático na área da advocacia de família, revela-se também ser de interesse acadêmico.

A questão é de relevo, porque confronta o exercício de direitos bastante íntimos e próprios do núcleo familiar e da vida privada das pessoas, com a questão da eficácia e efetividade de normas de direito público, em especial, com os direitos fundamentais das crianças, que recebem especial proteção do Estado. Confronta também as regras estabelecidas pelo sistema jurídico que conferem legitimidade ao exercício dos direitos dos cidadãos e a sua aplicabilidade nesta restrita esfera do direito de família e das relações entre pais e filhos.

Neste escopo é que se propôs a presente investigação, na qual pretende-se aprofundar a reflexão sobre o abuso do direito no exercício das responsabilidades parentais, a partir de uma perspectiva do superior interesse da criança.

Para tanto, a investigação parte de uma contextualização histórica sobre o desenvolvimento dos direitos da criança, perpassando as principais conquistas no cenário legislativo internacional e, principalmente, em Portugal.

Na sequência, como encadeamento lógico das conquistas na seara dos direitos da criança, passa-se a analisar a questão das responsabilidades parentais. Inicialmente, parte-se da mudança histórica no instituto, que de poder paternal passou a corresponder às responsabilidades parentais nas configurações atuais. A seguir, passa-se a analisar as principais características, conteúdo, limites e exercício.

Em capítulo seguinte, analisa-se o instituto do abuso do direito. Inicia-se a abordagem com a identificação da natureza jurídica do instituto diante da celeuma doutrinária a respeito da questão. Posteriormente passa-se à análise dos critérios legais previstos pelo Código Civil, e por fim, faz-se um breve excuro sobre as modalidades típicas de abuso do direito mais comumente identificadas pela doutrina.

No último capítulo procura-se conjugar a análise das responsabilidades parentais com o instituto do abuso do direito, recorrendo-se novamente à legislação pertinente e também a fenômenos específicos que têm sido pauta recorrente nas reflexões contemporâneas na seara da família: as situações de inibição e limitação do exercício das responsabilidades parentais, situações de incumprimento das responsabilidades parentais, a exposição da criança à violência doméstica e a exposição da criança na internet e em outras mídias.

Com a análise de situações concretas, procura-se analisar não apenas o impacto nas crianças e nos seus direitos, mas as possíveis consequências jurídicas aos progenitores que agirem com abuso de direito.

Para atingir os objetivos da investigação, utiliza-se de a pesquisa indireta de material bibliográfico, legal, jurisprudencial e estatístico.

Os métodos de abordagem utilizados na investigação são o dedutivo, o indutivo e o dialético, com o intuito de que a investigação reflita o trabalho de questionamento, investigação, crítica, análise e proposição almejado.

Os métodos de procedimento adotados são o histórico, na medida em que se parte de conceitos e análise histórica dos institutos abordados para se chegar à perspectiva contemporânea; comparativo, quando da utilização da comparação entre leis, interpretações doutrinárias e históricas; e por fim, o método jurídico da interpretação da lei e do material coletado, com referência à perspectiva dos direitos da criança e da interpretação conforme os direitos fundamentais consagrados.

Consciente de que qualquer das questões abordadas na presente investigação poderia abarcar teses próprias, e sem a ambição de esgotamento do tema, desejo este que se revelaria pretensioso e mal sucedido, acredita-se que as reflexões aqui lançadas possam contribuir para o aprofundamento da discussão sobre a infância e os direitos das crianças, bem como lançar reflexões sobre o uso de instrumentos jurídicos já disponíveis, tal qual o abuso do direito, na esfera do direito das famílias.

1. DIREITOS FUNDAMENTAIS DA CRIANÇA E O SUPERIOR INTERESSE DA CRIANÇA

1.1. Contextualização histórica: a criança enquanto sujeito de direitos

A busca por se traçar os contornos da história infância perpassa a necessidade de se considerar cautelosamente o fato de que a narrativa sobre a história da infância e das crianças não decorreu de forma uniforme, tampouco linear em todas as sociedades ao longo dos séculos.

O alerta dado por KUHLMANN¹ é o de que uma mera transposição das observações sobre a infância produzidas sobre determinado período histórico e determinado local, para uma pretensa uma universalização, implicaria em desvios de interpretação por nivelarem realidades distintas. Por esta razão, reflete-se a necessidade de se considerarem as particularidades regionais, locais e temporais ao abordar determinada digressão histórica.

Tendo em conta a existência destas tensões entre universalidade e particularidade, procura-se delinear de forma breve as percepções da infância e dos direitos, até culminar na constituição (ou reconhecimento?) da criança enquanto sujeito de direitos.

AIRÈS², reconhecido como um dos historiadores de maior destaque no que diz respeito à história da infância, leciona que a sociedade medieval não possuía uma consciência da particularidade infantil, afirmando que naquele período, o sentimento de infância não existia. Assim que a criança tinha condições de viver sem intervenção de um adulto, já ingressava no mundo adulto e não mais se distinguia deles. Ao longo dos séculos, porém, a consciência da particularidade da infância nasceria, sendo a criança percebida de diferentes formas ao longo do tempo.

Esta perspectiva, no entanto, é questionada por outros historiadores, segundo os quais havia uma percepção muito nítida da especificidade da infância naquele período histórico. Segundo KUHLMANN³, os estudos da historiografia da infância mostram com clareza ter havido consciência adulta sobre as diferentes fases de desenvolvimento da vida humana desde a Antiguidade e nas mais diversas culturas, relacionando as características específicas de cada período à determinadas representações e atribuições.

¹ KUHLMANN JR., Moysés, FERNANDES, Rogério. «Sobre a história da infância». In: FARIA FILHO, L. M.(Org.). *A infância e sua educação: materiais, práticas e representações (Portugal e Brasil)*. Belo Horizonte: Autêntica, 2004, p.15-33. P. 17.

² AIRÈS, Philippe. *História Social da Criança e da Família*. Tradução Dora Flaksman. 2.ed. Rio de Janeiro: Guanabara, 1986.p. 156.

³ KUHLMANN JR., M., FERNANDES, R. *op. cit.* p. 16-18.

No entanto, no que diz respeito aos direitos, é possível perceber que a criança historicamente sempre ocupou um espaço subalternizado e objetificado nas relações sociais. A criança era uma questão privada: propriedade do pai, assunto dos colégios e internatos, e força de trabalho dos patrões.

A preocupação política e pública com a infância parece ter nascido com o advento do capitalismo, que arrebatou as famílias para as cidades, mulheres e crianças para as fábricas e minas. Naquele contexto, as crianças eram exploradas até o limite de suas capacidades, em jornadas que ultrapassavam 16 horas diárias de trabalho, em ambientes insalubres, realizando trabalhos pesados e atividades perigosas que resultavam em acidentes, mutilações, envenenamentos, deficiências físicas, doenças e alto índice de mortalidade.⁴

As primeiras legislações a se preocuparem com a infância dizem respeito justamente à regulação do trabalho infantil. A primeira norma que enfrentou minimamente a tragédia que se impunha às crianças foi aprovada na Inglaterra, chamada de *Moral and Health Act*, de iniciativa de Robert Peel, em 1802. Esta legislação, que reduziu a jornada de trabalho infantil para 12 horas, foi a precursora de um movimento de regulação jurídica do trabalho infantil se estendeu ao longo do século XIX por Europa e Continente Americano, ainda que de maneira não uniforme.⁵

Mesmo em tais normas, a criança não era propriamente o sujeito dos direitos ali dispostos, pois ainda era instrumentalizada e considerada meramente força de trabalho, tratada como meio de produção. O destinatário da norma era o próprio empregador.

Ainda no século XIX, em paralelo à regulação jurídica do trabalho infantil, também emergiu a preocupação com a delinquência juvenil. A mecanização das atividades do campo e oferta de trabalhos nas indústrias localizadas em centros urbanos atraiu famílias pobres e crianças órfãs ou abandonadas.

“Acompanhadas ou sozinhas, a mendigar, vender jornais, a roubar ou fazer qualquer outra coisa que permitisse sobreviver a cada hora, as crianças e jovens viviam num circuito vicioso e fechado de vida na rua, no hospital e na prisão. O abandono, a doença e a violência era seu cotidiano.”⁶

⁴ Neste sentido, vide SÜSSEKIND, Arnaldo; TEIXEIRA FILHO, João de Lima. *Instituições de Direito do Trabalho*. Vol. II. 21.ed. São Paulo: LTr Editora, 2003.p. 998; e NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de Direito do Trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho*. 17.ed. São Paulo: Saraiva, 2001.p. 16-17.

⁵ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *op.cit.* p. 742-743.

⁶ TOMÉ, Rosa. «A Questão da Infância em Portugal: Um Século De(s) Proteção À Criança». In: *Promoção e Proteção*. Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, 2018. p.11. Acesso em: 19 de dezembro de 2019. Disponível em: http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/familia/eb_PromocaoProtecao2018.pdf

Segundo LEOTE DE CARVALHO⁷, a delinquência de crianças e jovens começou a chamar a atenção de investigadores, e passou a compor áreas específicas de intervenção por parte do Estado de diversos países Europeus, inicialmente como uma preocupação da medicina e da psiquiatria, e posteriormente da criminologia, formulando o nascedouro da concepção jurídica do direito de ‘menores’. A infância passou a ter tratamento judicial separado do tratamento dado aos adultos.

Nesta senda, passou-se a identificar questões que outrora não haviam sido objeto de debates sociais, tais como a ideia de infância em perigo, que refletia uma preocupação social com as crianças, especialmente das classes mais pobres, tanto nas esferas da delinquência, mas também nas questões relativas ao abandono, à mendicidade, alcoolismo, e outros flagelos que as vitimizavam. Em função da natureza dos problemas aferidos, passou-se a promover a institucionalização das crianças através do nascente Direito de Menores.

Foi somente no século XX, na esteira do desenvolvimento dos direitos humanos, que se estabeleceram também os direitos humanos pensados de forma específica às crianças e adolescentes na esfera internacional.

A proclamação da Declaração de Genebra sobre os Direitos da Criança pela Liga das Nações configurou o primeiro instrumento internacional a versar especificamente sobre os direitos da criança e, nas lições de TOMÉ⁸ constituiu-se em uma espécie de guia internacional indicativo para as legislações nacionais relativas à proteção da infância dos países subscritores.

A Declaração constituiu-se em um marco, no entanto, não possuía verdadeiramente uma força normativa, assemelhando-se mais a uma carta de intenções do que um instrumento jurídico com força executiva. Ademais, conforme explicam BOLIEIRO e GUERRA⁹, a concepção de uma infância passiva, carecedora de cuidados e objeto de proteção ainda era evidente no próprio texto da Declaração, que enuncia, a exemplo, que a criança precisa ser auxiliada e atendida, deve ser alimentada, deve ser recuperada, protegida, deve ser colocada em condições de se desenvolver, cujos recursos devem ser fornecidos pelos adultos.

É de se perceber que as legislações civis refletem, de longa data, esta perspectiva das crianças enquanto objeto e também em quanto seres “menores” (em sentido de inferioridade). As

⁷ LEOTE DE CARVALHO, Maria João. «Traços da evolução da justiça juvenil em Portugal: do “menor” à “justiça amiga das crianças”». In: *Configurações - Revista de Sociologia*. vol.20. Braga: Centro de Investigação em Ciências Sociais, dez. 2017. p. 16-19. Disponível em: <http://journals.openedition.org/configuracoes/4267>. Acesso em 04 de março de 2021.

⁸ TOMÉ. *op.cit.* p.13.

⁹ GUERRA, Paulo; BOLIEIRO, Helena. *A criança e a família – uma questão de direitos*. 2.ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2014. p.11.

legislações civis, em geral, ao tratarem dos menores e das incapacidades, consideram ser necessário afastar inteiramente as crianças das atividades jurídicas, pondo, ao seu lado, um representante adulto que exerça os atos da vida civil em seu nome.¹⁰

SOTTOMAYOR¹¹ sustenta que a visão tradicional do instituto das incapacidades se assenta efetivamente na concepção da criança como um ser sem aptidão natural para agir, como um ser carente de proteção e inferior, sob o ponto de vista físico, intelectual e relacional, sem competências para participar nos espaços jurídicos.

Nas palavras de SARMENTO¹²:

“Há uma negatividade constituinte da infância, que, em larga medida, sumariza esse processo de distinção, separação e exclusão do mundo social. A própria etimologia encarrega-se de estabelecer essa negatividade: *infância* é a idade do não-falante, o que transporta simbolicamente o lugar do detentor do discurso inarticulado, desarranjado ou ilegítimo; o *aluno* é o sem-luz; *criança* é quem está em processo de criação, de dependência, de trânsito para um outro. Como consequência, as crianças têm sido sobretudo linguística e juridicamente sinalizadas pelo prefixo de negação (são *inimputáveis*; juridicamente *incompetentes*) e pelas interdições sociais (não votar, não eleger nem ser eleitos, não se casar nem constituir família, não trabalhar nem exercer uma actividade económica, não conduzir, não consumir bebidas alcoólicas etc.).”

Entretanto, o debate acerca dos Direitos Humanos se aprofundou ao longo do século XX, especialmente após a Segunda Guerra Mundial, e neste contexto, a causa das crianças também esteve em voga. Os debates culminaram na aprovação da Convenção sobre os Direitos da Criança pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 20 de novembro de 1989, sendo esta, por fim, a verdadeira norma que erigiu as crianças à condição de sujeitos de direitos, implicando em profunda mudança de paradigma nos direitos da criança.

A Convenção sobre os Direitos da Criança de 1989 é o mais abrangente dos instrumentos legais em favor da promoção de direitos e da proteção da criança. Foi o instrumento chave para o estabelecimento de sua condição de sujeito de direitos.¹³

SOTTOMAYOR leciona que a Convenção sobre os Direitos da Criança de 1989 concebeu “de forma inovadora, a criança como pessoa titular de direitos e liberdades fundamentais, com o direito de participar nas decisões que lhe dizem respeito”.¹⁴

¹⁰ BEVILÁQUA, Clóvis. *Teoria Geral do Direito Civil*. Ed., rev. e atual. por: Caio Mário da Silva Pereira. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1975. p. 83.

¹¹ SOTTOMAYOR, Maria Clara. *Temas de direito das crianças*. Coimbra: Almedina, 2016. p. 52-53.

¹² SARMENTO, Manuel Jacinto. «Gerações e alteridade: interrogações a partir da sociologia da infância». In: *Educação e Sociedade*. vol. 26. n. 91. Campinas: maio-ago de 2005. p. 368. Acesso em: 21 de dezembro de 2019. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/es/v26n91/a03v2691.pdf>.

¹³ GUERRA, Paulo; BOLIEIRO, Helena. *op. cit.*, p.13-20.

¹⁴ SOTTOMAYOR, Maria Clara. *Temas de direito das crianças*. Coimbra: Almedina, 2016. p. 52-53.

A Convenção de 1989 inovou, não apenas por sua extensão, mas por reconhecer à criança todos os direitos e liberdades inscritas na Declaração dos Direitos Humanos, outorgando às crianças e adolescentes, direitos e liberdades que até então eram reservados aos adultos sem, no entanto, deixar de reconhecer a especificidade da infância.¹⁵

O conceito de sujeito de direitos adotado pela Convenção implica no reconhecimento das crianças e adolescentes como

“indivíduos autônomos e íntegros, dotados de personalidade e vontade próprias que, na sua relação com o adulto, não podem ser tratados como seres passivos, subalternos ou meros “objetos”, devendo participar das decisões que lhes dizem respeito, sendo ouvidos e considerados em conformidade com suas capacidades e grau de desenvolvimento.”¹⁶

Passados 30 anos e tendo sido ratificada por 196 países, segundo dados da UNICEF¹⁷, a Convenção sobre os Direitos das Crianças de 1989 impactou legislações, programas e políticas no mundo todo, e profundos avanços podem ser observados relativamente à situação das crianças.

O relatório da UNICEF comemorativo aos 30 anos da Convenção informa conquistas relevantes no que se refere aos direitos e proteção das crianças: queda global da mortalidade infantil, melhoras nos índices de educação, avanços nos países signatários relativamente à adoção de políticas para combater a violência contra a criança, dentre outros.¹⁸ Ainda assim, a situação das crianças está longe do desejável.

[...] milhões de crianças não têm ainda acesso a cuidados de saúde de qualidade, a alimentos nutritivos, à educação, a fontes de água potáveis, a saneamento e a condições de habitação de que necessitam para que possam sobreviver e desenvolver-se. Outros dados relativos a algumas dimensões da vida das crianças, que serão apresentados de seguida, exemplificam o horizonte ainda longínquo, que teimosamente se mantém difícil de alcançar, na conquista dos direitos da criança.¹⁹

¹⁵ ROSEMBER, Fúlvia; SUSSEL MARIANO, Carmen Lúcia. «A Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança: Debates e Tensões». In: *Cadernos de Pesquisa*, v.40, n. 141. São Paulo: Fundação Carlos Chagas, set-dez 2010. p. 693-728. Acesso em: 06 de janeiro de 2021. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0100-15742010000300003&lng=en&nrm=iso. p. 699.

¹⁶ SECRETARIA ESPECIAL DOS DIREITOS HUMANOS. *Plano Nacional de Promoção e Defesa dos Direitos da Criança e do Adolescente à Convivência Familiar e Comunitária*. Brasília: Conanda, 2006, p. 25. Acesso em 19 de dezembro de 2019. Disponível em: https://www.mds.gov.br/webarquivos/publicacao/assistencia_social/Cadernos/Plano_Defesa_CriançasAdolescentes%20.pdf

¹⁷ UNICEF. *Convenção Sobre os Direitos da Criança*. Acesso em: 05 de novembro de 2019. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/convencao-sobre-os-direitos-da-crianca>.

¹⁸ UNICEF. *For every child, every right. The Convention on the Rights of the Child at a crossroads*. Acesso em 19 de dezembro de 2019. Disponível em: <https://www.unicef.org/media/62371/file/Convention-rights-child-at-crossroads-2019.pdf>

¹⁹ TOMÁS, Catarina. «Direitos da criança na sociedade portuguesa: qual o lugar da criança?» In: *Da investigação às práticas*. v.2. n.1. Lisboa: Escola Superior de Educação de Lisboa, 2012. Disponível em: <https://doi.org/10.25757/invep.v2i1.45>. Acesso em: 04 de março de 2021. p. 120 (118-129).

Contudo, mesmo neste cenário, verifica-se que o alçamento da criança à condição de sujeito de direitos atuou como um grande divisor de águas no processo histórico de enfrentamento da condição da criança nos espaços políticos, e conseqüentemente, na forma com que o Estado atua em seu benefício e proteção, lançando luzes também nas esferas privadas das relações de família.

Se, por um lado, o papel da criança no sistema de justiça foi profundamente transformado através de mudanças no modelo de intervenção estatal nas crianças, por outro lado, no âmbito do direito civil pode-se verificar mudanças igualmente paradigmáticas, já que a proteção das crianças passou a ser uma preocupação pública.

O modelo de intervenção de um Estado sobre à infância reflete, de certo modo, a forma como sociedade enxerga a criança, e a maneira com a qual este Estado lida com as crianças e jovens, em especial com aqueles que se encontram em situação de perigo, delinquência, ou em situações problemáticas em suas respectivas famílias. O modelo de intervenção estatal nas questões das crianças foi profundamente transformado pela quebra de paradigma promovida pela Convenção sobre os Direitos das Crianças.

1.2. Os direitos fundamentais específicos para as crianças

No exame dos direitos destinados especificamente às crianças no âmbito do direito português, é possível observar que a legislação infraconstitucional avançou de maneira importante nesta senda, tanto no que se refere à reestruturação do modelo de intervenção do Estado, quanto nas próprias normas de direito civil, especialmente de Direito da Família.

Em referência ao modelo de intervenção do Estado nas questões relativas à infância, tinha-se no paradigma anterior à Convenção sobre os Direitos da Criança, que o Estado assumia a perspectiva de um Estado provedor frente a um sujeito “menor” que necessitava de proteção ou correção. O Estado detinha sobre a criança o poder de decisão total e absoluto sobre o que era considerado adequado para o seu benefício. As decisões e intervenções estatais implicavam, no limite, na restrição da liberdade das crianças e jovens, em modelo de justiça somente equiparável ao sistema de justiça criminal.

Inobstante os verificáveis avanços na construção de uma justiça para as crianças²⁰, o antigo modelo de intervenção estatal e judicial *nas* crianças fora da esfera do Direito Civil,

²⁰ Neste sentido: “Em 1911, com a publicação da 1ª. Lei de Protecção à Infância, indissociável do movimento de implantação da República, a criança passou a ser reconhecida como sujeito de direitos tutelares e exigíveis no marco legal de forma

consubstanciado pelas normas da Organização Tutelar de Menores (OTM)²¹, não diferenciava de forma clara se a criança estava em situação de perigo decorrente de negligência, abuso ou maus-tratos, ou se estava em situação de delinquência. Tratava indistintamente ambos os casos, oferecendo uma resposta de justiça invariavelmente idêntica.

Neste sentido SANTOS²² explica que a Organização Tutelar de Menores não assentava na distinção entre as crianças ou jovens delinquentes ou infratores e as crianças e jovens em situação de risco, além de desvalorizar a proteção dos direitos fundamentais dos sujeitos envolvidos.

Prevalecia uma ideologia preventiva extrema que entendia a desproteção, abandono e maus tratos como o primeiro degrau de uma carreira de delinquência.²³ As medidas de institucionalização eram aplicadas independentemente da situação em que a criança se encontrava, a revelar aquilo que acabou por ser identificado como um processo de criminalização da miséria.²⁴

Naquele contexto, a criança em situação de delinquência e a criança em situação de perigo eram enfrentados como um objeto-problema, o “menor-problema”, objeto de intervenção, que obtinha uma resposta paternalista por parte do Estado, no sentido de ser preciso tomar conta e educar.

A justiça construída sobre este alicerce era centrada na figura do juiz, em um processo informal conduzido por impulso oficial no qual a criança tinha escassas garantias processuais. As medidas de intervenção eram aplicadas de forma discricionária, tendo o juiz amplos poderes para definir a espécie de medida e seu tempo de duração, usando como critério exclusivamente a análise da personalidade e circunstâncias de vida. O modelo de justiça das crianças não previa sequer a intervenção do advogado, e raramente a criança ou seus pais eram ouvidos, de modo que a criança era caracterizada como objeto da intervenção, não possuindo, portanto, legitimidade jurídica própria.²⁵

diferenciada da dos adultos. [...] Foi nesse primeiro e decisivo documento que se estabeleceu um novo Direito e um novo processo que profundamente se diferenciam dos aplicados aos adultos e sobre o qual surgiu a intervenção na área da justiça corporizada no sistema tutelar de menores.” LEOTE DE CARVALHO, Maria João. «Traços da evolução da justiça juvenil em Portugal: do “menor” à “justiça amiga das crianças”». *Op. cit.* p. 22. Portugal é considerado o primeiro país a concretizar uma reforma global das disposições penais relativas à crianças e jovens, na Organização Tutelar de Menores.

²¹ DL n.º 314/78, de 27 de Outubro, revogada pela Lei 141/2015 de 08 de setembro.

²² SANTOS, Margarida. «Disposição introdutória». In: DIAS, Cristina (coord). *Lei Tutelar Educativa Anotada*. Coimbra: Almedina, 2018. p 16.

²³ GERSÃO, Eliana. *A criança, a família e o direito – De onde viemos. Onde estamos. Para onde vamos?* Lisboa: Fundação Francisco Manuel dos Santos, 2014.p.106-108.

²⁴ GERSÃO, Eliana. «O estatuto do menor em Portugal». In: *Revista de Direito Comparado Luso-Brasileiro*. n.14. Rio de Janeiro: Instituto de Direito Comparado Luso-Brasileiro, 1993. p. 185.

²⁵ AAVV. *Os caminhos difíceis da “nova” Justiça Tutelar Educativa. Uma avaliação de dois anos da aplicação da Lei Tutelar Educativa*. SOUZA SANTOS, Boaventura (dir. científico); GOMES, Conceição (coord.). Coimbra: Observatório Permanente da Justiça Portuguesa da Universidade de Coimbra, 2004. p. 131. Acesso em: 21 de dezembro de 2019. Disponível em: <http://opj.ces.uc.pt/pdf/Tutelar.pdf>.

Após a adesão à Convenção dos Direitos das Crianças, com a obrigatoriedade de realização de relatórios ao Comitê dos Direitos da Criança da ONU, Portugal formaria um grupo de estudos junto ao Ministério da Justiça, que acabaria por concluir pelo anacronismo e insuficiência do sistema de justiça para as crianças, que igualava as situações de perigo e de delinquência.²⁶

De fato, ao se tomar em consideração que as medidas aplicáveis, no limite, correspondiam à medidas de restrição da liberdade equivalentes às medidas de caráter penal, constatava-se a realidade profundamente antidemocrática, na qual os indivíduos sujeitos a estes processos e “penas” não possuíam nenhuma garantia processual ou mesmo legitimidade jurídica. Mas para além disto, em termos práticos, o modelo anterior manifestava insuficiências no plano da eficácia da intervenção, vez que a aplicação de medidas idênticas para situações tão diversas não trazia resultados adequados a nenhum dos casos.

Baseado nas normas internacionais relativas aos Direitos Humanos aplicados às crianças, em especial, em atendimento ao compromisso assumido com a adesão à Convenção dos Direitos da Criança²⁷, o novo modelo de intervenção passou a tomar em conta que estão em causa *sujeitos*, pessoas humanas que estão em fase de grande mutação em sua condição subjetiva²⁸, e que por esta razão, as medidas aplicadas precisariam necessariamente ser revistas para atenderem às necessidades daquele sujeito e, principalmente, respeitarem os direitos dos indivíduos afetados.

Assim passou-se a um outro modelo de justiça e intervenção, que adotou características diferentes, mais democráticas e participativas. Neste novo modelo, as crianças e jovens deixaram de ser consideradas meros objetos de intervenção, e passaram a assumir a condição de sujeitos titulares de direitos juridicamente reconhecidos. Nas palavras de GUERRA²⁹: “A criança deixa de ser um mero objecto de direitos para ser deles SUJEITO – o conceito cada vez mais densificado de INTERESSE DA CRIANÇA”.

²⁶ AAVV. *Os caminhos difíceis... op. cit.* p. 137.

²⁷ Exposição de Motivos da Lei 265/VII que aprova a Lei de Protecção das Crianças e Jovens em Perigo. Acesso em 03 de março de 2021. Disponível em: http://ns1.adopcaointernacional-acai.gov.pt/preview_documentos.asp?r=5135&m=PDF.

²⁸ A chamada condição peculiar de pessoa em desenvolvimento. Assis da Costa Oliveira leciona que “a construção da categoria pessoa em desenvolvimento ao longo da modernidade ocidental, [é] fncada em duas grandes bases: a primeira, histórico-cultural, com especial atenção para a afirmação identitária da infância e da adolescência enquanto grupos geracionais específicos e, portanto, aptos a serem socializados e institucionalizados por meio de determinados sujeitos e instâncias sociais; a segunda, de cunho científico, de formulação das bases teóricas da Psicologia do Desenvolvimento, na qual o estabelecimento de estágios biopsicossociais é correlacionado com períodos de temporalidade da vida, sinalizando etapas de desenvolvimento com características e demandas próprias.” Vide: OLIVEIRA, Assis da Costa. «Princípio da pessoa em desenvolvimento: fundamentos, aplicações e tradução intercultural». In: *Revista Direito e Práxis*. vol. 5. n. 9. Rio de Janeiro: UERJ, 2014, p.76. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/issue/view/808>. Acesso em: 05 de novembro de 2019.

²⁹ GUERRA, Paulo. *Lei de Protecção de Crianças e Jovens em Perigo Anotada*. 5.ed. Coimbra: Almedina, 2021.p.21.

Em consequência deste avanço, o antigo “interesse do menor”, que correspondia, na verdade, ao interesse do Estado, é substituído pelo “superior interesse da criança”. O superior interesse da criança passou a corresponder ao direito fundamental a ser sujeito de direitos, como todo e qualquer ser humano, em quaisquer condições, implicando, portanto, em colocar os seus direitos no centro da questão.

Assim, o sistema de justiça para as crianças passou a significar tratar do atendimento aos direitos da criança, estando o Estado legitimado a intervir tão somente na medida em que os respeite.

Leciona GUERRA³⁰ que o novo modelo de intervenção iniciou-se por uma reforma legislativa que

“passou pela alteração do enquadramento institucional relativamente às crianças, reconhecendo-lhes direitos universalmente consagrados e inscritos em diversos instrumentos convencionais internacionais, permitindo clarificar as situações de perigo e as situações de delinquência, bem como os tipos de intervenção para cada uma delas, privilegiando-se o princípio da intervenção precoce e proporcional.”

O novo modelo de justiça para as crianças foi inaugurado pelas leis 147/99 de 1 de Setembro – Lei de Promoção e Protecção de Crianças e Jovens em Perigo - e 166/99 de 14 de Setembro – Lei Tutelar Educativa, que reestruturaram o sistema de protecção de menores. Pela primeira vez, crianças em situação de perigo seriam atendidas de forma diversa dos jovens em situação de delinquência.

A Lei 147/99 de 1 de Setembro procura assegurar a devida protecção estatal a todas as crianças e jovens cuja segurança, saúde, formação, educação ou desenvolvimento se encontrem em perigo por ações ou omissões de seus pais, responsáveis legais, ou terceiros, ao mesmo tempo em que busca evitar intervenções excessivas ou abusivas, adotando outras estratégias de suporte.³¹

O modelo atual prevê ainda, que crianças menores de 12 anos de idade que tenham cometido atos qualificados como crime, estarão sujeitas à aplicação de medidas de promoção e protecção, nos termos da Lei 147/99 de 1º de Setembro.

Orientada por princípios que expressam, em última análise, direitos fundamentais (art. 4º), a Lei 147/99 de 1º de Setembro inaugurou uma estrutura organizativa para o atendimento a crianças e jovens em situação de perigo que parecem reconhecidas e aceites pela população.³²

³⁰ GUERRA, Paulo. *Lei de Protecção.... op. cit.* p. 19.

³¹ GERSÃO, Eliana. *A criança, a família e o direito – De onde viemos. Onde estamos. Para onde vamos?* Lisboa: Fundação Francisco Manuel dos Santos, 2014.p.109.

³² *Idem.* p.117.

Dentre estes princípios, é de se destacar o interesse superior da criança e do jovem, a privacidade, a responsabilidade parental, a prevalência da família, a obrigatoriedade da informação, a audiência obrigatória e a participação. Todos estes encerram importantes regras de direitos fundamentais reconhecidos tanto pela Constituição da República Portuguesa, quanto pela Convenção sobre os Direitos da Criança.

A Lei 166/99 de 14 de Setembro – Lei Tutelar Educativa, por sua vez, é aplicável quando da ocorrência de factos qualificados como crime são cometidos por menor de idade, com idade entre 12 e 16 anos.

“A justiça juvenil portuguesa, da qual a LTE é a face mais visível, difere da maioria dos sistemas de outros países da União Europeia, dando menos importância ao facto praticado do que à necessidade de o jovem ser educado sobre os valores fundamentais da comunidade que foram violados pelo ato ilícito; é, por isso, considerado como uma terceira via, entre um modelo de proteção e um modelo penal ou punitivo.”³³

Entende-se que a restrição a direitos fundamentais decorrentes da aplicação de uma medida tutelar educativa somente se justifica se confrontada com a persecução de outros interesses constitucionalmente protegidos, em especial, aqueles interesses que correspondem aos objetivos prioritários da política de juventude estadual, além das exigências comunitárias de segurança e paz social que devem ser garantidas pelo Estado.³⁴

Este modelo, entendido como de “terceira via”, ou “responsabilizante”, pretende configurar-se em um caminho que harmonize a garantia dos direitos da criança com estas expectativas comunitárias de paz e segurança, não apenas buscando atender aos imperativos de proteção da infância pelo Estado, mas educando, na tentativa de formar o jovem para o respeito ao direito. Esta intervenção responsabilizadora assenta-se no superior interesse da criança e no reconhecimento de seus direitos constitucionais, olhando para o menor como um verdadeiro sujeito de direitos.³⁵

Para além das paradigmáticas transformações no modelo de intervenção estatal nas questões atinentes à infância, também na esfera cível houveram importantes reformas decorrentes das novas concepções acerca da infância e dos direitos das crianças.

³³ LEOTE DE CARVALHO, Maria João. «Traços da evolução da justiça juvenil em Portugal: do “menor” à “justiça amiga das crianças”». *Op. cit.* p.24.

³⁴ GUERRA, Paulo; BOLIEIRO, Helena. *A criança e a família – uma questão de direitos.* *Op. cit.* p.109.

³⁵ SANTOS, Margarida. «A intervenção tutelar educativa: especificidades, desafios e perspectivas futuras». In: *Atas das Jornadas Internacionais Igualdade e Responsabilidade nas Relações Familiares.* Braga: Escola de Direito da Universidade do Minho, 2020. p. 370-371.

Ao lado das transformações no direito civil, a aprovação do Regime Geral do Processo Tutelar Cível – Lei 141/2015, de 08 de Setembro – pretendeu avançar ainda mais nas garantias dos direitos das crianças.

Segundo se extrai do texto da exposição de motivos da proposta de lei que culminou no RGPTC, o objetivo principal da reforma era racionalizar “os procedimentos de natureza adjetiva dos processos tutelares cíveis e, designadamente, da regulação do exercício das responsabilidades parentais.”³⁶

Neste sentido, entendia-se que os potenciais riscos psicológicos na formação de crianças inseridas em contextos de rutura conjugal ou violência doméstica exigiam maior celeridade na marcha processual. O RGPTC, deste modo, advém com a intenção de simplificar e reduzir a instrução escrita dos processos, privilegiando, valorizando e potenciando a consensualidade e a instrução oral dos feitos, através da escuta tanto das partes quanto da assessoria técnica dos tribunais nos processos tutelares cíveis.

A este respeito, denota-se a preocupação especial com a efetivação do direito à audição da criança, consagrado no art. 12 da Convenção sobre os Direitos da Criança, que no RGPTC está previsto na alínea c) do art. 4º e detalhada no art. 5º.

Ademais, destaca-se no texto legal referido (art. 18, n.2) a obrigatoria constituição de advogado para a criança quando seus interesses e os dos seus pais forem conflitantes, ou quando a própria criança assim solicitar ao tribunal.

Tais disposições refletem o aprofundamento da preocupação do Estado português em robustecer o sistema normativo de proteção à criança, consolidando na esfera infraconstitucional normas que correspondem a direitos fundamentais das crianças já previstos na Constituição e na Convenção sobre os Direitos da Criança.

No âmbito do Direito Civil propriamente dito, o reconhecimento da criança enquanto sujeito de direitos implicou em uma nova leitura de antigos institutos, além de importantes reformas legislativas.

³⁶ CONSELHO DE MINISTROS. *Proposta de Lei nº 338/XII*. Disponível em: <https://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=6148523063446f764c324679595842774f6a63334e7a637664326c756157357059326c6864476c3259584d7657456c4a4c33526c65485276637939776347777a4d7a677457456c4a4c6d527659773d3d&fich=ppl338-XII.doc&inline=true>. Acesso em: 08 de março de 2021.

A concepção da criança como ser em desenvolvimento e titular de direitos fundamentais transformou o significado da compreensão do poder paternal, que passou a ser concebido como um poder funcional fundado na promoção do desenvolvimento integral das crianças.³⁷

Assim, tem-se que atualmente; o direito da família deve ser lido a partir da ótica constitucional, e as normas definidoras de direitos fundamentais, aqui, em particular, a referir as normas de direitos fundamentais gerais e também específicas da infância.

O contexto mencionado evidencia um movimento que alguns doutrinadores referem por constitucionalização do direito civil.

1.3. A nova hermenêutica do direito da família: a eficácia dos direitos fundamentais na esfera familiar

Ao longo da história da tradição jurídica romano-germânica, o direito civil sempre ocupou o espaço de ambiente normativo privilegiado do indivíduo, colocado em contraposição à Constituição política, que regia o espaço normativo político-estatal. Em seu “lugar”, o direito civil chegou a ser cogitado como a constituição do homem comum, especialmente após o processo de codificação erigido do liberalismo. Na aparência, transitou ao longo da história como se imune às mudanças políticas e sociais que ocorriam no ambiente público e estatal.³⁸ Na essência, as relações privadas sempre foram fortemente afetadas pelas razões de Estado e pelo contexto político, social e histórico no qual estavam inseridas, ainda que a legislação civil permanecesse hígida.

Mais recentemente tem sido comum a busca por realizar a necessária interlocução entre estas duas áreas do direito, o direito civil e a Constituição, a aproximar e suavizar os limites da tradicional dicotomia entre direito público e direito privado.

O tema da eficácia entre particulares das normas de direitos fundamentais, mais especificamente no âmbito do direito da família, é de particular relevância quando se tem no núcleo familiar o ambiente onde são forjados os laços mais importantes das relações humanas e onde o próprio indivíduo se desenvolve. É de se indagar se o direito da família caminha para se tornar ferramenta de garantia dos direitos fundamentais e, dentre estes, dos Direitos das Crianças.

³⁷ SOTTOMAYOR, Maria Clara. *Temas de Direito das Crianças*. Coimbra: Edições Almedina, 2016. p.33. A propósito, o tema das profundas transformações do reconhecimento das crianças como sujeito de direitos nas responsabilidades parentais será mais profundamente abordado adiante, em tópico próprio.

³⁸ LÔBO, Paulo Luiz Netto. «Constitucionalização do Direito Civil». In: *Revista Brasileira de Direito Comparado*. n.17., Rio de Janeiro: Instituto de Direito Comparado Luso-Brasileiro, 1999. p.56.

Considerando-se que em um Estado Constitucional, a Constituição funciona como fundamento de validade e norte interpretativo de todo o ordenamento, é imperioso verificar que a questão da constitucionalização do direito civil já é tema persistente nas recentes doutrinas de direito civil e constitucional, o que torna indispensável a análise da questão.

A indagação sobre o real alcance e efetividade das normas de direitos fundamentais entre particulares demanda que se adentre de forma profunda no estudo da dogmática constitucional. Tal feito configuraria uma aventura acadêmica certamente mal sucedida, porque resultaria incompleta e insuficiente dentro do escopo da investigação proposta. Contudo, parece relevante realizar uma breve digressão acerca da questão, sem a pretensão de esgotamento do tema.

Constata-se que o desenvolvimento do direito constitucional das últimas décadas tem transformado o papel da Constituição, com tendência a reconhecer a validade e eficácia das normas constitucionais direcionadas não apenas ao Poder Público, mas também nas relações entre particulares. A Constituição passou a ter força normativa de caráter vinculativo e obrigatório, de modo que suas disposições são dotadas de imperatividade e sua inobservância pode implicar na deflagração de mecanismos próprios de coação para cumprimento forçado.³⁹

A consolidação teórica de que há uma eficácia irradiante das normas constitucionais implica em que todo o ordenamento jurídico seja permeado pela normativa constitucional, associado a um efeito expansivo das normas constitucionais, de modo que seu conteúdo material e axiológico permeie todo o sistema jurídico também com força normativa.⁴⁰

A eficácia irradiante da Constituição é identificável com o princípio da primazia da Constituição, e acaba desempenhando os papéis de princípio hermenêutico e de mecanismo de controle de constitucionalidade.⁴¹

A considerar a Constituição como o centro do sistema jurídico, tem-se que as normas constitucionais condicionam a interpretação de todos os ramos do Direito, sejam estes públicos ou privados, e vinculam os Poderes estatais em suas atividades. A Constituição passa a constituir um sistema em si, mas também um modo de interpretar todos os demais ramos do Direito, estabelecendo,

³⁹ BARROSO, Luís Roberto. «Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito - O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil». In: *Revista de Direito Administrativo*. n. 240. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, abril-junho de 2005. p. 6.

⁴⁰ BARROSO, Luís Roberto. «Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito...». *op. cit.* p. 12.

⁴¹ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição: Fundamentos de uma Dogmática Constitucional Transformadora*. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2003.p. 161-188.

entre os particulares, limitações à autonomia da vontade, subordinando-a a valores constitucionais e ao respeito aos direitos fundamentais.⁴²

BARROSO⁴³ explica:

“Este fenômeno, identificado por alguns autores como *filtragem constitucional*, consiste em que toda a ordem jurídica deve ser lida e apreendida sob a lente da Constituição, de modo a realizar os valores nela consagrados. Como antes já assinalado, a constitucionalização do direito infraconstitucional não tem como sua principal marca a inclusão na Lei Maior de normas próprias de outros domínios, mas, sobretudo, a reinterpretção de seus institutos sob uma ótica constitucional.”

A este respeito, sustenta CANOTILHO⁴⁴ que a “principal manifestação da preeminência normativa da Constituição consiste em que toda a ordem jurídica deve ser lida à luz dela e passada pelo seu crivo, de modo a eliminar as normas que se não conformem com ela.”

Prossegue, lecionando que a CRP não corresponde meramente a um estatuto organizatório do “Estado-instituição” ou “Estado-pessoa-colectiva”. Configura, em verdade, a lei fundamental da sociedade. Neste sentido, a Constituição não representa apenas um limite negativo à atividade estatal, mas um “caderno de encargos” do Estado. Além disto, para os cidadãos, não se resume a uma barreira de defesa perante intromissões estatais, mas corresponde a um catálogo de direitos à ação ou a prestações do Estado e também a um catálogo de imposição de deveres perante o Estado e a sociedade, além de compor uma fonte direta de disciplina das relações entre os próprios cidadãos.⁴⁵

Especificamente no âmbito da Constituição da República Portuguesa, sobreleva-se a relevância do artigo 18º, n. 1., que trata da força jurídica dos preceitos constitucionais e assim determina: “1. Os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são diretamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas.”

CANOTILHO E MOREIRA⁴⁶ sustentam que este dispositivo é uma das normas que mais profundamente afeta os limites da relevância das normas constitucionais no contexto da ordem jurídica global de Portugal:

“Designadamente, ao fazer aplicar diretamente nas relações entre particulares (e não apenas nas relações entre estes e o Estado) os preceitos relativos aos «direitos, liberdades e garantias» - com a extensão que este conceito tem no art. 17º -, este preceito transforma a Constituição

⁴² BARROSO, Luís Roberto. «Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito...». *op.cit.* In: *Revista de Direito Administrativo*. n.240. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, abril-junho de 2005. p. 13.

⁴³ BARROSO, Luís Roberto. «Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito...». *op. cit.* In: *Revista de Direito Administrativo*. n.240. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, abril-junho de 2005. p. 21-22.

⁴⁴ CANOTILHO, Joaquim José Gomes; MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 1991, p. 45.

⁴⁵ Idem, p. 39.

⁴⁶ CANOTILHO, Joaquim José Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada*. Vol. I. 4.ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. p.381.

em estatuto fundamental da ordem jurídica geral, das relações sociais em geral e, não apenas da ordem jurídica do Estado e das suas relações com a sociedade.”

O primeiro e decisivo sentido da aplicabilidade direta das normas constitucionais, em consequência da determinação do art. 18º, n. 1, da CRP, é o de que elas não adquirem operacionalidade jurídica através de leis regulamentadoras. Se aplicam sem necessidade de interposição conformadora do legislador, constituindo direito atual e eficaz, e não meras diretivas de aplicabilidade futura.⁴⁷

Além disso, o regime próprio dos direitos, liberdades e garantias, ao vincularem as entidades públicas e também as entidades privadas, adquirem eficácia *erga omnes*:

“A eficácia horizontal dos direitos, liberdades e garantias implica que tal como o Estado, também todas as entidades privadas estão sujeitas a um *dever* de não perturbar ou impedir o exercício dos direitos fundamentais. Os direitos, liberdades e garantias traduzem-se, assim, num dever geral de todos os cidadãos de respeitar e não infringir os direitos alheios.”⁴⁸

No que tange à ideia de que uma vinculação geral das normas constitucionais resultaria em graves limitações à autonomia privada, CANOTILHO e MOREIRA esclarecem que, em realidade, a eficácia das normas de direitos fundamentais nas relações privadas transforma estes mesmos direitos fundamentais em princípios objetivos da ordem jurídica civil, tornando inválidos os atos ou negócios jurídicos contrários aos direitos fundamentais.⁴⁹

Disto se extrai que a Constituição portuguesa faz aplicar expressamente os direitos fundamentais às relações entre entidades privadas, sem qualquer restrição ou limitação, devendo o Estado assumir o dever de proteção desses direitos, liberdades e garantias perante terceiros.⁵⁰

Em razão do exposto, tem-se reconhecido cada vez mais a influência das normas constitucionais na esfera do direito privado, e a necessária filtragem constitucional das normas civis, em especial, no que tange às disposições legais que implicam, de um modo ou outro, em garantias de direitos fundamentais.

MIRANDA⁵¹ infere, a partir da leitura de textos constitucionais de diversos países, que a família é afirmada como a base ou célula primeira da sociedade, e é possível verificar o tratamento da família no âmbito dos direitos fundamentais.

⁴⁷ CANOTILHO, Joaquim José Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada. op. cit.* p. 382. A propósito, os professores destacam que o fato de haver aplicabilidade direta das normas constitucionais não dispensa uma investigação a respeito dos pressupostos desta aplicabilidade direta.

⁴⁸ CANOTILHO, Joaquim José Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada. op. cit.* p. 385.

⁴⁹ CANOTILHO, Joaquim José Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada. op. cit.* p. 386.

⁵⁰ CANOTILHO, Joaquim José Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada. op. cit.* p. 387.

⁵¹ MIRANDA, Jorge. «Sobre a Relevância Constitucional da Família». In: *Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: MPRJ, abr./jun. 2017, p. 152. (149-160).

Especificamente no que tange aos dispositivos constitucionais que tratam do direito de família tem-se, de um lado, o artigo 36º, que se insere na Parte I da CRP, caracterizando-se, portanto, como direitos, liberdades e garantias, sendo diretamente aplicáveis e de vinculação automática às entidades públicas e privadas.

Por outro lado, tem-se os artigos 67.º, 68.º e 69.º, inseridos na Parte II da CRP, dentro do rol de Direitos e Deveres Económicos, Sociais e Culturais, configurando normas de carácter institucional e programático, na medida em que o art. 18.º não se aplica às previsões da Parte II da CRP. Ainda assim, as disposições constitucionais devem conduzir os operadores do Direito, especialmente os Magistrados, na condução das causas que envolvem Famílias, Crianças e Jovens, e de forma geral, os referidos dispositivos carregam em si a força normativa geral da Constituição.⁵²

“a) Só por constarem da Constituição devem ser tidas em conta na procura do sentido das restantes normas, por via da interpretação sistemática; b) Através da analogia, podem contribuir para a integração de lacunas; c) Fixam critérios para o legislador nos domínios sobre que versam – donde ainda inconstitucionalidade material, por desvio de poder, quando haja afastamento desses critérios; d) Proíbem a emissão de normas legais contrárias e proíbem a prática de comportamentos que tendam a impedir a produção de atos por elas impostos – donde, também, inconstitucionalidade material em caso de violação; e) Depois de concretizadas através de normas legais, estas não podem ser pura e simplesmente revogadas, retornando-se ao vazio ou à completa inexequibilidade – o que não significa, em contrapartida, que seja de acolher, em termos absolutos um princípio de não retrocesso social.”⁵³

Disto, constata-se que a Constituição impõe sua força normativa não somente ao regular expressamente estas matérias no corpo da própria Constituição, mas em especial, ao irradiar seus efeitos para o sistema jurídico como um todo, afetando o ordenamento infraconstitucional. Igualmente, não gerou reflexos apenas na produção legislativa desde então decorrente, mas passou a exercer força também quanto às normas previamente postas. A propósito, PEDRO⁵⁴ sustenta que:

“A referida influência manifestou-se, não só ao nível do processo de reformulação legislativa do direito positivo, mas também ao nível da aplicação do direito anteriormente constituído que, através da operação de interpretação no quadro da nova moldura constitucional, passou a merecer uma leitura renovada.”

A CRP de 1976 estabeleceu, no art. 67º, a família como o elemento fundamental da sociedade, tendo direito à proteção da sociedade e do Estado, e à efetivação de todas as condições que permitam a realização pessoal dos seus membros. A família, portanto, além das garantias dos direitos

⁵² MIRANDA, Jorge. «Sobre a Relevância Constitucional da Família». In: *Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: MPRJ, abr./jun. 2017, p. 153-157. (149-160).

⁵³ Idem, p. 157.

⁵⁴ PEDRO, Rute Teixeira. «A visão personalista da família e a afirmação de direitos individuais no seio do grupo familiar – a emergência de um novo paradigma decorrente do processo de constitucionalização do direito da família». In: *Pessoas, Direito e Direitos*. OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto e MAC CRORIE, Benedita (coord.). Braga: Direitos Humanos – Centro de Investigação Interdisciplinar, 2016. p. (313-342) 320.

das famílias, é reconhecida pela Constituição como uma verdadeira instituição titular de um direito fundamental tipicamente social, sujeito de prestações por parte do Estado.⁵⁵

Embora a CRP não defina o conceito de família, tem-se que não é pressuposto o vínculo matrimonial, posto que o conceito deve abranger as concepções de família existentes na vida concreta da coletividade. Além disto, a previsão de que a família existe para a realização pessoal de seus membros implica que, constitucionalmente, a família é uma instituição que deve ser preservada e regulada em benefício das pessoas que a compõem, e não contrariamente à elas.⁵⁶

CANOTILHO e MOREIRA destacam, quanto à eficácia da norma constitucional relativamente à proteção da família, que o fato de a família ser destinatária da proteção da sociedade, sendo a sociedade um conjunto que engloba poderes públicos e também particulares, deve-se compreender este dever de proteção à família como extensível aos outros particulares, no sentido da eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações entre privados.⁵⁷

As incumbências estatais constitucionalmente previstas relativamente às famílias são variadas. Envolve desde a independência social e econômica, criação de rede nacional de creches e outras estruturas, educação, organização de estruturas jurídicas e técnicas destinadas ao planeamento familiar, benefícios tributários, etc.⁵⁸

A CRP, ao passo em que garante aos pais o direito e o dever de educação dos filhos (artigo 36º, n. 5), garante o direito à proteção e auxílio da sociedade no desempenho desta tarefa, de modo que as previsões dispostas no artigo 68º da CRP traduzem direitos a prestações públicas, além daquelas questões extensíveis aos particulares, conforme mencionado.⁵⁹

Diante do exposto, tem-se que a supremacia da Constituição implica necessariamente na transformação da antiga compreensão acerca das famílias e de seus direitos, de modo que a família surge, nas últimas décadas, como um espaço de exercício de liberdade, afirmação e concretização de direitos dos seus membros, sejam estes direitos fundamentais, sejam direitos de personalidade.⁶⁰ Neste contexto, no âmbito dos direitos da criança, a manifestação mais ostensiva da constitucionalização do direito da família e da eficácia entre particulares dos direitos fundamentais encontra-se precisamente ao nível da regulação do exercício das responsabilidades parentais, que se passará a aprofundar.

⁵⁵ CANOTILHO, Joaquim José Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada. op.cit.* p. 856-857.

⁵⁶ *Idem, ibidem.*

⁵⁷ CANOTILHO, Joaquim José Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada. op.cit.* p. 857.

⁵⁸ *Idem.* p. 858-859.

⁵⁹ *Idem.* p. 864.

⁶⁰ PEDRO, Rute Teixeira. «A visão personalista da família e a afirmação de direitos individuais no seio do grupo familiar ...» *op. cit.*, p.325.

2. AS RESPONSABILIDADES PARENTAIS

2.1. Do poder paternal ao cuidado parental: a mudança paradigmática das responsabilidades parentais

Determina o artigo 123º do Código Civil que “salvo disposição em contrário, os menores carecem de capacidade para o exercício de direitos.” Segundo GERSÃO⁶¹ menoridade significa a incapacidade de exercício de direitos. Na condição de pessoa, a criança evidentemente goza de todos os direitos atribuídos aos seres humanos, com exceção daqueles incompatíveis com a idade.

Ocorre que, pelo fato de as crianças se encontrarem na condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, com aquisição progressiva de autonomia, maturidade e capacidades, é que a criança não pode exercer muitos de seus direitos por si mesma.

“A lei presume que, até uma certa idade, as crianças e adolescentes não têm a maturidade suficiente para praticar actos com relevância jurídica e, no seu interesse, confia o exercício desses direitos a outras pessoas, que agem em sua representação.”⁶²

Neste sentido, determina o artigo 130º do Código Civil que “a incapacidade dos menores é suprida pelo poder paternal e, subsidiariamente, pela tutela, conforme se dispõe nos lugares respectivos.”

À primeira vista tem-se que o Código Civil atribui às responsabilidades parentais a função jurídica de suprimento da incapacidade negocial de exercício dos filhos menores de 18 anos não emancipados. Disto se poderia concluir que o alicerce de uma concepção tradicional das responsabilidades parentais se assenta na questão das incapacidades e da menoridade.

“Contudo, uma concepção redutora das responsabilidades parentais à função de representação dos menores significa uma visão autoritária do poder paternal, demasiado rígida e formalista para aspectos relacionados com a sua conduta pessoal e social.”⁶³

Recordando as lições de SOTTOMAYOR⁶⁴, uma visão tradicional do instituto das incapacidades se estrutura na visão da criança como um ser sem aptidão natural para agir, como um ser carente de proteção e inferior, sob o ponto de vista físico, intelectual e relacional, sem competências para participar nos espaços jurídicos.

⁶¹ GERSÃO, Eliana. *A criança, a Família e o Direito... op.cit.*p.15.

⁶² GERSÃO, Eliana. *Idem. Ibidem.*

⁶³ SOTTOMAYOR, Maria Clara. *Regulação do Exercício das Responsabilidades Parentais nos Casos de Divórcio*. 5. Ed. Coimbra: Edições Almedina, 2016.p.19.

⁶⁴ SOTTOMAYOR, Maria Clara. *Temas de direito das crianças*. Coimbra: Almedina, 2016. p. 52-53.

Conforme já foi possível analisar, é de tempos remotos que advém esta concepção de negatividade constituinte da infância e das crianças enquanto seres menores, dependentes do auxílio de adultos para sua participação no ambiente social.⁶⁵

“O estado de menor, tal como é tradicionalmente entendido, revela-se fortemente marcado por uma situação de sujeição e dependência em relação a outras pessoas (em regra, os pais).[...] Com efeito, traduz uma ideia de inferioridade do sujeito que designa, tendo uma conotação desvalorizante e discriminatória. Uma tal ideia tem-se demonstrado manifestamente incompatível com o reconhecimento da criança como pessoa, como sujeito de direito.”⁶⁶

Em paralelo à negatividade da infância, a história revela as estruturas de poder que se alinharam no passar dos séculos, nomeadamente o poder patriarcal do homem chefe de família, que o exercia não apenas sobre as crianças, mas também sobre as mulheres.

Ainda que não se possa estabelecer uma relação determinante direta, é interessante perceber que um correspondente remoto das responsabilidades parentais pode ser encontrado no direito romano, na figura da *patria potestas*. Concedia-se poder absoluto do *pater familias* sobre todos os integrantes do agregado familiar, notadamente sobre os filhos.⁶⁷

O direito português, analisado às luzes da história, expressa uma perspectiva tradicional das responsabilidades parentais, segundo a qual o poder paternal conjugava de forma indissociável direitos e obrigações, vindo, porém, carregado do peso da visão patriarcal da organização familiar, centrada no poder do homem, bem como de uma relação hierárquica, de posse e domínio sobre as pessoas e coisas dos filhos.⁶⁸

A base autoritária e de hierarquia patriarcal trazia consigo “a carga ideológica do poder de domínio ilimitado e arbitrário do pai traduzido na completa sujeição do filho aos seus desígnios”⁶⁹. O pátrio poder representava verdadeiramente uma tirania, a tirania do pai sobre o filho.⁷⁰

Aos pais homens eram atribuídos poderes bastante discricionários para administrar a vida do filho menor, concedendo direito de representação, guarda e poder de correção. Estes poderes,

⁶⁵ SARMENTO, Manuel Jacinto. «Gerações e alteridade: interrogações a partir da sociologia da infância». In: *Educação e Sociedade*. vol. 26. n. 91. Campinas: maio-ago de 2005. p. 368. Acesso em: 21 de dezembro de 2019. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/es/v26n91/a03v2691.pdf>.

⁶⁶ DIAS, Cristina. «A criança como sujeito de direitos e o poder de correção.» *op. cit.* p. 93.

⁶⁷ A propósito, ao chefe de família era concedido o direito de dispor da vida, de vender ou entregar um filho, como se vê em CAPELO DE SOUZA, Rabindranath. *Direito de Família e Sucessões. Relatório sobre o programa, o conteúdo e os métodos de ensino de tal disciplina*. Coimbra: Faculdade de Direito de Coimbra, 1999. p 23.

⁶⁸ SOTTOMAYOR, Maria Clara. *Regulação do Exercício das Responsabilidades Parentais nos Casos de Divórcio*. 5. Ed. Coimbra: Edições Almedina, 2016.p.22.

⁶⁹ MARTINS, Rosa. *Menoridade, (In)Capacidade e Cuidado Parental*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. p. 225.

⁷⁰ MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*. v. 2. 21.ed. São Paulo: Saraiva, 1983. p. 276.

cuja centralidade se organizava em torno do poder de representação e do poder-sujeição do filho menor de idade, formavam o núcleo dos direitos parentais.⁷¹

“No direito das Ordenações, predominou a sistemática romana, com o poder conferido ao pai (exclusivamente ao pai), de dirigir a educação do filho, fixar a sua condição, administrar o seu patrimônio.”⁷²

O poder paternal do Código de Seabra, por sua vez, mantinha a característica patrimonial e de autoridade paterna, ao estipular um regime de exercício do poder paternal manifestamente desigual, privilegiando a figura do pai. As mães deveriam ser ouvidas naquilo que dizia respeito aos interesses dos filhos, mas competia ao pai, chefe de família, dirigir, representar e defender os filhos menores.⁷³

O Código Civil de 1966, na versão original, consagrou determinações semelhantes às do Código de Seabra, repartindo o exercício dos poderes parentais no modelo patriarcal, em que a mãe detinha poderes meramente consultivos, e ainda assim, inexigíveis, não prevendo soluções para os casos em que os progenitores fossem separados.⁷⁴

Com o passar dos tempos, na senda do reconhecimento dos direitos humanos, especialmente dos direitos das crianças, igualmente bastante influenciado pelos movimentos feministas, a visão tradicional centrada nos direitos do pai de família passou a ser paulatinamente desconstruída. As responsabilidades parentais deixaram de ser compreendidas como um poder, como um direito de posse e disposição paternal quanto às questões relativas à pessoa, bens e direitos dos filhos, e passou-se a ver a responsabilidade parental por um viés igualitário e de direitos humanos, decorrente de profundas mudanças sociais e culturais.

A tendência inevitável foi, forçosamente, a consagração da bilateralidade nas relações entre pais e filhos, atribuindo o poder parental a ambos os pais. Do mesmo modo, passou-se ao predomínio do interesse dos filhos, passando o poder parental a adotar características de deveres e do sentido de proteção e defesa da pessoa dos filhos, sobrepondo-se estes deveres à ideia de prerrogativas paternas ou de direito dos pais sobre os filhos.⁷⁵

“A ideia predominante é que a *potestas* deixou de ser uma prerrogativa do pai, para se afirmar como a fixação jurídica dos interesses do filho. Não se visa a beneficiar quem o exerce, mas

⁷¹ MARTINS, Rosa. *Menoridade, (In)Capacidade e Cuidado Parental*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. p. 159-161.

⁷² PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. v.5. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981.p.285.

⁷³ BOLIEIRO, Helena; GUERRA, Paulo. *A Criança e a Família*. op. cit. p. 184.

⁷⁴ BOLIEIRO, Helena; GUERRA, Paulo. *A Criança e a Família*. op. cit. p. 184-185. GERSÃO, Eliana. *A criança, a Família e o Direito*. op.cit.p.25-26. SOTTOMAYOR, Maria Clara. *Regulação do exercício das responsabilidades parentais...* op.cit.p.233-234.

⁷⁵ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. v.5. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981.p.287.

proteger o menor. [...] Por outro lado, não mais predomina a sua atribuição ao marido. Ao revés, é confiado aos pais, como expressão da igualdade jurídica dos cônjuges.”⁷⁶

Na esteira destas novas concepções, a CRP de 1976 consagrou como um dos princípios do Direito de Família, a igualdade entre os cônjuges. O artigo 36º, n. 3 da CRP determina que os cônjuges têm iguais direitos e deveres quanto à capacidade civil e política e à manutenção e educação dos filhos.

CANOTILHO e MOREIRA⁷⁷ lecionam que a igualdade entre os cônjuges trata-se de uma expressão qualificada do princípio geral da igualdade, no sentido de que a igualdade entre homens e mulheres abrange não somente as esferas extrafamiliares, mas também a esfera familiar, sendo vedada qualquer discriminação jurídica entre os cônjuges.

Tal determinação constitucional provocou profunda transformação no papel social e jurídico concedido às mulheres, e implicou em reformas igualmente profundas na ordem jurídica como um todo, vez que eliminou a relação de subordinação jurídica e hierárquica da mulher ao cônjuge decorrente do poder marital, bem como as limitações jurídicas das mulheres em domínios extrafamiliares, como do direito comercial e do trabalho.⁷⁸

A CRP determina também o direito dos progenitores a não serem privados de seus filhos. O artigo 36º, n. 6 estabelece que filhos não podem ser separados dos pais, salvo quando estes não cumpram os seus deveres fundamentais para com eles e sempre mediante decisão judicial. O direito de filhos e pais não serem separados uns dos outros somente pode ser restringido pela lei, sob reserva de uma decisão judicial.⁷⁹

A lei civil, por sua vez, reforça ao determinar que os filhos não podem ser separados dos pais, salvo quando estes não cumpram devidamente os seus deveres fundamentais para com os filhos, seja por um dos pais infringir culposamente seus deveres para com os filhos, cujo resultado implique em graves prejuízos, seja por inexperiência, enfermidade, ausência ou outras razões, demonstre não possuir condições de cumprir com tais deveres, ou se a segurança, a saúde, a formação moral ou a educação da criança estiverem em perigo, mas não for o caso de inibição das responsabilidades parentais (caso

⁷⁶ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. v.5. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981.p.286.

⁷⁷ CANOTILHO, Joaquim José Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada*. Vol. I. 4.ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. p.564.

⁷⁸ CANOTILHO, Joaquim José Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada*. op. cit. p.564; PEREIRA COELHO, Francisco; OLIVEIRA, Guilherme de. *Curso de Direito da Família*. Vol. I. 5.ed. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2016. p.148.

⁷⁹ CANOTILHO, Joaquim José Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada*. op.cit. p. 566.

em que o tribunal poderá confiar o menor a terceira pessoa ou estabelecimento de educação ou assistência).⁸⁰

O direito dos pais à educação e companhia dos filhos tem sido considerada pela doutrina como autênticos direitos de personalidade dos pais, dirigidos à realização de sua personalidade.⁸¹

“A auto-realização dos pais pelo cuidado parental não assume um caráter autoritário e individualista, como nas concepções tradicionais de poder paternal, mas um cariz altruístico, concretizado na relação e na comunicação com o filho, no respeito pela sua personalidade. Por isso, uma nova forma de encarar o poder paternal, exercido no interesse do filho e não apenas na realização da personalidade dos pais, implica uma modificação do seu conteúdo enquanto poder de correção.”⁸²

Ao passo em que se reconheceu a igualdade entre homens e mulheres mesmo no universo familiar, reconheceu-se também à criança a condição de sujeito de direitos, como visto.

“Na verdade, a criança não é um ser humano inferior, é um ser humano que, apesar da especial vulnerabilidade que apresenta, possui igual dignidade e até mais direitos do que os adultos.”⁸³

Dada a condição específica da infância, paulatinamente despindo-se do caráter egoístico de que se impregnava, o conceito de poder parental alterou-se profundamente, passando a constituir um conjunto de deveres cuja base é nitidamente altruística. Se “outrora, o pátrio poder representava uma tirania, a tirania do pai sobre o filho; hoje é uma servidão do pai para tutelar o filho.”⁸⁴

O poder paternal passou a ser encarado como um complexo de deveres, ou como um direito concedido a ambos os pais para cumprirem um dever. Deixou de ser propriamente um direito subjetivo estabelecido em favor dos genitores e no seu próprio interesse para transformar-se em dever de proteção e direção instituído no interesse dos filhos e da família.⁸⁵

Constituindo-se em um “complexo de direitos e deveres atribuídos e impostos pela lei a ambos os progenitores”⁸⁶ enquanto perdurar a fase de menoridade de seus filhos, as responsabilidades parentais encerram a obrigação para que os progenitores cuidem de todos os aspectos relacionados com a pessoa e os bens do filho, configurando-se em verdadeiros poderes funcionais.

⁸⁰ Vide PEREIRA COELHO, Francisco; OLIVEIRA, Guilherme de. *Curso de Direito da Família*. Vol. I. *op. cit.* p. 150, a respeito do disposto nos artigos 1915º, nº1 e 1918º do Código Civil.

⁸¹ Vide: SOTTOMAYOR, Maria Clara. *Regulação do Exercício das Responsabilidades Parentais...op.cit.p.23.*; LEITE DE CAMPOS. *Lições de Direito de Família e Sucessões. op.cit.* p.106. DIAS, Cristina. «A criança como sujeito de direitos e o poder de correção». *op. cit.* p.88-89. PINHEIRO, Jorge Duarte. *O direito de família contemporâneo. p. 221.*

⁸² DIAS, Cristina. «A criança como sujeito de direitos e o poder de correção.» *op. cit.* p. 89.

⁸³ DIAS, Cristina. «A criança como sujeito de direitos e o poder de correção.» *op. cit.* p. 93.

⁸⁴ MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*. v. 2. 21.ed. São Paulo: Saraiva,1983. p. 276.

⁸⁵ MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*. v. 2. 21.ed. São Paulo: Saraiva,1983. p. 276.

⁸⁶ MARTINS, Rosa. *Menoridade... op. cit.* p. 170.

O poder funcional, na definição de MARTINS, é o “poder atribuído pela lei a uma pessoa cujo exercício se encontra vinculado ao interesse de uma outra, não podendo ser exercido se, quando e como o seu titular quiser, mas antes terá de ser exercido pelo modo exigido pela sua função”⁸⁷

A questão de o poder parental ter se convertido em um poder-dever ou poder funcional implica no fato de que não apenas seus titulares (os progenitores) são obrigados a exercê-lo, mas o tem de fazer de maneira condicionada e subordinada à lei, no interesse dos filhos. Assim, o exercício destas incumbências, como mencionado, não é livre. De fato, a própria CRP acautela quanto a abusos no exercício destes direitos (art. 69, 1), prevendo até mesmo a possibilidade de afastamento de progenitor (art. 36º, 6) pela inibição do exercício da responsabilidade parental.

A Reforma do Código Civil promovida pelo Decreto-Lei nº 496/77 de 15 de novembro consubstanciou, na esfera infraconstitucional, esta natureza funcional do poder paternal.⁸⁸ Ainda assim, a interpretação que se dava à Reforma carregava o peso dos dogmas da incapacidade geral de agir da criança, do poder paternal como um poder-substituição ante esta incapacidade, e da sujeição do filho menor aos pais, de modo que a verdadeira transformação no instituto somente adveio com as posteriores alterações legislativas.⁸⁹

Os diplomas legais que efetivamente consolidaram a concepção altruística e o caráter funcional do poder paternal, modificaram o Código Civil em questões essenciais. As Leis 84/95 de 31 de agosto, Lei 59/99 de 30 de junho e, finalmente, a Lei 61/2008 de 31 de outubro, no que às responsabilidades parentais se referem, não apenas modificaram a regulamentação do exercício do poder paternal em caso de dissolução conjugal. Em especial, a Lei 61/2008 de 31 de outubro, implicou em uma alteração terminológica que se mostrou fundamental.

Substituiu-se o termo “poder paternal” pelo termo “responsabilidades parentais”, revelando que, com a alteração conceitual, busca-se alterar efetivamente o centro da atenção daquele que detém o “poder” (os adultos) para aqueles cujos direitos se pretendem salvaguardar (as crianças).⁹⁰

Reflete um giro para uma visão personalista das responsabilidades parentais,

“em que a criança é considerada não apenas como um sujeito de direito susceptível de ser titular de relações jurídicas, mas como uma pessoa dotada de sentimentos, necessidades e emoções, a quem é reconhecido um espaço de autonomia e de auto-determinação, de acordo com sua maturidade.”⁹¹

⁸⁷ MARTINS, Rosa. *Menoridade...* op. cit. p.189.

⁸⁸ BOLIEIRO, Helena; GUERRA, Paulo. *A Criança e a Família. op. cit.* p. 185.

⁸⁹ ROSA MARTINS, *Menoridade...* Op.cit. p. 165.

⁹⁰ Projecto de lei do Partido Socialista de nº 509/X. Acesso em: 09 de junho de 2021. Disponível em: <http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/GuiaDivorcioRespParent/anexos/anexo1>.

⁹¹ SOTTOMAYOR, Maria Clara. *Regulação do exercício das responsabilidades parentais nos casos de divórcio. op.cit.* p.19.

Neste movimento, a noção hodierna de responsabilidade parental diz respeito a um poder-dever de caráter altruísta, de atendimento ao superior interesse da criança, considerando-se a criança como um indivíduo em condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, destinatária dos esforços máximos do Estado e da família para garantia de sua dignidade. Portanto, para além de um direito, as responsabilidades parentais configuram-se em verdadeiros deveres e obrigações, impostas pela própria CRP e legislação.⁹²

A criança, além de sujeito de direitos susceptível de ser titular de relações jurídicas, é também uma pessoa, em especial fase de mutação subjetiva, dotada de sentimentos, necessidades e emoções, a quem é reconhecido espaço de autonomia e autodeterminação⁹³ e, à medida que progressivamente adquire mais autonomia, mais comprimido se torna o núcleo de poderes-deveres atinentes às responsabilidades parentais⁹⁴.

Deste modo, ao passo em que se verifica uma profunda mudança na concepção de responsabilidades parentais, se vê também a mudança na concepção da própria minoridade e da incapacidade de exercício, bem como na emergência de uma perspectiva relacional entre pais e filhos menores.⁹⁵

2.2. Conteúdo das Responsabilidades Parentais

As responsabilidades parentais, que encontram seu fundamento primordial na filiação, é um dos principais efeitos desta particular relação jurídica. Enquanto os filhos são menores de idade e encontram-se nesta fase de profunda transformação com aquisição progressiva de autonomia e competências, encontram-se também em situação de dependência existencial em relação aos pais ⁹⁶, por isto depreende-se a necessidade natural de proteção das crianças nos primeiros anos de vida e a vocação natural dos pais para assumir esta tarefa.⁹⁷

⁹² Neste sentido: DIAS, Cristina. «A Criança Como Sujeito de Direitos e o Poder de Correção». *op. cit.*; LÔBO, Paulo. *Direito Civil: Famílias. op.cit.* p. 295-299; SOTTOMAYOR, Maria Clara. *Regulação do Exercício das Responsabilidades Parentais nos Casos de Divórcio. op.cit.* p. 15.

⁹³ SOTTOMAYOR, Maria Clara. *Regulação do Exercício das Responsabilidades Parentais... op. cit.*p.19.

⁹⁴ MARTINS, Rosa. *Menoridade... op. cit.* p. 229.

⁹⁵ MARTINS, Rosa. *Menoridade... op. cit.* p. 109-112; 168.

⁹⁶ MARTINS, Rosa. *Menoridade... op. cit.* p. 150, PEREIRA COELHO, Francisco; OLIVEIRA, Guilherme de. *Curso de Direito da Família. op. cit.* p. 49.

⁹⁷ MARTINS, Rosa. *Menoridade... op. cit.*p. 177-178.

MARTINS⁹⁸ leciona que em regra, serão os pais os naturalmente mais aptos a assumir a tarefa de proteger as crianças, não apenas por ser natural que assim o seja, mas também por serem os pais os adultos que possuem maior proximidade e afetividade com a criança de tenra idade.

Esta dependência existencial da criança aos adultos tende a diminuir conforme a criança cresce e progride em termos de desenvolvimento físico, intelectual, de competências e autonomia, de modo que resulta em um espaço de atuação e de dependência cada vez menor para as tarefas atinentes às responsabilidades parentais. Por esta razão, explica MARTINS⁹⁹, que as responsabilidades parentais se caracterizam por serem regressivas, até que venham a ser extintas, com o atingimento da maioridade ou com a emancipação¹⁰⁰.

Neste sentido, a limitação legal ao exercício deste poder funcional fundamenta-se em duas finalidades: a primeira, de proteção da pessoa do filho e do seu património e a segunda, de promoção e apoio ao desenvolvimento da autonomia pessoal e independência do sujeito.

O conteúdo das responsabilidades parentais, portanto, engloba tarefas e obrigações com vistas ao atendimento das complexas necessidades dos filhos menores com o fito de sua proteção e de apoio ao seu desenvolvimento. Além de meio de suprimento da incapacidade, expressa poder de representação, poder-dever de administração dos bens, dever de guarda, de sustento e direção da educação.

O art. 1878^º do Código Civil determina que compete aos pais velar pela segurança e saúde dos filhos, prover seu sustento, dirigir sua educação, representá-los e administrar seus bens.

Evidencia-se haver uma distinção entre os planos pessoal e patrimonial das responsabilidades parentais, estando as obrigações relativas à pessoa dos filhos regulada pelos artigos 1885^º a 1887^º do Código Civil, e as obrigações relativas aos bens regulada pelos artigos 1888^º a 1900^º também do Código Civil¹⁰¹. A doutrina¹⁰², de certo modo, classifica as obrigações previstas por estes dispositivos em determinadas categorias jurídicas ou “linhas de força”, de modo a tornar a compreensão acerca das responsabilidades parentais mais claras.

⁹⁸ *Idem, ibidem.*

⁹⁹ MARTINS, Rosa. Menoridade... op. cit. p. 180-181.

¹⁰⁰ Nos termos dos artigos 130.^º, 132.^º, 133.^º e 1877^º do Código Civil.

¹⁰¹ Importa destacar que o DL n^º 272/2001 de 13 de outubro transferiu a competência decisória neste tipo de questão para o Ministério Público.

¹⁰² Pelos consultados, destacamos MARTINS, Rosa. *op. cit.* p. 192; DIAS, Cristina. *A criança como sujeito de direitos... op.cit.* p. 97. GUERRA, Paulo; BOLIEIRO, Helena. *A criança e a família...op.cit.* p. 182 e seguintes. PINHEIRO, Jorge Duarte. *O direito de família contemporâneo. p. 222 e seguintes.*

GUERRA e BOLIEIRO lecionam que os poderes-deveres de carácter pessoal englobam o dever de guarda, de vigilância, de auxílio, de assistência e de educação. Já os poderes-deveres de natureza patrimonial dizem respeito ao poder-dever de administração dos bens e o de representação.¹⁰³

Quanto ao poder-dever de administração dos bens, igualmente exercido no interesse dos filhos, vem referido no artigo 1878º, n.1 do Código Civil. É o próprio Código Civil que estabelece as limitações, quando determina que certos atos somente podem ser praticados pelos pais mediante autorização judicial, e outros bens sequer poderão ser administrados, sob pena de serem passíveis de anulação com o atingimento da maioridade dos filhos, conforme se denota do artigo 1888º e 1889º do Código Civil.¹⁰⁴

O poder-dever de representação, previsto no art. 1878º, n. 1 e 1881º, do Código Civil, diz respeito ao exercício da generalidade dos direitos e obrigações dos filhos perante terceiros.¹⁰⁵ possui regras e especificidades bastante diversas da representação voluntária. MENEZES CORDEIRO¹⁰⁶ leciona que os pais, enquanto representantes legais dos filhos, não os representam no sentido comum¹⁰⁷, mas estão abrangidos por um feixe de poderes funcionais, por um imperioso dever ético e jurídico de agir em defesa dos filhos, praticando os atos para tanto necessários. A representação legal decorrente das responsabilidades parentais visa a proteção patrimonial e pessoal das crianças, jovens e certos deficientes.

No que diz respeito ao poder-dever de guarda¹⁰⁸, há ainda um conceito amplo e um estrito. O conceito amplo entende a “guarda” como um instituto que corresponderia à totalidade das responsabilidades parentais ¹⁰⁹, englobando em si a totalidade das obrigações aí previstas.

Uma perspectiva estrita, entende que a “guarda” diz respeito ao plano pessoal das responsabilidades parentais e à concretização do preceito constitucional que determina o direito dos pais em terem os filhos em sua companhia, previsto pelo art. 36º, n., 6 da CRP, mantê-los junto de si ou no

¹⁰³ BOLIEIRO, Helena. *A criança e a família...op.cit.* p. 182-183.

¹⁰⁴ GOMES, Ana Sofia. *Responsabilidades parentais*.3.ed. Lisboa: Quid Juris?, 2012.p.15-16.

¹⁰⁵ PINHEIRO, Jorge Duarte. *O direito de família contemporâneo.* p. 218.

¹⁰⁶ MENEZES CORDEIRO, António. *Tratado de Direito Civil Português*. I. Parte Geral. Tomo IV. Coimbra: Almedina, 2007.p.46-47.

¹⁰⁷ MENEZES CORDEIRO detalha a conceituação da representação voluntária, e diferencia a representação legal dos pais daquela, pelo fato de que os pais não representam os filhos no sentido comum de se autodeterminarem *contemplatio domini*, de forma que os atos praticados se consubstanciem na esfera dos filhos. A representação legal está vinculada ao poder-dever de cuidado, e possui natureza jurídica distinta da representação voluntária. Vide: MENEZES CORDEIRO, António. *op. cit.*p. 46-47.

¹⁰⁸ Com a aprovação da Lei n.º 61/2008 a expressão ‘guarda’ prevista no art. 1906º do Código Civil foi substituída por ‘residência’, razão pela qual alguns autores não concordam com a continuidade do uso do termo ‘guarda’.

¹⁰⁹ PINHEIRO, Jorge Duarte. *O direito de família contemporâneo.* p. 215, 223-224.

local que indicarem, fixar-lhes a residência e regular as relações dos filhos com outras pessoas, e velar por sua saúde e segurança, conforme previsão do art. 1887º no Código Civil.¹¹⁰

O poder-dever de vigilância, intrinsecamente relacionado ao poder-dever de guarda, diz respeito à proteção da integridade física e moral dos filhos, de fatores externos e também de si próprios. Decorrente do dever legal de velar pela segurança e saúde do filho menor, este poder-dever confere aos pais as decisões acerca de tratamentos de saúde dos filhos, o poder-dever de vigiar sua correspondência, bem como responsabiliza os pais pelos danos que o filho menor causar a terceiros (art. 491 do Código Civil).¹¹¹

O poder-dever de manutenção ou sustento também é constitucionalmente previsto no 36º, n.5 da CRP. Tem-se que os pais têm a obrigação de prover o sustento dos filhos, nos limites de suas capacidades econômicas, até que os filhos estejam em condições de sustento próprio.¹¹²

Nesta obrigação, está abrangido o dever mútuo de auxílio e assistência decorrentes da relação de filiação previstos pelo artigo 1874º n.1 e 2 do Código Civil¹¹³, e compreende o fornecimento de habitação, alimentação, vestuário, despesas com saúde, segurança e educação. ¹¹⁴

O poder-dever de velar pela saúde é, como se denota, umbilicalmente vinculado aos poderes-dever de vigilância, de manutenção e sustento, uma vez que a manutenção da saúde dos filhos perpassa os deveres de cuidados com a alimentação, vestuário, com a higiene básica, com o atendimento a cuidados médicos. Ademais, refere-se ao já mencionado poder de consentir em intervenções médicas.¹¹⁵

O poder-dever de educação, considerado por MARTINS ¹¹⁶ como o conteúdo nevrálgico das responsabilidades parentais¹¹⁷, encontra-se regulado pelo artigo 1.885 do Código Civil, que determina que “cabe aos pais, de acordo com as suas possibilidades, promover o desenvolvimento físico, intelectual e moral dos filhos” e que “os pais devem proporcionar aos filhos, em especial aos diminuídos física e

¹¹⁰ ; DIAS, Cristina. *A criança como sujeito de direitos... op.cit.* p. 97. GUERRA, Paulo; BOLIEIRO, Helena. *A criança e a família...op.cit.* p. 182.

¹¹¹ DIAS, Cristina. *A criança como sujeito de direitos... op.cit.* p. 98. GUERRA, Paulo; BOLIEIRO, Helena. *A criança e a família...op.cit.* p. 182.

¹¹² Deste dispositivo deriva a o fundamento constitucional da obrigação alimentar por parte do progenitor que não viva com os filhos. Vide CANOTILHO, Joaquim José Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada. op.cit.* p.565.

¹¹³ GUERRA, Paulo; BOLIEIRO, Helena. *A criança e a família...op.cit.* p. 182.

¹¹⁴ DIAS, Cristina. *A criança como sujeito de direitos... op.cit.* p. 98. A autora ainda destaca que é em função do dever de manutenção constitucionalmente previsto que a obrigação alimentar decorrente do poder paternal é mais ampla do que aquela prevista pelo art. 2003, nº1 do Código Civil.

¹¹⁵ DIAS, Cristina. *A criança como sujeito de direitos... op.cit.* p. 98.

¹¹⁶ MARTINS, Rosa. *op. cit.* p. 209 e seguintes.

¹¹⁷ No mesmo sentido, FERREIRA, Maria Elisabete. *Violência parental e intervenção do Estado: a questão à luz do direito português.* Porto: Universidade Católica Editora, 2016.p.51

mentalmente, adequada instrução geral e profissional, correspondente, na medida do possível, às aptidões e inclinações de cada um.”

Os pais têm o direito e o dever de educação e manutenção dos filhos. É o que prevê o artigo 36º, n. 5 da CRP. Esta determinação trata verdadeiramente de um direito-dever subjetivo, e não uma mera garantia institucional ou norma constitucional de caráter programático. A previsão constitucional prevista no dispositivo mencionado integra o poder paternal que, por sua vez, não se resume meramente à direitos subjetivos dos pais perante o Estado e os filhos, mas traduz-se nesta referida obrigação de cuidado parental.¹¹⁸

No que tange especificamente ao dever de educação dos filhos, CANOTILHO e MOREIRA destacam que a obrigação de educação advinda do dever de cuidado parental diz respeito ao processo global de socialização e aculturação das crianças, o que ocorre principalmente no ambiente familiar, sem excluir a colaboração do Estado e a obrigação deste em fornecer ensino público, igualmente previsto pela Constituição (art. 67º, 2, c ; 68º, 1 e 74º,2,a da CRP).¹¹⁹

Na esfera de decisão dos pais, encontra-se a opção de dar uma educação religiosa ou laica aos filhos, formação cívica e moral, educação sexual, além de dirigir a educação escolar dos filhos, conforme se denota dos artigos 1886º e 1878º, n.1, ambos do Código Civil.

É igualmente dentro do poder-dever de educação que se encontra o debate acerca do poder de correção. O artigo 1878º, n.2 do Código Civil estabelece que “os filhos devem obediência aos pais; estes, porém, de acordo com a maturidade dos filhos, devem ter em conta a sua opinião nos assuntos familiares importantes e reconhecer-lhes autonomia na organização da própria vida.”

“Nem o dever de obediência dos filhos, previstos no art. 1.878º, nº2 implica que o seu incumprimento acarrete violência por parte dos pais (nenhum direito ou dever pode ser exercido “à força”). De facto, os deveres de obediência e respeito dos filhos são mais de natureza moral que jurídica, pois nem o seu cumprimento pode obter-se coercivamente, nem o seu incumprimento acarreta qualquer sanção”.¹²⁰

DIAS¹²¹ leciona ainda, que o direito dos pais educarem os filhos não abrange o direito de os agredir, tampouco ofender sua integridade física ou psíquica, de modo que comportamentos que, se praticados entre adultos, constituem tipos penais, o mesmo deve ocorrer quando praticado contra filhos menores, ainda que praticados pelos pais.

¹¹⁸ CANOTILHO, Joaquim José Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada. op.cit.* p.565.

¹¹⁹ CANOTILHO, Joaquim José Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada. op.cit.* p.565.

¹²⁰ DIAS, Cristina. *A criança como sujeito de direitos... op.cit.* p. 99.

¹²¹ *Idem, ibidem.*

A autora prossegue, explicando que muitas vezes, o abandono das funções educativas dos pais conduz a uma série de problemas, que podem contribuir para a delinquência juvenil. Por esta razão, o poder-dever de educação não deve ser posto em causa por uma pretensa defesa de direitos da criança, de modo a resultar no abandono dos deveres de educação, uma vez que educar implica em corrigir, ainda que sem violência.¹²²

2.3. Exercício das Responsabilidades Parentais:

A titularidade das responsabilidades parentais pertence sempre aos progenitores vivos. A Convenção Europeia sobre os Direitos da Criança estabelece que os titulares das responsabilidades parentais são os pais e outras pessoas ou entidades habilitadas a exercer, no todo ou em parte, as responsabilidades parentais.¹²³

Os filhos estão sujeitos às responsabilidades parentais até à maioridade ou emancipação, competindo aos pais, no interesse dos filhos, velar pela segurança e saúde destes, prover ao seu sustento, dirigir a sua educação, representá-los, ainda que nascituros, e administrar os seus bens.¹²⁴

GUERRA E BOLIEIRO lecionam que mesmo nos casos de inibição do exercício das responsabilidades parentais, o progenitor inibido não perde a titularidade, embora tenha restringida a possibilidade de exercer este poder-dever.¹²⁵

O antigo conceito de poder paternal dissociava de forma mais concreta a titularidade do exercício, na medida em que o progenitor que não detinha a guarda acabava mantendo o papel de titular do poder paternal, mas não possuía autorização para exercer este poder, limitando-se apenas a um direito de preservação de relações e fiscalização do exercício da guarda por aquele a quem a guarda havia sido atribuída.

Coma referida transformação do instituto do poder paternal em responsabilidades parentais, o exercício deste poder-dever coincide mais com a titularidade. A legislação regulamenta o exercício de forma ostensiva, a depender da situação em que se encontra a família parental.

¹²² DIAS, Cristina. *A criança como sujeito de direitos...* op.cit. p. 99-100.

¹²³ Convenção Europeia sobre os Direitos da Criança, art. 2º. Disponível em: <http://www.ciespi.org.br/media/Base%20Legis/ConvEurExercDirCri.pdf>. Acesso em 03 de novembro de 2021.

¹²⁴ Artigo 1.877º e 1.888º, nº1. do Código Civil.

¹²⁵ GUERRA, Paulo; BOLIEIRO, Helena. *A criança e a família...* op.cit. p. 188.

Na constância do matrimônio dos progenitores, o artigo 1901º do Código Civil determina que o exercício das responsabilidades parentais pertence a ambos os pais, que as exercem de comum acordo.¹²⁶

Tem-se por determinação constitucional (art. 36, nº 3 da CRP) que ambos os cônjuges possuem igualdade de direitos e deveres relativamente à capacidade civil e política e à manutenção e educação dos filhos. Como consequência lógica deste preceito, na constância do matrimônio o exercício das responsabilidades parentais pertence igualmente a ambos os pais.

Já no que diz respeito às uniões de fato, prevendo a CRP a não discriminação das entidades familiares, casais parentais que vivam em uniões análogas ao matrimônio estão igualmente sujeitos ao regime jurídico aplicável aos progenitores unidos pelo casamento, nos termos do artigo 1911º n. 1 do Código Civil. A própria legislação não discrimina as configurações familiares, e faz referência aos progenitores, e não aos cônjuges, regulando ambas entidades familiares de forma idêntica.¹²⁷

Neste sentido, CANOTILHO e MOREIRA lecionam que o direito de constituir família garantido pelo artigo 36º da CRP não admite a redução do conceito de família à união fundada no casamento, vez que diferencia os direitos de “constituir família” do de “contrair casamento”. Assim, a família originada de uma união de fato também é família, não havendo distinções quanto às relações de filiação dela decorrentes.¹²⁸

Mesmo nos casos em que os progenitores vivam em uniões conjugais ou de fato e compartilhem das responsabilidades parentais em condições de igualdade, pode haver divergências. Para solucionar estes entraves, o art. 1901º, n. 2 determina que não havendo acordo e se tratando de questões de particular importância sobre a vida da criança, qualquer dos pais pode recorrer ao tribunal, que tentará a conciliação. Não havendo conciliação, o tribunal decidirá após ouvir o filho, o que somente não ocorrerá caso circunstâncias ponderosas o desaconselhem.¹²⁹

No cotidiano, contudo, a lei não obstaculiza que apenas um dos progenitores pratique determinados atos contidos no âmbito do exercício conjunto das responsabilidades parentais, salvo em hipóteses em que a própria lei exija a manifestação de ambos. Naqueles casos, presume-se haver comum acordo entre os progenitores, conforme determinação do artigo 1902º do Código Civil. Assim o é mesmo

¹²⁶ Conforme disposição dos artigos 1.901º, n.2 do Código Civil e 44º do Regime Geral dos Processos Tutelares Cíveis.

¹²⁷ DIAS, Cristina. *Uma análise do novo regime jurídico do divórcio*. op. cit. p. 48.

¹²⁸ CANOTILHO, Joaquim José Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada*. op.cit. p.561.

¹²⁹ Conforme disposição dos artigo 1.901º, n.2 do Código Civil e 44º do Regime Geral dos Processos Tutelares Cíveis.

naquelas questões consideradas de particular importância, sendo o recurso ao tribunal uma opção dos pais em casos de divergências intransponíveis.

Importante destacar, no que tange ao conceito de questões de particular importância, que a legislação não se ocupou de defini-lo expressamente, de modo que a doutrina e também a jurisprudência é que têm se debruçado sobre o tema para atribuir significado.

Segundo CRUZ ¹³⁰,

“a doutrina e a jurisprudência normalmente indicam como questões de particular importância aquelas que implicam uma maior alteração na vida do menor e que carecem de uma ponderação acrescida, tais como decisões sobre a saúde, educação e representação do menor [...]”.

E “ os atos de vida corrente do menor são aqueles que concernem ao seu dia a dia; que, atendendo à sua índole rotineira, o exercício compartilhado traria dificuldades [...]”.

O que se extrai desta tentativa de preenchimento conceitual é que, para fins de resolução de litígios, ainda se faz necessário o exame casuístico detido, já que a dinâmica da vida da criança é que poderá indicar que determinada questão é de particular importância ou não.

É neste sentido que se encontra a jurisprudência, ao reconhecer a dificuldade de se estabelecer de forma abstrata tais conceitos, vez que as práticas familiares e sociais podem gerar “zonas cinzentas” que poderiam ser entendidas tanto como atos da vida corrente quanto de particular importância. ¹³¹

Já nos casos em que um dos pais não possa exercer as responsabilidades parentais por ausência, incapacidade ou outro impedimento, caberá o exercício ao outro progenitor.

¹³⁰ CRUZ, Rossana Martingo. «A Criança no (Admirável?) Mundo Novo das Redes Sociais.» In: *Direito na Lusofonia. Direito e Novas Tecnologias*. Braga: Escola de Direito da Universidade do Minho, 2018.p.453-454. No mesmo sentido: SILVA, Joaquim Manuel da. *A família das crianças na separação dos pais... op.cit.* p. 51.

¹³¹ Pelas consultadas, cita-se a decisão no Processo 897/12.1T2AMD-F.L1-1, do Tribunal da Relação de Lisboa, que assim sumariza: “[...] III- Optou o legislador por não elencar as situações que cabem nos actos de particular importância ou nos actos da vida corrente, deixando tal tarefa aos Tribunais e à Doutrina. IV- A delimitação entre os dois tipos de actos é difícil de estabelecer em abstracto, existindo uma ampla “zona cinzenta” formada por actos intermédios que tanto podem ser qualificados como actos usuais ou de particular importância, conforme os costumes de cada família concreta e conforme os usos da sociedade num determinado momento histórico. V- Devem considerar-se “questões de particular importância”, entre outras: as intervenções cirúrgicas das quais possam resultar riscos acrescidos para a saúde do menor; a prática de actividades desportivas radicais; a saída do menor para o estrangeiro sem ser em viagem de turismo; a matrícula em colégio privado ou a mudança de colégio privado; mudança de residência do menor para local distinto da do progenitor a quem foi confiado. VI- Devem considerar-se “actos da vida corrente”, entre outros: as decisões relativas à disciplina, ao tipo de alimentação, dieta, actividades e ocupação de tempos livres; as decisões quanto aos contactos sociais; o acto de levar e ir buscar o filho regularmente à escola, acompanhar nos trabalhos escolares; as decisões quanto à higiene diária, ao vestuário e ao calçado; a imposição de regras; as decisões sobre idas ao cinema, ao teatro, a espectáculos ou saídas à noite; as consultas médicas de rotina.” Disponível em: «<http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/50f92da258c65acc80258131003df2ce?OpenDocument>». Acesso em: 03 de agosto de 2021.

A este respeito, importa mencionar que a alteração legislativa promovida pela Lei 137/2015 de 07 de setembro relativamente ao artigo 1903º do Código Civil passou a admitir o exercício das responsabilidades parentais pelo cônjuge ou unido de fato de qualquer dos pais. Passou-se a permitir também o exercício das responsabilidades parentais outra pessoa da família de qualquer dos progenitores.

Para que seja atribuído o exercício das responsabilidades parentais para estes sujeitos que não os pais, é necessário que se encontrem cumpridos os pressupostos previstos pela lei: de que um dos pais não possa exercer as responsabilidades parentais por ausência, incapacidade ou outro impedimento decretado pelo Tribunal, e que o outro progenitor igualmente esteja impedido do exercício, também por decisão judicial.

Além disso, é possível a aplicação deste dispositivo, com as necessárias adaptações, aos casos de a filiação encontrar-se estabelecida relativamente a apenas um dos progenitores.

Especificamente ao que prevê a legislação a respeito ao exercício das responsabilidades parentais em casos de filiação estabelecida relativamente a apenas um dos progenitores, tem-se que os poderes-deveres serão exercidos de forma exclusiva por este progenitor cuja parentalidade esteja estabelecida. Em caso de morte de um dos progenitores, o artigo 1904º do Código Civil determina que o exercício das responsabilidades parentais pertence ao progenitor sobrevivente.

O artigo 1904º -A do Código Civil reconhece a possibilidade, em casos de a filiação encontrar-se estabelecida apenas quanto a um dos pais, de ser atribuído o exercício das responsabilidades parentais de forma conjunta para o único progenitor da criança e para seu cônjuge ou unido de fato. Para tanto, é necessário que o progenitor e seu cônjuge ou unido de fato requeiram perante o tribunal. Em casos de divórcio ou separação judicial de pessoas e bens dos corresponsáveis parentais, aplica-se o mesmo regramento cabível para os casos de divórcio e separação judicial de pessoas e bens de casal que é igualmente progenitor.

Há portanto, um espaço na legislação portuguesa a reconhecer a importância do padrasto ou madrasta na configuração familiar e, principalmente, na vida da criança, sendo possível que, em determinados casos, o padrasto ou madrasta possa assumir o exercício das responsabilidades parentais se as condições estiverem devidamente cumpridas. ¹³²

¹³² A propósito, cumpre mencionar que entre padrasto/madrasta e enteado estabelece-se um vínculo familiar por afinidade, nos termos do artigo 1.584º do Código Civil. Além da possibilidade de atribuição das responsabilidades parentais para os casados ou unidos de fato com o progenitor, o Código Civil já previa a responsabilidade alimentar, conforme disposto no artigo 2009º, n. 1, alterado pela Lei nº 61/2008 de 31 de Outubro. Sobre isto, vide: VÍTOR, Paula Távora. «A carga do sustento e

É de se destacar que a autorização legislativa privilegia o papel biológico desempenhado pelos progenitores, mas em atendimento ao superior interesse da criança, pode estender tais direitos igualmente a terceiros.

No que diz respeito ao quadro familiar em que os progenitores não vivem juntos, seja por terem se divorciado, por estarem separados judicialmente de pessoas e bens ou por jamais terem tido uma convivência de caráter marital, a redação original do artigo 1906 do Código Civil determinava que os poderes-deveres relativos às responsabilidades parentais eram exercidos pelo progenitor a quem a criança tivesse sido confiada, ficando o outro progenitor na condição de titular das responsabilidades parentais, mas sem direito de exercício, de modo que seu papel limitava-se ao de um observador desprovido de poderes decisórios em relação aos filhos.¹³³

Observou-se que guarda única acirrava os conflitos, ao colocar os progenitores em situação de oposição e disputa, o que irremediavelmente afetava os filhos. Às mães, a quem geralmente era concedida a guarda, restava além da situação de empobrecimento que se seguia ao divórcio, uma sobrecarga econômica, física e psíquica, já que todas as responsabilidades parentais recaíam sobre ela. Ao pai, a quem a guarda geralmente era negada, cabia esta posição de observador, excluído das decisões sobre a vida dos filhos, passando por profundos sentimentos de perda e luto, e resultavam igualmente na perda da referência saudável da figura paterna.¹³⁴

Como solução alternativa, passou-se a considerar o exercício conjunto das responsabilidades parentais. Nesta esteira é que se promoveu a alteração legislativa, com o advento da lei 61/2008 de 31 de Outubro.

“[...] [É] vital que seja, do ponto de vista das crianças e dos seus interesses, e portanto a partir da responsabilidade dos adultos, que se definam as consequências do divórcio. Também assim se evidencia a separação entre relação conjugal e relação parental, assumindo-se que o fim da primeira não pode ser pretexto para a ruptura da segunda. Por outras palavras, o divórcio dos pais não é o divórcio dos filhos e estes devem ser poupados a litígios que ferem os seus interesses, nomeadamente, se forem impedidos de manter as relações afectivas e as lealdades tanto com as suas mães como como os seus pais.”¹³⁵

Neste aspecto, atualmente o exercício das responsabilidades parentais é de ambos os progenitores quando forem casados entre si ou se viverem maritalmente (nos termos dos artigos 1901º,

o “pai social”». In: *Textos de Direito de Família: para Francisco Pereira Coelho*. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2016. p. 625-652.

¹³³ SOTTOMAYOR, Maria Clara. *Regulação do exercício das responsabilidades parentais... op. cit.* p. 222.

¹³⁴ Idem, p.223.

¹³⁵ Projeto de lei do Partido Socialista de nº 509/X. Acesso em: 09 de junho de 2021. Disponível em: <http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/GuiaDivorcioRespParent/anexos/anexo1>. p.8.

1902º e 1911º, n.1, do Código Civil), ou se for homologado acordo ou fixado por um tribunal o exercício conjunto das responsabilidades parentais (artigo 1906º, n.1 e 1909º do Código Civil).

O exercício conjunto das responsabilidades parentais passou a ser um regime regra que visa, nos termos do artigo 1906º, n.8 do Código Civil, o interesse da criança, “incluindo o de manter uma relação de grande proximidade com os dois progenitores, promovendo e aceitando acordos ou tomando decisões que favoreçam amplas oportunidades de contacto com ambos e de partilha de responsabilidades”.

Quando os progenitores não vivem juntos, o exercício das responsabilidades parentais está previsto nos termos dos arts. 1906º; 1911º, nº 2; e 1912º, nº 1, do Código Civil. Dependerá, em uma primeira análise, da relevância dos atos na vida da criança: os atos de particular importância da vida da criança devem ser decididos de comum acordo entre os progenitores, salvo nos casos de urgência manifesta, em que qualquer dos progenitores pode agir sozinho, devendo prestar informações ao outro logo que possível.¹³⁶

Os atos da vida corrente da criança, segundo a norma em vigor, devem ser decididos pelo progenitor com quem a criança viva habitualmente, ou com o progenitor com quem se encontra temporariamente, sendo fundamental que, neste último caso, as decisões relativamente à criança não devem contrariar as orientações educativas mais relevantes, tal como elas são definidas pelo progenitor com quem o filho reside habitualmente. Tal determinação encontra limites no interesse da criança, de modo que se contrário ao superior interesse da criança, a regra de exercício conjunto será afastada pelo tribunal, em decisão fundamentada.¹³⁷

Cabe ao tribunal determinar a residência do filho e os direitos de visita de acordo com o interesse da criança, tendo em atenção todas as circunstâncias relevantes, em especial um eventual acordo dos pais e a disponibilidade expressada por cada um deles para promover e favorecer as relações e convivência do filho com o outro progenitor.

Em importante previsão aditada pela Lei n. 24/2017 de 24 de Maio, o artigo 1906-A do Código Civil passou a regular o exercício das responsabilidades parentais em contexto de crimes de

¹³⁶ Entende-se como urgência manifesta uma situação em que a omissão do progenitor possa resultar em mal a afetar a criança. Vide, MELO, Helena Gomes de. *Poder Paternal... op.cit.*p. 154.

¹³⁷ Não se ignora as diversas críticas produzidas sobre essa forma de exercício das responsabilidades parentais, especialmente sobre as possibilidades de ampliação de conflitos em famílias que já são altamente litigantes. Por não ser o escopo imediato da presente investigação, cumpre apenas referir, a reste respeito, e pelas obras investigadas, os destaques de DIAS, Cristina M. Araújo. *Uma análise do novo regime jurídico do divórcio: Lei 61/2008, de 31 de Outubro*. Coimbra: Edições Almedina, 2009. p.48 e seguintes; e SOTTOMAYOR, Maria Clara. *Regulação do exercício das responsabilidades parentais. op. cit.* p. 222 e seguintes.

violência doméstica e de outras formas de violência no âmbito familiar. Determina que, havendo situação de violência, o exercício conjunto das responsabilidades parentais pode ser afastado pelo tribunal, se julgado contrário aos interesses do filho, em especial, se for decretada medida de coação ou aplicada pena acessória de proibição de contacto entre progenitores, ou se estiverem em grave risco os direitos e segurança de vítimas de violência em contexto familiar.

Mais recentemente, a alteração promovida pela lei n.º 65/2020 de 4 de novembro estabelece expressamente a possibilidade de fixação de residência alternada, independentemente de haver acordo entre os progenitores a este respeito.

Assim estabelece o n.º 6 do artigo 1906.º, com redação dada pela lei 65/2020 de 4 de novembro: “Quando corresponder ao superior interesse da criança e ponderadas todas as circunstâncias relevantes, o tribunal pode determinar a residência alternada do filho com cada um dos progenitores, independentemente de mútuo acordo nesse sentido e sem prejuízo da fixação da prestação de alimentos.”

Ao acrescentar expressamente a possibilidade da residência alternada, o legislador português caminhou no sentido de atender à Resolução 2079 de 2015 do Conselho da Europa sobre igualdade e responsabilidade parental partilhada.

Esta Resolução prevê, no item 5.5, que insta aos Estados-membros “introduzir na sua legislação o princípio de residência alternada depois da separação, limitando as exceções aos casos de abuso infantil ou negligência, ou violência doméstica, ajustando o tempo em que a criança vive na residência de cada progenitor em função das suas necessidades e interesses.”¹³⁸

O quadro legislativo anteriormente vigente já autorizava a fixação da residência alternada da criança nos processos de regulação das responsabilidades parentais, por acordo entre as partes ou, na falta deste, por decisão do tribunal, de modo que a alteração legislativa teve como objetivo tão somente afastar eventuais dúvidas que pudessem pairar sobre tal questão.¹³⁹

A despeito da forma como é atribuído aos progenitores ou terceiros o exercício das responsabilidades parentais, tem-se que o cumprimento destas incumbências, como mencionado, não é livre. De fato, a própria CRP acautela quanto a abusos no exercício destes direitos (art. 69, 1), prevendo

¹³⁸ Tradução livre da Resolução 2079. Disponível em: «<http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=22220&lang=em>» Acesso em: 03 de agosto de 2021.

¹³⁹ Projeto de Lei n.º 107/XIV/1.ª. Disponível em: «<https://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetailIniciativa.aspx?BID=44160>». Acesso em: 03 de agosto de 2021.

até mesmo a possibilidade de afastamento de progenitor (art. 36º, 6) pela inibição do exercício da responsabilidade parental.

Neste sentido, extrai-se a lição de CRUZ ¹⁴⁰:

“O exercício das responsabilidades parentais não é ditado pela vontade do sujeito que as exerce (progenitores na maioria dos casos). Estes não são livres para agir como entenderem, no âmbito das responsabilidades parentais, uma vez que a sua atuação é legalmente conformada. O Direito estabelece as linhas de atuação que os pais têm de respeitar. Não existe um livre arbítrio neste domínio, como bem se compreende. E, não só existe uma imposição legal de como as responsabilidades parentais devem ser exercidas, como estas são irrenunciáveis.”

Partindo da premissa de que o exercício das responsabilidades parentais tem como baliza o superior interesse da criança e considerando o arcabouço protetivo relativamente aos direitos fundamentais e aos de personalidade, impõe-se a conclusão de que os direitos fundamentais das crianças, por seu caráter de essencialidade à configuração da dignidade humana, devem ser respeitados no âmbito familiar, por todos os seus membros, em especial pelos progenitores, que detêm o poder-dever de promoção dos mesmos.

Neste sentido, questiona-se sobre as possibilidades e consequências de comportamentos abusivos por parte dos progenitores no exercício de suas responsabilidades parentais, quando em violação ao superior interesse da criança e a seus direitos fundamentais. Em especial, indaga-se acerca de comportamentos parentais violadores aos direitos da criança, sob a perspectiva da configuração do abuso de direito com suas correspondentes implicações jurídicas. É o que se passa a analisar.

¹⁴⁰ CRUZ, Rossana Martingo. «A Divulgação da Imagem do Filho Menor nas Redes Sociais e o Superior Interesse da Criança.» In: *Direito e Informação na Sociedade em Rede*. Atas do IV Colóquio Luso-Brasileiro Direito e Informação. Porto, 2016. p.282. Disponível em: <https://repositorium.sdum.uminho.pt/handle/1822/47936>. Acesso em: 31 de outubro de 2019.

3. O ABUSO DO DIREITO

3.1. Contextualização e natureza jurídica

O instituto do abuso do direito possivelmente concentra uma das celeumas científico-metodológicas mais difíceis de se resolver pela dogmática jurídica.¹⁴¹ O problema central que orienta o debate sobre o abuso do direito diz respeito aos limites do exercício das faculdades jurídicas. É dizer, em outras palavras, se os direitos encontram limitações e onde, e se um ato pode ser, ao mesmo tempo, conforme e contrário ao direito.

A noção do exercício de direitos subjetivos como uma faculdade ou poder do titular, em princípio poderia admitir que fosse levada ao extremo de causar a ruína, a desgraça ou a humilhação alheia. Contudo, articulando os direitos subjetivos à determinadas restrições, pode-se concluir que é possível que um sujeito exceda determinados limites no exercício de direitos e que tal conduta possa ser reprimida.

Na busca por antecedentes históricos do abuso do direito, há doutrina que identifica algumas figuras jurídicas do Direito Romano como precursoras da atual noção deste instituto jurídico. Há referências que entendem já haver a questão do abuso do direito de forma implícita no adágio *summum jus, summa injuria* de Cícero, bem como na condenação por martírio dos escravos, ou na interdição dos pródigos.¹⁴² Ainda no Direito Romano, associa-se o abuso de direito às figuras dos atos emulativos, a *exceptio doli*, que será melhor abordada adiante.

Ainda que alguns autores considerem esta tentativa de associação do abuso do direito aos antigos institutos do Direito Romano como inadequada, verifica-se que concretamente, o Direito Romano também se ocupava de condicionar o exercício das faculdades jurídicas ao respeito por normas abstratas de convivência.¹⁴³

Tal preocupação, que jamais passou ao largo dos grandes desafios jurídicos, pautou tanto a atividade legiferante quanto a jurisprudência ao longo dos séculos. Inicialmente, buscando tipificar

¹⁴¹ A complexidade dogmática da questão, e a vasta discussão doutrinária que se sucedeu, tornam o estudo sobre o caminho histórico percorrido um empreendimento temerário para os fins desta investigação, por não comportar tal demanda. Ainda assim, faz-se necessário uma breve análise para fins de contextualização do tema, cientes de que a questão é mais ampla e profunda do que o que pode-se enquadrar neste espaço.

¹⁴² LIMONGI FRANÇA, Rubens. «Abuso de Direito». In: *Enciclopédia Saraiva de Direito*. v.2. LIMONGI FRANÇA, R. (Coord.). São Paulo: Saraiva, 1977. p.45-46.

¹⁴³ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. v.I. 6.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1982.p. 579.

situações limites que configurariam o exercício irregular ou inadmissível do direito¹⁴⁴, até as tentativas de incorporação científica, sistemática e metodológica do instituto nos sistemas jurídicos. Nesta esteira, segundo MENEZES CORDEIRO, o abuso do direito “se desenvolveu na periferia, em face de questões concretas. Ele veio, depois, a ser acolhido, disciplinado e aprofundado no núcleo do sistema, através do recurso da boa fé.”¹⁴⁵

A tarefa não tem sido fácil. O debate doutrinário instaurado é sintomático da dificuldade do tema. Os autores modernos, especialmente ao final do século XIX, quando se passou a buscar a sistematização dogmática do instituto, referiram-se das mais variadas formas ao desvirtuamento do conceito de justo. Buscaram fundamento ora na relatividade dos direitos¹⁴⁶, ora na dosagem do conteúdo do exercício dos direitos¹⁴⁷, ora na configuração do agir movido pelo intuito de causar dano a outrem.¹⁴⁸

Na doutrina jurídica estudada é possível verificar que não houve propriamente uma insurgência contra a limitação ao exercício nocivo dos direitos. A celeuma se centrava, efetivamente, na sistematização teórica e científica da questão e nas tentativas de autonomização do instituto dentro da dogmática jurídica.

Os juristas que se insurgem contra a ideia de um instituto chamado “abuso do direito”, encabeçados pela doutrina de Marcel Planiol, entendem que no conceito haveria uma contradição, pois a ideia de abuso já configuraria a negação do direito, enquanto o conceito de direito repeliria a noção de abuso.¹⁴⁹ Ou, dito de outra forma, “quando saímos dos limites estabelecidos pela norma, agimos sem direito, o que nos levaria a reconhecer que a expressão abuso do direito não passa de um jogo de palavras.”¹⁵⁰ No entanto, convergem no ponto de que há necessidade de limitação do exercício, não pelo reconhecimento do “abuso”, mas pelo exercício de um ato realizado sem direito.

¹⁴⁴ Que se passará a tratar em maiores detalhes adiante.

¹⁴⁵ MENEZES CORDEIRO, António. *Litigância de má-fé, abuso do direito de ação e culpa* in agendo. 2.ed. Coimbra: Almedina, 2011. p.82.

¹⁴⁶ Em referência à doutrina de Josserand. Vide: PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. v.I. 6.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1982.p.578.

¹⁴⁷ Em referência à doutrina de Planiol, de se o titular age excedendo os limites do exercício regular do direito, age sem direito, PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. v.I. 6.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1982.p. 578.

¹⁴⁸ Em referência à doutrina de RIPERT, PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. v.I. 6.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1982.578.

¹⁴⁹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. v.I. 6.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1982.p. 577.

¹⁵⁰ SOUZA, Luiz Sérgio Fernandes. «Abuso de Direito», in: *Enciclopédia Jurídica da PUC-SP*. Celso Fernandes Campilongo; Álvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coord.). Tomo: Teoria Geral e Filosofia do Direito. Celso Fernandes Campilongo; Álvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coord.de tomo). 1. Ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/167/edição-1/abuso-do-direito>. Acesso em: 10 de abril de 2020.

A busca pela identificação da natureza jurídica do abuso do direito, neste dissenso, nos conduz a diferentes teorias doutrinárias a tentar explicar o tema. Defrontamo-nos, inevitavelmente, como já mencionado, com a questão das restrições ou limites aos direitos, nas quais a doutrina divide-se entre *teorias internas* e *teorias externas*.

Neste ponto, importa mencionar as lições de CANOTILHO¹⁵¹, que esclarecem que a articulação entre direitos e os limites de direitos é amplamente debatida tanto no domínio do direito constitucional quanto no âmbito do direito civil, de modo que estas teorias (ou leituras estruturais) estão presentes na dogmática civilista e também na constitucionalista.

CANOTILHO leciona que a *teoria interna* (chamada também de *teoria dos limites imanes*) parte das premissas de que

“(1) os direitos e os respectivos limites são imanes a qualquer posição jurídica. (2) o conteúdo definitivo de um direito é, precisamente, o conteúdo que resulta desta compreensão do direito «nascido» com limites; logo (3) o âmbito de protecção de um direito é o âmbito de garantia efectivo desse direito.”¹⁵²

Especificamente no debate sobre o abuso do direito, MENEZES CORDEIRO leciona que para as teorias internas, a solução do abuso do direito residiria no conteúdo próprio de cada direito subjetivo, no sentido de que o direito subjetivo seria concedido em termos unitários aos titulares, e apresentaria limites intrínsecos a se respeitar. Quando desrespeitados estes limites intrínsecos, ocorreria o abuso. Não se questionavam as tradicionais limitações externas ao exercício dos direitos, que impunham limitações formais aos direitos. Trata-se do abuso em si mesmo, e se identificam diferentes doutrinas ou correntes no espectro das teorias internas.¹⁵³

Uma destas doutrinas ou correntes considerava a persecução das intenções do agente. Para a chamada *teoria subjetivista* ou doutrina dos atos emulativos, constitui elemento essencial do abuso do direito a intenção de prejudicar outrem, ou o *animus nocendi*.¹⁵⁴

Já a doutrina funcional, ou *objetivista*, pressupõe que os direitos subjetivos são concedidos com uma determinada função, seja ela uma função pessoal ou social, ou ambas. O abuso ocorreria em desrespeito a esta função. Em outras palavras: não seria necessário perquirir a intenção do

¹⁵¹ CANOTILHO, Joaquim José Gomes. «Dogmática de direitos fundamentais e direito privado». In: *Estudos sobre direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. p.201.

¹⁵² CANOTILHO, Joaquim José Gomes. «Dogmática de direitos fundamentais e direito privado». In: *Estudos sobre direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. p.201.

¹⁵³ MENEZES CORDEIRO, António. *Tratado de Direito Civil. op. cit.* p. 352.

¹⁵⁴ Vide MENEZES CORDEIRO, António. *Tratado de Direito Civil*. p. 353 e LIMONGI FRANÇA, Rubens. «Abuso de Direito». In: *Enciclopédia Saraiva de Direito*. v.2. LIMONGI FRANÇA, R. (Coord.). São Paulo: Saraiva, 1977. p.46.

agente. Bastaria, para configurar o abuso do direito, que o direito fosse exercido em desacordo com o seu destino, com a sua função ou sem legítimo interesse do agente.¹⁵⁵

MENEZES CORDEIRO identifica ainda as doutrinas interpretativas.¹⁵⁶ As doutrinas interpretativas, segundo o autor, determinam que a identificação de um limite interno ao direito redundaria em um problema de interpretação, através de considerações funcionais teleológicas ou similares, segundo as quais, deve-se questionar até onde vai a permissão normativa pressuposta pelo direito em análise.

Já a doutrina chamada de *axiologismo formal*, adotada por Castanheira Neves, considera o abuso do direito um comportamento que não contraria sua estrutura-forma, mas que viola ou não cumpre com a intenção normativa que materialmente fundamenta e constitui o direito invocado.¹⁵⁷

No que diz respeito às teorias externas sobre os limites de direitos, CANOTILHO ¹⁵⁸ resume o seguinte esquema:

“(1) os direitos e restrições são dimensões separadas; (2) as restrições são sempre «desvantagens» impostas externamente aos direitos; (3) o âmbito de proteção de um direito é mais extenso do que a garantia efectiva, porque aos direitos sem restrições são apostos limites que diminuem o âmbito inicial de protecção.”

MENEZES CORDEIRO, por sua vez, leciona que, no abuso de direito, as teorias externas são entendidas como uma contraposição entre as normas que instituem o direito subjetivo e certos preceitos externos que delimitam seu exercício. O abuso ocorreria em razão do desrespeito à normas jurídicas alheias ao direito subjetivo exercido, mas que igualmente deveriam ser respeitadas pelo titular. Os comportamentos que se adequassem ao direito subjetivo, mas violassem estes preceitos delimitadores, configurariam o abuso.¹⁵⁹

Para o autor, a ideia nuclear das teorias externas igualmente poderia comportar mais de uma corrente doutrinária. Em apertada síntese: a doutrina das normas específicas prevê que existem certas regras que determinam algumas proibições de exercício, cuja realização configuraria o abuso. A doutrina da contraposição entre a lei e o Direito, que se aproxima da negativa de Planio, de que onde há abuso não há direito. E a doutrina da remissão para ordens extrajurídicas, por sua vez, considera a

¹⁵⁵ Vide MENEZES CORDEIRO, António. *Tratado de Direito Civil*. p. 353-354 e LIMONGI FRANÇA, Rubens. «Abuso de Direito». In: *Enciclopédia Saraiva de Direito*. v.2. LIMONGI FRANÇA, R. (Coord.). São Paulo: Saraiva, 1977. p.46.

¹⁵⁶ MENEZES CORDEIRO, António. *Tratado de Direito Civil*. p. 355.

¹⁵⁷ Vide: MENEZES CORDEIRO, António. *Tratado de Direito Civil*. p. 358. O autor coloca a doutrina de Castanheira Neves como um desdobramento das teorias internas. Contudo, nos parece possível realizar uma leitura sistemática desta doutrina (seguida por Cunha de Sá), como adequada na perspectiva dos estudos sobre direitos fundamentais.

¹⁵⁸ CANOTILHO, Joaquim José Gomes. «Dogmática de direitos fundamentais e direito privado». In: *Estudos sobre direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. p.201-202.

¹⁵⁹ MENEZES CORDEIRO, António. *Tratado de Direito Civil*. p. 364.

existência de esferas extrajurídicas, como a moral e o direito natural, e a violação às ordens destas esferas extrajurídicas resultaria no abuso.¹⁶⁰

MENEZES CORDEIRO defende, por fim, a necessidade de se conduzir ao exercício interpretativo diante de questões concretas:

“Há efectivo exercício inadmissível de posições jurídicas, como instituto jurídico autónomo, se a análise das decisões concretas, passada pelo crivo da Ciência do Direito, demonstrar a ocorrência de delimitações jussubjectivas irreduzíveis às restrições comuns. Essa irreduzibilidade tem de ser materialmente constatada e não deduzida de proposições – por exemplo, cláusulas gerais – que lhes estejam na origem [...]”¹⁶¹

Parece fundamental, nesta ocasião, referir novamente às lições de CANOTILHO:¹⁶²

“A moderna teoria do direito tem revisitado o problema da radical alternatividade das teorias externa e interna das restrições para demonstrar a insustentabilidade de teorias puras quando na grelha analítica introduzimos duas outras dimensões metódicas: (1) a distinção entre *princípios* e *regras* no campo dos direitos fundamentais; (2) a indispensabilidade da *ponderação* de *direitos* e de *bens*, irreconduzível à fixação de padrões teóricos abstratos.”

Considera-se que a inserção destas outras dimensões metódicas mencionadas por CANOTILHO não se devem limitar à dogmática constitucional. Parece-nos cabível incluí-las no debate da dogmática civilista, especialmente após ter-se clareza sobre a eficácia das normas de direitos fundamentais na esfera privada e sobre os efeitos irradiantes da Constituição no âmbito do Direito Civil.

A consolidação teórica de que há uma eficácia irradiante das normas constitucionais implica em que todo o ordenamento jurídico seja permeado pela normativa constitucional, associado a um efeito expansivo das normas constitucionais, de modo que seu conteúdo material e axiológico permeie todo o sistema jurídico também com força normativa.¹⁶³

CUNHA DE SÁ explica que a antijuridicidade material do abuso do direito consiste justamente na contrariedade ao elemento axiológico da prerrogativa individual exercida e não em uma violação formal, de modo que a reação lógica por parte do ordenamento jurídico é a recusa de sua tutela.¹⁶⁴

¹⁶⁰ MENEZES CORDEIRO, António. *Tratado de Direito Civil*. p. 365.

¹⁶¹ MENEZES CORDEIRO, António. *Da boa-fé no Direito Civil*. vol. II. Coimbra: Almedina, 1984, p. 880.

¹⁶² CANOTILHO, Joaquim José Gomes. «Dogmática de direitos fundamentais e direito privado». In: *Estudos sobre direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. p. 202.

¹⁶³ BARROSO, Luís Roberto. «Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito...». *op. cit.* p. 12.

¹⁶⁴ CUNHA DE SÁ, Fernando Augusto. *Abuso do Direito*. Coimbra: Almedina, 2005. p. 625. MENEZES CORDEIRO, na obra «Do abuso do direito: estado das questões e perspectivas». In: *Revista da Ordem dos Advogados*. Ano 65. Vol II. Lisboa: Ordem dos Advogados, 2005. Disponível em: <<https://portal.oa.pt/publicacoes/revista/ano-2005/ano-65-vol-ii-set-2005/artigos-doutriniais/an-tonio-menezes-cordeiro-do-abuso-do-direito-estado-das-questoes-e-perspectivas-star/>>. Acesso em: 10 de abril de 2020., explica que CUNHA DE SÁ adotou a orientação de CASTANHEIRA NEVES, de que subjacente a cada direito, há uma intenção axiológico-normativa.

A ideia de que o direito se alicerça em fundamentos axiológicos-normativos que não podem ser ultrapassados por uma conduta formalmente regular pode ser resumida por CUNHA DE SÁ:¹⁶⁵

“O abuso do direito não pode ser encarado em termos formalistas, pois em certa e determinada situação podemos descobrir concordância com a estrutura formal de um dado direito subjetivo e, simultaneamente, discordância, desvio, oposição, ao próprio valor jurídico que daquele comportamento faz um direito subjetivo. Neste encobrir, consciente ou inconscientemente, a violação material do fundamento axiológico de certo direito com o preenchimento da estrutura formal do mesmo direito é que reside o cerne do abuso de direito.”

Assim, parece haver coerência científica em se considerar estes elementos da dogmática constitucional considerados por CANOTILHO no âmbito do estudo das restrições aos direitos na dogmática civilística, em especial, quando da interpretação dos conceitos jurídicos indeterminados previstos pela lei civil, tendo em conta que as normas de Direito Civil devem ser lidas à luz da Constituição.

Assim, tem-se que a interpretação de conceitos indeterminados, em especial aqueles previstos pela própria norma definidora do abuso do direito (boa fé, bons costumes, função econômica e social), dispensam a aplicação direta da norma constitucional, já que a lei civil expressa os direitos fundamentais definidos na Constituição.

Na verdade, por via de regra, é desnecessária uma aplicação imediata das normas respeitantes aos direitos, liberdades e garantias às relações entre particulares. Isto resulta, sem mais, da subordinação hierárquica do direito privado à Constituição; além disso, nos direitos fundamentais, está expressa uma ordem objetiva de valores. Esta impõe-se, naturalmente, a todos os domínios de direito e actua sobre o direito privado de uma maneira *mediata* através das disposições de carácter obrigatório, por meio de cláusulas gerais, e por intermédio dos conceitos jurídicos indeterminados, todas elas também moldadas pelo espírito dos valores constitucionais.¹⁶⁶

Extraída a teoria de todas as nuances e sutilezas, para compreender-se a figura do abuso do direito resta a ideia de que o sujeito que detém determinado direito subjetivo e o poder de exercer seu direito ou de exercer determinada posição jurídica, deve ser contido dentro de uma limitação ética, para que não venha a causar mal a outrem.

“Evidente que o abuso do direito foi extraído por uma elaboração tendente a restringir o absolutismo do arbítrio pessoal, em favor de situações justas, temperando o rigorismo da norma com o sentido de justiça social [...]”¹⁶⁷

¹⁶⁵ CUNHA DE SÁ, Fernando Augusto. *Abuso do Direito*. Coimbra: Almedina, 2005. p. 456.

¹⁶⁶ HORSTER, Heinrich Ewald; MOREIRA, Eva Sónia. *A parte geral do Código Civil Português*. 2.ed. Coimbra: Almedina, 2019.p.111.

¹⁶⁷ CASTELLO BRANCO, Elcir. «Abuso». In: Enciclopédia Saraiva do Direito. v.2. R. Limgoni França (coord.). São Paulo: Saraiva, 1977. p.22-23.

O abuso, neste sentido, diz respeito a uma conduta maliciosa, nociva ou em excesso. Para aferir a existência de uma conduta abusiva, se faz necessário existir uma norma expressa ou um fim ético em vista. “É da essência do direito o princípio da finalidade, o imperativo que se lastreia no *dever ser*”.¹⁶⁸

O exercício de qualquer direito ou posição jurídica que comprometa o gozo dos direitos de terceiros, ou que crie uma desproporção entre a utilidade de seu exercício e as consequências que terceiros tenham de suportar acaba por ser enquadrado como abuso do direito.¹⁶⁹

Determina o artigo 334º do Código Civil que é ilegítimo o exercício de um direito, quando o titular exceda manifestamente os limites impostos pela boa fé, pelos bons costumes ou pelo fim social ou económico desse direito.

Para MENEZES CORDEIRO, o abuso do direito exprime “a ideia do exercício disfuncional de posições jurídicas, isto é: de um concreto exercício de posições jurídicas que, embora correto em si, seja inadmissível por contundir com o sistema jurídico na sua globalidade”¹⁷⁰, e para haver a incidência da norma do art. 334º do Código Civil, basta que se verifiquem como provados os competentes pressupostos.¹⁷¹

3.2. O abuso do direito no Código Civil – critérios identificadores

O artigo 334º do Código Civil estabelece a boa fé, os bons costumes e o fim social ou económico do direito como os critérios aos quais o exercício de um direito deve estar submetido.

No direito civil, a boa fé representa um pilar fundamental de sustentação da validade do exercício das posições jurídicas. Aparentemente simples e auto-explicativa, a boa fé possui caráter complexo e se manifesta de diferentes formas.

“[...]o conceito é entendido como um padrão de conduta, uma atitude que as pessoas devem assumir, é uma regra de comportamento (*Treu und Glauben*) que exige observância e, neste sentido, a boa fé é um critério normativo, um conceito jurídico indeterminado.”¹⁷²

¹⁶⁸ CASTELLO BRANCO, Elcir. «Abuso». In: Enciclopédia Saraiva do Direito. v.2. R. Limgoni França (coord.). São Paulo: Saraiva, 1977. p.29.

¹⁶⁹ RODRIGUES BASTOS, Jacinto Fernandes. *Das relações jurídicas. Segundo o Código Civil de 1966*. Viseu: Tipografia Guerra, 1969. p.10.

¹⁷⁰ MENEZES CORDEIRO, António. *Litigância de má-fé, abuso do direito de ação e culpa* in agendo. 2.ed. Coimbra: Almedina, 2011. p.75.

¹⁷¹ MENEZES CORDEIRO, António. *Litigância de má-fé, abuso do direito de ação e culpa* in agendo. 2.ed. Coimbra: Almedina, 2011. p. 119.

¹⁷² HORSTER, Heinrich Ewald; MOREIRA, Eva Sónia. *A parte geral do Código Civil Português*. 2.ed. Coimbra: Almedina, 2019.p. 184.

Dentre as distinções e tentativas de sistematizar a boa fé, surge na doutrina a distinção entre a boa fé objetiva e a boa fé subjetiva.

Boa fé subjetiva como aquela situação interna do agente, que pertence ao intelecto do indivíduo, correspondente a um estado psicológico-mental dos sujeitos. Refere-se ao conhecimento ou à ignorância, à intenção ou à falta de intenção. Concretiza-se na convicção (ainda que errônea) de que o que se faz está de acordo com o direito. Nas lições de MARTINS-COSTA¹⁷³:

“A expressão ‘boa-fé subjetiva’ denota ‘estado de consciência’, ou convencimento individual de obrar [a parte] em conformidade ao direito [...]. Diz-se ‘subjetiva’ justamente porque, para sua aplicação, deve o intérprete considerar a intenção do sujeito da relação jurídica, o seu estado psicológico ou íntima convicção. Antitética à boa-fé subjetiva está a má-fé, também vista subjetivamente como a intenção de lesar a outrem.”

A boa fé objetiva é a exterior ou a exteriorização de uma vontade. É uma espécie de regra de conduta, de comportamento, que deve ser obedecida no exercício de posições jurídicas, segundo a qual a ação do sujeito é guiada pela honestidade, pela correção, pela lisura, pela idoneidade, pela lealdade, pela retidão, para não vir a frustrar a confiança da outra parte. Como se houvesse fixação de exigências mínimas de comportamento segundo padrões éticos, prescindindo da análise da vontade de causar dano, contentando-se com a análise de atos exteriores. A boa fé objetiva apresenta-se como um princípio normativo ou geral de direito.¹⁷⁴

A conclusão de que tais explicações igualmente recaiam em conceitos indeterminados é uma das razões pelas quais diversas manifestações concretas da quebra da boa fé têm sido reguladas de forma específica.

No que tange à boa fé, especificamente na questão do abuso do direito, PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA lecionam que para se determinar quais seriam os limites jurídicos impostos pela boa fé, seria necessário se recorrer à concepções ético-jurídicas dominantes na coletividade.¹⁷⁵

MENEZES CORDEIRO¹⁷⁶, no entanto, contribui com algo de maior concretude, quando leciona:

“Os “limites impostos pela boa fé” têm em vista a boa fé objectiva. [...] Teríamos, então, um apelo aos dados básicos do sistema, concretizados através de princípios mediantes: a tutela da confiança e a primazia da materialidade subjacente.”

¹⁷³ MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa-Fé no Direito Privado*. 1.ed., 2. tir. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. p. 411.

¹⁷⁴ COUTINHO DE ABREU, J.M. *Do abuso do Direito. Ensaio de um critério em direito civil e nas deliberações sociais*. Coimbra: Almedina, 1983.p. 55.

¹⁷⁵ PIRES DE LIMA, Fernando Andrade; ANTUNES VARELA, João de Matos. *Código Civil Anotado*. 4.ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2011.p. 299.

¹⁷⁶ MENEZES CORDEIRO, António. «*Do abuso do direito: estado das questões e perspectivas*». In: *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 65, vol II, Lisboa, 2005, Acesso em: 10 de abril de 2020, Disponível em: <https://portal.oa.pt/publicacoes/revista/ano-2005/ano-65-vol-ii-set-2005/artigos-doutrinais/antonio-menezes-cordeiro-do-abuso-do-direito-estado-das-questoes-e-perspectivas-star/>.

A tutela da confiança, ainda nas lições de MENEZES CORDEIRO, diz respeito a garantir proteção jurídica à pessoa que seja levada a crer na manutenção de determinado estado de coisas, quando estiver à mercê de outra pessoa. Esta confiança deve ser legítima, no sentido de ser pautada em elementos objetivos que sejam suscetíveis de criar uma crença plausível. Além disto, a pessoa deve ter dispendido energias materiais ou pessoais através de um investimento de confiança consistente. E por fim, a situação de confiança deve ser imputável ao sujeito que, por ação ou omissão tenha gerado essa confiança, sendo este o sujeito que deve, depois, respeitar a expectativa criada.¹⁷⁷

Já a primazia da materialidade subjacente diz respeito à persecução dos valores materiais subjacentes às normas, podendo-se fazer, inclusive, um apelo a diversos princípios sistemáticos que exigem harmonia no funcionamento do ordenamento jurídico¹⁷⁸. Neste sentido, pode-se chegar a cogitar que a própria eficácia irradiante dos direitos fundamentais expressos tanto em regras quanto em princípios, pode, de certo modo, compor a materialidade subjacente do direito em discussão.

Além disto, a tipificação de determinadas atuações abusivas (como se verá adiante), igualmente serve de norte para a concretização do postulado da boa fé, aparentemente ainda vago.

Ocorre que para além dos limites impostos pela boa fé, o artigo 334^o do Código Civil prevê ainda que o exercício de um direito será abusivo se violar os limites impostos pelos bons costumes ou pelos fins econômicos e sociais do direito.

A questão dos bons costumes igualmente resvala na indeterminação conceitual. COUTINHO DE ABREU leciona que os bons costumes se relacionam com a moral pública, com o conjunto de regras aceites pela consciência social. Esclarece que corresponde ao sentido ético imperante na comunidade social.¹⁷⁹

MENEZES CORDEIRO¹⁸⁰ segue na mesma esteira, ao afirmar que os limites impostos pelos bons costumes dizem respeito às regras da moral social.

¹⁷⁷ MENEZES CORDEIRO, António. «A boa fé nos finais do século XX». In: Revista da Ordem dos Advogados Portugueses. Ano 56. Vol III. Lisboa: Ordem dos Advogados, 1996. p. 897.

¹⁷⁸ A propósito, vide MENEZES CORDEIRO, António. «A boa fé nos finais do século XX». In: Revista da Ordem dos Advogados Portugueses. Ano 56. Vol III. Lisboa: Ordem dos Advogados, 1996. p. 898.

¹⁷⁹ COUTINHO DE ABREU, J.M. *Do abuso de direito...op. cit.* p. 63-64. A propósito, o autor indica diversas outras normas que fazem referência a questão dos bons costumes, dentre as quais destacamos, por de certo modo repercutir nos efeitos do abuso do direito, o n. 2 do artigo 280 do Código Civil, que prevê a nulidade dos negócios com objeto ofensivo aos bons costumes.

¹⁸⁰ MENEZES CORDEIRO, António. *Tratado de Direito Civil Português. op.cit.* p. 241.

Já o fim social ou econômico do direito, invoca uma construção historicamente situada do direito em causa, dando valor à sua dimensão teleológica.¹⁸¹ MENEZES CORDEIRO leciona, expondo a complexidade da indagação:

“Os direitos podem ser concedidos com uma certa função: teremos direitos ou poderes funcionais ou direitos-deveres. Quando isso suceda, as normas em jogo devem ser respeitadas, sob pena de ilicitude. Não há abuso. Poder-se-ia proclamar que existe um princípio geral que determina, sempre, um exercício funcional – portanto: social e economicamente útil – de todos os direitos. Cairíamos nas doutrinas externas e, daí e provavelmente, nos comuns limites ao exercício dos direitos. A única hipótese de “funcionalidades” actantes por via autónoma seria a de os direitos subjectivos pressuporem “funções” suficientemente subtis para nem implicarem direitos funcionais, nem redundarem em princípios externos norteadores de exercícios.”¹⁸²

Dentre as tentativas de se densificar estes conceitos, há autores que entendem que os fins dos direitos são a realização dos sujeitos. Quando há desvio na realização desta função, haveria o abuso do direito. O sentido é o de que os direitos são exercidos para a fruição de seus titulares, e que alguma medida de benefício próprio deve haver em seu exercício.

“Porém, como os direitos subjectivos são concedidos para a satisfação de necessidades humanas, o seu exercício tem de estar orientado para essa finalidade, pelo que seria contraditório com o próprio conceito de direito subjectivo que o ordenamento jurídico protegesse o exercício de um direito sem interesse algum para o seu titular, ou fora dos limites da equidade, ou contra os princípios da boa fé.”¹⁸³

Nesta esteira, não poderia justificar o exercício de um direito a mera intenção de causar dano (um ato emulativo), ou um ato fútil e danoso, ou até mesmo um ato que corresponda a um benefício, mas cujo sacrifício imposto a outrem seja manifesta ou grosseiramente desproporcional, ou que consubstancie o exercício anormal ou disfuncional do direito, atendendo aos parâmetros sociais e jurídicos dominantes. Nestes casos, haveria abuso do direito pela violação do fim econômico ou social.¹⁸⁴

Uma vez que o exercício de uma posição jurídica realize os critérios previstos pela norma do artigo 334^o do Código Civil, salvo a hipótese de se tratar de posições jurídicas indisponíveis¹⁸⁵, tem-se

¹⁸¹ MENEZES CORDEIRO, António. «Do abuso do direito: estado das questões e perspectivas». In: *Revista da Ordem dos Advogados*. Ano 65. Vol II. Lisboa: Ordem dos Advogados, 2005. Disponível em: <https://portal.oa.pt/publicacoes/revista/ano-2005/ano-65-vol-ii-set-2005/artigos-doutrinais/antonio-menezes-cordeiro-do-abuso-do-direito-estado-das-questoes-e-perspectivas-star/>. Acesso em: 10 de abril de 2020

¹⁸² Vide MENEZES CORDEIRO, António. *Tratado de Direito Civil*. p. 354.

¹⁸³ RODRIGUES BASTOS, Jacinto Fernandes. *Das relações jurídicas. Segundo o Código Civil de 1966*. Viseu: Tipografia Guerra, 1969. p.9.

¹⁸⁴ BESSA DE MELO, Daniel. «O abuso do direito: contributos para uma hermenêutica do artigo 334^o do Código Civil Português». In: *Julgar Online*. Lisboa: outubro de 2020. Acesso em 05 de setembro de 2021. Disponível em: <http://julgar.pt/o-abuso-do-direito-contributos-para-uma-hermeneutica-do-artigo-334-o-do-codigo-civil-portugues/>. p. 46 e seguintes.

¹⁸⁵ Como lembra MENEZES CORDEIRO, António. *Tratado de Direito Civil Português. op.cit.* p. 373.

configurado o abuso do direito. A questão subsequente relaciona-se os efeitos e consequências do abuso do direito.

3.3. Consequências jurídicas do abuso do direito

A dificuldade de enquadramento dogmático da figura do abuso do direito igualmente reflete na dificuldade de enquadramento das consequências jurídicas do ato abusivo. O dissenso existente na doutrina acerca da natureza jurídica do abuso do direito conduz a diferentes conclusões: há autores que entendem o abuso do direito como um ato lícito (pois onde há abuso não há direito e onde há direito não há abuso), há autores que entendem como ato ilícito, e há autores que entendem se tratar de uma espécie *sui generis*, localizada entre o ato lícito e o ilícito.

CUNHA DE SÁ diferencia a natureza da antijuridicidade do abuso do direito da natureza da antijuridicidade constatada na figura da ilicitude. Ainda assim, para o autor, estas diferenças não necessariamente refletirão em diferentes efeitos sancionatórios:

“[...] só que enquanto a ilicitude é, desde logo, directa e frontal violação dos limites formais do direito ou da prerrogativa em causa, já o acto abusivo finge a aparência estrutural desse mesmo direito ou prerrogativa, assim encobrendo a violação da sua intenção normativa. Por isso, quer a ilicitude quer o abuso do direito são em si mesmos, substancialmente, actuação sem direito, em carência do direito, mau grado ali se tratar de ultrapassarem dos limites lógico-formais de uma determinada prerrogativa individual e aqui do excesso ou desrespeito dos respectivos limites axiológico-materiais.”¹⁸⁶

CASTRO MENDES leciona que o Código Civil tratou o abuso do direito como ato ilícito, “ilegítimo” em geral, e não como mera fonte de responsabilidade civil e obrigação de indenizar.¹⁸⁷ O vocábulo adotado pelo legislador, a “ilegitimidade”, carece de uma conceituação precisa. É, na maioria das análises, colocada com o mesmo sentido de antijuridicidade ou ilicitude.¹⁸⁸

O problema da autonomia do abuso de direito é saber se deveria ficar circunscrita ao âmbito da responsabilidade civil, de forma que a única consequência para o ato abusivo seria a sujeição

¹⁸⁶ CUNHA DE SÁ, Fernando Augusto. *Abuso do Direito*. Coimbra: Almedina, 2005. p. 634.

¹⁸⁷ CASTRO MENDES, João. *Direito civil. Teoria geral*. v.II. Lisboa: Associação Acadêmica da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 1979. p.111.

¹⁸⁸ COUTINHO DE ABREU, J.M. *Do abuso de direito...*p. 68 e os demais autores consultados vão neste sentido, exceto LIMONGI FRANÇA, Rubens. «Abuso de Direito». In: *Enciclopédia Saraiva de Direito*. v.2. LIMONGI FRANÇA, R. (Coord.). São Paulo: Saraiva, 1977. p.45, para quem o abuso do direito representa uma categoria de conteúdo própria, situada entre o ato lícito e o ilícito, afirmando que “o abuso de direito consiste em um ato jurídico de objeto lícito, mas cujo exercício, levado a efeito sem a devida regularidade, acarreta um resultado que se considera ilícito.” Ainda, em outro sentido: BESSA DE MELO, Daniel. «O abuso do direito: contributos para uma hermenêutica do artigo 334º do Código Civil Português». In: *Julgat Online*. Lisboa: outubro de 2020. Acesso em 05 de setembro de 2021. Disponível em: <http://julgat.pt/o-abuso-do-direito-contributos-para-uma-hermeneutica-do-artigo-334-o-do-codigo-civil-portugues/>. p. 58 e seguintes.

de quem o praticou ao pagamento de indenização, ou se se estaria diante de uma figura autônoma capaz de produzir outros efeitos jurídicos.¹⁸⁹

Sendo considerado majoritariamente pela doutrina como uma forma de antijuridicidade, as consequências do comportamento abusivo podem ou não gerar a obrigação de indenizar, dentre outras consequências, como se verificará adiante.

No que diz respeito ao dever de indenizar, tem-se que este pode se consubstanciar na reconstituição natural ou na indenização pecuniária (nos termos dos artigos 566º e 577º do Código Civil).¹⁹⁰ A questão do dever de indenizar por prejuízos causados pelo abuso do direito encontra as mesmas dificuldades relativas à verificação dos requisitos gerais do dever de indenizar, quais sejam: a violação ilícita de um direito ou disposição legal destinada a proteger interesses alheios, dolo ou culpa, nexo de causalidade, e danos.^{191 192}

O abuso do direito pode ou não resultar na violação ilícita de um direito ou de disposição legal destinada a proteger interesses alheios, uma vez que há atos abusivos que podem não ter nenhum tipo de repercussão na esfera de outrem.

A tradição portuguesa, tanto da jurisprudência quanto da doutrina, compreende o abuso de direito a partir de uma perspectiva objetiva, de modo que para a constatação de uma conduta abusiva é prescindível a consciência de que se excedem os limites fixados pela boa fé, os bons costumes ou ao fim social ou econômico. De modo que se tem, nesta perspectiva objetiva do abuso do direito, um critério específico de averiguação da existência dos requisitos do abuso do direito em si, não dizendo respeito à possibilidade indenizatória eventualmente daí decorrente.

Do mesmo modo, o art. 334º do Código Civil estabelece como ilegítimo o exercício de um direito que exceda os limites impostos pela boa fé, pelos bons costumes ou pelo fim social ou econômico desse direito, sem fazer qualquer tipo de menção a prejuízos ou danos a terceiros como requisito para a existência de um ato abusivo.

Com efeito, se é certo dizer-se que o acto abusivo não importa responsabilidade civil para o seu autor senão quando seja causa de um dano, já é errada a afirmação de que o acto ilícito acarreta sempre, mesmo quando não haja prejuízos, e isto pela simples e evidente razão de que não pode haver obrigação de indemnização quando a actuação do sujeito,

¹⁸⁹ RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil*. vol. 7. São Paulo: Saraiva, 1977. p. 57.

¹⁹⁰ COUTINHO DE ABREU, J.M. *Do abuso de direito...op. cit.* p. 76-77.

¹⁹¹ Art. 483 do Código Civil: "1. Aquele que, com dolo ou mera culpa, violar ilicitamente o direito de outrem ou qualquer disposição legal destinada a proteger interesses alheios fica obrigado a indemnizar o lesado pelos danos resultantes da violação. 2. Só existe obrigação de indemnizar independentemente de culpa nos casos especificados na lei."

¹⁹² CUNHA DE SÁ, Fernando Augusto. *Abuso do Direito. op. cit.* p. 638.

independentemente de ser qualificável como abusiva ou como ilícita, não ocasiona danos para alguém.¹⁹³

É dizer: para se configurar o abuso do direito, é irrelevante o fato de o sujeito agir com a intenção de causar dano ou até mesmo causar dano a outrem. Mas, se uma conduta abusiva causar dano, para que dela emergja o direito à indenização, é necessário que se prove que, com o abuso do direito, houve a violação ilícita de um direito ou disposição legal destinada a proteger interesses alheios, que houve dolo ou culpa nesta violação ilícita de direitos, que há nexó de causalidade, e que houve danos a serem reparados.¹⁹⁴

A propósito, lecionam HÖRSTER E MOREIRA¹⁹⁵:

Também deve haver cautela em recorrer o artigo 334º para fundamentar obrigação de indemnização “nas hipóteses em que não existe violação de direitos subjectivos, nem os respectivos interesses estão protegidos por disposições legais de protecção (art. 483º, nº1), portanto, para o sector de danos puramente patrimoniais” quando alguém “de uma forma ofensiva para os bons costumes causa intencionalmente, ou de maneira negligente, um dano a outrem”, feita uma ponderação global das circunstâncias do caso concreto. A previsão do artigo 334º não abrange diretamente situações deste tipo e, muito embora uma obrigação de indemnizar possa ser justificável, ela não pode ser obtida por via do artigo 334º.

Entende-se, portanto, que se está a tratar de duas esferas distintas: uma é a correspondência dos fatos com o artigo 334º do Código Civil que define o abuso do direito, para o qual é prescindível a questão do dolo ou da culpa, e também o dano a terceiro. Outra esfera é a da responsabilidade civil, na qual um ato abusivo, por ser ilícito, pode repercutir no dever de indenizar, se atendidos todos os demais pressupostos da responsabilidade civil.

Ocorre que as consequências do abuso do direito não se limitam à possibilidade da responsabilidade civil e do dever de indenizar. Há atos abusivos não danosos, e há abuso do direito com resultados danosos potencialmente indenizáveis. Portanto, para além da potencialidade indenizatória do abuso do direito, há ainda outras sanções ou consequências que podem ser verificadas, no mais das vezes, aferidas e adequadas ao caso concreto.

Quando o abuso do direito for verificável em negócios jurídicos, haverá nulidade ou anulabilidade.¹⁹⁶ Dentro das responsabilidades parentais, como se verificará em momento oportuno, é possível a aplicação das normas correspondentes à inibição ou limitação do exercício das responsabilidades parentais, ao incumprimento das responsabilidades parentais, dentre outras.

¹⁹³ CUNHA DE SÁ, Fernando Augusto. *Abuso do Direito. op. cit.* p. 632.

¹⁹⁴ CUNHA DE SÁ, Fernando Augusto. *Abuso do Direito. op. cit.* p. 638-639.

¹⁹⁵ HORSTER, Heinrich Ewald; MOREIRA, Eva Sónia. *A parte geral do Código Civil Português*. 2.ed. Coimbra: Almedina, 2019.p.308-309.

¹⁹⁶ COUTINHO DE ABREU, J.M. *Do abuso de direito...op.cit.* p. 77 e p. 158 e seguintes, ao tratar da sanção das deliberações sociais abusivas.

PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA¹⁹⁷ incluem como consequência do abuso do direito, a legitimidade de oposição, o alongamento do prazo prescricional ou de caducidade, dentre outros. O que não seria aceitável seria despojar o titular do direito.

Tendo em vista a multiplicidade de consequências que podem decorrer do exercício abusivo de um direito, convém adentrar-se minimamente nas configurações típicas de abuso do direito reconhecidas pela doutrina e pela jurisprudência. Atentos de que o abuso do direito não se resume à estas figuras típicas que se passam a mencionar, a análise ainda é conveniente, especialmente porque oferecem recursos e estruturas para a aplicação prática e análise de casos não típicos, mas igualmente abusivos, tais quais determinados casos enfrentados na seara dos direitos das famílias.

3.4. Modalidades do abuso de direito

Ao longo da história, o abuso do direito desenvolveu-se em resposta a situações concretas que exigiam do aplicador do direito uma solução particular. Sujeitos que detinham, em tese, um direito subjetivo ou gozavam de uma determinada posição jurídica, ao exercerem tais direitos ou posições, acabavam por gerar situações de injustiça, iniquidade e violação de direitos de terceiros.

A necessidade concreta de se solucionar a esses problemas, aparentemente pontuais, implicou na identificação de fenômenos semelhantes, que foram sistematizados na forma de figuras típicas. É que determinadas condutas, conduzidas de forma semelhante, produziam resultados semelhantes e exigiam do operador do direito soluções para restabelecer o equilíbrio das relações jurídicas ou de um cenário de justiça.

Uma análise breve sobre estas modalidades pode fornecer critérios interessantes de análise de outras situações que representam o abuso do direito mas que não se encaixam de forma precisa em nenhum paradigma mais elaborado e estudado. A diversidade do comportamento humano possibilita que haja exercício abusivo de posições jurídicas tão diversos quanto são os direitos e ter recursos da experiência histórica a instrumentalizar os operadores do direito é, certamente, de grande valia.

3.4.1. *Exceptio Doli*

¹⁹⁷ PIRES DE LIMA, Fernando Andrade; ANTUNES VARELA, João de Matos. Código Civil Anotado. 4.ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2011.p. 299 – 300.

Uma das figuras típicas frequentemente mencionada pela doutrina diz respeito à *exceptio doli*. Traduzida como exceção de dolo, corresponde à possibilidade de um devedor (em sentido lato) deixar de cumprir com determinada obrigação, recusando-se a efetivar a pretensão que lhe cabe, baseado no dolo da outra parte.¹⁹⁸

Originário do direito romano, correspondia a uma das três defesas específicas contra o dolo. Era marcada pelo caráter de exceção, de ser aquilo que paralisa a pretensão, quando se invoca o dolo da contraparte.¹⁹⁹

Verificava-se a *exceptio doli specialis* com dupla função: a primeira correspondia à exceção que quando levantada alegava a prática de dolo pelo autor no momento em que a situação jurídica se formara.²⁰⁰ Equivalia, nos dizeres de MENEZES CORDEIRO, à impugnação da base jurídica da qual o autor pretendia retirar efeitos, de modo que, havendo dolo na base, toda a cadeia subsequente restaria afetada.²⁰¹

Já a segunda vertente, chamada de *exceptio doli generalis* correspondia à ação do autor promovida com dolo, de modo que o ato doloso era verificável no momento da discussão da causa. Em outras palavras, o dolo era verificável na aplicação do Direito estrito.²⁰²

MENEZES CORDEIRO leciona que o interesse doutrinário e jurisprudencial no instituto se reduziu com o tempo, conforme avançou o desenvolvimento das teorias acerca do abuso do direito. Ainda assim, seria possível admitir o uso atual da *exceptio doli generalis* quando da violação da boa-fé. Explica o autor que seria cabível sempre que se verificasse o recurso a interpretações tendenciosas da lei, utilização de particularidades formais de declarações de vontade, ou do aproveitamento de incompleições em regras jurídicas, para se obter vantagens não conferidas pelo direito, quando tais práticas fossem contrárias à boa fé.²⁰³

¹⁹⁸ MIRANDA, José Gustavo Souza. «A proteção da confiança nas relações obrigacionais.» In: *Revista de informação legislativa*. A.38. n. 153. Brasília: Senado Federal, 2002. p.146. (131-148).

¹⁹⁹ As demais defesas contra o dolo correspondem à *clausula doli* e *actio de dolo*. Vide: MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa-Fé no Direito Privado*. 1.ed., 2. tir. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. p. 455-456.

²⁰⁰ MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa-Fé no Direito Privado*. 1.ed., 2. tir. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. p. 455-456.

²⁰¹ MENEZES CORDEIRO, António. *Tratado de Direito Civil Português*. I. Parte Geral. Tomo IV. Coimbra: Almedina, 2007.p.266-267. O autor leciona ainda, que esta vertente da *exceptio doli* evoluiu como os vícios da vontade, bem como na figura da *culpa in contrahendo*.

²⁰² MENEZES CORDEIRO, António. *Tratado de Direito Civil Português*. I. Parte Geral. Tomo IV. Coimbra: Almedina, 2007.p.267

²⁰³ O autor menciona ainda que, embora seja possível utilizar-se deste recurso, não é necessariamente recomendável, face o desenvolvimento de outros institutos (tal qual o próprio abuso do direito) que atenderiam de melhor forma os objetivos mencionados. Vide: MENEZES CORDEIRO, António. *Tratado de Direito Civil Português*. I. Parte Geral. Tomo IV. Coimbra: Almedina, 2007.p.271-274.

3.4.2. *Venire contra factum proprium*

Já na busca da tutela da confiança, instituto do *venire contra factum proprium* designa a proibição de um comportamento contraditório. Diz respeito ao exercício de uma posição jurídica em contradição com comportamento anteriormente assumido. É observável quando se verifica a existência de dois comportamentos da mesma pessoa, ambos lícitos e diferidos no tempo. O primeiro – o *factum proprium* – é contrariado pelo segundo comportamento.²⁰⁴

Ocorre que nem todo comportamento contraditório pode ser coibido. “Não é possível ao direito vedar, de forma absoluta, as contradições da conduta humana.”²⁰⁵ De fato, o comportamento incoerente ou contraditório é permitido, e somente será proibido quando preencher determinados os requisitos. Em especial, quando resultar em violação à confiança, como decorrência da boa fé.

Um comportamento contraditório, portando, somente ensejará a aplicação do *venire contra factum proprium* quando corresponder à quebra de uma legítima expectativa ou confiança depositada por terceiro. É dizer: quando verificar-se a quebra da boa-fé.

Disto decorre, portanto, que a vedação do comportamento contraditório deverá ser aferida circunstancialmente, em atendimento às particularidades do caso concreto. A identificação do carácter “abusivo” de um comportamento contraditório dependerá da análise concreta da boa fé, em especial da confiança gerada pelo primeiro comportamento.²⁰⁶

Nas lições de MENEZES CORDEIRO²⁰⁷ “o princípio da confiança surge como uma mediação entre a boa fé e o caso concreto. Ele exige que as pessoas sejam protegidas quando, em termos justificados, tenham sido levadas a acreditar na manutenção de um certo estado de coisas.”

Sobre a proteção da confiança, já se mencionou que há a exigência de certos requisitos. Primeiramente, esta confiança deve ser legítima, no sentido de ser pautada em elementos objetivos que

²⁰⁴ MENEZES CORDEIRO, António. *Da boa-fé no Direito Civil*. vol. II. Coimbra: Almedina, 1984, p. 742 e 745.

²⁰⁵ MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa-Fé no Direito Privado*. 1.ed., 2. tir. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. p. 470.

²⁰⁶ MENEZES CORDEIRO menciona a doutrina de Wieling, que entende que a razão para a vedação de comportamentos contraditórios decorreria de uma base negocial, segundo a qual o agente ficaria vinculado, em termos negociais, ao seu primeiro comportamento e ao contradizer-se, estaria a violar a vinculação negocial daí derivada. O autor relata que tal perspectiva doutrinária não tem força, havendo verdadeira relevância da doutrina que fundamenta a proibição de contradição na quebra da confiança. Vide: CORDEIRO, António Menezes, Do abuso do direito: estado das questões e perspectivas, in «Revista da Ordem dos Advogados», ano 65, vol II, Lisboa, 2005, Acesso em: 10 de abril de 2020, Disponível em: <https://portal.oa.pt/publicacoes/revista/ano-2005/ano-65-vol-ii-set-2005/artigos-doutrinais/antonio-menezes-cordeiro-do-abuso-do-direito-estado-das-questoes-e-perspectivas-star/>

²⁰⁷ MENEZES CORDEIRO, António. «Do abuso do direito: estado das questões e perspectivas». In: *Revista da Ordem dos Advogados*. Ano 65, vol II. Lisboa: Ordem dos Advogados, 2005. Disponível em: <https://portal.oa.pt/publicacoes/revista/ano-2005/ano-65-vol-ii-set-2005/artigos-doutrinais/antonio-menezes-cordeiro-do-abuso-do-direito-estado-das-questoes-e-perspectivas-star/>. Acesso em: 10 de abril de 2020

sejam suscetíveis de criar uma crença ou expectativa plausível. Além disto, a pessoa deve ter dispendido energias materiais ou pessoais através de um investimento de confiança consistente. E por fim, a situação de confiança deve ser imputável ao sujeito que, por ação ou omissão tenha gerado essa confiança, sendo este o sujeito que deve, depois, respeitar a expectativa criada.²⁰⁸

O *venire contra factum proprium* é uma das modalidades típicas do abuso do direito mais facilmente verificáveis na jurisprudência, e quando utilizado de forma adequada, garante a tutela da confiança sem violar o direito dos indivíduos a mudarem de ideia ou de se arrependarem.

3.4.3. *Supressio e Surrectio*

Há ainda uma modalidade de abuso do direito batizada por MENEZES CORDEIRO²⁰⁹ como *supressio*, e corresponde ao instituto alemão da *Verwirkung*. Em certo sentido possui similaridade com o *venire*.

Trata-se da supressão de uma posição jurídica em razão da inércia do seu titular. Esta inércia geraria na contraparte a expectativa de que não mais viria a ser exercido tal direito. O exercício posterior, nesta circunstância, corresponderia à violação da boa fé, correspondendo, em última análise, à delonga desleal no exercício do direito.

Aproxima-se do *venire* na medida em que se verifica um comportamento contraditório que viola a boa fé. A abstenção do exercício de um direito por certo período de tempo pode criar uma situação de confiança na outra parte, no sentido de que este direito não mais venha a ser exercido. Assim, o sujeito ao agir, supervenientemente, entraria em contradição com sua conduta omissiva anterior, resultando na quebra da confiança e violação da boa fé.

CUNHA DE SÁ leciona que:

“Trata-se de proibir que, no âmbito de uma relação pré-existente, o titular de um direito o venha fazer valer em contradição com a própria conduta anterior, por tal se afigurar inadmissível perante os deveres de correção e de boa-fé vigentes na relação, que seriam violados por tal exercício – nomeadamente, se a conduta anterior do titular, objetivamente interpretada, legitimava a convicção de que o direito já não seria exercido.”²¹⁰

Os critérios de averiguação da *supressio*, enquanto modalidade de abuso do direito, também são objetivos. Ainda que questões subjetivas possam denunciar a existência de dolo, basta a

²⁰⁸ MENEZES CORDEIRO, António. «A boa fé nos finais do século XX». In: *Revista da Ordem dos Advogados*. Ano 56. Vol III. Lisboa: Ordem dos Advogados, 1996, p. 897.

²⁰⁹ MENEZES CORDEIRO, António. *Da boa-fé no Direito Civil*. vol. II. Coimbra: Almedina, 1984, p. 797-798.

²¹⁰ CUNHA DE SÁ, Fernando Augusto. *Abuso do Direito*. Coimbra: Almedina, 2005. p.65.

configuração dos elementos objetivos para se estar diante de um caso de abuso do direito nesta modalidade. Neste sentido, a *suppressio* não se confunde com a renúncia tácita, uma vez que a perquirição da situação volitiva do titular do direito é irrelevante. A *suppressio* não decorre da vontade de abandono do direito, mas da violação da boa fé pela quebra da confiança.

É necessário, portanto, estar presente a inércia do titular do direito por determinado tempo, a justa confiança na manutenção da situação de inércia por terceiro (a tutela da confiança enquanto concretizador da boa fé) e a quebra da confiança com um agir inesperado.

No que diz respeito ao lapso temporal necessário para configurar-se a *suppressio*, MENEZES CORDEIRO leciona que deverá necessariamente ser inferior aos prazos prescricionais (caso em que a *suppressio* perderia sua utilidade), e “equivalerá àquele período decorrido o qual, segundo o sentir comum prudentemente interpretado pelo juiz, já não será de esperar o exercício do direito atingido”.²¹¹

A doutrina compreende a *suppressio* como um instituto de uso subsidiário, no sentido de que, havendo outras normas como as que estabelecem prazos prescricionais e de caducidade, devem-se aplicar estas. Ocorre que sendo estes prazos muito dilatados ou não havendo, como no caso dos direitos imprescritíveis, a *suppressio* ganha espaço de aplicabilidade quando verificada no caso concreto.

Já no que diz respeito à *surrectio* (do alemão *Erwirkung*), trata-se do nascimento de um direito pela prática continuada de determinado ato, ou pela inércia continuada. Se a *suppressio* suprime o direito para uma das partes pelo não exercício, a *surrectio* vem a criar uma posição jurídica ou direito subjetivo. Ou, em outras palavras, se trata da proteção da contraparte diante de uma situação em que o titular de um direito deixa de exercê-lo, ou exerce-o de determinada forma ao longo do tempo.

MENEZES CORDEIRO entende ser necessário autonomizar a *surrectio* da *suppressio*, na medida em que a *suppressio*, para o beneficiário, comporta o efeito de liberá-lo para movimentos mais amplos, ao passo em que na *surrectio* faz efetivamente nascer um direito de acordo com a expectativa gerada pelo comportamento reiterado ao longo do tempo.²¹²

Também para a *surrectio* se verificam os requisitos de proteção da confiança. A situação jurídica de não exercício de um direito subjetivo projeta-se, gerando uma previsão de vá a se perpetuar. O beneficiário confia legitimamente e de boa fé nesta previsão de perpetuação do comportamento e na

²¹¹ MENEZES CORDEIRO, António. *Tratado de Direito Civil Português*. I. Parte Geral. Tomo IV. Coimbra: Almedina, 2007.p.322.

²¹² MENEZES CORDEIRO, António. *Da boa-fé no Direito Civil*. vol. II. Coimbra: Almedina, 1984, p. 821-822.

regularidade subjacente. E por fim, é possível imputar ao titular do direito, por dolo ou culpa, a situação (e o direito) que se está a criar.²¹³

“O art. 334^o permite pois que, por força do abuso do direito, sejam restringidos – ou mesmo se extingam – direitos do titular exercente e, concomitantemente, que sejam ampliados – ou mesmo se criem – direitos da contraparte. Ainda, por força do abuso do direito, pode o titular exercente incorrer em vinculações, como correspectivo do direito surgido na esfera da contraparte.”²¹⁴

3.4.4. *Tu quoque*

Diz-se que há abuso do direito na modalidade *tu quoque* quando um sujeito age violando uma norma jurídica, e posteriormente tenta prevalecer-se desta situação em benefício próprio. Busca-se, portanto evitar que uma pessoa que viola uma determinada norma jurídica possa exercer o direito decorrente ou utilizar como defesa essa mesma norma que ela própria violou.²¹⁵

Segundo a perspectiva adotada pela doutrina de MENEZES CORDEIRO, o fundamento do *tu quoque* é a primazia da materialidade subjacente. Explica o autor que a ordem jurídica articula valores materiais cuja prossecução pretende assegurar. Não sendo suficiente o mero cumprimento de arranjos formais, a primazia da materialidade subjacente pretende efetivar a substancialidade destes valores materiais. Assim, uma pessoa que viole uma situação jurídica, ainda que mediante uma conduta formalmente adequada, perturba o equilíbrio material subjacente.²¹⁶

“A pessoa que, mesmo fora do caso nuclearmente exemplar do sinalagma, desequilibre, num momento prévio, a regulação material expressa no seu direito subjectivo, não pode, depois, pretender, como nada houvesse ocorrido, exercer a posição que a ordem jurídica lhe conferiu. Distorcido o equilíbrio da base, sofre-lhe as consequências. A nova situação criada altera a configuração da posição jurídica do exercente; no limite pode ir até a extinção. Cometida a violação pelo próprio, *apenas formalmente* tudo parece idêntico. A materialidade subjacente, porém, já é outra.”²¹⁷

MENEZES CORDEIRO ainda leciona no sentido de que o *tu quoque*, tendo natureza supletiva, possa ser utilizado para enquadrar situações de preparação de litígios, no qual um sujeito interessado ilicitamente promoveria litígios para posteriormente poder acionar o sistema judicial em sua defesa.²¹⁸

²¹³ MENEZES CORDEIRO, António. *Da boa-fé no Direito Civil*. vol. II. Coimbra: Almedina, 1984, p. 822.

²¹⁴ MENEZES CORDEIRO, António. *Da boa-fé no Direito Civil*. vol. II. Coimbra: Almedina, 1984, p. 826-827.

²¹⁵ TARTUCE, Fernando. *Manual de direito civil*. São Paulo: Método, 2011. p.509.

²¹⁶ MENEZES CORDEIRO, António. *Litigância de má fé, abuso de direito de acção e culpa in agendo*. op.cit. p. 102-103.

²¹⁷ MENEZES CORDEIRO, António. *Tratado de Direito Civil Português*. op. cit.p. 336-337.

²¹⁸ O que, aliás, comumente se verifica na prática forense de direito das famílias. Vide: MENEZES CORDEIRO, António. *Tratado de Direito Civil Português*. op. cit. p. 338.

“Dessa forma, no *tu quoque* contratual há um excesso no recurso às potencialidades regulativas de um negócio que o próprio titular já violara, em síntese, o exercício de posições jurídicas em cuja base tenha havido condutas incorretas fere o postulado da boa-fé obrigacional.”²¹⁹

3.4.5. Inalegabilidade de nulidades formais

A modalidade de abuso do direito conhecida como *inalegabilidade de nulidades formais*, ou apenas *inalegabilidade*, também assemelha-se ao *venire contra factum proprium*. Trata-se de uma proibição, sob pena de cometer-se abuso do direito, de que um indivíduo que provoque uma nulidade formal em um negócio jurídico venha, posteriormente, a prevalecer-se da falha criada para invocar a nulidade do negócio.

Embora o Código Civil estabeleça que os negócios jurídicos são nulos quando não assumirem a forma prescrita em lei, e que a nulidade absoluta de um negócio pode ser alegada a qualquer tempo por quem de interesse (artigos 220º e 286º do Código Civil), em certas situações, a alegação da nulidade pode configurar o abuso do direito.

MENEZES CORDEIRO leciona que, para além da investigação acerca do dolo por parte de quem pretende se beneficiar com a declaração da nulidade, é mais relevante verificar a situação daquele que seria prejudicado caso a nulidade fosse reconhecida. Entende o autor ser fundamental que a parte prejudicada pela nulidade tenha sido levada a firmar o negócio jurídico inválido em condição de boa fé, desconhecendo a exigência de formalidade específica, em um verdadeiro investimento de confiança. Além disso, as consequências da destruição do negócio teriam de ser muito graves.²²⁰

A questão não é propriamente simples. De fato, se se considerar que o tribunal tem poder para reconhecer de ofício as nulidades (art. 286 do Código Civil), não haveria nenhum benefício em obstar que a contraparte alegasse das nulidades se o próprio tribunal iria, posteriormente, as declarar.

Algumas doutrinas procuram explicar a questão da inalegabilidade. Em apertada síntese, tem-se que a *doutrina da confiança*, pressupondo um agir doloso, entende que aquele que foi levado a crer que o negócio era válido e eficaz, deve ter sua expectativa de confiança atendida através de efeitos similares aos do contrato defeituoso. As *doutrinas negociais*, por sua vez, entendem que mesmo um contrato nulo, por sua condição de voluntariedade, deve ser considerado válido. MENEZES CORDEIRO

²¹⁹ XAVIER, José Tadeu Neves. «A aplicação da *supressio* (*Verwirkung*) no âmbito das relações privadas». In: *Revista Brasileira de Direito Civil - RBDCivil*. Vol 13. N.03. Belo Horizonte: Instituto Brasileiro de Direito Civil, 2017. p.65.

²²⁰ MENEZES CORDEIRO, Antônio. *Tratado de Direito Civil. op. cit.* p. 305-306.

reconhece ainda outra doutrina, que apela para a *redução teleológica* das normas relativas às formalidades.²²¹

O Tribunal da Relação do Porto, em acórdão de 11 de fevereiro de 2021, decidiu acerca da inalegabilidade das nulidades formais no seguinte sentido:

“A inalegabilidade de nulidades formais reconduz-se ao instituto do abuso do direito por se tratar do exercício de uma posição jurídica ativa em termos que excedem os limites dessa posição atentando contra o princípio da boa-fé. A inalegabilidade formal surge nas situações em que a nulidade derivada da preterição da forma legalmente exigida, para determinado negócio jurídico, não possa ser alegada sob pena de se verificar um abuso do direito por contrariedade à boa-fé; centra-se em saber se a tutela da confiança terá lugar ou não. Isto é, o objeto da questão não está em averiguar se os fins das regras de forma, em concreto, estão ou não preenchidos - podendo como tal prescindir-se da forma legal - mas antes em saber se a tutela da confiança, da parte que beneficiará com a inalegabilidade, terá lugar, fazendo com que a nulidade derivada da falta de forma se torne verdadeiramente inalegável. Assim, quando há lugar à proteção da confiança da parte contra quem é feita valer a nulidade, estamos perante uma nulidade relativa, sendo que esta não pode ser invocada pela parte que a causou nem por qualquer interessado e a fortiori não pode ser declarada oficiosamente pelo tribunal.”

A doutrina de MENEZES CORDEIRO leciona ainda que, para melhor aplicação do abuso do direito na modalidade da inalegabilidade, é necessário cumprir com os requisitos do *venire contra factum proprium* (situação de confiança, justificação legítima para a confiança, investimento de confiança, imputação da confiança ao responsável) e ainda: a questão em causa deve envolver apenas as partes, e não terceiros de boa fé; a situação de confiança deve ser censuravelmente imputável à pessoa a responsabilizar e, por fim, o investimento de confiança deve ser sensível e dificilmente assegurado de outra maneira.²²²

3.4.6. Desequilíbrio no exercício

O abuso do direito na modalidade de desequilíbrio no exercício comporta uma variedade de condutas nas quais o titular de um direito formalmente reconhecido o exerce de modo a atentar contra os fundamentos do sistema jurídico.

²²¹Não sendo propriamente o escopo da presente investigação, uma digressão neste sentido não alcançaria sintetizar a questão em causa. Em todo caso, vide MENEZES CORDEIRO, António. *Tratado de Direito Civil Português. op. cit.*p. 308-310.

²²² MENEZES CORDEIRO, António. *Tratado de Direito Civil Português. op. cit.*p. 311.

“O exercício de um direito que devido a circunstâncias extraordinárias dá origem a resultados totalmente estranhos ao que é admissível pelo sistema, quer por contrariar a confiança ou aquilo que o outro podia razoavelmente esperar, quer por dar origem a uma desproporção manifesta e objectiva entre os benefícios recolhidos pelo titular ao exercer o direito e os sacrifícios impostos à outra parte resultantes desse exercício (aqui se incluem o exercício danoso inútil, a exigência injustificada de coisa que de imediato se tem de restituir e o puro desequilíbrio objectivo).”²²³

É possível verificar-se desequilíbrio no exercício em situações de exercício inútil ou apenas com a intenção de prejudicar terceiros. Também é considerada abusiva a exigência daquilo que deve ser posteriormente restituído, por ser inútil e implicar em dispêndio acrescido de esforço.

A desproporção no exercício de um direito igualmente pode resultar em abuso do direito na modalidade desequilíbrio no exercício, especialmente quando se verifica que a vantagem auferida pelo titular é mínima relativamente ao sacrifício que é exigido da parte contrária. Representa, efetivamente, o exercício de um direito com lesão intolerável a outras pessoas.

²²³ Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 09/01/2017. Processo 102/11.8TBALD.C2.

4. ABUSO DO DIREITO E RESPONSABILIDADES PARENTAIS: REFLEXÕES NA PERSPECTIVA DO SUPERIOR INTERESSE DA CRIANÇA

Em que pese estejamos em estágio já amadurecido no reconhecimento das crianças enquanto pessoas e sujeitos de direitos como qualquer outro ser humano, ainda é possível verificar que as relações de poder que estruturam e orientam as vidas das crianças, em grande medida, impõem às crianças aquele caráter menor, objetificado, instrumentalizado e subalterno que já se mencionou.

A família, o núcleo onde se forjam as subjetividades e afetos, em grande medida reproduz essas dificuldades, em especial porque os sujeitos adultos não estão necessariamente conscientes de suas próprias condições pessoais e de suas responsabilidades.

Assim, a vivência prática no universo da judicialização das questões familiares revela inúmeras situações em que os adultos ultrapassam os limites de seus direitos quando se trata da relação com as crianças. Por vezes abusam da boa fé, por vezes dos bons costumes, por vezes violam os fins sociais e econômicos dos direitos, por vezes ingressam de forma direta em atos criminosos, em todos os casos agindo em desconformidade com o superior interesse da criança.

Já se mencionou o longo processo de mudança paradigmática do antigo poder paternal para as atuais responsabilidades parentais, em que o poder-dever dos pais passou a ser orientado por um caráter altruístico e de atendimento ao superior interesse da criança.

Este conceito aberto do superior interesse da criança, previsto pela Convenção sobre os Direitos da Criança de 1989, corresponde a um elemento fundamental que compõe a base axiológica e finalística sobre a qual se sustentam todos os direitos que envolvem as crianças, inclusive as responsabilidades parentais e os demais direitos tratados na esfera da família.

Nas lições de CARVALHO ²²⁴

“O interesse do menor, embora se consubstancie numa dificuldade prática acrescida, resultante da indeterminação do critério, absorve ou deve absorver todas as orientações vertidas no Código Civil quanto ao conteúdo do poder paternal, nomeadamente os artigos 1878^o (segurança, saúde, sustento e autonomia do menor), 1885^o, n^o1 (desenvolvimento físico, intelectual e moral dos filhos), 1878^o, n^o2 (opinião dos filhos). [...] “Deste modo, é da intercepção entre as orientações legais e das orientações jurisprudenciais que se alcança, paulatinamente, um conteúdo do conceito indeterminado em questão.”

Carecendo, portanto, de uma densificação que só ocorrerá em face de casos concretos, o princípio do superior interesse da criança coloca os interesses das crianças, e seus direitos,

²²⁴ CARVALHO, Filipa Daniela Ramos de. *A (síndrome de) alienação parental e o exercício das responsabilidades parentais: algumas considerações*. Coimbra: Coimbra Editora, 2011. p.34-35.

sobrepostos a qualquer outro interesse legítimo, de qualquer dos demais sujeitos envolvidos. Deste modo, em um conflito de interesses legítimos entre adultos e crianças, o juízo de ponderação deve considerar a primazia da proteção aos direitos da criança.

Neste sentido, já decidiu o Supremo Tribunal de Justiça, em acórdão de 17/12/2019, processo 1431/17.2T8MTS.P1.S1:

“III - O interesse superior da criança define-se como o interesse que se sobrepõe a qualquer outro interesse legítimo, seja o dos pais, seja ou dos adultos terceiros. IV - Mas o superior interesse da criança não é incompatível com a satisfação de interesses legítimos de qualquer dos progenitores desde que não sejam meros interesses egoístas e a pensar exclusivamente no bem-estar do progenitor.”

Conforme já visto, as responsabilidades parentais assumem este carácter de poder-dever de cunho protetivo dos direitos da infância. Mas para além disto, o superior interesse da criança corresponde a uma verdadeira restrição externa ao exercício de posições jurídicas dos adultos.²²⁵

O superior interesse da criança, na condição de norma internacional de direitos humanos, ao ter sido ratificado por Portugal, passou a ser parte integrante do direito português com o mesmo conteúdo e extensão que possui no plano jurídico-internacional.²²⁶

Considerando que as crianças possuem proteção especial do Estado, que são sujeitos de direitos em condição peculiar de desenvolvimento cujo superior interesse configura limites ou restrições a direitos de outros sujeitos, tem-se no instituto do abuso do direito uma das possibilidades de abordagem de situações limítrofes que causam danos às crianças.

Na busca por se realizar uma leitura do artigo 334º do Código Civil à luz do superior interesse da criança, pode-se levantar a hipótese de que o exercício de posições jurídicas que viole o superior interesse da criança, seja por contradição frontal a este princípio ou desequilíbrio no exercício, resulta em um ato abusivo.

O superior interesse da criança, enquanto princípio sistemático do ordenamento jurídico, expressa valores materiais que devem ser perseguidos no exercício dos direitos subjetivos. O exercício de direitos subjetivos ou posições jurídicas dos adultos – em especial dos progenitores -, ainda que

²²⁵ Aqui adota-se a visão de MENEZES CORDEIRO, António. *Tratado de Direito Civil*. p. 364, em consonância com a perspectiva de CANOTILHO, já citada, para quem “[A] moderna teoria do direito tem revisitado o problema da radical alternatividade das teorias externa e interna das restrições para demonstrar a insustentabilidade de teorias puras quando na grelha analítica introduzimos duas outras dimensões metódicas: (1) a distinção entre princípios e regras no campo dos direitos fundamentais; (2) a indispensabilidade da ponderação de direitos e de bens, irreconduzível à fixação de padrões teóricos abstratos.” Vide: CANOTILHO, Joaquim José Gomes. «Dogmática de direitos fundamentais e direito privado». In: Estudos sobre direitos fundamentais. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. p. 202.

²²⁶ Conforme se denota do art. 8º da CRP. A este respeito, vide CANOTILHO, Joaquim José Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada*. Vol. I. 4.ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. p.255.

legalmente conformadas, quando em violação ao superior interesse da criança, violam a boa fé, na esfera da primazia da materialidade subjacente²²⁷, e neste sentido, configuram o abuso de direito.

A CRP estabelece, no artigo 69º, nº 1, que as crianças têm direito à proteção da sociedade e do Estado, com vista ao seu desenvolvimento integral, especialmente contra todas as formas de abandono, de discriminação e de opressão e contra o exercício abusivo da autoridade na família e nas demais instituições.

CANOTILHO e MOREIRA lecionam que o direito das crianças à proteção previsto por este dispositivo configura uma clara expressão de direitos fundamentais nas relações privadas, uma vez que a norma em tela se direciona ao Estado, mas também aos particulares, dentre os quais as famílias (onde os progenitores ocupam posição de destaque em termos de direitos e obrigações), bem como as demais instituições como creches, escolas, igrejas, etc.²²⁸

Ainda segundo os autores²²⁹, a proibição constitucional de formas de abandono, discriminação, opressão se refere não apenas à violência psicológica ou violência física, mas também à exploração econômica e social. Assim, a norma constitucional impõe que se coloquem limitações ao trabalho infantil e outras formas de exploração econômica e social das crianças, bem como limites à autoridade sobre as crianças no seio familiar e nas demais instituições.

Situações mais evidentes de violação aos direitos das crianças já são bastante enfatizadas na legislação protetiva. A legislação infraconstitucional da infância se ocupou de elencar as questões mais evidentes de violações, abusos e maus tratos, e tratou de indicar as consequências jurídicas para tais casos.

Contudo, a complexidade da dinâmica da vida pode evidenciar situações em que o abuso ou as violações não são tão claros ou exigem um esforço mais intenso das instituições e operadores do direito para detalhá-los e indicar as consequências. Nestes últimos casos é que se mostra possível, e talvez com mais interesse, uma abordagem a partir da figura do abuso do direito.

A integridade física e psíquica da criança, o pleno desenvolvimento baseado na garantia de educação, condições de segurança, higiene e saúde, no convívio com sua família nuclear e ampliada,

²²⁷ Na senda da doutrina de MENEZES CORDEIRO, António. «A boa fé nos finais do século XX», in: Revista da Ordem dos Advogados Portugueses, ano 56, vol III, Lisboa, dez, 1996, p. 898.

²²⁸ CANOTILHO, Joaquim José Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada*. Vol. I. 4.ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. p. 869.

²²⁹ CANOTILHO, Joaquim José Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada*. Vol. I. 4.ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. p.870-872.

são direitos que não podem ser suprimidos, e em conflito com interesses legítimos dos progenitores, possuem primazia decorrente do superior interesse da criança.

O exercício de uma posição jurídica que resulte em uma situação de perigo para a criança, que resulte em incumprimento das responsabilidades parentais, ou até mesmo outras condutas aparentemente mais sutis mas psicologicamente danosas, configurarão também abuso do direito.

A obstaculização dos convívios, o incumprimento do convívio por parte do progenitor que não reside com a criança – que implica em verdadeiro abandono moral e afetivo -, exigências desproporcionais de um progenitor ao outro, a sujeição da criança a uma litigância abusiva, a obstaculização de relação parental ou de relação com a família estendida da criança, o atraso contumaz no pagamento dos alimentos da criança, todas estas condutas, mais ou menos graves, são exemplificativas de situações abusivas para a criança.

Progenitores que adotam posturas formalmente lícitas, mas que visam objetivos não garantidos pela lei agem com abuso do direito, seja por violação ao fim social ou econômico do direito exercido, seja pela violação da boa fé objetiva.

É comum que casais ainda bastante imersos nas dores próprias da separação não consigam separar seus papéis de responsáveis parentais dos papéis de ex cônjuges, e acabem se utilizando da relação com os filhos e do exercício das responsabilidades parentais em geral, de forma distorcida e deletéria para as crianças, com o objetivo de atingir o outro progenitor. São casos que devem ser cautelosamente analisados concretamente, que podem configurar o exercício abusivo das responsabilidades parentais.

Com vistas a analisar algumas destas questões limítrofes, inclusive estas já previstas em lei, passa-se a tratar de alguns destes cenários.

4.1. Os casos de inibição e limitação do exercício das responsabilidades parentais, e incumprimento das responsabilidades parentais

Considerando as premissas acima expostas, pode-se concluir que o abuso do direito no exercício das responsabilidades parentais compreende situações em que os titulares deste poder-dever ultrapassam as balizadas daquilo que se espera de sua atuação na condição de pais. Condutas dos progenitores que, *a priori*, poderiam ser consideradas lícitas, no sopesamento dos interesses em jogo e

das suas consequências, resultam em violação ao superior interesse da criança, provocando um resultado que se considera ilícito ou ilegítimo.²³⁰

Nenhum progenitor estará no exercício regular de um direito se, como resultado do exercício deste direito, colocar a criança ou jovem em uma situação de perigo ou de violação a direitos dos quais são titulares.

Nas situações em que o resultado das condutas dos progenitores coloca a criança em situação de perigo, tem-se como consequências aquelas previstas pela 147/99 de 1 de setembro, combinada com as disposições do Código Civil e da Lei 141/2015 de 8 de setembro.

Há previsão de inibição ou limitação do exercício das responsabilidades parentais, além da possibilidade de o tribunal designar terceira pessoa ou estabelecimento de educação ou assistencial para confiar a criança, além das medidas referidas quanto ao incumprimento das responsabilidades parentais.

Conforme tratado anteriormente, as consequências dos atos abusivos podem ser mesmo as mais variadas, a depender do tipo de conduta e do tipo de lesão provocada. É sabido que o titular das responsabilidades parentais pode ter o exercício deste direito restringido ou até mesmo ser privado de seu exercício, a depender da ocorrência de determinadas situações previstas em lei.²³¹

A inibição das responsabilidades parentais, conforme consolidado entendimento jurisprudencial, é a consequência de situações graves, considerada medida de *ultima ratio*, aplicável apenas em situações em que os progenitores se comportem de forma grave e irreversível, colocando em risco de forma igualmente gravosa os interesses da criança.²³²

O artigo 1915^o do Código Civil determina que o tribunal pode decretar a inibição do exercício das responsabilidades parentais quando qualquer dos pais infringir culposamente os deveres para com os filhos, acarretando grave prejuízo a estes, ou quando, por inexperiência, enfermidade, ausência ou outras razões, não se mostre em condições de cumprir com tais deveres.

Determina ainda que a inibição pode ser total ou parcial, restringindo-se à representação e administração dos bens, e pode também abranger ambos os progenitores ou apenas um deles. Do mesmo modo, pode referir-se a todos os filhos ou apenas a algum ou alguns deles.

²³⁰ Nesta linha: LIMONGI FRANÇA, Rubens. «Abuso do pátrio poder». In: *Enciclopédia Saraiva do Direito*. v.2. R. Limongi França (Coord). São Paulo: Saraiva, 1977.p.120.

²³¹ GUERRA, Paulo; BOLIEIRO, Helena. *A criança e a família...op.cit.* p. 188.

²³² Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 24/09/2020.

Além disto, o artigo 1913^o do Código Civil²³³ prevê situações em que a inibição do exercício das responsabilidades parentais poder ocorrer por força de lei. Chamada de inibição de pleno direito, ocorre em casos em que, havendo a condenação pela prática de um crime a que a lei atribua o efeito de inibição, por força de lei esta será imposta. Nos demais casos em que se verificam situações de infringência culposa dos deveres para com os filhos, tem-se a chamada inibição judicial.²³⁴

Já o artigo 1918^o determina que quando a segurança, a saúde, a formação moral ou a educação de um menor se encontre em perigo e não seja caso de inibição do exercício das responsabilidades parentais, pode o tribunal decretar as providências adequadas, designadamente confiá-lo a terceira pessoa ou a estabelecimento de educação ou assistência.

PINHEIRO leciona que é mesmo a Lei de Protecção de Crianças e Jovens em Perigo que trata de forma mais pormenorizada as situações que resultam em limitação e inibição ao exercício das responsabilidades parentais.

O artigo 3^o da Lei 147/99 de 1 de Setembro (LPCJP) estabelece que se considera que a criança está em perigo quando se encontra numa das seguintes situações: a) Está abandonada ou vive entregue a si própria; b) Sofre maus tratos físicos ou psíquicos ou é vítima de abusos sexuais; c) Não recebe os cuidados ou a afeição adequados à sua idade e situação pessoal; d) Está aos cuidados de terceiros, durante período de tempo em que se observou o estabelecimento com estes de forte relação de vinculação e em simultâneo com o não exercício pelos pais das suas funções parentais; e) É obrigada a atividades ou trabalhos excessivos ou inadequados à sua idade, dignidade e situação pessoal ou prejudiciais à sua formação ou desenvolvimento; f) Está sujeita, de forma direta ou indireta, a comportamentos que afetem gravemente a sua segurança ou o seu equilíbrio emocional; g) Assume comportamentos ou se entrega a atividades ou consumos que afetem gravemente a sua saúde, segurança, formação, educação ou desenvolvimento sem que os pais, o representante legal ou quem tenha a guarda de facto se lhes oponham de modo adequado a remover essa situação. h) Tem nacionalidade estrangeira e está acolhida em instituição pública, cooperativa, social ou privada com acordo de cooperação com o Estado, sem autorização de residência em território nacional.

²³³O Código Civil regula a inibição de pleno direito da seguinte forma: Art. 1913^o n^o1. Consideram-se de pleno direito inibidos do exercício das responsabilidades parentais: a) Os condenados definitivamente por crime a que a lei atribua esse efeito; b) Os maiores acompanhados, apenas nos casos em que a sentença de acompanhamento assim o declare; c) Os ausentes, desde a nomeação do curador provisório. 2 - Os menores não emancipados consideram-se de pleno direito inibidos de representar o filho e administrar os seus bens. 3. As decisões judiciais que importem inibição do exercício das responsabilidades parentais são comunicadas, logo que transitem em julgado, ao tribunal competente, a fim de serem tomadas as providências que no caso couberem.

²³⁴ PINHEIRO, Jorge Duarte. *O direito da família contemporâneo*. 2019.p.247.

Tem-se, portanto, que as situações de perigo que justificam a inibição ou limitação do exercício das responsabilidades parentais podem ser as mais variadas, havendo um amplo leque de possibilidades concretas que se encaixam no dispositivo mencionado.

Quando as responsabilidades parentais são reguladas por acordo ou por decisão judicial, geralmente se trata das questões fundamentais sobre a vida da criança, em especial: a residência habitual da criança, o exercício das responsabilidades parentais (se conjunto, alternado ou unilateral), a regulamentação do convívio e visitas entre a criança e o progenitor com quem não viva, administração dos bens dos filhos²³⁵, e, por fim, a fixação de pensão alimentícia à criança.²³⁶

Há incumprimento da regulação do exercício das responsabilidades parentais quando o regime em vigor que trata das questões supramencionadas, resultante de acordo ou de decisão judicial, não for cumprido. Nestes casos, determina o artigo 41º da lei 141/2015 de 8 de Setembro que o tribunal poderá ser instado a realizar as diligências necessárias para o cumprimento coercivo, a condenação do remisso em multa e, verificando-se os respectivos pressupostos, em indenização a favor da criança, do progenitor requerente ou de ambos.

As diligências para cumprimento coercivo, a aplicação de multa, a indenização ou até mesmo a responsabilização criminal do progenitor que descumprir a decisão ou acordo de regulação das responsabilidades parentais ou alimentos são impostas pela lei em face a determinadas condutas por se entender que tais condutas violam direitos fundamentais das crianças e, possivelmente, poderão implicar em alguma das situações de perigo elencadas na Lei 147/99 de 1 de Setembro.

Mas além do incumprimento, o cumprimento com desequilíbrio no exercício daquilo que foi regulado por sentença ou acordo, igualmente corresponderá ao abuso de direito. Conforme visto, o desequilíbrio no exercício expõe circunstâncias em que a vantagem auferida pelo titular é mínima relativamente ao sacrifício que é exigido da parte contrária, ou das crianças. Representa, efetivamente, o exercício de um direito com lesão intolerável a outras pessoas.

O que se pode verificar, concretamente, na questão do exercício abusivo das responsabilidades parentais, é que muitas consequências dos atos abusivos já estão previstas na legislação específica. Além disto, considera-se também ser possível a responsabilização civil aquiliana do progenitor que agir em abuso de direito, nos termos do Código Civil, seja após o atingimento da maioridade pela criança vitimada, seja por atuação do Ministério Público.

²³⁵ Nos termos do artigo 40º da Lei 141/2015 de 8 de setembro.

²³⁶ Conforme artigo 45, da Lei 141/2015 de 8 de setembro.

“[...] em Portugal, para além de ser possível recorrer-se ao MP, que tem como competência a defesa dos incapazes (art. 3.º, n.º 1, al. a), do Estatuto do Ministério Público) e que poderia intentar uma acção em seu nome pedindo as já referidas providências adequadas (e uma eventual indemnização nos termos do art. 483.º, n.º 1), ainda seria possível lançar-se mão das medidas de protecção previstas na Lei de Protecção de Crianças e Jovens em Perigo.²³⁷”

Além dos casos de que podem ser enquadrados na legislação mencionada, a questão do abuso do direito no exercício das responsabilidades parentais traz à lume debates importantes sobre o exercício das responsabilidades parentais no quadro da interrelação entre os progenitores.

É que embora a família parental da criança não deixe de existir com a separação dos pais, é facilmente constatável que a relação afetiva originária entre os progenitores repercute na vida da criança, especialmente na forma como os pais conduzirão o exercício das responsabilidades parentais ao longo do tempo.

Em muitos casos, situações de abuso e violência interparental se perpetua após a separação, e a criança, no meio do conflito, é o sujeito mais vulnerável, cujo superior interesse muitas vezes é ofuscado pelas questões próprias dos adultos.

Com vistas a compreender melhor alguns destes fenômenos, passa-se a analisar situações específicas que não são tão natural e facilmente deduzidas do quadro legal de proteção à criança supra mencionado.

4.2. Exposição da criança à violência doméstica e violência contra a criança no exercício do poder de correção²³⁸

A violência doméstica, enquanto fenômeno cuja ocorrência atinge números alarmantes, alastra suas consequências deletérias sobre a vida de pessoas e esferas nem sempre imediatamente consideradas. É o que ocorre, por exemplo, com a vitimação indireta de crianças expostas à violência doméstica interparental. A vitimação indireta das crianças, também chamada de *vitimação vicariante*, embora atinja números tão significativos quanto são os números de violência doméstica, ainda não

²³⁷ MOREIRA, Sónia. «A responsabilidade dos pais pela violação do direito à imagem dos filhos.» *op. cit.* p.13.

²³⁸ A investigação sobre a exposição da criança à violência doméstica e o fenômeno da vitimação vicariante foi iniciada durante o curso de Mestrado em Direito das Crianças, Famílias e Sucessões da Escola de Direito da Universidade do Minho, na disciplina da Tutela Penal da Família. Parte dos resultados aqui expostos foram explorados no trabalho de avaliação contínua da disciplina mencionada, em co-autoria com Daiane Pompeo Barcelos, razão pela qual há reincidências no texto.

encontra a proteção jurídica adequada, sendo muitas vezes ignorada tanto na esfera cível como na criminal.²³⁹

O desconhecimento e a desconsideração acerca dos efeitos da violência doméstica interparental sobre as crianças que a testemunham são sintomáticas do persistente fenômeno de invisibilização das crianças enquanto sujeitos de direitos e da subalternização da infância junto às estruturas políticas, jurídicas e sociais. Este fenômeno resulta, em grande medida, não apenas na devastação das subjetividades dos envolvidos, mas na perpetuação dos ciclos de violência em razão da subsistência e reprodução social de fatores de risco que, se devidamente encaminhados, poderiam ser reduzidos e resultar em avanços sociais significativos.

Estudos das áreas da psicologia e da sociologia lecionam sobre o impacto da exposição das crianças à violência doméstica interparental, revelando efeitos e consequências pessoais que se assemelham à violência direta. Esta constatação, por si só, deve fazer soar os alarmes para que os instrumentos de proteção das crianças e jovens possam ser acionados de forma a minimizar o problema.

Neste ponto, convém lançar reflexões iniciais sobre a questão, verificando a possibilidade de proteção das crianças sob a perspectiva de aplicação do instituto do abuso do direito.

A violência na esfera familiar engloba uma ampla gama de vítimas, múltiplas ofensas e diferentes formas de vitimação direta e indireta, que nem sempre resultam em idêntico resultado em termos de intervenção, investigação ou mesmo impacto social. A “naturalização das crianças como vítimas indiretas e o seu silenciamento nos discursos e nas práticas (sociais, culturais, educativas e científicas) continuam a marcar o modo como esta problemática é vista e encaminhada.”²⁴⁰

É possível verificar que o debate público em torno da problemática da violência doméstica ainda gira em torno dos adultos, sendo a questão de gênero central neste processo, tanto por parte de instâncias internacionais, de organizações não governamentais, como também na produção e desenvolvimento de legislações específicas que visam melhorar o quadro deste flagelo social. No entanto,

“desde sempre, as crianças têm testemunhado ou sido envolvidas em contextos de violência doméstica. Não obstante, demorou-se a assumir em termos públicos, não só os lugares e os papéis que assumem nestas relações, mas também como se gere a sua condição de vítimas e a reclamação dos seus direitos.”²⁴¹

²³⁹ Importa que se refira que juridicamente já se está a reconhecer a violência vicariante como uma forma de violência. A propósito, menciona-se a Lei 112/2009 de 16 de Setembro, que garante que seja atribuído o estatuto de vítima às crianças que presenciam violência doméstica.

²⁴⁰ TOMÁS, Catarina; *et al.* «A (in)visibilidade das crianças na violência doméstica em Portugal». In: *SER Social*. v. 20. n. 43. Brasília: Universidade de Brasília, 2018. p. 389.

²⁴¹ TOMÁS, Catarina; *et al.* «A (in)visibilidade das crianças na violência doméstica em Portugal». In: *SER Social*. v. 20. n. 43. Brasília: Universidade de Brasília, 2018. p. 390.

Tem-se que a exposição da criança à violência doméstica e violência interparental constitui uma das mais flagrantes formas de vitimação infantil, em especial pelo elevado número de casos cujos registros indicam a presença de crianças na ocasião dos eventos violentos.

Segundo SANI²⁴², as crianças expostas à violência doméstica ocupam um espaço de vítimas “escondidas”, “esquecidas”, “desconhecidas” ou “silenciosas”, porque se verifica uma tendência a tratar o problema com foco nos adultos, na violência do casal, sem considerar-se devidamente as implicações que a vivência em um ambiente familiar violento tem no ajustamento e no desenvolvimento da criança.

Este cenário de naturalização da condição da criança apenas e tão somente como um expectador dos eventos violentos, pouco considerada uma pessoa, um sujeito que possa estar sendo vitimado e cuja situação de vitimação possa estar a produzir reflexos mais profundos e prolongados, é sintomático da ainda persistente ideia da criança como ser “menor”, revelando o papel subalterno e invisibilizado que ainda ocupa nas estruturas sociais e políticas. Esta postura ignora os efeitos individuais e coletivos da vitimação, dado que o impacto das vivências infantis no seio familiar estende-se ao longo de toda a existência de um indivíduo, e favorece a reprodução dos aprendizados violentos quando estes indivíduos se tornarem adultos.

No que tange ao enfrentamento da violência doméstica, ainda se faz necessário o esforço de posicionar a criança como sujeito de direitos e enfrentar a questão da vitimação indireta, uma vez que os impactos dessa forma de vitimação são concretos e se reproduzem, conforme se extrai dos resultados das investigações promovidas pelas áreas da psicologia e sociologia, aos quais pretende-se remeter brevemente.

SANI leciona que a criança não precisa ser uma vítima direta da violência para ser afetada:

“O testemunhar, simplesmente, uma situação de violência é o suficiente para desencadear, em algumas crianças sintomatologia desadaptativa. Vários estudos demonstram que crianças em idade escolar que testemunharam acontecimentos violentos manifestaram posteriormente uma elevada frequência de problemas de externalização (agressividade, delinquência) e internalização (isolamento e ansiedade) em comparação com crianças que não testemunharam violência.”²⁴³

²⁴² SANI, Ana Isabel; CARDOSO, Diana. «A exposição da criança à violência interparental: uma violência que não é crime». In: *Julgar Online*. n. 4. Lisboa: 2013. Disponível em: <<http://julgar.pt/a-exposicao-da-crianca-a-violencia-interparental>>. Acesso em: 18 de março de 2020. p. 2-3.

²⁴³ SANI, Ana Isabel. *As Crianças e a Violência: narrativas de crianças vítimas e testemunhas de crimes*. Coleção Psicologias. n. 4. Coimbra: Quarteto, 2002. p. 38-39.

A autora prossegue informando que a exposição da criança a alguns tipos de violência provoca efeitos mais devastadores do que a outros. Segundo estudos, a exposição à violência familiar é substancialmente mais gravosa para a criança do que a violência à qual é exposta em um ambiente comunitário. Observou-se que crianças que testemunharam situações de violência de um progenitor sobre o outro tendem a exibir problemas comportamentais muito semelhantes a crianças que foram vítimas de violência direta provocada pelos pais, originando profundos efeitos, tendo em vista a proximidade da experiência e a importância do contexto para o seu desenvolvimento.²⁴⁴

Em situações de violência comunitária, a criança vítima direta ou indireta utiliza-se do lar, da família e do suporte de adultos de confiança como fatores de proteção. O ambiente familiar e os adultos significativos auxiliam na elaboração da experiência, e o sucesso adaptativo da criança vitimada depende em grande parte da segurança e estabilidade proporcionada pelo seu meio familiar e de amigos.

Já no caso da violência intrafamiliar, esses elementos e contexto que servem como fatores de proteção para a elaboração do trauma desaparecem. O caráter protetor se converte em caráter violento. O lar, que deveria configurar um meio associado à segurança e proteção da criança, torna-se um ambiente perigoso e imprevisível, o próprio *locus* da violência. Os adultos, pai e mãe, que deveriam ser as pessoas às quais a criança tende a identificar e a querer como figuras de suporte, são igualmente vítima direta e agressor.²⁴⁵

Neste cenário, a forma como a criança pode ser afetada é variável e depende tanto de fatores individuais como de fatores contextuais. Relativamente aos fatores de natureza individual pode-se citar características inatas de cada criança como o temperamento, a idade, o grau de desenvolvimento, o gênero e a situação socioeconômica como elementos relevantes para a percepção e interpretação da violência. As variáveis contextuais correspondem às formas de manifestação da violência, à sua severidade, frequência e duração, e ao tipo de conflito, suas causas e resolução, e igualmente interferem nos efeitos vivenciados pelas vítimas.²⁴⁶

Embora estes elementos determinem uma enorme variabilidade com que crianças e adolescentes manifestam a experiência de vitimação vicariante, tem-se constatado traços comuns, frequentemente associados a problemas de ordem emocional, comportamental, social, cognitiva e a problemas físicos.

²⁴⁴ *Idem*, p. 39.

²⁴⁵ *Idem*, p. 42.

²⁴⁶ FONSECA, Jacinta Rodrigues; et al. «Exposição à violência em relações de intimidade – a propósito de um caso clínico». In: *Nascer e Crescer – Birth and Growth Medical Journal*. Vol. XXVI. n. 3. Porto: 2017. p.183. Disponível em: <https://revistas.rcaap.pt/nascercrescer/article/view/9698/9937>. Acesso em: 30 de novembro de 2021.

O envolvimento em situações de violência familiar faz emergir nas crianças sintomas de evitamento, ansiedade, insegurança, agressividade, quadros depressivos e problemas somáticos. Iguamente, há estudos que demonstram que as crianças que testemunharam violência conjugal podem apresentar problemas relacionados à competência social, apresentando dificuldades em interpretar situações sociais e relações interpessoais, dificuldades em resolver conflitos, apresentam quadros de agressividade e temperamento difícil, capacidade de empatia debilitada, baixos níveis de aproveitamento escolar e acadêmico, comportamentos autodestrutivos, dentre outros.²⁴⁷

Por outro lado, a criança que cresce em um ambiente de violência doméstica acaba por aprender e interiorizar um conjunto de mensagens negativas e disfuncionais acerca da violência como forma de resolução de conflitos, entendendo que, muitas vezes, a violência é até mesmo necessária para satisfazer algumas necessidades.²⁴⁸

Dentro deste quadro, é possível constatar o impacto devastador da violência vicariante na subjetividade da criança. A integridade psíquica e mental da criança é profundamente afetada pelo testemunho de violência em seu lar e perpetrado por seus progenitores, de modo a comprometer seu desenvolvimento como indivíduo e suas relações futuras. Depreende-se, portanto, que o testemunho da violência interparental associa-se a comportamentos agressivos e à aprendizagem de modelos violentos de interação social, configurando um fator de risco de reprodução e perpetuação dos comportamentos violentos.

A chamada *transgeracionalidade* diz respeito a esta “transmissão de padrões de relacionamentos familiares que se repetem de uma geração para outra. Estes modelos são definidos a partir dos legados, valores, crenças, segredos, ritos e mitos que se perpetuam e conferem um sentimento de pertença e identidade.”²⁴⁹ Na violência familiar, a repetição dos padrões de interação violenta na qual os filhos vivem e aprendem que a violência faz parte de um convívio e rotina aceitáveis.²⁵⁰

Tendo em vista este quadro, não resta dúvida de que a exposição a um ambiente doméstico violento e a atos violentos por seus adultos de confiança por si só implicam em violações à bens jurídicos protegidos não apenas de caráter individual, mas com efeitos coletivos. Não bastasse,

²⁴⁷ SANI, Ana Isabel. *As Crianças e a Violência... op cit.* p. 43. FONSECA, Jacinta Rodrigues; *et al. op cit.* p. 183. UNICEF, *Behind Closed Doors. The Impact of Domestic Violence on Children*, Nova York, UNICEF, 2006, p. 3.

²⁴⁸ SANI, Ana Isabel. *As Crianças e a Violência... op cit.* p. 43. FONSECA, Jacinta Rodrigues; *et al. op cit.* p. 183.. UNICEF. *Behind closed doors... op cit.*, p. 3.

²⁴⁹ AAVV. *Violência Interpessoal – Abordagem, Diagnóstico e Intervenção dos Serviços de Saúde*. PRAZERES, Vasco (coord.). Lisboa, Direcção Geral de Saúde, 2016.p. 43.

²⁵⁰ *Ibidem*.

estudos indicam que a criança exposta à violência interparental tem ainda mais chances de se tornar uma vítima direta da violência doméstica.²⁵¹

Neste particular, um estudo elaborado pela Direção-Geral de Saúde, de 2016, sobre Violência Interpessoal²⁵², concluiu que “as crianças que vivem em contextos de violência doméstica confrontam-se com vários riscos, nomeadamente, os de exposição a acontecimentos traumáticos, negligência, serem direta e fisicamente mal tratadas e ou de perderem um ou ambos os pais/cuidadores”.

Nas famílias onde ocorrem comportamentos interpessoais violentos, é possível verificar problemas no funcionamento familiar que ultrapassam os episódios de violência. Apresenta-se uma tendência a que os adultos se tornem inconsistentes e adotem comportamentos inefetivos, diminuindo a responsividade às necessidades das crianças, incorrendo em negligência.²⁵³

É também comum que crianças e adolescente tenham a reação de intervir no sentido de acabar com o conflito, acarretando risco de que a violência se estenda a elas. Embora não haja números precisos e as estatísticas sejam relativamente antigas, estima-se que cerca de 40% das crianças vítimas de maus tratos físicos pelos pais sejam também testemunhas de violência conjugal. Há estudos que associam a exposição à violência doméstica à vitimação direta de abuso sexual infantil.²⁵⁴

Os casos mais frequentes de vitimação direta à pessoa da criança são aqueles em que o agressor agride tanto a mulher quanto as crianças. Não obstante, também se verificam casos em que a agressão se exerce do homem contra a mulher, e desta ou de ambos contra as crianças.²⁵⁵

Além disto, é comum a vitimação direta da criança sob a justificativa de estarem os pais exercendo o poder de correção. O artigo 1878º, n.2 do Código Civil estabelece que “os filhos devem obediência aos pais; estes, porém, de acordo com a maturidade dos filhos, devem ter em conta a sua opinião nos assuntos familiares importantes e reconhecer-lhes autonomia na organização da própria vida.”

Já mencionado anteriormente, mas cuja lembrança merece destaque, DIAS leciona que:

“Nem o dever de obediência dos filhos, previstos no art. 1.878º, nº2 implica que o seu incumprimento acarrete violência por parte dos pais (nenhum direito ou dever pode ser exercido “à força”). De facto, os deveres de obediência e respeito dos filhos são mais de

²⁵¹ HERNÁNDEZ, Rosa Patró; LIMINIANA GRAS, Rosa Maria. «Victimas de violencia familiar: Consecuencias psicológicas en hijos de mujeres maltratadas». In: *Anales de Psicología*, vol. 21, n.1. Murcia: Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, 2005. p. 12.

²⁵² AAVV. *Violência Interpessoal – Abordagem, Diagnóstico e Intervenção dos Serviços de Saúde*. *op cit.*, p. 64.

²⁵³ SANI, Ana Isabel. *As Crianças e a Violência...* *op cit.* p. 42.

²⁵⁴ *Idem*, p. 41.

²⁵⁵ HERNÁNDEZ, Rosa Patró; LIMINIANA GRAS, Rosa Maria. *op cit.* p. 12.

natureza moral que jurídica, pois nem o seu cumprimento pode obter-se coercivamente, nem o seu incumprimento acarreta qualquer sanção".²⁵⁶

A autora prossegue, informando que o direito dos pais educarem os filhos não abrange o direito de os agredir ou ofender sua integridade física ou psíquica, de modo que comportamentos que constituem tipos penais, se perpetrados contra adultos, igualmente devem ser considerados ilícitos se praticados contra filhos menores, ainda que praticados pelos pais.²⁵⁷

Por apresentar consequências tão graves, faz-se necessário reduzir ainda mais a invisibilidade que as crianças apresentam nos debates sobre violência doméstica e intrafamiliar, em atendimento ao seu superior interesse. Felizmente, verifica-se uma crescente conscientização neste sentido, sendo notável o aumento na preocupação das entidades que lidam com este problema social.²⁵⁸

Em Portugal, merece destaque a previsão da Lei 112/2009 de 16 de setembro²⁵⁹, que estabelece no art. 2º que considera-se vítima a pessoa singular que sofreu um dano, nomeadamente um atentado à sua integridade física ou psíquica, um dano emocional ou moral, ou uma perda material, diretamente causada por ação ou omissão, no âmbito do crime de violência doméstica previsto no artigo 152.º do Código Penal, *incluindo as crianças ou os jovens* até aos 18 anos que sofreram maus tratos relacionados com exposição a contextos de violência doméstica, a quem será também atribuído o estatuto de vítima. O art. 14, n.6, por sua vez, estabelece que sempre que existam filhos menores, a atribuição de estatuto de vítima à criança e à pessoa adulta é comunicada imediatamente pelas autoridades judiciais ou pelos órgãos de polícia criminal à comissão de proteção de crianças e jovens e ao tribunal de família e menores territorialmente competentes.

Não se pode negar que as consequências da vitimação, seja vicariante, seja direta, colocam em risco a integridade psíquica e física das crianças o que, em última análise, compõem bens jurídicos tutelados. Não obstante o tratamento jurídico desta questão possa advir de diferentes frentes, através da esfera penal ou dos sistemas de proteção, para os objetivos da presente investigação, lança-se luzes sobre a perspectiva do abuso do direito e possibilidades de intervenção na esfera cível com uso deste recurso.

²⁵⁶ DIAS, Cristina. *A criança como sujeito de direitos... op.cit.* p. 99.

²⁵⁷ *Idem, ibidem.*

²⁵⁸ MASSENA, Ana. «Articulação entre as várias intervenções: o processo penal, o processo tutelar educativo, o processo de promoção e proteção e as providências tutelares cíveis». In: *Violência Doméstica – Implicações sociológicas, psicológicas e jurídicas do fenómeno. Manual pluridisciplinar.* Lisboa: CEJ – Centro de Estudos Judiciais, 2016. p. 325.

²⁵⁹ Lei que estabelece o regime jurídico aplicável à prevenção da violência doméstica e assistência às vítimas.

Já se viu que o exercício de um direito deve ser contido dentro de uma limitação ética, para que não venha a causar mal a outrem. O artigo 334º do Código Civil estabelece a boa fé, os bons costumes e o fim social ou econômico do direito como os critérios aos quais o exercício de um direito deve estar submetido. Além disto, as demais normas definidoras de direitos fundamentais compõem o sistema no qual estão alicerçados os direitos, de modo que o exercício de um direito em violação aos princípios éticos e às bases estabelecidas pelos direitos fundamentais igualmente representa abuso.

À toda evidência, não existe nenhum direito subjetivo à promoção de atos violentos em ambiente familiar. Violência intrafamiliar entre progenitores, ou destes contra as crianças, representam violações diretas à lei configurando ilícitos penais.

O espaço para o qual pretende-se deslocar a questão do abuso do direito, neste escopo, diz respeito ao direito de os progenitores terem as crianças consigo para exercerem a guarda quando fornecem um ambiente marcado pela violência, seja violência interparental ou aquela justificada no poder de correção.

Convém relembrar que a CRP determina o direito dos progenitores a não serem privados de seus filhos.²⁶⁰ O Código Civil igualmente determina que os filhos não podem ser separados dos pais, salvo quando estes não cumpram devidamente os seus deveres fundamentais para com os filhos.²⁶¹ O direito dos pais à educação e companhia dos filhos tem sido considerada pela doutrina como autênticos direitos de personalidade dos pais, dirigidos à realização de sua personalidade sem que, no entanto, venham a assumir caráter autoritário e individualista.²⁶²

Considerando-se que a o exercício das responsabilidades parentais é, em regra, conferido a ambos os progenitores para que seja exercido conjuntamente, nomeadamente em relação às questões de particular importância, mostra-se possível cogitar a possibilidade de que o tribunal seja instado a aplicar o exercício unilateral da guarda em casos de violência intrafamiliar, em uma leitura conjunta dos artigos 1.906º, nº 2 e 334º do Código Civil.

²⁶⁰ Conforme artigo 36º, n. 6, os filhos não podem ser separados dos pais, salvo quando estes não cumpram os seus deveres fundamentais para com eles e sempre mediante decisão judicial. O direito de filhos e pais não serem separados uns dos outros somente pode ser restringido pela lei, sob reserva de uma decisão judicial. Vide: CANOTILHO, Joaquim José Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada. op.cit.* p. 566.

²⁶¹ Dentre os deveres que não poderão ser violados, estão aqueles cuja negligência implique em graves prejuízos, seja por inexperiência, enfermidade, ausência ou outras razões. Também podem ser afastados do convívio os progenitores que demonstrem não possuir condições de cumprir com tais deveres, ou se a segurança, a saúde, a formação moral ou a educação da criança estiverem em perigo, mas não for o caso de inibição das responsabilidades parentais. Vide PEREIRA COELHO, Francisco; OLIVEIRA, Guilherme de. *Curso de Direito da Família. Vol. I. op. cit.* p. 150, a respeito do disposto nos artigos 1915º, nº1 e 1918º do Código Civil.

²⁶² DIAS, Cristina. «A criança como sujeito de direitos e o poder de correcção.» op. cit. p. 89.

Como visto, a experiência de se viver em ambiente violento, a ser vítima direta ou indireta da violência, bem como aprender e reproduzir condutas violentas não caminha no sentido do superior interesse da criança. Corresponde, em verdade, à vulnerabilização da criança e à deterioração das suas condições de saúde mental e física.

Ainda que não se possa fazer uma associação direta entre a autoria de atos de violência interparental e a inaptidão ou incompetência para o exercício das responsabilidades parentais, parece importante reconhecer que relações interpessoais adultas marcadas pela violência tendem a manter a dinâmica violenta mesmo após a separação.

Diuturnamente depara-se com casos em que os filhos são utilizados como verdadeiras armas de arremesso, coagidos ou expostos às mais diversas e constrangedoras situações por um dos progenitores, com o intuito de atingir psicologicamente e emocionalmente o outro. É lamentavelmente comum verificar a perpetuação das situações de violência em casais que já se separaram, não mais através de violência física, mas através de violência psicológica e com a indevida e ilegal instrumentalização das crianças.

Pode-se observar que o estabelecimento de um ambiente deletério e de violência pode configurar o excesso, a violação dos limites dos direitos correspondentes às responsabilidades parentais. O direito de ter a criança sob sua guarda ou de decidir sobre questões de particular importância não autoriza os pais a terem seus filhos a qualquer custo. Não os autoriza a criarem um ambiente desprovido de segurança e estabilidade, e reprodutor de crimes ou condutas destrutivas. A criança deve acompanhar os pais desde que os pais tenham condições de manter a criança minimamente protegida.

Não se está a questionar situações materiais de carência de recursos ou pobreza, mas propriamente a violência, que ultrapassa recortes de classe, e por vezes, é perpetrada de forma sutil.

Neste sentido, parece fundamental considerar-se até mesmo a violência pretérita supostamente já cessada, quando da persecução do melhor interesse da criança, já que se entende que age com abuso do direito de guarda aquele que expõe seus filhos a um ambiente violento, à situações violentas ou que inflige violência contra a criança, assim como aquele que instrumentaliza os filhos para atingir outro progenitor com quem não mais conviva.

Comportamentos violentos, à toda clareza, violam os limites éticos da boa fé, dos fins sociais das responsabilidades parentais, de modo que se pode vislumbrar o requerimento judicial de exercício exclusivo das responsabilidades parentais, em especial, o exercício da guarda, por parte do progenitor vitimado.

Sem ignorar que o conhecimento dos direitos por parte das crianças seja limitado ao seu específico estágio de desenvolvimento, e que as condições de exercício por iniciativa própria sejam igualmente restritas, é possível vislumbrar outros recursos a defende-las de situações de exposição à violência através das medidas de proteção ou do Ministério Público. Repisando as lições de MOREIRA:

“[...] em Portugal, para além de ser possível recorrer-se ao MP, que tem como competência a defesa dos incapazes (art. 3.º, n.º 1, al. a), do Estatuto do Ministério Público) e que poderia intentar uma acção em seu nome pedindo as já referidas providências adequadas (e uma eventual indemnização nos termos do art. 483.º, n.º 1), ainda seria possível lançar-se mão das medidas de protecção previstas na Lei de Protecção de Crianças e Jovens em Perigo.²⁶³

Vale lembrar que o art. 3º da Lei de Protecção de Crianças e Jovens em Perigo estabelece que a intervenção para promoção dos direitos e protecção da criança e do jovem em perigo tem lugar quando os pais ou quem tenha a guarda de fato ponham em perigo a sua segurança, saúde, formação, educação ou desenvolvimento, elencando como uma das hipóteses, os maus tratos físicos e psíquicos, bem como a criança sujeita, de forma direta ou indireta, a comportamentos que afetem gravemente a sua segurança ou o seu equilíbrio emocional.

É fato que o legislador, preocupado com a trágica realidade dos casos de violência em contexto familiar, introduziu, através da Lei n.º 24/2017, de 24 de maio, um regime jurídico para a regulação ou alteração urgente do exercício das responsabilidades parentais, alterando os artigos 24.º-A e 44.º-A do Regime Geral do Processo Tutelar Cível e o artigo 1906.º-A do Código Civil, de forma que quando a algum dos progenitores for atribuído o estatuto de vítima, justifica-se a exclusão do exercício conjunto das responsabilidades parentais.

Assim, nos termos do art. 1906º - A do Código Civil, quando for decretada medida de coação ou aplicada pena acessória de proibição de contacto entre progenitores, ou estiverem em grave risco os direitos e a segurança de vítimas de violência doméstica ou de outras formas de violência em contexto familiar, como maus tratos ou abuso sexual de criança, o exercício conjunto das responsabilidades parentais pode ser julgado contrário aos interesses da criança.

Contudo, entende-se que ainda que não seja atribuída à criança ou a um dos progenitores o estatuto de vítima, seria possível utilizar do instituto do abuso do direito para fundamentar um pedido de concessão unilateral das responsabilidades parentais em casos de vitimação direta ou indireta das crianças, bem como um eventual pedido de indenização em seu benefício.

²⁶³ MOREIRA, Sónia. «A responsabilidade dos pais pela violação do direito à imagem dos filhos.» *op. cit.* p.13.

4.3. Alienação parental

A concepção tradicional de família patriarcal sofreu profundas transformações nos últimos séculos. Para se analisar o fenômeno da alienação parental, é necessário compreender estas mudanças sociais das famílias, especialmente as ocorridas no último século, e os reflexos destas mudanças na construção das identidades dos sujeitos.

SIMÕES²⁶⁴ leciona que é possível identificar 3 grandes perspectivas teóricas sobre a família desde o pós-II Guerra Mundial. A primeira delas, citada pelo autor, corresponde à família conjugal fundada em uma estrutura funcionalista, focada nas funções da família e apontando para um único modelo.

“Este modelo é assente nos estatutos da “autoridade do chefe de família”, na função de socialização das crianças e estabilização da personalidade do adulto, diferenciação de papéis sociais segundo o sexo (complementaridade dos papéis masculinos e femininos) e no uso de funções expressivas e instrumentais”²⁶⁵

A família, constituída pelo matrimônio indissolúvel, pressupunha uma definição dos papéis de gênero bastante rígida. De um lado, os homens e seus deveres de provedores, poderes de condução da entidade familiar e integração moral das crianças na sociedade. De outro, as mulheres destinadas aos cuidados domésticos e dos filhos, com funções relacionadas ao cuidado, ao trabalho emocional e à gestão da vida doméstica.

A despeito dos problemas internos que as famílias pudessem enfrentar, o casamento mantinha-se indissolúvel e, mesmo após o advento do divórcio e as profundas mudanças sociais, ainda se verifica uma certa força das representações estereotipadas destes papéis nos ambientes da Justiça, e em outros em que se tratem de famílias em conflito.

Outra perspectiva acerca das famílias surgiu nos anos 1960, com o conceito de “família conjugal companheirista” de Burgess e Locke, ou a primeira família moderna de Singly. Partindo de uma visão interacionista, esta perspectiva abraça outros modelos de família, considerando a família uma unidade ou conjunto de personalidades, fundadas no casamento livre, na valorização dos afetos e existindo para o desenvolvimento e gratificação mútua de seus membros.²⁶⁶

Assim, como resultado de um processo histórico de mudanças sociais, passou a haver uma atenuação das hierarquias e dos papéis de gênero antes rígidos no contexto familiar, passando a

²⁶⁴ SIMÕES, Ricardo. «A alienação parental no quadro das mudanças na família». In: *O fenómeno da “Alienação Parental” – Mito(s) e Realidade(s)*. Lisboa: CEJ - Centro de Estudos Judiciários, 2018. p. 43-44. (39-59).

²⁶⁵ SIMÕES, Ricardo. «A alienação parental no quadro das mudanças na família». *op. cit.* p. 43.

²⁶⁶ SIMÕES, Ricardo. «A alienação parental no quadro das mudanças na família». *op. cit.* p. 44.

existir negociação nas decisões e tarefas, com a incorporação na vida privada das ideias de igualdade e democracia.²⁶⁷ O livre trânsito social e econômico das mulheres repercutiu nas estruturas familiares, e também nas responsabilidades de cuidados e sustento dos filhos.

Já nos anos 1970 e 1980, SIMÕES²⁶⁸ leciona que surgiram os conceitos de família relacional ou “segunda família moderna”, que se caracteriza pelo aprofundamento daquelas mudanças observadas nas famílias dos anos 1960: cada vez mais distantes dos papéis sociais pré-definidos, a família se estrutura de forma sentimentalizada, democrática e igualitária, com ambos os cônjuges a desempenhar papéis de trabalho externo e de cuidados com a prole.

Neste cenário, uma das mais difíceis questões que emergiram de famílias formatadas por uma ruptura conjugal a demandar solução é a quem compete a guarda e o sustento das crianças.

O aumento dos conflitos parentais nestes últimos 20 anos tende a confirmar a investigação de autores como Beck e Beck-Gernsheim (1995) e Castelain-Meunier (2002) onde apontam para a criança como centro de jogos de poder *genderizados*. Trata-se de uma “competição afetiva, simbólica, prática e identitária no casal em relação aos filhos” (Marinho, 2011, p.50). Esta abordagem é útil para compreender as dinâmicas de liderança e de resistência feminina e masculina (Marinho, 2011). Estes processos históricos refletem uma reconfiguração ou enfraquecimento da dominação masculina. No entanto, os papéis tradicionais de gênero deram à mulher a predominância dos afetos e cuidados parentais, constituindo a base da identidade materna, afastando o pai das mesmas e remetendo-o para o espaço público (Marinho, 2014).²⁶⁹

Neste sentido, em um primeiro momento, as soluções jurídicas oferecidas para uma situação de divórcio correspondiam a um reflexo daquilo que a sociedade experimentava em termos de papéis e valores: às mulheres ainda competia precipuamente o papel de cuidadoras e guardiãs dos filhos, até mesmo como um componente da formação da identidade feminina, como mencionado. Aos homens competia o sustento e a provisão.

Não foram poucos os conflitos que este arranjo provocou. De um lado, mulheres e crianças gravemente empobrecidas, mulheres forçadas a estar no mercado de trabalho mesmo sem capacitação ou formação, sendo exploradas e mal remuneradas, e ainda sobrecarregadas com os trabalhos domésticos. De outro lado os homens buscando articular a manutenção de uma família inteira ou mais de uma, e afastados do convívio e responsabilidades para com os filhos.

Precisamente neste ambiente de conflito, em que os papéis sociais definem muito a identidade dos sujeitos, é que se verifica a dificuldade em conciliar os interesses e separar a esfera conjugal e parental.

²⁶⁷ SIMÕES, Ricardo. «A alienação parental no quadro das mudanças na família». *op. cit.* p. 44.

²⁶⁸ SIMÕES, Ricardo. «A alienação parental no quadro das mudanças na família». *op. cit.* p. 44.

²⁶⁹ SIMÕES, Ricardo. «A alienação parental no quadro das mudanças na família». *op. cit.* p. 47.

“Dadas as transformações sociais nas famílias, como já vimos anteriormente, observamos à chamada “parentalização das identidades” (Singly, 1996) e a uma negociação nas relações de poder no casal que influenciam igualmente os processos identitários. O divórcio pode assim levar ao esvaziamento identitário (onde as relações de poder desiguais desempenham um papel relevante) e como tal é social (“como os outros nos veem”) e pode levar ao aparecimento de patologias (e.g. ansiedade patológica, depressão, etc.).”²⁷⁰

O avanço da legislação passou a priorizar o exercício conjunto das responsabilidades parentais e o máximo de equilíbrio possível na relação parental o que, sem dúvidas, favoreceu a garantia dos direitos das crianças. Mas um outro fruto nasceu com os divórcios: a alienação parental. Muitos adultos, incapazes de lidar com as dores decorrentes do colapso matrimonial, passaram a projetar nos filhos aqueles ressentimentos que carregam, e a instrumentalizar a criança para que, de alguma forma, tivessem nos filhos, aliados.

Neste contexto, é igualmente relevante considerar a modificação do papel dos filhos no seio familiar. Nas relações de poder é possível vislumbrar comportamentos rígidos, em alguns casos contendo elementos patológicos, em que os filhos passam a ser o pilar identitário não apenas da conjugalidade, mas da individualidade dos sujeitos. Assim, o desequilíbrio no envolvimento parental “pode ser visto como um esvaziamento da identidade e uma incapacidade de reposicionamento nas relações com o outro. E é exatamente neste ponto que podemos encontrar o germe para os comportamentos ditos “alienantes”.”²⁷¹

A polarização das figuras parentais (que em grande medida se busca mitigar com o exercício conjunto das responsabilidades parentais) em recorrentes casos coloca as crianças no meio de um verdadeiro fogo-cruzado.

O fenômeno que se passou a observar com surpreendente frequência nas famílias em litígio diz respeito ao rechaço, pelos filhos, a um de seus progenitores. A própria complexidade das demandas emocionais e psicológicas que advém dos divórcios pode justificar a vinculação mais estreita de crianças com seu progenitor guardião em detrimento daquele com quem convivem menos. Mas alguns casos efetivamente ultrapassam aquilo que se esperaria como consequência natural de uma crise familiar tal qual o divórcio.

Há estudos da área da psicologia que indicam que em situações bastante limítrofes, as reações infantis negativas ao progenitor “alienado” é superlativa e desproporcional ao que se espera vislumbrar em situações de ruptura familiar. São crianças que, mesmo em ambientes supervisionados, ante a simples presença física do progenitor rechaçado, apresentam reações de ansiedade, crises de

²⁷⁰ SIMÕES, Ricardo. «A alienação parental no quadro das mudanças na família». *op. cit.* p. 47-48.

²⁷¹ SIMÕES, Ricardo. «A alienação parental no quadro das mudanças na família». *op. cit.* p. 49.

angústia e medo da separação, reações estas das mais variadas e que coincidem com as descritas na literatura nos casos de crianças vítimas de violência e maus tratos. Apresentam também condutas agressivas, de evitação, utilizam linguagem e expressões de adultos (como conhecimento de termos judiciais que não correspondem ao conhecimento de uma criança), dependência emocional, dificuldades em expressar emoções, dentre outros comportamentos.²⁷²

A recorrência do fenômeno conduziu inúmeros investigadores a aventurarem-se nas mais diversas teorizações na tentativa de estruturar o fenômeno cientificamente. O mais famoso, que acabou por cunhar a expressão *alienação parental* foi o psiquiatra norte-americano Richard Gardner. No entanto, a situação foi tratada por outros investigadores, utilizando-se de outros vocábulos.²⁷³

Esta situación fue tratada con otros vocablos y matices por muchos otros autores antes y después de Gardner. A ello se refería la descripción del «progenitor programador» de Duncan (1978), o a lo que Wallerstein y Kelly (1980) llamaron «Síndrome de Medea», terminología que también adoptó Jacobs (1988). También se han propuesto otros términos que aluden parcialmente al mismo concepto, como: el «síndrome SAID» (Sexual Allegations In Divorce) de Blush y Ross (1987); el término «parentectomy» de Williams (1990); el «síndrome de la madre maliciosa» de Turkat (1995); la «alienación parental» de Darnall (1999); o la reformulación del «niño alienado» de Kelly y Johnston (2001). En España, Granados (1987) definió algunas características de estas situaciones de alta conflictividad destacando los aspectos irracionales de tales conflictos familiares. Posteriormente, Ramírez, de Luis e Ibáñez (1994) se refirieron a estas situaciones comparándolas con el «síndrome de Estocolmo».²⁷⁴

Segundo Gardner, a Síndrome de Alienação Parental é um distúrbio que emerge quase exclusivamente no contexto de disputas de guarda. Neste distúrbio, um progenitor (o alienador, o progenitor alienante, o progenitor indutor da SAP) perpetra um programa de difamação contra o outro progenitor (o progenitor alienado, a vítima, o progenitor difamado). Contudo, não se trata de uma simples questão de “lavagem cerebral” ou “programação”, já que a criança contribui com seus próprios elementos na campanha difamatória.²⁷⁵

Gardner estudou o fenômeno da alienação parental a partir da perspectiva da criança e com o viés da ciência médica, levantando a hipótese de a criança apresentar uma verdadeira psicopatologia. Sugeriu que a criança sujeita a determinadas condutas promovidas pelos progenitores

²⁷² SEGURA, C.; GIL, M.J.; SEPÚLVEDA, MA. «El síndrome de alienación parental: una forma de maltrato infantil.» In: *Cuadernos de Medicina Forense*. n.43-44. Málaga: ene./abr. 2006. p.124. Disponível em: https://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_issuetoc&pid=1135-760620060001. Acesso em: 17 de novembro de 2021.

²⁷³ VILALTA, Ramón; WINBERG NODAL, Maxime. «Sobre el mito del síndrome de alienación parental (SAP) e el DSM-5». In: *Papeles del psicólogo*.vol.38. n. 3. Madrid: Consejo General de Colegios Oficiales de Psicólogos, 2017. Disponível em: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=77853188015> Acesso em: 17 de novembro de 2021.p. 225.

²⁷⁴ VILALTA, Ramón; WINBERG NODAL, Maxime. «Sobre el mito del síndrome de alienación parental (SAP) e el DSM-5». *op. cit.* p. 225.

²⁷⁵ GARDNER, Richard A. «Differentiating between parental alienation syndrome and bona fide abuse-neglect» In: *The American Journal of Family Therapy*. Vol. 27.n. 2. (p.97-107). Tradução livre.

responderia com um quadro psiquiátrico típico daquilo que batizou de *Síndrome da Alienação Parental (SAP)*.

A Síndrome da Alienação Parental cunhada por Gardner sofre inúmeras críticas. Dentre os principais fundamentos, destacam-se os que atacam a pessoa de Richard Gardner e os que criticam o recorte científico realizado por ele na construção da teorização da SAP, dentre outras.^{276 277}

O uso de ataques pessoais à personalidade de Richard Gardner é bastante comum. A ele imputaram a pecha de pedófilo, e que havia levantado a tese de SAP para defender progenitores abusadores. Ainda que se considere que a falácia *ad hominem* corresponde a um erro argumentativo, tais argumentos são bastante sedutores para conduzir o leitor à conclusão de que as pesquisas de Gardner serviram para reforçar um interesse pessoal de cunho ideológico, e que isto, conseqüentemente, se estenderia a todo o fenômeno da alienação parental.

Contudo, não é a personalidade de Gardner que resulta na crítica de maior relevância. Parece-nos importante mencionar que a SAP como foi teorizada por Gardner, efetivamente não cumpriu com os requisitos de cientificidade da ciência médica, a ponto de se considerar que, de fato, existe uma psicopatologia denominada Síndrome de Alienação Parental. Não houve consenso médico quanto às conclusões de Gardner, de modo até o momento, não existe efetivamente um diagnóstico médico de uma *síndrome* decorrente da alienação parental.

Não obstante, parece ser unânime (pelo menos dentro do ambiente científico-acadêmico) de que sim, existem fenômenos observáveis na realidade das famílias em litígio, em que crianças são manipuladas por um ou ambos progenitores. A persistência do fenômeno nas práticas sociais e as deletérias conseqüências afetivas e psicológicas para as crianças confirmam haver algo de ruim em algumas dinâmicas familiares e que isto precisa ser devidamente endereçado.

De fato, para além do perfil controverso de Gardner, o fenômeno da alienação parental tem sido objeto dos mais variados estudos e investigações nos últimos 30 anos, tanto pelas áreas das ciências médicas, como a psicologia e ciências sociais. E no Direito, por ter seu papel nesta complexidade decorrente dos conflitos familiares, também há reforçado interesse.

²⁷⁶ VILALTA, Ramón; WINBERG NODAL, Maxime. «Sobre el mito del síndrome de alienación parental (SAP) e el DSM-5 *op. cit.* p. 225.

²⁷⁷ A celeuma teórica e científica sobre a qual sociólogos, psicólogos e psiquiatras se debruçam para categorizar o fenômeno não nos cumpre ocupar, já que desviaria o foco da questão em análise.

Ao se revelarem situações em que se evidencia um rechaço parental, é necessário averiguar com cautela se este rechaço decorre de alguma situação de violência ou maltrato infantil, e qual medida aplicar.

É possível verificar que em certos casos, casais antes vinculados por uma relação de afeto, perpetuam o vínculo não mais a partir de uma relação de amor, mas a partir de uma disputa de poder, na qual um busca dispor das contingências que afetam as condutas dos demais²⁷⁸. Além disso, verifica-se a complexidade das questões de fundo deste comportamento quando tendo em vista o quadro de formação e perda dos referenciais identitários decorrentes da ruptura conjugal, e as demandas psicológicas e emocionais daí decorrentes.

No que diz respeito às crianças envolvidas em dinâmicas alienantes, a literatura indica que estas são vítimas do uso de diferentes estratégias para que tenham seus vínculos de afeto com o outro progenitor obstaculizado, e em grande medida apresentam sintomas equivalentes às crianças vítimas de maus tratos ou violência.

A criança vítima de alienação parental é submetida a um paulatino processo de afastamento, à discursos difamatórios contra o outro progenitor, à distorção de memórias e da realidade. O rechaço de um progenitor é sempre sintoma de que algo está efetivamente errado, e talvez o grande desafio do sistema de justiça seja ultrapassar a aparência da questão e compreender os motivos de fundo que levam uma criança a tal conduta. Isto geralmente ocorre em processos judiciais, onde os litígios se tornam recorrentes, onde as acusações tornam-se cada vez mais graves, e a relação parental se deteriora a ponto da quase inviabilidade.

Do ponto de vista do Direito e do sistema de justiça, não há como aferir se a criança que apresenta um quadro de rechaço por uma das figuras parentais sofre de uma síndrome ou algum distúrbio psiquiátrico ou não. Esta análise caberia a médicos, pedopsiquiatras e psicólogos. Ao sistema de justiça, no entanto, cabe a decisão sobre a definição do exercício das responsabilidades parentais e, conseqüentemente, sobre a dinâmica sobre a qual será estabelecido o convívio parento-filial. E neste cenário em que se revela de difícil conclusão acerca da existência ou não de alienação parental, que o judiciário se beneficia e necessita de apoio multidisciplinar.²⁷⁹

²⁷⁸ VILALTA, Ramón; WINBERG NODAL, Maxime. «Sobre el mito del síndrome de alienación parental (SAP) e el DSM-5». *op. cit.* p. 225.

²⁷⁹ Neste sentido, FILIPA, p. 52-56.

No que tange ao objeto da presente investigação, que é o abuso do direito no exercício das responsabilidades parentais, pode-se vislumbrar uma possibilidade interessante de análise do fenómeno da alienação parental.

O artigo 334^o do Código Civil estabelece a boa fé, os bons costumes e o fim social ou económico do direito como os critérios aos quais o exercício de um direito deve estar submetido. As responsabilidades parentais, por assumirem assumem o carácter de poder-dever de cunho protetivo dos direitos da infância, devem ser exercidas tendo como fim último a persecução do superior interesse da criança.

CANOTILHO e MOREIRA²⁸⁰ lecionam que a proibição constitucional de formas de abandono, discriminação, opressão se refere não apenas à violência psicológica ou violência física, mas também à exploração económica e social, impondo limites à autoridade sobre as crianças no seio familiar e nas demais instituições.

As integridades física e psíquica da criança não podem ser suprimidas, e em conflito com interesses legítimos dos progenitores, possuem primazia decorrente do superior interesse da criança. Deste modo, uma conduta que resulte psicologicamente danosa para a criança, ainda que não claramente tipificada pela lei, pode configurar abuso do direito e repercutir em situações de perigo.

A obstaculização dos convívios, seja pelo incumprimento da regulação das responsabilidades parentais, seja pela manipulação da criança para que rechace o outro progenitor fere direito fundamental da criança ao convívio familiar, à segurança e à integridade física e psíquica.²⁸¹

Como mencionado, os efeitos de comportamentos alienantes afetam as crianças de forma profunda e grave, com consequências danosas que se equiparam àquelas sofridas por crianças vítimas de violência física. Em Portugal, a jurisprudência parece andar neste sentido, reconhecendo a alienação parental como uma forma de maus-tratos.

Em acórdão de 09 de julho de 2014, o Tribunal da Relação do Porto assim decidiu:

"I - A denominada Síndrome de Alienação Parental (SAP) caracteriza-se pela interferência na formação psicológica da criança ou do adolescente, levada a cabo ou induzida por um dos progenitores, outros familiares ou mesmo terceiros que tenham a criança ou adolescente sob a sua autoridade, guarda ou vigilância, no sentido de provocar uma quebra ou dano relevante nos vínculos afectivos próprios da filiação existentes até então entre o filho e o progenitor visado, sem que para tal haja uma justificação moral ou socialmente aceitável.
II - Não se trata de uma doença, mas existe como fenómeno social.

²⁸⁰ CANOTILHO, Joaquim José Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada. op. cit.* p.870-872.

²⁸¹ Além de corresponder ao delito previsto pelo art. 249, n.1 do Código Penal, o progenitor que descumprir acordo ou decisão que fixa o exercício das responsabilidades parentais poderá ser condenado em multa, nos termos do art. 41, n.6, da Lei 141/2015 de 08 de Setembro.

III - Esta interferência na formação psicológica do menor constitui abuso moral e é qualificável como maus-tratos.

IV - Em caso de separação de facto do casal, o interesse dos filhos a que alude o n.º 7 do artigo 1906.º do Código Civil e o n.º 1 do artigo 180.º da Lei Tutelar de Menores, aponta no sentido da decisão judicial sobre a guarda dos filhos coincidir com aquela que promova uma relação que construa, preserve e fortaleça os vínculos afectivos positivos existentes entre ambos os pais e os filhos e afaste uns e outros de um ambiente destrutivo de tais vínculos.

O reconhecimento de que a alienação parental resulta em danos psicológicos mais ou menos graves na criança nos conduz a inferir que estes comportamentos andam em sentido contrário ao superior interesse da criança. Neste sentido já decidiu o Tribunal da Relação de Guimarães, no acórdão proferido em 19 de outubro de 2017:

II. A alienação parental, não tendo sido cientificamente reconhecida como uma síndrome, consubstancia uma prática social, de afastamento emocional do filho face a um dos progenitores, por acção intencional, injustificada e censurável do outro, nomeadamente porque determinada por interesse egoístas e frívolos próprios, e não pelo «superior interesse» do filho.”

A violação ao superior interesse da criança implica, conforme já mencionado, na violação do princípio da materialidade subjacente dos poderes correspondentes às responsabilidades parentais. Além disto, implica em violação aos direitos fundamentais das crianças, cujo atendimento, por força de norma constitucional, compete também aos progenitores.

Neste sentido, é possível vislumbrar que determinadas condutas, ainda que sob a forma de cautela ou proteção da criança, podem ocultar uma violação à boa fé e aos fins sociais das normas que regulam as responsabilidades parentais, resultando em abuso do direito.

Relevante mencionar que, uma das situações de maior embate político-ideológico nos debates sobre alienação parental diz respeito à alegação da alienação parental como matéria de defesa em casos de denúncia de abusos contra a criança, em especial, em face de denúncias de abuso sexual supostamente perpetrado pelo pai.

SOTTOMAYOR²⁸² é uma das autoras mais eloquentes a defender que os pais acusados de abuso de seus filhos não possam utilizar-se da alegação de alienação parental em sua defesa. Defende que

“O conceito de alegação falsa não deve ser usado pelos profissionais que lidam com as vítimas, pois é um conceito que «agarrá» todos os preconceitos e mitos existentes na sociedade sobre o abuso sexual de crianças. Tem o efeito perverso de branquear ou relativizar as suspeitas e de comprometer a objetividade da investigação, desprotegendo todas as crianças e reforçando o mito de que o abuso é o fruto de uma confabulação da criança, tornando-a mais vulnerável e acentuando o seu sofrimento.

²⁸² SOTTOMAYOR, Maria Clara. «A “alienação parental” como estratégia defensiva de agressores sexuais de crianças». In: *O fenómeno da “Alienação Parental” – Mito(s) e Realidade(s)*. Lisboa: CEJ - Centro de Estudos Judiciários, 2018. p. 44.

[...] Um diagnóstico de alienação parental não pode basear-se em alegações de abuso sexual não provadas em processo penal nem no facto de a criança recusar visitas ou de a mãe ter solicitado inibição ou restrição das mesmas. Uma mãe que, na convicção de que o progenitor praticou um abuso sexual da criança, pede suspensão de visitas, está a agir no exercício dos seus deveres parentais de proteção.”

Com respeito à autoridade da autora, entende-se que a mera convicção materna ou paterna de se estar proporcionando o melhor para seu filho não pode ser a baliza a orientar a decisão judicial acerca do que está efetivamente acontecendo com a criança. Estar-se-ia a atribuir um valor superior a uma crença pessoal de uma das partes envolvidas e diretamente interessada na resolução da lide, em detrimento de uma realidade que é minimamente verificável através da dilação probatória e das perícias técnicas, e cuja realização proporciona ao juízo a possibilidade de garantir a segurança e respeito pelos direitos fundamentais da criança. Crenças pessoais, ainda que bem intencionadas, não necessariamente correspondem ao exercício regular de um direito, que é o que se está a tratar.

Em casos de denúncias de abuso sexual a prioridade deve ser a investigação da veracidade da denúncia e a proteção da criança, inclusive com eventual suspensão de convívios de forma cautelar. Contudo, diante de evidências em sentido contrário, principalmente diante de manifestações de desequilíbrios psicológicos por parte da criança, entende-se que sim, que a alienação parental é uma hipótese que deve ser considerada. Não necessariamente para fins de defesa do acusado, mas para proteger a criança, já que a alienação pode resultar em efeitos deletérios semelhantes aos maus-tratos o que, em última análise, é violência contra a criança.

Neste sentido, recordamos das lições de MENEZES CORDEIRO²⁸³ a respeito da figura da *exceptio doli*, de que seria possível admitir o uso atual da *exceptio doli generalis* quando da violação da boa-fé, sempre que se verificar o recurso a interpretações tendenciosas da lei, utilização de particularidades formais de declarações de vontade, ou do aproveitamento de incompleições em regras jurídicas, para se obter vantagens não conferidas pelo direito, quando tais práticas fossem contrárias à boa fé.

O autor menciona que embora seja possível utilizar-se deste recurso, não é necessariamente recomendável, face o desenvolvimento de outros institutos (como o próprio art. 334^o do Código Civil) que atenderiam de melhor forma os objetivos mencionados. Contudo, considerando a *exceptio doli* como uma possível vertente ou modalidade de abuso do direito, parece cabível utilizar-se de seus instrumentos nestes casos, ao menos enquanto base para fundamentação.

²⁸³ MENEZES CORDEIRO, António. *Tratado de Direito Civil Português op. cit.* p.271-274.

Recordando que as consequências a alienação parental podem ser as mais variadas, pode-se verificar que, quando reconhecido o ato abusivo do alienador, pode ser necessário aplicar as mais variadas consequências jurídicas, tais quais as aplicáveis aos casos de limitação, inibição ou incumprimento das responsabilidades parentais, caso se verifique que o convívio da criança com o progenitor alienante coloca a integridade física e psicológica do infante em risco.

“[...] a alienação parental consubstancia uma forma de abuso emocional, um maltrato psicológico e emocional, encerrando um exercício abusivo da responsabilidade parental que, no meu entender, configura uma causa de responsabilidade civil e da, concomitante, obrigação de indemnizar, motivo de inibição do exercício das responsabilidades parentais, podendo, mesmo, ser fonte de responsabilidade criminal.”²⁸⁴

O artigo 1918^o determina que quando a segurança, a saúde, a formação moral ou a educação de um menor se encontre em perigo e não seja caso de inibição do exercício das responsabilidades parentais, pode o tribunal decretar as providências adequadas, designadamente confiá-lo a terceira pessoa ou a estabelecimento de educação ou assistência.

Neste sentido entendeu o Tribunal da Relação de Lisboa no acórdão de 26 de janeiro de 2010, que assim decidiu relativamente à regulamentação do exercício das responsabilidades parentais:

I – Configurando-se situações que imponham que se proceda a uma reanálise do que possa ter sido acordado, ou determinado, em termos de confiança, na medida em que a respectiva demonstração importe num desequilíbrio que possa afectar o normal desenvolvimento da criança, prevê a lei a alteração do regime de regulação do poder paternal previamente definido.
II – Como potenciador da necessária alteração, configura-se o designado Síndrome de Alienação Parental, como um distúrbio que surge principalmente no contexto das disputas pela guarda e confiança da criança, caracterizado por um conjunto de sintomas resultantes do processo (alienação parental) pelo qual um progenitor transforma a consciência do seu filho, com o objectivo de impedir, obstaculizar ou destruir os vínculos da criança com o outro progenitor.

III - A quebra procurada, da relação com um dos progenitores, importa necessariamente num empobrecimento, nas múltiplas áreas da vida da criança, caso das interacções, aprendizagens e troca de sentimentos e apoios, mas também, podendo gerar, face à presença ou a possibilidade de aproximação do progenitor não guardador, reacções de ansiedade e angústia, em si igualmente patológicas.

III- O apartamento de um progenitor, sem justificação que o imponha, fomentado pelo outro progenitor, ainda que sem uma programação sistematizada de todo um processo, dirigida a gerar, e obter, um real e efectivo afastamento do menor em relação ao progenitor que não guarda, não pode deixar de ser algo que deve ser prevenido, mas sobretudo combatido, e necessariamente ponderado, em conjunto com as respectivas competências parentais, na intervenção do tribunal, com vista à alteração do regime de regulação do poder paternal antes definido.”

Além disto, a depender do grau de risco apresentado à criança, é possível a aplicação de medidas de proteção previstas pela Lei 147/99 de 01 de Setembro.

²⁸⁴ FIGUEIREDO, Pedro Raposo de. «Manipulação da vontade da criança – as respostas do tribunal». In: *O Fenómeno “Alienação Parental” – Mito(s) e Realidade(s)*. Lisboa: CEJ - Centro de Estudos Judiciários, 2018.p. 86.

E no mais, vislumbra-se ser possível tanto à criança quanto ao progenitor alienado a possibilidade de intentarem pedido de indenização face ao progenitor alienador, visto que a conduta de alienação resulta na vitimização não apenas da criança, mas também do progenitor indevida e injustamente afastado de seu filho.

4.4. Exposição da criança na internet e outras mídias²⁸⁵

Uma realidade que igualmente se coloca nas relações familiares e no ambiente doméstico é o uso da internet e outras mídias. Os espaços virtuais inaugurados pela rede mundial de computadores ampliaram as esferas de comunicação e atuação humana. Na internet, as pessoas atuam e acessam informações em velocidade não experimentada na vida não virtual e sem limites de fronteiras. Os benefícios e possibilidades de melhoria das condições de vida das crianças pelo acesso às tecnologias de informação e comunicação são inquestionáveis.

Mas não só benefícios e oportunidades positivas transitam pela rede mundial de computadores. O acesso das crianças ao universo *online* também potencializa inúmeros riscos para a infância, desde *ciberbullying*, até alimentar novas formas de exploração e abuso infantil, cujos números são alarmantes e cujo combate parece sempre estar a um passo atrás.²⁸⁶

Toda e qualquer mídia que seja de acesso público e que reproduza imagens de crianças pode repercutir nos espaços virtuais e ali permanecer por muito tempo, representando ameaças aos direitos das crianças, em especial aos direitos fundamentais de imagem e de proteção à vida privada.

Tendo em vista a ambivalência do potencial da internet como espaço de criação e reprodução de conteúdos, se mostra fundamental ponderar sobre a proteção intrafamiliar dos direitos da criança, em especial considerando a conduta dos progenitores neste designio.

Já se mencionou anteriormente que as crianças são sujeitos de direitos e titulares de proteção jurídica especial, cujo superior interesse deve ser sempre a baliza orientadora das atividades que os digam respeito. Neste sentido, é importante que se volte a ponderar: as normas gerais de direitos humanos e direitos fundamentais possuem eficácia que abrange todos os indivíduos, inclusive as

²⁸⁵ A investigação sobre a exposição da criança na internet foi iniciada durante o curso de Mestrado em Direito das Crianças, Famílias e Sucessões da Escola de Direito da Universidade do Minho, na disciplina “A Criança e a Família”. Parte dos resultados aqui expostos foram explorados no trabalho de avaliação contínua da disciplina mencionada e ainda apresentados no 7º Congresso de Direito na Lusofonia, realizado pela Escola de Direito da Universidade do Minho e pelo JUSGOV. Em razão disto, cumpre mencionar desde logo, que há reincidências no texto.

²⁸⁶ UNICEF. *The State of World Children 2017: Children in a Digital World*. Nova York: 2017.p.1. Disponível em: https://www.unicef.org/publications/files/SOWC_2017_ENG_WEB.pdf. Acesso em: 05 de novembro de 2019. p.2.

crianças. E tais normas ocupam um espaço privilegiado no sistema jurídico, servindo como alicerce axiológico e normativo.

Emergem com caráter de direito fundamental o direito à privacidade e intimidade, ao nome e reputação, e à imagem. A CRP, no art. 26º, 1, determina que “a todos são reconhecidos os direitos à identidade pessoal, ao desenvolvimento da personalidade, à capacidade civil, à cidadania, ao bom nome e reputação, à imagem, à palavra, à reserva da intimidade da vida privada e familiar [...]”

Estes direitos, qualificados pela condição de serem direitos fundamentais e também direitos de personalidade, possuem caráter erga omnes, sendo considerados indisponíveis, irrenunciáveis e inalienáveis.²⁸⁷

“Os direitos de personalidade são “direitos subjectivos, privados, absolutos” (já que se opõem a todos os terceiros), “gerais” (já que todas as pessoas gozam deles), “extrapatrimoniais” (uma vez que não podem ser avaliados pecuniariamente), inatos (pois nascem com a pessoa), “perpétuos” (visto poderem ser protegidos mesmo após a morte do seu titular), “intransmissíveis” (seja por morte, seja em vida do seu titular), irrenunciáveis (uma vez que o seu titular não pode abdicar deles) e “relativamente indisponíveis” (já que, apesar de o seu titular não poder dispor deles, pode consentir em limitações ao seu exercício), “tendo por objecto os bens e as manifestações interiores da pessoa humana”.²⁸⁸

Em nível infraconstitucional, os direitos de personalidade previstos no Código Civil também têm como destinatários todos os indivíduos, inclusive crianças, sem que haja possibilidade de discriminação em razão da idade. Mas além disto, estes mesmos direitos foram pensados tendo as crianças como destinatários específicos merecedores de especial atenção, razão pela qual a legislação específica fortaleceu o âmbito de proteção à infância com normas protetivas.

A este propósito, pode-se citar como exemplo a já mencionada Lei 147/99 de 1º de setembro, que também prevê em seu texto o dever de proteção aos direitos fundamentais e de personalidade das crianças, quando estabelece, dentre os princípios orientadores da proteção da criança (art. 4º), o interesse superior da criança e do jovem, e a privacidade, entendida como o respeito pela intimidade, direito à imagem e reserva da vida privada da criança e adolescente.

²⁸⁷ Debate-se quanto à possibilidade de renúncia ao *exercício* de determinados direitos fundamentais, havendo entendimento de ser possível apenas quando se vislumbrar outros direitos constitucionalmente protegidos que justifiquem tal medida, conforme lição de MAC CRORIE, Benedita. «Os Limites da Renúncia a Direitos Fundamentais nas Relações entre Particulares» In: FIGUEIRAS, Claudia Sofia Melo; et al. (org.). *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor António Cândido de Oliveira*. Coimbra: Livraria Almedina, 2017. p. 141-150 e MOREIRA, Sónia. «A responsabilidade dos pais pela violação do direito à imagem dos filhos.» In: *Atas das Jornadas Internacionais “Igualdade e Responsabilidade nas Relações Familiares”*. Braga: Escola de Direito da Universidade do Minho. Centro de Investigação em Justiça e Governação. Disponível em: <http://bit.ly/atas-ji-irrf-dwl>. Acesso em: 28 de setembro de 2021.p.4.

²⁸⁸ MOREIRA, Sónia. «A responsabilidade dos pais pela violação do direito à imagem dos filhos.» *op. cit.* p 4.

O que se verifica, portanto, é que a legislação portuguesa garante às crianças o direito de serem protegidos em sua privacidade, adotando um conceito amplo, que engloba o direito à reserva da intimidade e imagem, e também da vida privada.²⁸⁹

A preocupação com a proteção dos direitos da criança, notadamente com relação à proteção da intimidade e privacidade também foi normatizada no Regulamento Geral de Proteção de Dados da União Europeia²⁹⁰, que se ocupou em tratá-lo de forma particularizada. Há pelo menos 22 menções à criança no regulamento.

A preocupação com a proteção dos direitos fundamentais das pessoas singulares (o que, evidentemente, não autoriza discriminação em razão da idade), conforme item 4 dos *considerandos*, destaca o respeito pela vida privada e familiar, pelo domicílio, a proteção dos dados pessoais, a liberdade de pensamento, de consciência e de religião, a liberdade de expressão e de informação, e a diversidade cultural, religiosa e linguística.

Relativamente às crianças, destaca-se o *considerando* de nº 38, que estabelece que “as crianças merecem proteção especial quanto aos seus dados pessoais, uma vez que podem estar menos cientes dos riscos, consequências e garantias em questão e dos seus direitos relacionados com o tratamento dos dados pessoais. [...]”.

No art. 8º do RGPD está estabelecido que, no que respeita à oferta direta de serviços às crianças, o tratamento dos dados pessoais de crianças é lícito se elas tiverem pelo menos 16 anos ao darem consentimento para tanto, havendo a ressalva de que os Estados Membros poderão definir idades inferiores aos 16 anos, desde que respeitem o patamar mínimo de 13 anos para que a criança possa dar por si mesma o consentimento. Ainda nos termos do RGPD, caso a criança tenha menos de 16 anos, o tratamento de dados somente será lícito se e na medida em que o consentimento seja dado ou autorizado pelos titulares das responsabilidades parentais da criança.²⁹¹

Some-se à estas normas, o fato de a própria CRP, no nº 3 do art. 35º prever a proteção de dados relativos ao direito à privacidade e intimidade, quando determina que a informática não pode

²⁸⁹ A propósito, entende-se que intimidade pode ser compreendida como a manifestação de questões de foro íntimo e liberdade de consciência, tais como a manifestação da individualidade, de pensamentos, crenças, opções, etc. A proteção à privacidade, por sua vez, diz respeito à proteção da vida privada e familiar, configurando o direito de não ser violado no exercício de sua vida cotidiana, cujos fatos, eventos e informações não se pretendam divulgar. Vide: FERREIRA, Ana Cristina. *Privacidade na Sociedade Digital*. op. cit. p.14, e também, no mesmo sentido: SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 40.ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 208-212.

²⁹⁰ Regulamento UE 2016/679, doravante abreviado para “RGPD”.

²⁹¹ Portugal optou por reduzir a idade em que as crianças podem consentir com o tratamento de seus dados pessoais para os 13 anos, conforme se denota do art. 16 da lei 58/2019 de 8 de agosto. Ainda nos termos da mesma lei, o tratamento de dados relativos à criança em idade inferior aos 13 anos somente poderá ser realizado se houver consentimento dos representantes legais das mesmas.

ser utilizada para tratamento de dados referentes a convicções filosóficas ou políticas, fé religiosa, vida privada e origem étnica, salvo mediante consentimento expresso do titular, autorização prevista por lei ou para processamento de dados estatísticos não individualmente identificáveis.

Se efetivamente não resta dúvida acerca da preocupação do Estado em preservar a intimidade e privacidade das crianças, revela-se igualmente importante a reflexão sobre a proteção destes direitos no âmbito familiar, em especial, em nosso particular momento histórico, no qual o desenvolvimento das forças tecnológicas impõe a realidade inexorável da virtualização e acesso livre através da internet.

O papel dos progenitores e do núcleo familiar da criança se revela absolutamente fundamental. A função desempenhada pela família resulta no dever de seus membros, em especial dos adultos, os pais e mães, em viabilizar o acesso aos meios de desenvolvimento moral, material e espiritual das crianças e dos adolescentes. Este dever se manifesta, em especial, nas questões envolvendo responsabilidades parentais.

Ainda assim, apresenta-se como questão fundamental o debate acerca dos limites do poder de representação dos progenitores enquanto no exercício das responsabilidades parentais, bem como o poder dos progenitores enquanto usuários dos meios de mídia e internet.

Uma decisão paradigmática que tratou da proteção da privacidade, do direito à imagem e da vida privada das crianças e que merece ser mencionada é o acórdão do STJ de 30 de maio de 2019. O caso em que um avô, ao assistir o programa *Supernanny*, provocou o Ministério Público a tomar providências a respeito da violação de direitos de personalidade das crianças retratadas pelo programa.

Dentre as imagens reproduzidas pelo programa, foram expostas as crianças em suas rotinas de casa de banho e de quarto de dormir, exposição de nudez parcial das crianças, crianças a fazer birras, uma menina a ser batida pela mãe, crianças a chorar, etc., além de haver rotulação das crianças com pechas de tiranas, chantagistas, desobedientes, dependentes.

A ação então movida pelo Ministério Público visava a proteção dos direitos de personalidade das crianças, foi intentada contra os pais das crianças, contra a empresa produtora do programa e contra o canal de televisão que o transmitiu.

Decidiu o STJ:

“I - O direito à imagem e o direito à reserva sobre a intimidade da vida privada e os outros direitos de personalidade são concretizações da dignidade da pessoa humana, que é um valor intangível e indisponível.

II - Se são admissíveis, por princípio, limitações aos direitos de personalidade, já não o são aquelas que atinjam / toquem o limite da dignidade da pessoa humana, por violarem o princípio da ordem pública.

III - Através do conceito indeterminado de “ordem pública”, o Direito protege os valores e princípios do ordenamento que são inderrogáveis por serem base da coexistência social e garantes de um bem público.

IV - A instrumentalização das pessoas e, em particular, das crianças é contrária à ordem pública, pois ofende o valor da dignidade humana.

V - Num contexto deste tipo, a limitação dos direitos de personalidade por via do consentimento é absolutamente irrelevante como causa de exclusão da ilicitude da lesão (cfr. artigos 81.º, n.º 1, e 280.º, n.º 2, do CC).”

Especificamente sobre os limites dos poderes de representação, o STJ decidiu que a manifestação de consentimento em nome de crianças também encontra limites. Afirma que o artigo 81.º, n.º 1, do Código Civil regula a limitação voluntária dos direitos de personalidade, determinando que tal limitação é nula quando seja contrária aos princípios da ordem pública.

“[...] Na disciplina das responsabilidades parentais, destaca-se o disposto no artigo 1878.º, n.º 1, do CC, em que se diz que “[c]ompete aos pais, no interesse dos filhos, velar pela segurança e saúde destes, prover ao seu sustento, dirigir a sua educação, representá-los, ainda que nascituros, e administrar os seus bens”[30]. Conjugando este preceito com o disposto no artigo 1881.º, n.º 1, do CC (em que se determina que o poder de representação compreende, em princípio, o exercício de todos os direitos do filho), logo se vê que o consentimento que os progenitores podem dar para o efeito de limitar os direitos de personalidade dos filhos menores tem a natureza de um poder-dever, sendo o seu fim vinculado e, mais precisamente, devendo o consentimento servir, em exclusivo, o interesse da criança.”

O fato de o STJ ter vislumbrado a questão em causa como um caso de nulidade em razão da violação à ordem pública, não exclui a análise sobre a ótica do abuso do direito, considerando-se os limites dos poderes de representação naqueles critérios fixados pelo legislador quando da previsão do abuso do direito, estabelecidos no artigo 334º do Código Civil.

Parece bastante claro que as regras que definem as responsabilidades parentais possuem como fundamento axiológico os direitos fundamentais, bem como possuem como fim a ser perseguido o superior interesse da criança. Os progenitores, no exercício das responsabilidades parentais – e no caso exemplificativo, mais especificamente enquanto detentores do poder de representação – se agirem em violação à boa fé e aos fins sociais das normas que preveem as responsabilidades parentais, agem de forma antijurídica, em exercício ilegítimo por abuso do direito.

Neste sentido, extrai-se a relevante lição de MOREIRA:

“Assim, não sendo as responsabilidades parentais exercidas de acordo com o interesse dos filhos, o seu exercício é ilegítimo, por os pais incorrerem em abuso do direito. Na verdade, neste caso, pode até dizer-se que, ao autorizar a exposição da imagem da criança de forma contrária ao seu interesse, os pais exercem um direito *aparente*, pois as responsabilidades parentais não lhes foram atribuídas com essa finalidade. Estaremos perante um caso de abuso de direito institucional, pois o “direito” dos pais foi invocado para fins que estão fora dos objectivos ou funções para os quais

ele foi atribuído pela norma (o “fim social ou económico desse direito”), desvirtuando a função do instituto jurídico das responsabilidades parentais.”²⁹²

Para além do consentimento ofertado para participação em programas televisivos, é possível observar nos espaços das redes sociais, e também em outras plataformas de manifestação criativa como YouTube e blogs, um enorme contingente de pais que utilizam a imagem e os eventos cotidianos (ou não) da vida dos filhos para construir narrativas e publicações próprias. Embora haja uma ampla gama de atividades criativas que podem ser entendidas como em benefício genérico das crianças, a maioria da atividade adulta nas redes não resulta, *a priori*, em nenhum benefício às crianças envolvidas.

Os pais, no cumprimento das responsabilidades parentais, estão também vinculados à proteção dos direitos fundamentais e de personalidade das crianças na internet, o que, por evidente, não se encerra na mera oferta de consentimento quanto ao tratamento de dados ou quanto à sua exposição em mídias. A necessidade de os progenitores adotarem um comportamento legalmente conformado subsiste também enquanto utilizadores da internet e produtores de conteúdo nas mais diversas plataformas.²⁹³

A este propósito, merece menção o acórdão proferido pelo Tribunal da Relação de Évora, de 25 de junho de 2015, em um processo de regulação do exercício das responsabilidades parentais relativas a uma criança de 02 anos. O tribunal julgou que

“a imposição aos pais do dever de abster-se de divulgar fotografias ou informações que permitam identificar a filha nas redes sociais mostra-se adequada e proporcional à salvaguarda do direito à reserva da intimidade da vida privada e da proteção dos dados pessoais e, sobretudo, da segurança da menor no Ciberespaço”.²⁹⁴

A questão suscitada no recurso de um dos progenitores era a de que a decisão de proibição de divulgação de imagens dos filhos na internet não estava fundamentada, razão pela qual referiu o Tribunal da Relação de Évora que

“[...] o segmento da decisão que vem impugnado não carece de fundamentação de facto específica para justificar a adoção daquela medida. “Ela é uma obrigação dos pais, tão natural quanto a de garantir o sustento, a saúde e a educação dos filhos e o respeito pelos demais direitos designadamente o direito à imagem e à reserva da vida privada (art.º 79º e 80º do CC). Na verdade, os filhos não são coisas ou objetos pertencentes aos pais e de que estes podem dispor a seu belo prazer. São pessoas e, conseqüentemente, titulares de direitos. Se, por um lado, os pais devem proteger os filhos, por outro, têm o dever de garantir e respeitar os seus direitos. É isso que constitui o núcleo dos poderes/deveres inerentes às responsabilidades parentais e estas devem ser sempre norteadas, no ‘superior interesse da criança’, que se apresenta, assim, como um objetivo a prosseguir por todos quantos possam

²⁹² MOREIRA, Sónia. «A responsabilidade dos pais pela violação do direito à imagem dos filhos.» *op. cit.* p.8.

²⁹³ Não especificamente sobre a divulgação de imagens na internet, mas sobre a obrigação genérica dos progenitores em respeitar a privacidade das crianças, vide LAMAS, Mario Daniel. *Derechos de la Personalidad y Explotación de la Apariencia Humana*. Montevideo: Cikato Abogados, 2004.p. 266-268.

²⁹⁴ Acórdão da Relação de Évora de 25 de Junho de 2015.

contribuir para o seu desenvolvimento harmonioso: os pais, no seu papel primordial de condução e educação da criança; as instituições, ao assegurar a sua tutela e o Estado, ao adotar as medidas tendentes a garantirem o exercício dos seus direitos e a sua segurança”.²⁹⁵

Neste sentido, leciona CRUZ que, “no caso da disposição do direito à imagem (direito da personalidade) entendemos que apenas se se revelar do interesse da criança deve essa imagem ser tornada pública ou divulgada [...]”.²⁹⁶

Acompanhando este entendimento, é imprescindível que se faça uma ponderação sobre uso consciente da internet e das redes sociais, não apenas para progenitores, diante da possibilidade de exposição de imagens de seus filhos, como também no sentido de instrumentalizar as próprias crianças enquanto usuárias da internet, com vistas a se protegerem dos riscos a ela inerentes.

A publicação da imagem ou da vida íntima das crianças nas redes sociais, quando não objetiva nenhuma espécie de benefício direto às crianças, implica, grosso modo, em violação aos direitos fundamentais à privacidade e intimidade, e também aos direitos de personalidade relativos à imagem e reserva da vida privada das mesmas. Tais direitos, por sua natureza, não estão à disposição dos progenitores, não podem ser violados e, em especial, devem ser promovidos e protegidos pelos progenitores enquanto detentores de responsabilidades parentais, já que, conforme visto, as responsabilidades parentais correspondem ao atendimento do superior interesse das crianças.

Recordando novamente as lições de CANOTILHO e MOREIRA²⁹⁷, a proibição constitucional de abandono, discriminação, opressão e exercício abusivo da autoridade na família se refere não apenas à violência psicológica ou violência física, mas também à exploração econômica e social. A norma constitucional impõe que se coloquem limitações ao trabalho infantil e outras formas de exploração econômica e social das crianças, bem como limites à autoridade sobre as crianças no seio familiar e nas demais instituições.

O uso das plataformas digitais por progenitores, ou pelas próprias crianças devem contemplar o respeito pela dignidade e pelos direitos da criança em qualquer circunstância, em atendimento ao seu superior interesse. Assim, um uso que as exponha de forma vexatória ou humilhante,

²⁹⁵ Sobre este acórdão, vide: MAGRIÇO, Manuel. «A Internet e as Crianças – Riscos e Potencialidades». Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, 2018. p.19. Disponível em: http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/familia/eb_InternetCrianças2018.pdf. Acesso em 12 de novembro de 2019; CALVÃO, Filipa Urbano. «Anotação ao Acórdão da Relação de Évora de 25 de Junho de 2015». In: Revista Fórum de Proteção de Dados. Em Foco: 40 Anos da Constituição e do Direito à Proteção de Dados. Lisboa: CNPD, 2016. p. 134-135. Disponível em: https://www.cnpd.pt/bin/revistaforum/forum2016_2/files/assets/basic-html/page-l.html#. Acesso em: 12 de novembro de 2019.

²⁹⁶ CRUZ, Rossana Martingo. «A Divulgação da Imagem do Filho Menor nas Redes Sociais e o Superior Interesse da Criança...» op. cit., p. 290.

²⁹⁷ CANOTILHO, Joaquim José Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada*. op. cit. p.870-872.

que identifique rotinas, ou que as exponha indevidamente de modo a ferir sua privacidade, intimidade ou vida privada, pode implicar em uma situação de perigo para a criança, ou violação de direito fundamental que resulte em consequências destrutivas. Em última análise, pode configurar um ato antijurídico por abuso do direito, estando passível de ser judicialmente interrompido e até mesmo implicar na aplicação de alguma medida de proteção, e até mesmo constituir direito à indenização.

CONCLUSÃO

Neste trabalho investigativo operacionalizado através do estudo bibliográfico, buscou-se averiguar as possibilidades de aplicação da figura do abuso do direito nas relações paterno-filiais, em especial, no exercício das responsabilidades parentais.

Ao buscar-se traçar um perfil histórico dos direitos das crianças, constata-se que o avanço adquirido especialmente no século XX é imenso, ainda que lento e um tanto tardio. A criança, enquanto ser humano em situação desenvolvimento e profunda mutação em sua condição subjetiva, ocupa lugar instrumentalizado nas relações sociais, sendo objeto de tutela e de direitos dos adultos. A cultura socialmente reproduzida também em ambiente familiar muitas vezes ainda é a da criança objetificada.

A Convenção Sobre os Direitos da Criança de 1989 veio a reconhecer a criança enquanto sujeito, de modo que não se pode mais conceber a criança como mero objeto de tutela, cuidado ou proteção, cujas vidas são coordenadas e conformadas pelas leis, instituições e pela própria família. A incorporação da Convenção Sobre os Direitos da Criança de 1989 nos ordenamentos jurídicos internos como norma de direitos fundamentais conduziu ao reconhecimento de que as crianças efetivamente são titulares de direitos fundamentais que devem ser respeitados e atendidos nos moldes constitucionalmente previstos, inclusive obrigando ao respeito a tais direitos na esfera privada e a vinculação dos particulares a tais mandamentos.

Em Portugal, o compromisso assumido com a adesão à Convenção dos Direitos da Criança implicou em profundas mudanças no modelo de intervenção estatal, passando-se a adotar características mais democráticas e participativas, de modo que o sistema de justiça para as crianças passou a buscar atender aos seus direitos, estando o Estado legitimado a intervir tão somente na medida em que os respeite.

As mudanças sociais que repercutiram na transformação do lugar social e jurídico da criança igualmente produziram reflexos dentro das famílias. O antigo modelo patriarcal de organização familiar transformou-se. O casamento indissolúvel tornou-se memória com a legalização do divórcio. As famílias, como um todo, transformaram-se e o compromisso com o superior interesse da criança passou a ser também uma preocupação privada.

Portugal, na tentativa de compatibilizar a legislação às necessárias mudanças decorrentes da adesão à Convenção Sobre os Direitos da Criança, igualmente promoveu profundas mudanças na tutela cível afeta à infância, com alterações relevantes no Código Civil e a aprovação do Regime Geral do Processo Tutelar Cível – Lei 141/2015, de 08 de Setembro.

Além disto, sob outro aspecto, é possível observar que o desenvolvimento do direito constitucional das últimas décadas tem transformado o papel da Constituição, com tendência a reconhecer a validade e eficácia das normas constitucionais direcionadas não apenas ao Poder Público, mas também nas relações entre particulares. Em Portugal, a própria Constituição da República Portuguesa se ocupa de determinar a eficácia entre particulares dos direitos, liberdades e garantias, no art. 18 da CRP, do que se conclui que a interpretação e aplicação das normas relativas à infância, mesmo aquelas destinadas à regular relações privadas, devem partir da premissa do atendimento ao superior interesse da criança e seus direitos fundamentais.

Todo este contexto resulta também na mudança da perspectiva das responsabilidades parentais, que não mais comporta uma concepção reduzida de mera representação dos menores, mas que passa a corresponder a um poder-dever de caráter altruísta, legal e constitucionalmente conformado, de respeito e atendimento ao superior interesse da criança, que cabe igualmente a ambos os progenitores.

Encarado como um complexo de deveres e direitos regulado por lei, atribuído a ambos os progenitores enquanto perdurar a menoridade dos filhos, seu exercício não é livre. A própria CRP acautela quanto a abusos no exercício destes direitos (art. 69, 1), prevendo até mesmo a possibilidade de afastamento de progenitor (art. 36º, 6) pela inibição do exercício da responsabilidade parental.

O conteúdo das responsabilidades parentais, por sua vez, obrigações com vistas ao atendimento das complexas necessidades dos filhos menores com o objetivo de sua proteção e de apoio ao seu desenvolvimento. Além de meio de suprimento da incapacidade, expressa poder de representação, poder-dever de administração dos bens, dever de guarda, de sustento e direção da educação.

Partindo da premissa de que o exercício das responsabilidades parentais tem como baliza o superior interesse da criança e considerando o arcabouço protetivo relativamente aos direitos fundamentais e aos de personalidade, impõe-se a conclusão de que os direitos fundamentais das crianças, por seu caráter de essencialidade à configuração da dignidade humana, devem ser respeitados no âmbito familiar, por todos os seus membros, em especial pelos progenitores, que detém o poder-dever de promoção dos mesmos.

É neste sentido que se questiona sobre as possibilidades e consequências de comportamentos abusivos por parte dos progenitores no exercício de suas responsabilidades parentais, quando em violação ao superior interesse da criança e a seus direitos fundamentais.

O debruçar-se sobre o tema do abuso do direito fatalmente conduz ao enfrentamento da difícil celeuma doutrinária acerca dos limites do exercício dos direitos, e às diferentes teorias (internas e externas) que procuram explicar o fenômeno. Aderindo às lições da doutrina colacionada, conclui-se que tanto as teorias externas quanto internas, somadas à introdução de outras dimensões metódicas, podem ser utilizadas para expressar os limites do exercício regular de um direito e possíveis violações.

Extraída a teoria de todas as nuances e sutilezas, conclui-se que o sujeito que detém determinado direito subjetivo e o poder de exercer seu direito ou de exercer determinada posição jurídica, deve ser contido dentro de uma limitação ética, para que não venha a causar mal a outrem. O abuso, neste sentido, diz respeito a uma conduta maliciosa, nociva ou em excesso. Para aferir a existência de uma conduta abusiva, se faz necessário existir uma norma expressa ou um fim ético em vista, exprimindo a ideia de um exercício disfuncional de posições jurídicas. O artigo 334º do Código Civil estabelece a boa fé, os bons costumes e o fim social ou econômico do direito como os critérios aos quais o exercício de um direito deve estar submetido para não ser considerado abusivo.

No que diz respeito às consequências do abuso do direito, conclui-se que há tantas possíveis quantos são os direitos violados, inclusive dever de indenizar. As possibilidades são mesmo amplas, e a doutrina é unânime em não limitar ao mero dever de indenização.

Já no que diz respeito à possibilidade de haver abuso do direito no exercício das responsabilidades parentais, conclui-se que a possibilidade é concreta e bastante variável. Considerando-se que o exercício abusivo das responsabilidades parentais em detrimento dos direitos da criança implicará, em alguma medida, em uma situação de vulnerabilidade ou perigo para a criança, a legislação, em especial a Lei de Proteção de Crianças e Jovens em Perigo – Lei 141/2015 de 8 de Setembro, e o Código Civil trataram de cuidar dos efeitos de determinadas condutas na pessoa das crianças e jovens, indicando as medidas a serem aplicadas aos progenitores que assim agirem, das quais não se exclui o direito das crianças de requererem indenização.

Além dos casos previstos especificamente pela legislação para as situações de incumprimento das responsabilidades parentais, ou de inibição ou limitação no exercício, é possível verificar ainda casos em que há um comportamento abusivo em situações não necessariamente previstas pela lei, mas já reconhecidas pela doutrina e pela jurisprudência. São casos exemplificativos, a exposição da criança à violência doméstica, o abuso do poder de correção, a alienação parental e a exposição da intimidade das crianças em mídias sociais e internet.

Todos estes cenários possibilitam diferentes abordagens, dentre as quais a da aplicação do instituto do abuso do direito e suas consequências.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AAV. *Entre a lei e a prática. Subsídios para uma reforma da Lei Tutelar Educativa*. SOUZA SANTOS, Boaventura (dir. científico); GOMES, Conceição (coord.). Coimbra: Observatório Permanente da Justiça Portuguesa da Universidade de Coimbra, 2010. <https://opj.ces.uc.pt/pdf/Relatorio_Entre_a_lei_e_a_pratica_Subsidios_para_uma_reforma_da_LTE.pdf>. Acesso em: 10 de abril de 2020.

AAV. *Os caminhos difíceis da “nova” Justiça Tutelar Educativa. Uma avaliação de dois anos da aplicação da Lei Tutelar Educativa*. SOUZA SANTOS, Boaventura (dir. científico); GOMES, Conceição (coord.). Coimbra: Observatório Permanente da Justiça Portuguesa da Universidade de Coimbra, 2004. p. 131. Disponível em: <http://opj.ces.uc.pt/pdf/Tutelar.pdf>. Acesso em: 21 de dezembro de 2019.

AAV. *Plano Nacional de Promoção e Defesa dos Direitos da Criança e do Adolescente à Convivência Familiar e Comunitária*. Brasília: Conanda, 2006, p. 25. Disponível em: https://www.mds.gov.br/webarquivos/publicacao/assistencia_social/Cadernos/Plano_Defesa_CriancasAdolescentes%20.pdf. Acesso em: 19 de dezembro de 2019.

AAV. *Violência Interpessoal – Abordagem, Diagnóstico e Intervenção dos Serviços de Saúde*, VASCO PRAZERES (coord.). Lisboa, Direcção Geral de Saúde, 2016, p. 43. Disponível em: <https://nocs.pt/violencia-interpessoal-abordagem-diagnostico-e-intervencao-nos-servicos-de-saude>. Acesso em: 30 de novembro de 2021.

AAV. *Violência doméstica: implicações sociológicas, psicológicas e jurídicas do fenómeno*. Manual Pluridisciplinar. Lisboa: CEJ- Centro de Estudos Judiciários, 2016. Disponível em: http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/penal/eb_VD2ed.pdf. Acesso em: 30 de novembro de 2021.

AAV. *Violência familiar e filio-parental*. Coleção Formação Contínua. Lisboa: CEJ – Centro de Estudos Judiciários, 2019. Disponível em: http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/familia/eb_ViolenciaFF.pdf. Acesso em: 30 de novembro de 2021.

AIRÈS, Philippe. *História Social da Criança e da Família*. Tradução Dora Flaksman. 2.ed. Rio de Janeiro: Guanabara, 1986.

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Ernesto Garzón Valdés (trad.). Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

ANTUNES VARELA, João de Matos «O abuso do direito no sistema jurídico brasileiro». In: Revista de Direito Comparado Luso-Brasileiro. v.1. Rio de Janeiro: Forense, 1982.

BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição: Fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 5.ed.rev.ampl. São Paulo: Saraiva, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. «Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito - O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil». In: Revista de Direito Administrativo. n. 240. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, abril-junho de 2005.

BESSA DE MELO, Daniel. «O abuso do direito: contributos para uma hermenêutica do artigo 334º do Código Civil Português». In: Julgar Online. Lisboa: outubro de 2020. Disponível em: <http://julgar.pt/o-abuso-do-direito-contributos-para-uma-hermeneutica-do-artigo-334-o-do-codigo-civil-portugues/>. Acesso em: 05 de setembro de 2021.

BEVILÁQUA, Clóvis. *Teoria Geral do Direito Civil*. ed., rev. e atual. por: Caio Mário da Silva Pereira. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1975.

CALVÃO, Filipa Urbano. *Anotação ao Acórdão da Relação de Évora de 25 de Junho de 2015*. In: Revista Fórum de Proteção de Dados. Em Foco: 40 Anos da Constituição e do Direito à Proteção de Dados. Lisboa: CNPD, 2016. p. 134-135. Disponível em: https://www.cnpd.pt/bin/revistaforum/forum2016_2/files/assets/basic-html/page-l.html#. Acesso em: 12 de novembro de 2019.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 6.ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2002.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. «Dogmática de direitos fundamentais e direito privado». In: *Estudos sobre direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. p. 192-215.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes; MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 1991.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada*. Vol. I. 4.ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

CAMPOS, Diogo Leite. *Lições de Direito da Família*. 3.ed. Coimbra: Almedina, 2016.

CAPELO DE SOUZA, Rabindranath. *Direito de Família e Sucessões. Relatório sobre o programa, o conteúdo e os métodos de ensino de tal disciplina*. Coimbra: Faculdade de Direito de Coimbra, 1999.

CARVALHO, Filipa Daniela Ramos de. *A (síndrome de) alienação parental e o exercício das responsabilidades parentais: algumas considerações*. Coimbra: Coimbra Editora, 2011.

CARVALHO, Orlando. *Teoria geral do direito civil*. Coimbra: Coimbra Editora, 2012.

CASTELLO BRANCO, Elcir. «Abuso». In: *Enciclopédia Saraiva do Direito*. v.2. R. Limongi França (coord.). São Paulo: Saraiva, 1977. p.21-31.

CASTRO MENDES, João. *Direito civil. Teoria geral*. v.II. Lisboa: Associação Acadêmica da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 1979.

COUTINHO DE ABREU, J.M. *Do abuso do Direito. Ensaio de um critério em direito civil e nas deliberações sociais*. Coimbra: Almedina, 1983.

CRUZ, Rossana Martingo. «A Criança no (Admirável?) Mundo Novo das Redes Sociais». In: *Direito na Lusofonia. Direito e Novas Tecnologias*. Braga: Escola de Direito da Universidade do Minho, 2018.

CRUZ, Rossana Martingo. «A Divulgação da Imagem do Filho Menor nas Redes Sociais e o Superior Interesse da Criança». In: *Direito e Informação na Sociedade em Rede. Atas do IV Colóquio Luso-*

Brasileiro Direito e Informação. Porto, 2016. Disponível em: <https://repositorium.sdum.uminho.pt/handle/1822/47936>. Acesso em: 31 de outubro de 2019.

CUNHA DE SÁ, Fernando Augusto. *Abuso do Direito*. Coimbra: Almedina, 2005.

DIAS, Cristina M. Araújo. «A Criança Como Sujeito de Direitos e o Poder de Correção». In: *Revista Julgar*. n.4. Coimbra: Edições Almedina S.A., 2008. p.87-101. Disponível em: <http://hdl.handle.net/1822/46686>. Acesso em: 21 de outubro de 2019.

DIAS, Cristina M. Araújo. *Uma Análise do Novo Regime Jurídico do Divórcio*. Coimbra: Edições Almedina, 2008.

FERREIRA, Maria Elisabete. *Violência parental e intervenção do Estado: a questão à luz do direito português*. Porto: Universidade Católica Editora, 2016.

FERREIRA, Maria Elisabete. «As penas aplicáveis aos pais no âmbito do crime de violência doméstica e a tutela do superior interesse da criança». In: *Julgar Online*. Lisboa: março de 2018. Disponível em: <http://julgar.pt/as-penas-aplicaveis-aos-pais-no-ambito-do-crime-de-violencia-domestica-e-a-tutela-do-superior-interesse-da-crianca/>. Acesso em: 02 de março de 2020.

FIGUEIREDO, Pedro Raposo de. «Manipulação da vontade da criança – as respostas do tribunal». In: *O Fenómeno "Alienação Parental" – Mito(s) e Realidade(s)*. Lisboa: CEJ - Centro de Estudos Judiciários, 2018.p. 77-95. Disponível em: http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/familia/eb_AlienacaoParental2018.pdf. Acesso em: 30 de novembro de 2021.

FONSECA, Jacinta Rodrigues; et al. «Exposição à violência em relações de intimidade – a propósito de um caso clínico». In: *Nascer e Crescer – Birth and Growth Medical Journal*. Vol. XXVI. n. 3. Porto: 2017.p.182-184. Disponível em: <https://revistas.rcaap.pt/nascercrescer/article/view/9698/9937>. Acesso em: 30 de novembro de 2021.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil*. vol.1. 14. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil*. vol.6. 2.ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012.

GARDNER, Richard A. «Differentiating between parental alienation syndrome and bona fide abuse-neglect» In: *The American Journal of Family Therapy*. Vol. 27.n. 2. p.97-107. Disponível em: <https://psycnet.apa.org/record/1999-13142-001>. Acesso em 30 de novembro de 2021.

GERSÃO, Eliana. *A criança, a família e o direito – De onde viemos. Onde estamos. Para onde vamos?* Lisboa: Fundação Francisco Manuel dos Santos, 2014.

GERSÃO, Eliana. «O estatuto do menor em Portugal». In: *Revista de Direito Comparado Luso-Brasileiro*. n.14. Rio de Janeiro: Instituto de Direito Comparado Luso-Brasileiro, 1993. p. 161-187.

GOMES, Ana Sofia. *Responsabilidades Parentais*. 3.ed. Lisboa: Quid Juris, 2012.

GOMES MELO, Helena; *et al. Poder Paternal e Responsabilidades Parentais*. 2.ed. Lisboa: Quid Juris, 2010.

GONZÁLEZ, José Alberto Rodrigues Lorenzo. *Código Civil Anotado*. vol.5. Lisboa: Quid Juris, 2014.

GUERRA, Paulo; BOLIEIRO, Helena. *A Criança e a Família. Uma Questão de Direito(s)*. 2.ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2014.

GUERRA, Paulo. *Lei de Proteção de Crianças e Jovens em Perigo Anotada*. 5.ed. Coimbra: Almedina, 2021.p.21

HERNÁNDEZ, Rosa Patró; LIMINIANA GRAS, Rosa Maria. «Vítimas de violência familiar: Consecuencias psicológicas en hijos de mujeres maltratadas». In: *Anales de Psicología*, vol. 21, n.1. Murcia: Servicio de Publicaciones de la Universidade de Murcia, 2005. Disponível em: <https://revistas.um.es/analesps/article/view/27071>. Acesso em: 30 de novembro de 2021.

HORSTER, Heinrich Ewald; MOREIRA, Eva Sónia. *A parte geral do Código Civil Português*. 2.ed. Coimbra: Almedina, 2019.

JORDÃO, Eduardo Ferreira. «O abuso de direito como ilicitude cometida sob aparente proteção jurídica». In: *Revista Baiana de Direito*, v. 04. Salvador: Faculdade Baiana de Direito, 2009. p.255-292.

KUHLMANN JR., Moisés, FERNANDES, Rogério. «Sobre a história da infância». In: FARIA FILHO, L. M.(Org.). *A infância e sua educação: materiais, práticas e representações (Portugal e Brasil)*. Belo Horizonte: Autêntica, 2004, p.15-33.

LAMAS, Mario Daniel. *Derechos de la Personalidad y Explotación de la Aparencia Humana*. Montevideo: Cikato Abogados, 2004.

LEITE DE CAMPOS, Diogo; MARTINEZ DE CAMPOS, Mónica. *Lições de Direito de Família e Sucessões*. 3.ed. Coimbra: Almedina, 2016.

LEOTE DE CARVALHO, Maria João. «Traços da evolução da justiça juvenil em Portugal: do “menor” à “justiça amiga das crianças”». In: *Configurações - Revista de Sociologia*. vol.20. Braga: Centro de Investigação em Ciências Sociais, dez. 2017. p. 16-19. Disponível em: <http://journals.openedition.org/configuracoes/4267>. Acesso em 04 de março de 2021.

LIMONGI FRANÇA, Rubens. «Abuso de Direito». In: *Enciclopédia Saraiva de Direito*. v.2. Limongi França, R. (Coord.). São Paulo: Saraiva, 1977.

LIMONGI FRANÇA, Rubens. «Abuso do pátrio poder». In: *Enciclopédia Saraiva do Direito*. v.2. R. Limongi França, R. (Coord.).São Paulo: Saraiva, 1977.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. «Constitucionalização do Direito Civil». In: *Revista Brasileira de Direito Comparado*. n.17., Rio de Janeiro: Instituto de Direito Comparado Luso-Brasileiro, 1999. p.56-75.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito Civil: Famílias*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MAC CRORIE, Benedita. «Os Limites da Renúncia a Direitos Fundamentais nas Relações entre Particulares». In: FIGUEIRAS, Claudia Sofia Melo; et al. (org.). *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor António Cândido de Oliveira*. Coimbra: Livraria Almedina, 2017. p. 141-150.

MAGRIÇO, Manuel. *A Internet e as Crianças – Riscos e Potencialidades*. Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, 2018. p.19. Disponível em: http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/familia/eb_InternetCrianças2018.pdf. Acesso em 12 de novembro de 2019.

MARTINS, Rosa. *Menoridade, (In)Capacidade e Cuidado Parental*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa-Fé no Direito Privado*. 1.ed., 2. tir. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

MARTINS, Paula Cristina. *Maus-tratos a crianças – o perfil de um problema*. Braga: Centro de Investigação em Estudos da Criança - Universidade do Minho, 2002.

MASSENA, Ana. «Articulação entre as várias intervenções: o processo penal, o processo tutelar educativo, o processo de promoção e proteção e as providências tutelares cíveis». In: *Violência Doméstica – Implicações sociológicas, psicológicas e jurídicas do fenómeno. Manual pluridisciplinar*. Lisboa: CEJ-Centro de Estudos Judiciários, 2016.

MENEZES CORDEIRO, António. *Tratado de Direito Civil Português*. I. Parte Geral. Tomo IV. Coimbra: Almedina, 2007.

MENEZES CORDEIRO, António. *Litigância de má-fé, abuso do direito de ação e culpa in agendo*. 2.ed. Coimbra: Almedina, 2011.

MENEZES CORDEIRO, António. *Da boa-fé no Direito Civil*. vol. II. Coimbra: Almedina, 1984.

MENEZES CORDEIRO, António. «Do abuso do direito: estado das questões e perspectivas». In: *Revista da Ordem dos Advogados*. Ano 65. Vol II. Lisboa: Ordem dos Advogados, 2005. Disponível em: <https://portal.oa.pt/publicacoes/revista/ano-2005/ano-65-vol-ii-set-2005/artigos-doutriniais/an_tonio_menezes-cordeiro-do-abuso-do-direito-estado-das-questoes-e-perspectivas-star/>. Acesso em: 10 de abril de 2020.

MENEZES CORDEIRO, António. «A boa fé nos finais do século XX», In: *Revista da Ordem dos Advogados Portugueses*, ano 56, vol III, Lisboa, dez, 1996.

MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009.

MIRANDA, Jorge. «Sobre a Relevância Constitucional da Família». In: *Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: MPRJ, abr./jun. 2017.

MIRANDA, José Gustavo Souza. «A proteção da confiança nas relações obrigacionais.» In: *Revista de informação legislativa*. A.38. n. 153. Brasília: Senado Federal, 2002. p.146. (131-148).

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*. v. 2. 21.ed. São Paulo: Saraiva, 1983.

MOREIRA, Sónia. «A responsabilidade dos pais pela violação do direito à imagem dos filhos.» In: *Atas das Jornadas Internacionais "Igualdade e Responsabilidade nas Relações Familiares"*. Braga: Escola de Direito da Universidade do Minho. Centro de Investigação em Justiça e Governança. Disponível em: <http://bit.ly/atas-ji-irrf-dwl>. Acesso em: 28 de setembro de 2021.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de Direito do Trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho*. 17.ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

NEVES, Isabel. «As crianças e os jovens que testemunham a violência interparental: Uma perspectiva integral da vitimação nos casos de violência nas relações de intimidade». In: *Actas do Colóquio Direito das Crianças e Jovens*. Lisboa: Instituto Superior de Psicologia Aplicada, 2008.p. 185-191.

OLIVEIRA, Assis da Costa. *Princípio da Pessoa em Desenvolvimento: Fundamentos, Aplicações e Tradução Intercultural*. In: Revista Direito e Práxis. vol. 5. n. 9. Rio de Janeiro: 2014. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/issue/view/808>. Acesso em: 05 de novembro de 2019.

OLIVEIRA, Guilherme de. *A Nova Lei do Divórcio*. In: Revista Lex Familiae. Ano 7. n.13. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

OLIVEIRA, Guilherme de. «Alteração das circunstâncias, risco e abuso do direito, a propósito de um crédito de tornas». In: *Temas de Direito da Família*. Coimbra: Coimbra Editora, 1999. p. 67-90.

OLIVEIRA, Guilherme de. « A criança maltratada». In: *Temas de Direito da Família*. Coimbra: Coimbra Editora, 1999. p. 187-193.

PEDRO, Rute Teixeira. «A visão personalista da família e a afirmação de direitos individuais no seio do grupo familiar – a emergência de um novo paradigma decorrente do processo de constitucionalização do direito da família». In: *Pessoas, Direito e Direitos*. OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto e MAC CRORIE, Benedita (coord.). Braga: Universidade do Minho, Direitos Humanos – Centro de Investigação Interdisciplinar, 2016. p.313-342.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. v.5. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

PEREIRA, Maria Margarida Silva. *Direito da Família*. 3.ed. Lisboa: AAFDL Editora, 2019.

PEREIRA COELHO, Francisco; OLIVEIRA, Guilherme de. *Curso de Direito da Família*. Vol. I. 5.ed. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2016.

PINHEIRO, Jorge Duarte. *O direito de família contemporâneo*. 6.ed. Lisboa: AAFDL Editora, 2010.

PIRES DE LIMA, Fernando Andrade; ANTUNES VARELA, João de Matos. *Código Civil Anotado*. 4.ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2011.

RODRIGUES BASTOS, Jacinto Fernandes. *Das relações jurídicas. Segundo o Código Civil de 1966*. Viseu: Tipografia Guerra, 1969. p.10.

RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil*. vol. 7. São Paulo: Saraiva, 1977.

ROSEMBER, Fúlvia; SUSSEL MARIANO, Carmen Lúcia. «A Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança: Debates e Tensões». In: Cadernos de Pesquisa, v.40, n. 141. São Paulo: Fundação Carlos Chagas, set-dez 2010. p. 693-728. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0100-15742010000300003&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 06 de janeiro de 2021

SANI, Ana Isabel. *As Crianças e a Violência: narrativas de crianças vítimas e testemunhas de crimes*. Coleção Psicologia. n. 4. Coimbra: Quarteto, 2002.

SANI, Ana Isabel. «Vitimação indirecta de crianças em contexto familiar». In: *Análise Social*. Vol. XLI. Lisboa: Instituto de Ciências Sociais da Universidade de Lisboa, 2006. p. 849-864.

SANI, Ana Isabel; CARDOSO, Diana. «A exposição da criança à violência interpaparental: uma violência que não é crime». In: *Julgar Online*. n. 4. Lisboa: 2013. Disponível em: <<http://julgar.pt/a-exposicao-da-crianca-a-violencia-interparental>>. Acesso em: 18 de março de 2020.

SANI, Ana Isabel; SOARES, Liliana. « O impacto da exposição à violência interpaparental nas crianças: variáveis mediadoras». In: *Revista de Psicologia da Criança e do Adolescente.*, 7:1-2 (2016). Disponível em: <http://revistas.lis.ulsiada.pt/index.php/rpca/article/view/2399/2558>. Acesso em: 27 de novembro de 2021.

SANTOS, Margarida. «Disposição introdutória». In: DIAS, Cristina (coord). *Lei Tutelar Educativa Anotada*. Coimbra: Almedina, 2018.

SANTOS, Margarida. «A intervenção tutelar educativa: especificidades, desafios e perspectivas futuras». In: *Atas das Jornadas Internacionais Igualdade e Responsabilidade nas Relações Familiares*. Braga: Escola de Direito da Universidade do Minho, 2020.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 5.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Direitos Fundamentais e Direito Privado: Algumas Considerações em Torno da Vinculação dos Particulares aos Direitos Fundamentais*. In: Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público da União. ESMPU, Brasília, a. 4 - n.16, p. 193-259 - jul./set. 2005.

SARMENTO, Manuel Jacinto. *Gerações e alteridade: interrogações a partir da sociologia da infância*. In: *Educ. Soc.* vol. 26. n. 91. Campinas: Maio/Ago, 2005. pp. 361 a 378. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/es/v26n91/a03v2691.pdf>. Acesso em: 17 de março de 2020.

SEGURA, C.; GIL, M.J.; SEPÚLVEDA, MA. «El síndrome de alienación parental: una forma de maltrato infantil.» In: *Cuadernos de Medicina Forense*. n.43-44. Málaga: ene./abr. 2006. p.124. Disponível em: https://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_issueoc&pid=1135-760620060001. Acesso em: 17 de novembro de 2021.

SILVA, Joaquim Manuel da. *A família das crianças na separação dos pais – a guarda compartilhada*. Forte da Casa: Petrony Editora, 2016.

SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 40.ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2017.

SIMÕES, Ricardo. «A alienação parental no quadro das mudanças na família». In: *O fenómeno da "Alienação Parental" – Mito(s) e Realidade(s)*. Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, 2018. p. 43-44. (39-59).

SOTTOMAYOR, Maria Clara. «Exercício Conjunto das Responsabilidades Parentais: Igualdade ou Retorno ao Patriarcado?». In: SOTTOMAYOR, Maria Clara; ALMEIDA, Maria Teresa Féria de (coord.). *E Foram Felizes Para Sempre...(?). Uma Análise Crítica no Novo Regime Jurídico do Divórcio*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.p. 113-139.

SOTTOMAYOR, Maria Clara. «A "alienação parental" como estratégia defensiva de agressores sexuais de crianças». In: *O fenómeno da "Alienação Parental" – Mito(s) e Realidade(s)*. Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, 2018.

SOTTOMAYOR, Maria Clara. *Regulação do Exercício das Responsabilidades Parentais nos Casos de Divórcio*. 5. Ed. Coimbra: Edições Almedina, 2016.

SOTTOMAYOR, Maria Clara. *Temas de Direito das Crianças*. Coimbra: Almedina, 2014.

SOUZA, Luiz Sérgio Fernandes. «Abuso de Direito», in: *Enciclopédia Jurídica da PUC-SP*. Celso Fernandes Campilongo; Álvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coord.). Tomo: Teoria Geral e Filosofia do Direito. Celso Fernandes Campilongo; Álvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coord.de tomo). 1. Ed. São Paulo: Pontificia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/167/edição-1/abuso-do-direito>. Acesso em: 10 de abril de 2020.

STEINBERG, Stacey B. «Sharenting: children's privacy in the age of social media». In: UF Law Scholarship Repository, 2017. Disponível em: <https://scholarship.law.ufl.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1796&context=facultypub>. Acesso em: 27 de novembro de 2021.

SÜSSEKIND, Arnaldo; TEIXEIRA FILHO, João de Lima. *Instituições de Direito do Trabalho*. Vol. II. 21.ed. São Paulo: LTr Editora, 2003.

TARTUCE, Fernando. *Manual de direito civil*. São Paulo: Método, 2011.

TOMÁS, Catarina; FERNANDES, Natália; SANI, Ana Isabel; MARTINS, Paula Cristina. *A (in)visibilidade das crianças na violência doméstica em Portugal*. In: SER Social. v. 20. n. 43. Brasília: 2018. pp. 387 a 410. Disponível em: <https://periodicos.unb.br/index.php/SER_Social/article/view/18867/17584>. Acesso em: 18 de março de 2020.

TOMÁS, Catarina. «Direitos da criança na sociedade portuguesa: qual o lugar da criança?» In: *Da investigação às práticas*. v.2. n.1. Lisboa: Escola Superior de Educação de Lisboa, 2012. Disponível em: <https://doi.org/10.25757/invep.v2i1.45>. Acesso em: 04 de março de 2021. p. 118-129.

TOMÁS, Catarina. «Paradigma, imagens e concepções da infância em sociedades mediatizadas». In: *Media & Jornalismo*. n.11. Lisboa: Instituto de Comunicação da Universidade Nova de Lisboa, 2007. p.119-134.

TOMÉ, Rosa. «A Questão da Infância em Portugal: Um Século De(s) Proteção À Criança». In: *Promoção e Proteção*. Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, 2018. p.11. Acesso em: 19 de dezembro de 2019. Disponível em: http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/familia/eb_PromocaoProtecao2018.pdf

UNICEF. *Convenção Sobre os Direitos da Criança*. Acesso em: 05 de novembro de 2019. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/convencao-sobre-os-direitos-da-crianca>.

UNICEF. *For every child, every right. The Convention on the Rights of the Child at a crossroads*. Acesso em 19 de dezembro de 2019. Disponível em: <https://www.unicef.org/media/62371/file/Convention-rights-child-at-crossroads-2019.pdf>

UNICEF, *Behind Closed Doors. The Impact of Domestic Violence on Children*, Nova York, UNICEF, 2006.

UNICEF. *The State of World Children 2017: Children in a Digital World*. Nova York: 2017.p.1. Disponível em: https://www.unicef.org/publications/files/SOWC_2017_ENG_WEB.pdf. Acesso em: 05 de novembro de 2019.

VILALTA, Ramón; WINBERG NODAL, Maxime. «Sobre el mito del síndrome de alienación parental (SAP) e el DSM-5». In: *Papeles del psicólogo*. vol.38. n. 3. Madrid: Consejo General de Colegios Oficiales de Psicólogos, 2017. Disponível em: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=77853188015> Acesso em: 17 de novembro de 2021.

VÍTOR, Paula Távora. «A carga do sustento e o “pai social”». In: *Textos de Direito de Família: para Francisco Pereira Coelho*. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2016. p. 625-652.

XAVIER, José Tadeu Neves. «A aplicação da supressio (Verwirkung) no âmbito das relações privadas». In: *Revista Brasileira de Direito Civil - RBDCivil*. Vol 13. N.03. Belo Horizonte: Instituto Brasileiro de Direito Civil, 2017. p.61-91.