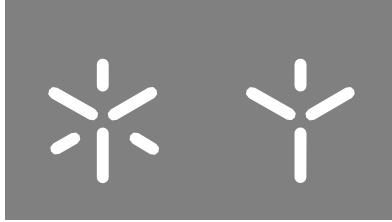


Universidade do Minho
Escola de Direito

Inês Sofia Rodrigues Fernandes

**O Aproveitamento Económico da Imagem
da Criança nas Redes Sociais: O Exercício
das Responsabilidades Parentais na
Exploração da Imagem**



Universidade do Minho

Escola de Direito

Inês Sofia Rodrigues Fernandes

O Aproveitamento Económico da Imagem da Criança nas Redes Sociais: O Exercício das Responsabilidades Parentais na Exploração da Imagem

Dissertação de Mestrado

Mestrado em Direito das Crianças, Família e Sucessões

Trabalho efetuado sob a orientação da

Professora Doutora Rossana Martingo Cruz

outubro de 2023

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
CC BY-NC

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

AGRADECIMENTOS

À minha orientadora, Professora Doutora Rossana Martingo Cruz, pelos ensinamentos, conselhos e disponibilidade na concretização do rigor e pertinência da presente dissertação.

Aos meus pais, por todo o amor, incentivo e esforço necessários para a chegada a esta etapa fundamental.

Ao meu namorado, pelo apoio, compreensão e carinho, essenciais ao longo de todo o meu percurso académico.

Aos meus amigos, pelas palavras de encorajamento.

E a toda a minha família, por nunca deixarem de acreditar no meu potencial.

DECLARAÇÃO DE INTEGRIDADE

Declaro ter atuado com integridade na elaboração do presente trabalho académico 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 Aproveitamento Económico da Imagem da Criança nas Redes Sociais: O Exercício das Responsabilidades Parentais na Exploração da Imagem

RESUMO

Na Sociedade da Informação em que vivemos e com o crescimento de novos hábitos de comunicação e interação interpessoal têm surgido diversas questões quanto às recentes formas de utilização das redes sociais, enquanto poderosas montras publicitárias e de exposição da imagem. Especialmente importante, mas relativamente ignorado é o aproveitamento económico da imagem das crianças nas redes sociais pelos titulares das responsabilidades parentais. Apesar de ser cada vez mais relevante o comportamento das crianças na limitação da sua privacidade e alertados os perigos que essa exposição pode invocar, a verdade é que, tendencialmente, são os detentores de deveres de proteção e de promoção do desenvolvimento e bem-estar da criança aqueles que divulgam, promovem e exploram a imagem na *internet*. A par do *sharenting*, termo utilizado para descrever a partilha de conteúdos das crianças pelos pais nas redes sociais, o aproveitamento económico da imagem convoca uma limitação dos direitos de personalidade das crianças e coloca sérias dúvidas quanto aos limites da atuação parental, teoricamente, guiado pelo superior interesse da criança.

Palavras-chave: Direito à Imagem; Menoridade; Redes Sociais; Responsabilidades parentais

The Economic Exploitation of Children's Image on Social Media: The Exercise of Parental Responsibilities in Image Exploitation

In the Information Era that we live in and with the growth of new communication and interpersonal interaction habits many questions have emerged regarding the recent forms of use of social media, as powerful advertising and image exposure showcases. Especially important, but relatively ignored is the economic exploitation of children's image on social media by their parents. Although the behavior of children in limiting their privacy is becoming increasingly relevant and warned about the dangers that exposure may invoke, the truth is that those who hold duties to protect and promote the development and well-being of children tend to be the ones that disseminate, promote and exploit their children's image in the *internet*. Alongside *sharenting*, term used to describe the sharing of children's information by their parents in social media, the economic exploitation of image convokes a limitation of children's personality rights and poses serious doubts regarding the limits of parental action, in theory, guided by the child's best interest.

Keywords: Minority; Parental Responsibility; Right to Image; Social Media

ÍNDICE

AGRADECIMENTOS	iii
DECLARAÇÃO DE INTEGRIDADE	iv
RESUMO	v
LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS	ix
INTRODUÇÃO	10
Capítulo 1: O exercício das responsabilidades parentais e o superior interesse da criança	13
1.1. Noção, conteúdo e natureza jurídica das responsabilidades parentais	15
1.2. O exercício das responsabilidades parentais	22
1.2.1. O exercício conjunto das responsabilidades parentais como regra	24
1.2.2. As noções de questão de particular importância e questão da vida corrente	36
Capítulo 2: A (in)capacidade da criança no exercício dos direitos de personalidade	38
2.1.- Noção, características e tutela civil dos Direitos de Personalidade	40
2.2.- Os direitos especiais de personalidade	45
2.3.- O exercício dos direitos de personalidade na menoridade	50
Capítulo 3- O aproveitamento económico da imagem da criança nas redes sociais no exercício das responsabilidades parentais	56
3.1.- A imagem da criança nas redes sociais: o fenómeno de <i>sharenting</i>	58
3.2.- A dimensão patrimonial da imagem e as novas tendências de exploração da imagem	64
3.3.- A limitação voluntária do direito à imagem e a incapacidade por menoridade	73
3.3.1.- O consentimento dos titulares das responsabilidades parentais e da criança	75
3.3.2.- Os limites da limitação voluntária do direito à imagem	80
3.4.- A administração dos rendimentos auferidos com a exploração da imagem	84
Capítulo 4- A proteção da imagem da criança no ordenamento jurídico português	85
4.1.- Os meios de reação do art. 70.º, n.º 2 do Código Civil	86
4.2.- A aplicabilidade da Lei de Proteção de Crianças e Jovens em Perigo	89

4.3.- A aplicabilidade da Lei n.º 105/2009	91
4.4.- A solução prevista no art. 17.º do Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados	94
Considerações finais.....	95
Referências Bibliográficas	100

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

AA.VV. – Autores Vários
Al. – Alínea
Art. – Artigo
Arts. – Artigos
CC – Código Civil
CP – Código Penal
CPC – Código de Processo Civil
CPCJ – Comissão de Proteção de Crianças e Jovens
CRC – Código do Registo Civil
CRP – Constituição da República Portuguesa
CT – Código do Trabalho
DL – Decreto-lei
et al. – *et alii* (e outros)
LPCJP – Lei de Proteção de Crianças e Jovens em Perigo
LPDP – Lei da Proteção de Dados Pessoais
N.º – Número
P. – Página
Pp. – Páginas
Proc. – Processo
RGPTC – Regime Geral do Processo Tutelar Cível
Séc. – Século
TJUE – Tribunal de Justiça da União Europeia
Vol. – Volume

INTRODUÇÃO

A vivência social e as relações interpessoais que se estabelecem no quotidiano vêm-se transformando e evoluindo com a introdução e o desenvolvimento de novas formas de comunicação e interação social alicerçadas num denominador comum: a *internet*. Enquanto ferramenta revolucionária, o espaço *online* tornou possível o acesso a um mundo virtual – o ciberespaço – que, por um lado, é um reservatório de informação que nos coloca diversas questões, e, por outro lado, um meio de comunicação capaz de possibilitar a partilha e transmissão de informação¹.

Nesse ciberespaço proliferam as redes sociais como instrumento de disseminação eficaz e imediata de conteúdos (como fotografias, vídeos ou dados de localização), mas consolidam-se enquanto poderosas montras promotoras da imagem, concretizando as intenções lucrativas ou de simples desenfado, correspondendo, assim, a um aproveitamento ou exploração económica da imagem² ou a uma mera partilha lúdica.

É, hoje, prática comum a exposição da intimidade privada e a divulgação da imagem, no entanto, vem assumido crescente relevância a presença das crianças nas redes sociais, seja nas redes sociais dos próprios pais, seja nas redes sociais criadas e administradas pelos pais em nome dos filhos no exercício das responsabilidades parentais³, colocando em causa a privacidade de dados pessoais da criança, o seu superior interesse e a tutela dos seus direitos de personalidade, antes mesmo de poderem consentir na disposição do direito à imagem e do direito à reserva sobre a intimidade da vida privada, por não terem nascido⁴ ou por não terem o discernimento necessário para tal em função da sua idade.

Ademais, a crescente utilização de redes sociais pelas crianças e a sua multiplicidade não deixam de estar associadas a uma – cada vez mais – precipitada entrada no mundo virtual que, em certos casos, foge do controlo parental, mas noutros é encabeçada pelos progenitores, sendo estes mesmos os impulsionadores ou os criadores da presença digital dos filhos na *internet*.

Assim se enquadra o fenómeno do *sharenting* que se traduz na partilha e exposição excessivas de conteúdos dos filhos nas redes sociais pelos pais ou outros titulares das responsabilidades parentais, conservando a imagem no mundo cibernético à mercê da vontade de quem a vê e pesquisa. Ora, a importância que a esta problemática vem sendo dada contrapõe-se, porém, à insuficiente ou

¹ FARINHO, Domingos Soares, *Intimidade da vida privada e media no ciberespaço*, Coimbra, Almedina, 2006, p. 9.

² De notar que consideramos as expressões “aproveitamento económico” e “exploração económica” como sinónimos.

³ CARVALHO, Andreia F. Pereira de, *A Criança nas Redes Sociais: Tutela da Personalidade e Responsabilidade Parental na Divulgação da Imagem*, 1.ª edição, Coimbra, Gestlegal, 2021, pp. 123-124.

⁴ “These online practices start even before the birth of a child, when expectant mothers share sonogram images of their unborn children”. BROSCH, Anna, “When the child is born into the internet: sharenting as a growing trend among parents on Facebook”, in *The New Educational Review*, vol. 53, n.º 1, 2016, pp. 225-235, disponível: https://www.researchgate.net/publication/299601525_When_the_Child_is_Born_into_the_Internet_Sharenting_as_a_Growing_Trend_among_Parents_on_Facebook [03.08.2023].

mesmo inexistente discussão em torno das finalidades com que a imagem da criança é difundida nas redes sociais. Se a disposição do direito à imagem dos filhos vem sendo abordada em diferentes áreas do conhecimento, tanto no direito como na psicologia, quanto aos seus perigos e potencialidades, mas também quanto à tutela dos direitos de personalidade, os mesmos esforços não têm sido feitos quando a imagem da criança é “objeto” na obtenção de lucro nas redes sociais. O aproveitamento económico da imagem não tem conhecido estudos ou reflexões do direito quanto à posição da criança exposta, para a obtenção de algum incremento patrimonial, por aqueles que exercem as responsabilidades parentais, nem se tem discorrido sobre os limites da atuação parental na exploração da imagem, tendo em consideração os perigos que daí decorrem e o advento de novas tendências de disposição do direito à imagem da criança, como o *digital influencing*.

O crescimento exponencial das redes sociais, associado ao desenvolvimento tecnológico, “potenciou o surgimento de novas modalidades de comunicação comercial”⁵ protagonizadas pelos, comumente designados, influenciadores digitais que procuram promover produtos, marcas e a sua própria imagem, mormente vinculada à dos filhos, estabelecendo, assim, uma relação afetiva de familiaridade e empatia com o público. Por um lado, verificamos um estreitamento da relação do público com os influenciadores digitais e respetiva família, e, por outro lado, desvanece a linha que divide o núcleo privado e secreto do núcleo público da criança, tornando a sua imagem um “objeto” comercial atrativo não só à sociedade comum, mas também aos agentes do mercado.

Foi nesta lógica que o legislador português concretizou um regime de proteção das crianças e jovens menores de idade quando estes participem em espetáculos ou outras atividades de natureza cultural, artística ou publicitária, cuja participação está sujeita a autorização da CPCJ da área da residência habitual da criança, nos termos previstos na Lei n.º 105/2009, de 14 de setembro⁶, considerando, assim, premente a proteção da privacidade da criança, da sua saúde e da sua educação, não sendo menos importante a proteção dos seus direitos de personalidade.

Importará, assim, distinguir este cenário daquele em que a exposição e exploração da imagem da criança ocorre nas redes sociais, não só pela novidade desta, mas também pela sua relativa informalidade, pelo que não deixa de consubstanciar diversas questões, nomeadamente, quanto à legitimidade da atuação dos progenitores no aproveitamento económico da imagem, à administração dos proventos arrecadados com a exposição da criança e à ofensa dos direitos de personalidade desta, máxime o seu direito à imagem.

⁵ AMORIM, Ana Clara Azevedo, “Os influenciadores digitais e a publicidade oculta: abordagem comparada de direito luso-brasileiro”, in *Congresso Internacional em Humanidades Digitais*, 2018, p. 123.

⁶ Lei n.º 105/2009, de 14 de setembro, que regulamenta e altera o Código do Trabalho, aprovado pela Lei n.º 7/2009, de 12 de fevereiro, e procede à primeira alteração da Lei n.º 4/2008, de 7 de fevereiro, disponível em www.dre.pt [24.07.2023].

Tal deverá compreender, da nossa parte, um estudo aprofundado de diversos institutos jurídicos que nos permitirá aferir se a inexistente regulamentação sobre o aproveitamento económico da imagem das crianças nas redes sociais corresponderá a uma desconsideração da nova tendência de exposição da imagem ou se esta atuação, por parte daqueles que detém o exercício das responsabilidades parentais, poderá merecer a proteção do direito, sendo-lhe aplicadas as consequências jurídicas já conhecidas do ordenamento jurídico português.

Simplesmente, pretendemos dar o mote ao estudo das especificidades do aproveitamento económico da imagem nas redes sociais e ao aprofundamento das consequências jurídicas que tal poderá implicar no âmbito da relação paterno-filial, por ser escassa a sua discussão no direito.

Capítulo 1: O exercício das responsabilidades parentais e o superior interesse da criança

A Convenção sobre os Direitos da Criança, adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 1989 e ratificada por Portugal em 1990, convoca uma mudança de paradigma quanto à posição da criança nas relações familiares e sociais do século XX, assumindo um papel participativo e relevante, enquanto “ator social, capaz de moldar a sua identidade, produzir e comunicar visões confiáveis do mundo social, mantendo o direito de participar ativamente nele”^{7 8}. À criança, embora especialmente frágil, vulnerável e carente de proteção jurídica, é reconhecida autonomia na moldura da sua incapacidade e na medida do seu discernimento, sendo exigido aos Estados-Parte o abandono de políticas de carácter paternalista que reforcem o poder adulto e a subordinação das crianças⁹, no pressuposto de que os pais agem sempre no seu melhor interesse. Nas palavras de Réginne Sirotta, escapamos à concepção de infância “como um simples objeto passivo de uma socialização regida por instituições”¹⁰.

Assim, trata-se de um equilíbrio que deverá ser almejado pelos Estados-Parte no sentido de se reconhecer à infância capacidade de exercício de direitos e de agir de acordo com a idade e maturidade de pensamento da criança, mas também garantir que aos pais é reconhecido um conjunto de deveres na prossecução do seu superior interesse (previsto no art. 3.º da Convenção), na educação e desenvolvimento profícuo da criança (art. 18.º da Convenção)¹¹.

Resta, no entanto, apurar o sentido jurídico do conceito de criança. De acordo com a Convenção, criança é todo o ser humano até aos dezoito anos de idade (art. 1.º). Também no direito civil português, o menor de idade será aquele que não tiver ainda completado dezoito anos de idade (art. 122.º do CC). Por sua vez, a menoridade consiste numa situação de incapacidade de exercício, não podendo o incapaz dispor dos seus bens, reger a sua pessoa ou adquirir direitos ou assumir obrigações (art. 123.º, 2.ª parte do CC)¹², adquirindo capacidade de exercício quando atinja a maioridade ou se torne emancipado pelo casamento (art. 132.º do CC).

A incapacidade é, porém, suprida pelo poder paternal e, subsidiariamente, pela tutela, como dispõe o art. 124.º do CC, que deverão atuar na proteção dos interesses da criança. Não obstante, e

⁷ PECHTELIDIS, Yannis, “A Criança como ator social”, in *Conceitos chave em Sociologia da Infância*, Perspetivas Globais, Braga, Uminho Editora, p. 53, disponível em: <https://ebooks.uminho.pt/index.php/uminho/catalog/view/36/113/1133-1>

⁸ É o que consta do art. 12.º da Convenção ao prever o direito de participação da criança nas questões que lhe digam respeito, aliado ao direito de informação (art. 13.º), à liberdade de pensamento, consciência e religião (art. 14.º), à liberdade de associação (art. 15.º), à proteção da vida privada (16.º) e ao acesso a informação apropriada (art. 17.º).

⁹ TOMÁS, Catarina, “Paradigmas, imagens e concepções da infância em sociedades mediatizadas”, in *Media & Jornalismo*, n.º 11, 2007, p. 121, disponível em: <http://fabricadesites.fcsh.unl.pt/polocidigital/wp-content/uploads/sites/8/2017/04/n11-07-catarina-tomas.pdf>

¹⁰ SIROTTA, Réginne. “Emergência de uma Sociologia da Infância”, *Evolução do Objecto e do Olhar*, in *Cadernos de Pesquisa*, n. 112, 2001, p. 7.

¹¹ MOREIRA, Sónia, “A autonomia do menor no exercício dos seus direitos”, in *Separata de Scientia Iuridica*, tomo L, n.º 291, 2001, p. 173.

¹² HÖRSTER, Heinrich Ewald; SILVA, Eva Sónia Moreira da, *A Parte Geral do Código Civil Português: Teoria Geral do Direito Civil*, 2.ª edição, totalmente revista e aumentada, Coimbra, Almedina, 2021, p. 321.

nos termos do n.º 2 do art. 1878.º do CC, os pais devem envolver a criança no processo decisório quanto a assuntos familiares que lhe digam respeito e conceder-lhe espaços de liberdade na organização da sua vida privada¹³, seguindo a tónica da Convenção quanto à concessão de uma capacidade natural à menoridade¹⁴.

Em certos cenários, a criança possui capacidade de exercício atribuída por lei, nos casos das denominadas maioridades especiais¹⁵. Referimo-nos, nomeadamente, à maioridade religiosa prevista no art. 1886.º quanto aos maiores de dezasseis anos, à possibilidade de a criança ser ouvida em Tribunal em caso de desacordo dos pais quanto a questões de particular importância (art. 1901.º, n.º 3), o direito de oposição às medidas impostas no âmbito de processo de promoção e proteção por crianças maiores de 12 anos (art. 10.º, n.º 1 da LPCJP¹⁶) ou a participação no tráfico jurídico quando se trate das exceções compreendidas nas als. do art. 127.º do CC.

Tal traduzir-se-á na premissa de que a idade não significará incapacidade. Como vem sendo percebido pelos estudos da Sociologia da Infância, a infância é um “*entre-lugar* o espaço intersticial entre dois modos – o que é consignado pelos adultos e o que é reinventado nos mundos de vida das crianças”¹⁷ e que irá, necessariamente, beber da aprendizagem e ensinamentos pelos quais os pais estarão responsáveis, mas, ao mesmo tempo, criar o seu espaço de ação e de desenvolvimento¹⁸. É neste sentido que ao menor de dezoito anos é dada a faculdade de celebrar certos negócios jurídicos e agir de acordo com a sua vontade e os seus interesses que, num “processo de evolução gradual”¹⁹, se vão consolidando e ajustando à realidade adulta²⁰.

No entanto, as intenções do legislador de salvaguardar a participação da criança referida não se pareciam coadunar com o termo que veio, até 2008, sendo admitido quanto à função atribuída aos pais de suprimento da incapacidade por menoridade: o poder paternal. Se, por um lado, a *tradição* paternalista de definir a relação que se estabelece entre pais e filhos menores se mostra desadequada

¹³ Neste sentido, refere Raul Guichard “na medida da sua aptidão de discernimento, segundo a sua maturidade, haverá que ouvir (...) as requestas ou desejos, os sentimentos e as necessidades do menor. E há-de ele desempenhar, assim, um papel ativo, de coenvolvimento nas decisões que o afetem, atendendo-se ao seu desacordo, fazendo-o participar ou até chamando-o a tomar por si tais deliberações”. GUICHARD, Raul, “Sobre a incapacidade dos menores no direito civil e a sua justificação”, in *Revista de Ciências Empresariais e Jurídicas*, 2005, p. 6.

¹⁴ SOTTOMAYOR, Maria Clara, *Temas de Direito das Crianças*, Coimbra, Almedina, 2014, p.19.

¹⁵ OLIVEIRA, Guilherme de, *O acesso dos menores aos cuidados de saúde*, RLJ, Ano 132.º, n.º 3898, 1999, p. 16.

¹⁶ Lei n.º 147/99, de 1 de setembro, publicado no Diário da República n.º 204/1999, Série I-A de 1999-09-01, páginas 6115-6132, disponível em: http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=545&tabela=leis

¹⁷ SARMENTO, Manuel, “As Culturas da Infância nas Encruzilhadas da 2ª Modernidade”, in *Crianças e Miúdos: perspectivas sócio-pedagógicas da infância e educação*, Porto, Edições Asa, 2004, p. 10.

¹⁸ “De uma situação de dependência total e de sobredeterminação das necessidades da criança deve passar-se, progressivamente, para uma cada vez maior articulação complementar entre os interesses, as necessidades e os tempos das crianças e das figuras parentais. Só dessa forma ambos aprendem a construir percursos capazes de respeitar a identidade e autonomia de cada um”. ALARCÃO, Madalena, “A importância das relações afetivas no desenvolvimento da criança”, in *A Tutela Cível do Superior Interesse da Criança – Tomo III*, Lisboa, Centro de Estudos Judiciários, 2014, p.75, disponível em: https://cej.justica.gov.pt/LinkClick.aspx?fileticket=N_1kUly5WYy%3d&portalid=30

¹⁹ HÖRSTER, Heinrich Ewald; SILVA, Eva Sónia Moreira da, *A Parte Geral do Código Civil Português: Teoria Geral do Direito Civil*, cit., p. 322.

²⁰ Neste sentido, Heinrich Hörster entende, quanto à opção do legislador de afastar a incapacidade dos menores no art. 127.º do CC, que “a lei tem de considerar não só as exigências da segurança do tráfico jurídico mas também o direito à autodeterminação e auto-regulamentação da pessoa, na medida em que esta está em condições para fazer uso dos seus direitos e para atuar de uma maneira cada vez mais responsável”. HÖRSTER, Heinrich Ewald; SILVA, Eva Sónia Moreira da, *A Parte Geral do Código Civil Português: Teoria Geral do Direito Civil*, cit., p. 322.

às necessidades da criança, ao seu desenvolvimento e às características atuais das relações paterno-filiais, por outro, por força da Lei n.º 61/2008, de 31 de outubro, o ordenamento jurídico português abandona a expressão poder paternal, substituindo-a por responsabilidades parentais. No nosso entender, de forma acertada, como, aliás, refere a doutrina maioritária.

1.1. Noção, conteúdo e natureza jurídica das responsabilidades parentais.

Nos estudos da Teoria Geral do Direito Civil, o exercício das responsabilidades parentais apresenta-se como uma forma de representação legal do menor no âmbito da sua “atividade jurídico-negocial”²¹. Contudo, não se cinge à mera representação do menor, na medida em que não intervirão os titulares das responsabilidades parentais apenas quando se afigure necessário suprir a incapacidade dos menores, olvidando, assim, o direito dos filhos ao seu desenvolvimento pessoal e as especificidades da própria relação de filiação, em especial da sua vertente sentimental e afetiva.

Na verdade, caso adotássemos um tal entendimento, esgotar-se-ia o sentido do exercício das responsabilidades parentais na rigidez e formalismo que as relações familiares modernas não comportam, por um lado, por não assentarem num mero dever de obediência dos filhos à autoridade dos pais e, por outro, por não se circunscreverem a aspetos de representação jurídica dos menores, descurando as funções social e assistencial da família²².

Como antecedente das responsabilidades parentais, o poder paternal vê a sua origem no direito romano clássico na figura do *paterfamilias*, a quem competia o exercício da *patria potestas* e que detinha um poder absoluto sobre os filhos, equiparado ao controlo sobre os seus escravos e património. E, embora se tenha dissipado o carácter absoluto e perpétuo, nos Códigos Civis de 1867 e de 1966 subsiste “a estrutura hierárquica e autoritária do poder paternal do chefe da família masculino com poderes discricionários sobre os filhos menores”²³.

Até à Constituição de 1976 e Reforma de 1977, à figura materna sobravam apenas poderes consultivos ou de substituição das funções parentais da figura masculina²⁴, estando-lhe vedada a faculdade de romper com o patriarcado, e ao pai competia trabalhar, sustentar e orientar a vida familiar, competindo-lhe, em exclusivo, conceder autorizações ao filho, assim, um conjunto de poderes-deveres de educação, representação e administração dos bens, assentes numa relação de subordinação e sujeição da criança às vontades e disciplina dos pais. A Constituição de 1976, fruto da Revolução de abril de 1974, quebrou o paradigma, reconhecendo à *mater* o mesmo protagonismo

²¹ SOTTOMAYOR, Maria Clara, *Regulação do exercício das responsabilidades parentais nos casos de divórcio*, 7.ª edição, Coimbra, Almedina, 2021, p.23.

²² Sobre as funções da família, vide CAMPOS, Diogo Leite de; CAMPOS, Mónica Martinez de, *Lições de Direito da Família*, 3.ª edição, Coimbra, Almedina, 2017, pp. 44-49.

²³ SOTTOMAYOR, Maria Clara, *Temas de Direito das Crianças*, Coimbra, Almedina, 2014, p. 24.

²⁴ BOLIEIRO, Helena; GUERRA, Paulo, *A criança e a família – uma questão de direito(s): visão prática dos principais institutos do Direito da Família e das Crianças e Jovens*, 2.ª Edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2014, pp. 184-185.

e os mesmos papéis do *pater* anteriormente exclusivos do colo paternal; os dois pais, em igualdade, participam da relação familiar, educando, alimentando e coabitando com a criança (art. 36.º da CRP).

Com o Decreto-Lei n.º 496/77, o poder paternal é já um poder funcional, composto por deveres de cuidado e de educação, que opera em torno do superior interesse da criança.

Finalmente, a Lei n.º 61/2008 promove alterações significativas ao regime do poder paternal, inclusive alterando a sua denominação para a expressão “responsabilidades parentais”, decisão que tem nos seus alicerces os estudos e as discussões dos autores que vêm arguindo pela alteração de conceitos. Já em 1981, Moitinho de Almeida referia que o poder paternal fazia “lembrar a ideia do *poder-sujeição* [...] e a ascendência do pai”²⁵. Enquanto a palavra “poder” significa posse, autoridade e domínio, a palavra “paternal” refere-se à figura do pai e à preponderância desta enquanto chefe de família, por consequência, hierarquicamente superior à mulher e aos filhos²⁶, algo que o legislador, já em 1977 com o Decreto-Lei n.º 496/77, de 25 de novembro, pretendeu excluir ao consagrar a igualdade dos cônjuges na direção da família, na orientação da vida comum e no exercício dos direitos e deveres que nascem com a parentalidade (n.º 1 e n.º 2 do art. 1671.º do CC).

Se o legislador português optou pela expressão “responsabilidades parentais”²⁷, diversos autores enunciavam outros termos alternativos: ao passo que alguns autores introduziam expressões como “poder parental”²⁸ ou “direitos parentais”²⁹, outros³⁰ expressavam o seu apreço pela expressão “cuidado parental” assente na comparticipação igualitária de pai e mãe nas funções de cuidado e educação. As figuras paternal e maternal partilham agora responsabilidades, decisões e inquietações quanto à criança, bem como laços afetivos e processos emocionais, sempre associados ao sexo feminino, mas que ao sexo masculino vem sendo concedida competência ou aptidão para estabelecer uma relação de carinho com aqueles que lhe são mais próximos, inclusive aqueles com quem estabelece uma relação de filiação.

Ademais, a exposição de motivos do Projeto de Lei n.º 509/X, que iniciou o processo de substituição da expressão poder paternal, referia que «ao substituir uma designação por outra muda-se o centro de atenção: ele passa a estar não naquele que detém o “poder” – o adulto, neste caso – mas naqueles cujos direitos se querem salvaguardar, ou seja, as crianças». Noutros termos, coloca-

²⁵ ALMEIDA, Moitinho de, “Efeitos da Filiação”, in *Reforma do Código Civil*, Lisboa, Ordem dos Advogados, 1981, p. 145.

²⁶ SOTTOMAYOR, Maria Clara, *Regulação do exercício das responsabilidades parentais nos casos de divórcio*, cit., p. 26.

²⁷ No que concerne à expressão “responsabilidades parentais”, Jorge Duarte Pinheiro revela as suas inquietações quanto ao termo “parentais”, na medida em que leva a pensar que o exercício das responsabilidades parentais poderá caber a quaisquer parentes, quando, na realidade, caberá, em princípio, aos pais, ou seja, aos parentes no 1.º grau da linha reta. PINHEIRO, Jorge Duarte, *O Direito da Família Contemporâneo*, 7.ª edição, Coimbra, Gestlegal, 2021, p. 261.

²⁸ CAMPOS, Diogo Leite de, *Lições de Direito da Família e das Sucessões*, 2.ª Edição, revista e atualizada, Coimbra, Almedina, 2013, p. 370.

²⁹ BAPTISTA-LOPES, M. Manuela; DUARTE-FONSECA, António Carlos, “Aspectos da Relação Jurídica entre Pais e Filhos”, in *Infância e Juventude*, número especial, 1991, p. 242.

³⁰ SOTTOMAYOR, Maria Clara, *Regulação do exercício das responsabilidades parentais nos casos de divórcio*, cit., p. 26; DIAS, Cristina, “A Criança como sujeito de direitos e o poder de correção”, in *Julgar*, n.º 4, 2008, p. 88; MARTINS, Rosa Cândido, *Menoridade, (In)capacidade e Cuidado Parental*, Coimbra, Coimbra Editora, 2008, pp. 225-227.

se a tónica na criança enquanto centro da esfera de cuidados.

Atualmente, consagra o n.º 1 do art. 1878.º a competência dos pais de, 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. Por seu turno, os filhos estão vinculados a um dever de obediência aos pais, sem que tal implique, porém, descurar a importância da palavra da criança e a sua autodeterminação, em função da idade e maturidade (n.º 2 do art. 1878.º).

As responsabilidades parentais consistem, assim, num conjunto de direitos-deveres atribuídos aos pais no interesse dos filhos que, conciliando as necessidades físicas, intelectuais e emocionais destes, têm em vista o seu desenvolvimento, cuidado, educação, proteção e promoção da autonomização e independência em todas as esferas da vida da criança³¹.

Neste sentido, e não sendo uma disponibilidade de meios para obter um fim, os pais não terão a faculdade de decidir pelo não exercício dos deveres parentais; nem os titulares das responsabilidades parentais as exercem de acordo com os seus interesses, mas na prossecução altruísta do superior interesse da criança³². Aliás, poder-se-á considerar que a lei presume a existência de uma relação de proximidade e afetividade típica da filiação, concedendo, por essa razão, aos pais, um papel multidisciplinar e preponderante na aferição das carências da criança, ainda que, idealmente, os interesses dos filhos e os interesses dos pais devam ser conciliados e coexistir em harmonia.

O art. 1878.º consagra, assim, o conteúdo das responsabilidades parentais que abarca não só o dever de assegurar a guarda, a segurança, a saúde e a educação, mas também de prover ao sustento da criança, à administração dos seus bens e à sua representação. Porém, não sendo a enumeração aí prevista taxativa, mas exemplificativa³³, o legislador dispõe apenas linhas orientadoras e representativas que pretendem elucidar e concretizar o conteúdo das responsabilidades parentais, sem que exista alguma chance de excluir situações que, embora não constem do art. 1878.º, sejam direitos-deveres que se comprometam com as especificidades de cada criança.

No essencial, o centro do exercício das responsabilidades parentais encontra-se na criança e no âmago do seu conteúdo estarão os cuidados prestados pelos pais, quanto à sua pessoa e quanto aos seus bens. A doutrina maioritária³⁴ reparte assim o plano pessoal e o plano patrimonial quanto ao conteúdo das responsabilidades parentais, competindo aos pais a proteção da saúde e da segurança,

³¹ Citando Cristina Dias, “trata-se de um conjunto de faculdades de conteúdo altruísta, exercido no interesse dos filhos e sob a vigilância da ordem jurídica, visando como objectivo principal a proteção e promoção dos interesses do filho, com vista ao seu desenvolvimento integral”. DIAS, Cristina, “A Criança como sujeito de direitos e o poder de correção”, in *Julgar*, n.º 4, 2008, p. 91.

³² PINHEIRO, Jorge Duarte, *O Direito da Família Contemporâneo*, cit., p. 261.

³³ Neste sentido, MARTINS, Rosa Cândido, *Menoridade, (In)capacidade e Cuidado Parental*, cit., p. 193; RODRIGUES, Hugo Manuel Leite, *Questões de particular importância no exercício das responsabilidades parentais*, 1.ª edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2011, p. 31.

³⁴ LEANDRO, Armando, “Poder paternal”, in *AAVV, Temas de Direito da Família*, Ciclo de Conferências no Conselho Distrital do Porto da Ordem dos Advogados, Coimbra, Almedina, 1986, p. 124; BOLIEIRO, Helena; GUERRA, Paulo, *A criança e a família, uma questão de direito(s): visão prática dos principais institutos do Direito da Família e das Crianças e Jovens*, cit., pp. 182- 183.

mas também, e não só, a proteção do eixo patrimonial e negocial da criança.

A verdade é que a escolha do legislador pendeu no sentido de separar as responsabilidades parentais quanto à pessoa do filho das responsabilidades parentais relativas aos seus bens, nunca deixando de olvidar o carácter mutável desses direitos-deveres, diminuindo na medida do crescimento e progressão da autonomia da criança.

Aí incluímos, nomeadamente, o direito-dever de guarda, *stricto sensu*, disposto no n.º 1 do art. 1877.º, enquanto direito de os pais terem o filho em sua companhia, de fixar a sua residência e exigir que daí não se retire ou seja retirado³⁵. No mesmo sentido, a Lei Fundamental, no seu n.º 6 do art. 36.º, prevê que 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. Ao dever de guarda está também associada a possibilidade de decidir questões de saúde da criança, nomeadamente quanto a conceder autorizações a intervenções e procedimentos médicos do filho.

Intrinsecamente conexo a este, o direito-dever de vigilância concede aos pais a faculdade de vigiar, controlar e monitorizar as ações e os comportamentos dos filhos, com o intuito de proteger a sua integridade física e moral, designadamente, supervisionando as relações interpessoais que a criança estabelece, a regularidade e o propósito das suas saídas e a sua correspondência eletrónica.

Ademais, estão os pais adstritos ao direito-dever de prover ao sustento dos filhos menores, constitucionalmente previsto no n.º 5 do art. 36.º da Constituição no sentido de lhes ser incumbido o direito e dever de manutenção dos filhos. Tal implica suprir as necessidades de alimentação, habitação, vestuário, saúde, educação e segurança, entre outras, promovendo o crescimento físico e intelectual, na medida do nível de vida dos próprios pais e atendendo às suas capacidades financeiras, nos termos do art. 1879.º. Assim, o direito-dever de sustento ou, na doutrina de Rosa Cândido Martins, o direito-dever “de manutenção”³⁶ pode cessar com a maioridade, com a emancipação ou quando o menor seja capaz de suportar as suas despesas, mas também prolongar-se na maioridade ou emancipação do filho, se este não houver concluído a sua formação profissional (art. 1880.º).

Também constitucionalmente sistematizado surge o direito-dever de educação, impresso no n.º 5 do art. 36.º da Lei Fundamental e no art. 1885.º do CC. Enquanto fim máximo orientador do exercício das responsabilidades parentais, a educação é um direito das crianças e um dever dos pais para com os filhos, devendo, por um lado, promover o seu desenvolvimento físico, intelectual e moral e, por outro, proporcionar adequada instrução geral e profissional. Nesta senda, referimo-nos à educação em sentido amplo, que abrange o encorajamento do desenvolvimento físico, intelectual, moral,

³⁵ MARTINS, Rosa Cândido, *Menoridade, (In)capacidade e Cuidado Parental*, cit., p. 198.

³⁶ *Idem*, pp. 202-204.

religioso ou espiritual, cívico, político e a promoção da aprendizagem escolar e profissional, em função das aptidões de cada criança.

Tal não deixa de convocar o poder de correção expressamente reconhecido no art. 1884.º do CC de 1966, como direito de os pais submeterem os filhos menores a castigos corporais moderados sob a forma educativa, entretanto revogado e não substituído. Hoje, não será assim. Apesar de subsistir um dever de correção no processo educativo dos filhos assente em castigos, repreensões ou advertências, não concordamos que daí se retire a admissibilidade de castigos corporais como instrumento educacional e que tal faça parte do conteúdo das responsabilidades parentais. Se nos apartamos da ideologia da sujeição ao poder paternal, não podemos sucumbir a um exercício parental punitivo, severo e prejudicial para o próprio desenvolvimento físico e emocional da criança. A correção é sim, no entender de Cristina Dias, “um dever dos pais que não deverá exceder os limites da educação, compreendendo repreensões e censuras, privação de um divertimento”³⁷, considerando a saúde da criança.

E, apesar de o uso de castigos corporais moderados ser prática socialmente aceite, cremos não existir legitimidade para os pais o exercerem, na criança, sejam os castigos moderados ou violentos e desproporcionados, na medida em que a intenção educativa destes poderá evoluir para situações de abuso e violência ou causar danos, presentes e futuros, na integridade emocional do filho³⁸.

Assim, no âmbito do seu direito-dever de educação, os pais estão legalmente obrigados a procurar meios alternativos ao uso da violência e exercer o seu dever de correção, designadamente, colocando a criança de castigo no quarto ou retirando o telemóvel e outras formas de entretenimento. No superior interesse da criança, a correção implicará não um direito de a agredir, mas um direito-dever que compreenderá, muitas vezes, esforços de repreensão, compreensão, inflexibilidade e discussão, mas jamais punição, violência e ofensas à criança.

Já no que respeita aos direitos-deveres de natureza patrimonial, há que referir, em primeiro lugar, o direito-dever de representação, previsto no n.º 1 do art. 1878.º e no art. 1881.º. Decorrente da incapacidade de agir dos menores de idade, cabe aos pais representar os filhos, ainda que nascituros, ou, por outras palavras, substituírem-se aos filhos menores por estes carecerem de capacidade e discernimento para a celebração de diversos atos. O direito-dever de representação compreende o exercício de todos os direitos e o cumprimento de todas as obrigações do filho, excetuados os atos puramente pessoais (é o caso da perfilhação, do casamento e do testamento que

³⁷ DIAS, Cristina, “A Criança como sujeito de direitos e o poder de correção”, in *Julgar*, n.º 4, 2008, p. 97.

³⁸ Neste sentido, não podemos deixar de concordar com Maria Clara Sottomayor quando refere que “a aceitação de qualquer poder de castigar moderadamente os filhos assenta numa ideia, culturalmente muito difundida, mas desmentida pelas ciências sociais e pela psicologia, da inferioridade da criança face ao adulto”. SOTTOMAYOR, Maria Clara, “Existe um poder de correção dos pais? - A propósito do acórdão do STJ, de 05-04-2006”, in *Lex Familiae*, Ano 4, n.º 7, 2007, p.121.

não comportam representação legal) e os atos respeitantes a bens cuja administração não pertença aos pais (n.º 1 do art. 1881.º).

Quanto ao direito-dever de administração, cumpre-nos referir que aos pais é concedida a administração dos bens do menor, exceto quanto aos bens elencados no art. 1888.º. Os pais não estão obrigados a prestar contas da sua administração (art. 1899.º), mas devem administrar os bens com o mesmo cuidado com que administram os seus (art. 1897.º), até que o menor atinja a maioridade ou seja emancipado (n.º 1 do art. 1900.º).

Se quanto ao conteúdo das responsabilidades parentais decorremos pelos direitos e deveres que aí se incluem, resta-nos, no entanto, aferir da natureza jurídica do cuidado parental. De facto, a questão que vem sendo colocada prende-se com a qualificação das responsabilidades parentais enquanto poder funcional ou direito subjetivo.

Esta divisão na doutrina assenta, principalmente, no argumento de que as responsabilidades parentais representam uma situação jurídica complexa que abarca diferentes situações jurídicas, de um lado, poderes funcionais e direitos e, de outro, puros e simples deveres³⁹. Contudo, é pacífico na doutrina que tal não invalida a determinação da natureza das responsabilidades parentais como um todo.

E, embora seja também relativamente pacífico que se trata de um poder funcional, autores existem que consagram as responsabilidades parentais como um direito subjetivo. Ora, define-se direito subjetivo como o poder de exigir de outrem um comportamento (direito subjetivo propriamente dito) ou de produzir certas consequências jurídicas (direito potestativo). O titular do direito subjetivo tem livre-arbítrio quanto ao exercício ou não exercício e no modo como exerce esse direito, estando à sua livre disponibilidade satisfazer um qualquer interesse seu ou de outrem. Falamos do elemento caracterizador “liberdade de atuação” ou “permissão”⁴⁰.

As responsabilidades parentais são direitos familiares pessoais. O seu exercício pressupõe a existência de uma relação afetiva assente em direitos e deveres dos pais para com os filhos, sobre os quais os primeiros não podem dispor, por estarem obrigados ao exercício das responsabilidades parentais e vinculados aos interesses das crianças⁴¹, sob pena de incorrerem em responsabilidade civil (como inibição do exercício das responsabilidades parentais nos termos do art. 1915.º do CC) ou

³⁹ MENDES, João de Castro; SOUSA, Miguel Teixeira de, *Direito da Família*, Lisboa, AAFDL, 1991, pp. 339-340.

⁴⁰ No que a este assunto concerne, a doutrina de Gomes da Silva dá especial importância à realização pessoal dos pais e aos interesses destes no exercício das responsabilidades parentais, obstando à sua caracterização enquanto poderes funcionais. SILVA, Gomes da, *Curso de Direito da Família, Aportamentos das lições proferidas no ano lectivo de 1960-61*, coligidos pelos alunos Jorge Liz e Vasconcelos Abreu, Lisboa, AAFDL, 1960, pp. 151, 152 e 330.

⁴¹ “As responsabilidades parentais são, portanto, definidas de forma unitária, não como uma espécie de direito subjetivo mas como um poder funcional, cujo exercício é obrigatório ou condicionado, em que se acentua a funcionalização dos direitos dos pais ao interesse dos/as filhos/as, os quais não estão na livre disponibilidade do titular do direito-dever”. SOTTOMAYOR, Maria Clara, *Regulação do exercício das responsabilidades parentais nos casos de divórcio*, 7.ª edição, Coimbra, Almedina, 2021, p. 28.

penal (arts. 143.º, 145.º, n.º 1, al. a), 132.º, n.º 2, al. a) ou 152.º-A do CP). Ademais, o conteúdo das responsabilidades parentais não consiste apenas em faculdades ou direitos, mas também deveres (como os deveres de educação, de vigilância ou de sustento).

Conceber as responsabilidades parentais como direito subjetivo seria retroceder ao binómio “poder-objeto”, há muito ultrapassado, em que os pais têm o poder de exigir um determinado comportamento, enquanto a criança é somente o objeto do direito, obedecendo às suas exigências. Também não deverão os titulares das responsabilidades parentais atuar a favor de interesses egoístas e, nem sequer, ponderar os seus interesses com alguma superioridade ou prevalência aos da criança. Não é esta a finalidade altruística que a doutrina reconhece ao cuidado parental.

As responsabilidades parentais são um conjunto de poderes-deveres, direitos-deveres ou poderes funcionais que os pais exercem imperativamente e do modo exigido pela lei; assim, no interesse dos filhos e com um papel fundamental no desenvolvimento, proteção e educação da criança. Heinrich Hörster e Eva Sónia Moreira da Silva elucidam: *«O seu titular não é apenas auto-responsável, também é responsável, com força igual, por outrem (...). Ele não pode exercer o seu direito de “livre vontade”, mas apenas dentro das funções a que se destina, sendo o exercício controlado pela ordem jurídica»*⁴².

Neste sentido, não deixamos de louvar a doutrina que vem introduzindo a expressão “direitos-deveres”, substituinte daquela que, embora mais vulgar, seja desadequada para os tempos atuais⁴³.

Por um lado – com argumentos formais – cremos que terá sido intenção do legislador apartar a expressão “poder” da relação estabelecida entre pais e filhos, não apenas quanto ao seu aspeto exterior, mas também no que respeita ao seu conteúdo e natureza. Se o próprio termo foi alvo de críticas doutrinárias que lograram numa substituição, a sua natureza jurídica deve acompanhar essa mudança, pelo que julgamos a expressão “direitos-deveres” mais adequada.

Por outro lado – com argumentos materiais – os pais têm direitos (não poderes) e deveres que se deverão conciliar, sendo esses direitos atribuídos para cumprimento desses mesmos deveres⁴⁴. De facto, os direitos à educação e à inseparabilidade dos filhos dos seus pais ou o direito a amar e ser amado e respeitado⁴⁵ vêm sendo considerados verdadeiros direitos de personalidade, “pois só em contacto com os filhos, na convivência quotidiana, no exercício do seu poder-dever de educação, (...) eles encontrarão um quadro ideal para o desenvolvimento da personalidade”⁴⁶.

⁴² HÖRSTER, Heinrich Ewald; SILVA, Eva Sónia Moreira da, *A Parte Geral do Código Civil Português: Teoria Geral do Direito Civil*, cit., pp. 256-257.

⁴³ Vide, SOTTOMAYOR, Maria Clara, Regulação do exercício das responsabilidades parentais nos casos de divórcio, 7.ª edição, Coimbra, Almedina, 2021, p. 27; HÖRSTER, Heinrich Ewald; SILVA, Eva Sónia Moreira da, *A Parte Geral do Código Civil Português: Teoria Geral do Direito Civil*, cit., p. 256; LIMA, Pires de; VARELA, Antunes, *Código Civil Anotado*, 1.ª edição, reimp., vol. V, Coimbra, Coimbra Editora, 2011, pp. 331-332.

⁴⁴ LEANDRO, Armando, “Poder paternal”, cit., p. 121.

⁴⁵ SILVA, Joaquim Manuel, *A Família das Crianças na Separação dos Pais*, Petrony Editora, 2016, p. 42.

⁴⁶ CAMPOS, Diogo Leite de, *Lições de Direito da Família e das Sucessões*, cit., p. 106.

Contudo, muito embora haja uma relação de reciprocidade de direitos, os interesses das crianças e dos pais não estão numa relação de igualdade; o interesse dos pais terá, necessariamente, relevância secundária, sendo atendível quando não colida quando o superior interesse da criança⁴⁷.

1.2. O exercício das responsabilidades parentais.

No decurso do nosso estudo, vimos referindo que o instituto das responsabilidades parentais ou o cuidado parental é encarado como um conjunto de direitos-deveres dos pais para com os filhos. Por outras palavras, são os pais os titulares das responsabilidades parentais – exceto no caso da adoção – e são as crianças os destinatários das mesmas.

As especificidades e particularidades das relações familiares entre os pais e os filhos menores trazem à colação o princípio da não intervenção do Estado em questões que só à família pertence, reservando a intimidade da vida privada da família, em geral, e da criança, em particular. A legitimidade de intervenção do direito é, no entanto, avocada quando a vulnerabilidade da criança e o seu superior interesse o exijam, nomeadamente em situações de dissociação familiar. Neste sentido, ao Estado cabe fiscalizar o exercício das responsabilidades parentais.

Trata-se, sim, de determinar a quem compete tomar as decisões importantes da vida do menor, se a ambos os progenitores ou apenas a um deles ou terceiro, mas também, e não só, determinar a residência da criança, quando os pais se encontrem divorciados, separados judicialmente de pessoas e bens ou tenha sido declarada a nulidade ou anulado o casamento (1905.º e 1906.º), estejam separados de facto (1909.º), os progenitores unidos de facto estejam separados (n.º 2 do art. 1911.º) ou não haja qualquer convivência marital (1912.º).

Na regulação do exercício das responsabilidades parentais, quando exista acordo dos progenitores, homologado pelo Ministério Público, ou mediante decisão judicial, é essencial que se resolvam quatro questões fundamentais: o exercício das responsabilidades parentais; a residência/guarda da criança⁴⁸ (n.º 5 e 6 do art. 1906.º); o regime de visitas por parte do progenitor não residente e a fixação dos alimentos a prestar à criança pelo pai não residente (art. 1905.º).

No caso em que os progenitores estão de acordo quanto aos termos em que serão exercidas as responsabilidades parentais e quanto aos alimentos devidos à criança, devem apresentá-lo, para efeitos de homologação, nas Conservatórias do Registo Civil, em caso de divórcio por mútuo consentimento (art. 1775.º do CC) ou de separação de pais não casados (n.º 1 do art. 274.º-A do CRC). Na Conservatória do Registo Civil, o acordo é apreciado pelo conservador que poderá convidar os progenitores a alterá-lo se não acautelar os interesses dos filhos, podendo determinar a prática de

⁴⁷ PINHEIRO, Jorge Duarte, *O Direito da Família Contemporâneo*, cit., p. 269.

⁴⁸ Com a Lei n.º 61/2008, o termo guarda é substituído pela noção de residência no art. 1906.º, apesar de tal não ser acompanhado no art. 1907.º

atos e a produção da prova necessária (n.º 1 do art. 1776.º do CC e n.º 3 do art. 274.º-A do CRC). Após apreciação, o processo é enviado ao Ministério Público junto do Tribunal judicial de 1.ª instância competente em razão da matéria no âmbito da circunscrição a que pertença a conservatória, para que este se pronuncie no prazo de 30 dias (n.º 1 do art. 1776.º-A do CC; n.º 4 do art. 14.º do DL n.º 272/2001, de 13 de outubro⁴⁹ e n.º 4 do art. 274.º-A do CRC).

Se os requerentes estiverem de acordo e este acautelar devidamente os interesses dos menores ou se os cônjuges procederem à alteração do acordo, o Ministério Público emite parecer e remete o exercício das responsabilidades parentais ao conservador do registo civil para homologação (n.º 3 do art. 1776.º-A do CC; n.º 6 do art. 14.º do DL n.º 272/2001 e n.º 1 do art. 274.º-B do CRC).

Se o acordo não acautelar devidamente os interesses das crianças, podem os requerentes alterar o acordo ou apresentar novo acordo (n.º 2 do art. 1776.º-A do CC; n.º 5 do art. 14.º do DL n.º 272/2001 e n.º 2 do art. 274.º-B do CRC). No entanto, se os requerentes não se conformam com as alterações indicadas pelo Ministério Público e mantenham o propósito constante dos acordos, sem que seja acautelado o interesse da criança, a homologação deve ser recusada e o processo é integralmente remetido para o tribunal competente da residência do menor no momento da instauração do processo (n.º 4 do art. 1776.º-A e 1778.º do CC; n.º 7 do art. 14.º do DL n.º 272/2001; n.º 3 do art. 274.º-B e n.º 1 do art. 274.º-C do CRC).

Assim, no que ao divórcio por mútuo consentimento concerne, quando exista acordo dos cônjuges quanto ao divórcio, mas não haja acordo quanto ao exercício das responsabilidades parentais, quando os acordos apresentados não acautelam suficientemente os interesses de um dos cônjuges ou quando os requerentes não se conformam com as alterações indicadas pelo Ministério Público, o processo de divórcio corre no Tribunal, nos termos do n.º 4 do art. 1776.º-A, 1778.º e n.º 1 e n.º 2 do art. 1778.º-A do CC. O juiz aprecia os acordos apresentados e convida os pais a alterá-los (n.º 2 do art. 1778.º-A do CC) e, não sendo apresentados acordos, o juiz fixa as consequências do divórcio como se tratasse de um divórcio sem consentimento de um dos cônjuges (n.º 3 do art. 1778.º-A)⁵⁰.

No divórcio sem consentimento de um dos cônjuges, o juiz tenta obter acordo dos cônjuges quanto aos alimentos e quanto à regulação das responsabilidades parentais dos filhos (n.º 2 do art. 931.º do CPC). Os pais são então citados para conferência, na qual o juiz procura obter acordo que corresponda aos interesses da criança, podendo determinar que estejam aí presentes os avós ou

⁴⁹ Decreto-Lei n.º 272/2001, de 13 de outubro, que opera a transferência de competência decisória em determinados processos de jurisdição voluntária dos tribunais judiciais para o Ministério Público e as conservatórias do registo civil, disponível em www.pgdlisboa.pt [01.08.2023].

⁵⁰ Caso o Ministério Público ou o juiz rejeitem o acordo dos pais de regulação do exercício das responsabilidades parentais, este deverá juntar fundamentação.

outros familiares e pessoas de especial referência para a criança e requerer que a criança, com idade superior a 12 anos ou com idade inferior com capacidade para compreender os assuntos em discussão, seja ouvida (art. 4.º, al. c), 35.º e 37.º do RGPTC). Na falta de acordo, o juiz decide provisoriamente sobre o pedido, suspende a conferência e remete as partes para mediação ou audiência técnica especializada (art. 38.º do RGPTC). Se, mesmo assim, os pais não chegarem a acordo, estes são notificados para alegar e, se forem apresentadas alegações ou apresentadas provas, há lugar a audiência de discussão e julgamento (n.º 7 do art. 39.º e art. 40.º do RGPTC).

1.2.1. O exercício conjunto das responsabilidades parentais como regra.

A Lei n.º 61/2008, de 31 de outubro, que veio rever o regime jurídico do divórcio, trouxe importantes mudanças quanto à regulação do exercício das responsabilidades parentais. Até esta, antecederam-lhe diversas opções legislativas que, sucintamente, apresentamos: o Código Civil de 1966 previa que a ambos os pais competia a guarda e a regência dos filhos, mas ao pai, chefe de família, cabia o exercício de diversos poderes que à mãe estariam excluídos, exceto se o pai se encontrasse em local remoto ou estivesse impossibilitado de os exercer (art. 1879.º; 1881.º; 1882.º), e, em caso de divórcio, separação judicial de pessoas e bens, declaração de nulidade ou anulação do casamento, o exercício do poder paternal seria regulado por acordo (1902.º). Com o DL n.º 496/77, de 15 de novembro, o n.º 1 do art. 1906.º do CC vem contrariar a lei referida, ao estabelecer que, no caso de divórcio, separação judicial de pessoas e bens, declaração de nulidade ou anulação do casamento, o poder paternal é exercido pelo progenitor a quem o filho foi confiado. Queria isto dizer que a regra era a da atribuição do exercício unilateral do poder paternal por aquele que melhor assegurasse o interesse da criança, aquele a quem o menor fosse confiado, sendo que o outro progenitor não exercia o poder paternal, tendo apenas o poder de vigiar a educação e as condições de vida do filho (n.º 3 do art. 1906.º).

A Lei n.º 84/95, de 31 de agosto, inova e passa a permitir o acordo dos pais pelo exercício em comum do poder paternal, decidindo as questões relativas à vida do filho em condições idênticas às que vigoravam para tal efeito na constância do matrimónio (n.º 2 do art. 1906.º). A Lei n.º 59/99, de 30 de junho, dá uma nova redação ao n.º 1 do art. 1906.º, estabelecendo como regra o exercício conjunto das responsabilidades parentais quando haja acordo de ambos os pais nesse sentido, homologado pelo juiz ou aprovado pelo Ministério Público. Na prática, manteve-se o predomínio da figura maternal e o exercício unilateral continuou a ser a regra aplicável, embora tal decisão devesse ser acompanhada de fundamentação (n.º 2 do art. 1906.º).

Em 2008, a Lei n.º 61/2008 consagra o regime imperativo do exercício conjunto ou comum

das responsabilidades parentais no matrimónio (n.º 1 do art. 1901.º) ou união de facto e no caso de nunca terem vivido juntos, tenha cessado a comunhão análoga às dos cônjuges ou tenha sido declarado divórcio, separação judicial de pessoas e bens, declaração de nulidade ou anulação do casamento, quanto às questões de particular importância para a vida do filho (n.º 1 do art. 1906.º).

Quanto ao que nos diz a lei, nos termos do n.º 1 do art. 1901.º, não será objeto de discussão que, na vigência do matrimónio ou da união de facto, o exercício das responsabilidades parentais pertence a ambos os pais. No entanto, não estando os progenitores de acordo quanto a questões de particular importância, qualquer um deles pode recorrer ao tribunal numa tentativa de conciliação (n.º 2 do art. 1901.º) e, caso a conciliação não seja possível, o tribunal decidirá a questão ouvindo a criança (n.º 3 do art. 1901.º), independentemente da idade. A audição da criança pode ser requerida por qualquer interveniente ou ordenada pelo tribunal, devendo, porém, ser recusada, quando circunstâncias ponderosas o desaconselhem (n.º 3 do art. 1901.º), por tal não ser do interesse da criança.

Se um dos pais praticar ato que integre o exercício das responsabilidades parentais, presume-se que age de acordo com o outro, salvo quando a lei expressamente exija o consentimento de ambos os progenitores ou se trate de ato de particular importância (n.º 1 do art. 1902.º), dado que, neste último caso, é exigível consentimento de ambos.

No caso de pais que não vivem juntos (art. 1906.º; n.º 2 do art. 1911.º e 1912.º do CC) – em situações de rutura ou quando nunca existiu coabitação –, há um exercício comum *mitigado*⁵¹ das responsabilidades parentais, decidindo ambos os progenitores apenas as questões de particular importância, salvo nos casos de urgência manifesta em que qualquer dos progenitores pode agir sozinho (n.º 1 do art. 1906.º).

Contudo, quanto a atos da vida corrente, o exercício das responsabilidades parentais cabe ao progenitor que com ele reside habitualmente, em exclusivo, ou ao progenitor com quem ele se encontra temporariamente, não devendo este contrariar as orientações educativas mais relevantes definidas pelo progenitor com quem o filho reside habitualmente. A partilha igualitária de responsabilidade é, assim, amenizada, na medida em que o progenitor não residente não tem a liberdade de afastar regras impostas pelo progenitor residente ou adotar condutas contrárias às deste, mas nada o impede que, discordando daquelas, informe o outro e comunique a sua opinião pessoal, estando-lhe vedada a possibilidade de recorrer judicialmente dessas decisões quotidianas⁵².

⁵¹ PINHEIRO, Jorge Duarte, *O Direito da Família Contemporâneo*, cit., p. 286.

⁵² “Em caso de abuso sistemático por parte do progenitor residente, usando a sua posição privilegiada para agir contra a vontade do outro em assuntos de particular importância ou em atos da vida corrente, pode propor uma modificação do exercício das responsabilidades parentais que restrinja os poderes do outro progenitor”. FIALHO, António José, *Guia prático do divórcio e responsabilidades parentais*, 2.ª Edição, Centro de Estudos Judiciários, 2013, p. 77.

E, embora orientada pelo superior interesse da criança, cremos que a atuação do legislador reflete uma intenção séria de privilegiar o restabelecimento da igualdade entre progenitores, quanto à educação e cuidado parental, nas questões de particular importância e, portanto, significativas na vida da criança. Sob os ideais “dois pais no casamento, dois pais no divórcio” ou “um pai divorcia-se do outro pai, não do filho”⁵³, o regime agora imposto, especialmente quando aliado à residência alternada, pretende manter ilesas as relações que a criança outrora criou com os progenitores e possibilitar o fortalecimento desses laços filiais, na eventual dissolução familiar, nomeadamente evitar o “afastamento dos pais homens do exercício das responsabilidades parentais e correlativa fragilização do relacionamento afetivo com os seus filhos”⁵⁴, não que tal signifique que a ambos os pais seja dado equitativo direito de convívio, na medida em que a imposição do exercício conjunto não implica, necessariamente, a fixação de residência dupla.

Será, na maioria dos casos, do interesse da criança que os pais cooperem e decidam sobre as questões mais relevantes, não só para o seu desenvolvimento psicológico e mental profícuo, livre de contendas familiares traumáticas, mas também para um crescimento harmonioso proporcionado por uma participação paternal mais ativa na educação e sustento⁵⁵. Parece-nos que, ao possibilitar a decisão conjunta e a comunicação entre os dois pais, o legislador pretende que a rotina familiar tripartida (pai, mãe e filho) e a estabilidade que a criança conhecia antes do divórcio conheça poucas mudanças, dado que, “mesmo com a decretação do exercício conjunto, a rutura conjugal vai sempre influenciar negativamente, a vida do filho”⁵⁶.

Não nos parece, contudo, ser intenção do legislador mudar os hábitos de uma sociedade profundamente tradicional que perceciona, ainda hoje, a mãe no seu papel educativo e doméstico e o pai que exerce as suas atividades profissionais, fora de casa, e autoritárias, dentro de casa. Mas a partilha igualitária de tarefas e responsabilidades constitui, sem dúvida, a situação ideal num cenário social em que a mulher se emancipa e ganha relevo no mundo laboral e o homem educa e oferece o cuidado parental exigido⁵⁷.

Não queremos com isto dizer que o regime agora imposto como regra não acarreta as suas dificuldades práticas que aconselham uma aplicação com cautela, tendo em conta o quadro familiar ao momento da decisão de regulação das responsabilidades parentais, ou que tal corresponda a uma opção do legislador de ignorar as circunstâncias de cada caso concreto e de estandardizar o exercício

⁵³ PINHEIRO, Jorge Duarte, *Estudos de Direito da Família e das Crianças*, Lisboa, AAFDL, 2015, p. 334-335.

⁵⁴ Projeto-lei 509/X, quanto a alterações ao regime jurídico do divórcio, p. 9, disponível em: www.parlamento.pt [01.08.2023].

⁵⁵ A este propósito, CARVALHO, Filipa Daniela Ramos de, *A (síndrome de) alienação parental e o exercício das responsabilidades parentais: algumas considerações*, Lisboa, Coimbra Editora, 2011, p. 105: “Efetivamente, procura-se com o regime da guarda conjunta evitar cortes bruscos nas relações paterno-filiais pós separação física e afetiva dos progenitores, estimulando-se a cooperação de ambos no desenvolvimento físico e psíquico da criança”.

⁵⁶ GARCIA, José Leite, *O Instituto do Poder Paternal e o seu Exercício em Casos de Ruptura Conjugal: uma busca aos interesses dos menores através da visibilidade prática do “exercício conjunto”*, Dissertação de mestrado, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2008, p. 251.

⁵⁷ SOTTOMAYOR, Maria Clara, “Divórcio, poder paternal e realidade social: algumas questões”, in *Direito e Justiça*, vol. 11, n.º 2, 1997, p. 161-162.

conjunto. O modelo de exercício comum adotado não deixa de ter por base “uma presunção otimista acerca da capacidade de bom relacionamento e de cooperação entre ex-cônjuges”⁵⁸, pois a realidade mostra-nos que nem sempre os progenitores, após a rutura, mantêm as ligações que os caracterizavam, e aí perpetua-se o conflito.

Por este motivo, o legislador consagra um regime excecional, estipulando, no n.º 2 do art. 1906.º, que o tribunal pode, mediante decisão fundamentada, determinar o exercício exclusivo ou unilateral das responsabilidades parentais por um dos progenitores, quando o exercício conjunto seja contrário aos interesses do menor. Assim, enquanto o exercício conjunto supõe que a ambos os pais é atribuída a responsabilidade de decidir sobre questões de particular importância, podendo a criança residir com um dos progenitores e o outro conviver com a criança, ou viver alternadamente com ambos, o exercício unilateral ou exclusivo, por seu turno, implica que a decisão quanto a questões de particular importância caberá a apenas um dos progenitores com quem a criança residirá, tendo o outro pai direito de visita e de ser informado (n.º 7 do art. 1906.º).

Todavia, dúvidas persistem em certa doutrina⁵⁹ e jurisprudência⁶⁰ que têm entendido que o exercício conjunto deverá impor-se quando haja acordo dos progenitores nesse sentido, o que supõe que ambos os pais pretendem e são capazes de colaborar, comunicar e respeitar-se mutuamente. Maria Clara Sottomayor entende que o exercício comum das responsabilidades parentais terá sucesso apenas se existir acordo entre progenitores, se ambos o desejarem, constituindo a imposição desse regime numa “solução de risco para a estabilidade psicológica das crianças, sendo suscetível de provocar litígios entre os pais e recursos periódicos ao tribunal”, que *“representa para os juízes uma forma fácil de escaparem a uma decisão difícil, permitindo-lhes optar por uma solução de compromisso que, apesar de igualizar os direitos dos pais, pode (...) perturbar gravemente a criança, expondo-a a conflitos de lealdade”*⁶¹.

Apesar de entendermos as preocupações dos autores e dos tribunais quanto à imposição do exercício comum, cremos que não será, em regra, do interesse da criança que, para que este seja

⁵⁸ SOTTOMAYOR, Maria Clara, *Regulação do exercício das responsabilidades parentais nos casos de divórcio*, cit., p. 302.

⁵⁹ SOTTOMAYOR, Maria Clara, *Regulação do exercício das responsabilidades parentais nos casos de divórcio*, cit., pp. 276-296; RAMIÃO, Tomé D'Almeida, *O Divórcio e Questões Conexas: Regime Jurídico Actual*, 3.ª edição, atualizada e aumentada, Lisboa, Quid Juris, 2011, p.156; GOMES, Joana Salazar, O superior interesse da criança e as novas formas de guarda, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2017, p. 102.

⁶⁰ Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 20.10.2009, proferido no proc. n.º 134/04.2TBOVR-C.P1, disponível em: www.dgsi.pt [07.02.2023]; Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 14.02.2015, proferido no proc. n.º 1463/14.2TBCSC.L1-8, disponível em: www.dgsi.pt [07.02.2023].

⁶¹ SOTTOMAYOR, Maria Clara, *Regulação do exercício das responsabilidades parentais nos casos de divórcio*, cit., pp. 276 e 279.

No mesmo sentido, Tomé D'Almeida Ramião defende que “não é a imposição legal do exercício conjunto das responsabilidades parentais que estimula, incentiva ou promove a maior responsabilidade dos pais na prestação de cuidados aos/as filhos/as”. RAMIÃO, Tomé D'Almeida, *O Divórcio e Questões Conexas: Regime Jurídico Actual*, cit., p.156.

Também Helena Bolieiro e Paulo Guerra esclarecem que durante muito tempo lhes parecia impensável uma decisão de exercício comum das responsabilidades parentais que não passasse pelo acordo dos pais, já que “a ideia subjacente a todo o instituto se funda numa lógica de consenso” e “muitas vezes seria o próprio interesse do filho a ditar a não imposição, na medida em que assim se livrará de continuar a assistir às disputas estereis entre pais”. Contudo, tal entendimento foi ultrapassado com a Lei n.º 61/2008, por o exercício conjunto se referir apenas aos atos de particular importância, estando assente que este “mantém os dois progenitores comprometidos com o crescimento do filho”. BOLIEIRO, Helena; GUERRA, Paulo, *A criança e a família, uma questão de direito(s): visão prática dos principais institutos do Direito da Família e das Crianças e Jovens*, cit., p. 201, nota 31.

acautelado, seja imperativo o acordo dos pais.

A Lei n.º 59/99, de 30 de junho, que procedeu à alteração do art. 1906.º concebeu o seu n.º 1 da seguinte forma: desde que obtido o acordo dos pais, o poder paternal é exercido em comum por ambos, decidindo as questões relativas à vida do filho em condições idênticas às que vigoram para tal efeito na constância do matrimónio. Neste sentido, questões não se colocavam quanto à necessidade de acordo dos pais no exercício conjunto das responsabilidades parentais.

Em 2008, o legislador consagra uma “presunção legal ilidível de que o exercício conjunto é o que melhor defende o superior interesse de cada criança”⁶², eliminando do texto normativo a necessidade de obtenção de acordo dos pais nesse sentido. Atualmente, do art. 1906.º consta apenas que as responsabilidades parentais são exercidas, em regra e independentemente de acordo dos pais, em comum e que, apenas quando tal seja julgado contrário aos interesses da criança, o tribunal deve determinar o exercício unilateral.

A eliminação da primeira parte do seu n.º 1 foi opção do legislador de conceder ao progenitor não residente uma posição igualitária ou, pelo menos, aproximada à do progenitor residente na intervenção dos assuntos de particular importância, ou seja, evitar que os progenitores do sexo masculino sejam afastados das crianças, uma vez que, na maioria dos casos, à mãe é dada preferência no momento de decidir da residência da criança.

Atualmente, e após diversas alterações legislativas que consagram a igualdade dos cônjuges e, nesse sentido, uma “fungibilidade de papéis” e “reciprocidade dos afetos”⁶³, o homem é ainda por muitos considerado o pai incompetente ou com menor competência para prover à educação e cuidado das crianças. Primeiro, por razões biológicas, considera-se que a mãe estabelece, desde a gestação, no processo de parto e no nascimento, ligações profundas e umbilicais com a criança e, por isso, esta cria laços mais duradouros e fortes com a figura materna. Por outro lado, a imagem feminina de inocência, sensibilidade e amor perdura aos dias de hoje, estando ainda o “papel da mãe ligado ao sentimento, ao carinho e à intimidade da vida do lar e o papel do pai ligado à autoridade e à vida extrafamiliar”^{64 65}, realidade esta imposta por muitas mulheres que, ao mesmo tempo que clamam por igualdade de direitos e deveres na parentalidade, obstam ao envolvimento dos pais na vida das crianças e encaram essa necessidade legal, biológica e social como uma intromissão. Falamos, não do movimento feminista que pugna pela igualdade de género e pelo direito da criança a ter pai e mãe,

⁶² SILVA, Joaquim Manuel, *A Família das Crianças na Separação dos Pais*, cit., p.51.

⁶³ SOTTOMAYOR, Maria Clara, “A preferência maternal para crianças de tenra idade e os critérios judiciais de atribuição da guarda dos filhos após o divórcio”, in *Direito e Justiça*, Tomo 2, vol. IX, 1995, p. 175.

⁶⁴ SOTTOMAYOR, Maria Clara, “A preferência maternal para crianças de tenra idade e os critérios judiciais de atribuição da guarda dos filhos após o divórcio”, cit., p. 174.

⁶⁵ Aliás, “três terços dos portugueses consideram que em geral os homens não são capazes de educar os filhos tão bem como as mães, de acordo com o EVS”. MESQUITA, Margarida, *Parentalidade (s) nas Famílias Nucleares Contemporâneas*, Lisboa, ISCSP, 2014, p. 35.

mas do femismo, na busca pela superioridade da mulher sobre o homem.

A imposição do exercício conjunto das responsabilidades parentais poderá ser, assim, o estímulo ou o encorajamento para que os pais (inicialmente em desacordo) pratiquem a coparentalidade⁶⁶.

Neste sentido, autores⁶⁷ defendem que o exercício conjunto das responsabilidades parentais pode atenuar ou resolver os conflitos parentais, especialmente quando aliado à residência alternada, referindo, neste âmbito, Joaquim Manuel da Silva que, contrariamente ao que vem sendo difundido, poderá o exercício unilateral consolidar esse conflito e aumentá-lo, *“gerando um grande número de abandonos, de ‘órfãos de pais vivos’, que, quando não ocorrem, por força da exposição da criança (...) a este ambiente com stresse tóxico permanente e tóxico (...), gera nelas profundos problemas de desenvolvimento emocional e cognitivo”*⁶⁸.

Além disso, a exigência de acordo não deixa de conferir ao progenitor a quem a guarda é confiada um poder de veto em relação a vontade do outro, conferindo valor acrescido às intenções e escolhas de um dos pais, ignorando a voz do outro que poderá muito bem fazer-se corresponder ao interesse da criança⁶⁹.

Cremos, portanto, que o legislador concebe um modelo harmonizador. Se impõe o exercício em comum das responsabilidades parentais quanto a questões de particular importância, a verdade é que será quanto a esses exigível que os pais convivam num mínimo necessário, dado que os atos da vida corrente são praticados pelo progenitor com quem a criança se encontre no momento. Assim, *“os dois progenitores (...) terão a necessidade de cooperar episodicamente, e sempre à volta de assuntos que, por serem importantes para a vida do filho, porventura os chamarão à sua responsabilidade de pais e à contenção recomendável para essas ocasiões”*⁷⁰.

Contudo, ponderemos as suas fragilidades. Se, aquando do divórcio ou separação, diversas famílias estabelecem uma relação cordial, de cooperação e entreaajuda, em prol das necessidades físicas e emocionais da criança, outras libertam-se de quaisquer laços que outrora as ligavam, tornando recorrente discussões e conflitos que a criança possa presenciar, deturpando a imagem do outro progenitor, obstaculizando o contacto e a proximidade do pai com quem a criança não reside, criando sofrimento no seio familiar, em geral, e na criança, em particular⁷¹. Nesses casos, de intenso

⁶⁶ Definida como “o modo de interação, a ligação, estabelecido entre os pais com vista ao exercício de um fim comum, a parentalidade”. MESQUITA, Margarida, *Parentalidade: um contexto de mudanças*, Lisboa, ISCSP, 2013, p. 17.

⁶⁷ MUMMERY, Daniel R., “Whose Child is it anyway? Awarding joint custody over the objection of one parent”, in *Fordham Urban Law Journal*, vol. 15, 1987, p. 649.

⁶⁸ SILVA, Joaquim Manuel, *A Família das Crianças na Separação dos Pais*, cit., p. 121.

⁶⁹ “Allowing one parent the unilateral power to avoid an order of joint custody by withholding consent can unfairly affect the rights of the parties”. MUMMERY, Daniel R., “Whose Child is it anyway? Awarding joint custody over the objection of one parent”, cit., p. 654.

⁷⁰ OLIVEIRA, Guilherme de, “A Nova Lei do Divórcio”, in *Lex Familiae*, Ano 7, n.º 13, 2010, p. 23.

⁷¹ “Assim é de notar que a guarda conjunta ou mesmo alternada supõem que os desentendimentos entre os progenitores sejam eliminados ou minimizados, colocando os interesses da criança acima dos mesmos; pressupõe uma convivência estreita entre ambos os progenitores e a possibilidade

conflito, entende-se que a imposição do exercício conjunto “será contrária ao interesse da criança porque a coloca no centro do conflito parental”⁷².

O mesmo se diga quando a violência é enraizada na família e o exercício conjunto das responsabilidades parentais exige o contacto e comunicações ocasionais entre pai-vítima e pai-agressor, comumente, entre mulher-vítima e homem-agressor. Em cenários de violência familiar, vem sendo notória a perigosidade para a vítima e para a criança em manter contacto com o agressor, perpetuando, não só atos de violência, mas também a vivência indireta destes, aprofundando traumas e distúrbios emocionais, comportamentais, intelectuais e físicos que surgem com esse abuso psíquico⁷³. Não raras vezes, à criança são confidenciados detalhes e assuntos que não lhe dizem respeito, colocando-a num estado de ansiedade e preocupação profundos, assim, num estado de abuso emocional.

Neste sentido, a Lei n.º 24/2017, de 24 de maio, veio alterar o Código Civil quanto à regulação das responsabilidades parentais no âmbito de crimes de violência doméstica ou outras formas de violência familiar, expondo, no art. 1906.º-A, que o exercício em comum das responsabilidades parentais pode ser julgado contrário aos interesses do filho se for decretada medida de coação ou aplicada pena acessória de proibição de contacto entre progenitores (n.º 9 do art. 40.º do RGPTC), ou estiverem em grave risco os direitos e a segurança de vítimas de violência doméstica e de outras formas de violência em contexto familiar, como maus tratos ou abuso sexual de criança.

Assim, não deixamos de concordar com Maria Clara Sottomayor, quando entende que os tribunais devem recusar o exercício em comum das responsabilidades parentais e atribuir o seu exercício apenas ao progenitor que melhor acautelar o interesse da criança, ao abrigo do n.º 2 do art. 1906.º, em famílias com história de violência doméstica, quando exista grande conflitualidade e incapacidade de comunicação entre progenitores que comprometa gravemente a vida da criança, nos casos de discordância insanável quanto à educação dos filhos, em situações em que haja indícios ou suspeitas de maus tratos ou abusos sexuais ou quando se verifique manifesto desinteresse do pai em relação aos filhos^{74 75}. Ademais, tal justificar-se-á quando exista afastamento geográfico entre

de tomada de decisões em comum”. Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 04.05.2010, proferido no proc. n.º 1014/08.8TMCBR-A.C1, disponível em www.dgsi.pt [25.01.2023].

⁷² SOTTOMAYOR, Maria Clara, *Regulação do exercício das responsabilidades parentais nos casos de divórcio*, cit., p. 288.

⁷³ SOTTOMAYOR, Maria Clara, “Exercício conjunto das responsabilidades parentais: igualdade ou retorno ao patriarcado?”, in AA.VV., *E foram felizes para sempre...? Uma nova análise crítica do novo regime jurídico do divórcio*, Coimbra, Coimbra Editora, 2010, p. 141-142.

⁷⁴ SOTTOMAYOR, Maria Clara, *Regulação do exercício das responsabilidades parentais nos casos de divórcio*, cit., pp. 288, 307, 310.

⁷⁵ Neste sentido, “demonstra não ser um progenitor participativo e interessado no bem estar do seu filho menor, quer na componente afetiva (materializada na falta de contactos), quer na componente patrimonial, na medida em que não tem entregue a mensalidade devida a título de alimentos, nem suportado parte das despesas com o filho (...) Com efeito, tendo sido imposta ao recorrente a obrigação de não contactos com a recorrida em virtude de actos de violência praticados sobre esta, não seria curial sujeitar a recorrida a ter de auscultar o recorrente sempre que houvesse que tomar uma decisão sobre questão de particular importância para a vida do menor, tanto mais que aquele revela um total desinteresse pelo bem estar do menor. Esse desinteresse claramente inviabiliza o exercício conjunto das responsabilidades parentais relativas às aludidas “questões de particular importância para a vida do filho” (...) Não se concede a efetividade de um “exercício em comum de responsabilidades”, relativamente a questões do patamar de importância para o menor, atento o objetivado desinteresse do progenitor relativamente ao menor, seu filho. A vontade, empenho, disponibilidade, vinculação afetiva, que

progenitores, se verifique ausência em parte incerta de um deles, se o menor é fruto de um crime de violação, quando o progenitor não residente se recuse em entregar o menor ao progenitor com quem este reside, quando se verifique recusa ou atraso injustificado e repetido do pagamento dos alimentos acordados⁷⁶ ou nas situações em que a criança é fruto de violação.

Em processos de regulação das responsabilidades parentais, o juiz, perante alegações de violência doméstica, maus tratos ou abusos sexuais deve suspender provisoriamente as visitas do progenitor acusado ou abster-se de fixar regime de visitas quando tal não haja sido feito, especialmente quando a criança recusa conviver com esse pai. Mediante denúncia, e caso o progenitor seja condenado, este deve ser inibido das responsabilidades parentais (1913.º, al. a) e 1915.º).

Em jeito de conclusão, não será de extrair qualquer outro entendimento que não aquele que considere que a vontade de um dos pais em exercer unilateralmente as responsabilidades parentais não deverá suplantar-se ao interesse da criança em criar ligações de proximidade com o outro progenitor, a não ser que tal seja comprovadamente prejudicial para a criança⁷⁷. Caso assim não fosse, deixar-se-ia margem à invocação de “meras divergências de personalidade e de relacionamento com o outro” que obstem ao reconhecimento de um papel preponderante do progenitor não residente na educação da criança⁷⁸.

Por outro lado, existindo acordo dos pais relativamente ao exercício exclusivo a favor de um deles, nada obsta que o tribunal proceda à homologação do acordo, desde que tal decisão seja fundamentada por ter caráter excecional, nos termos do n.º 2 do art. 1906.º⁷⁹.

O critério a observar aquando da decisão de exercício das responsabilidades será agora o superior interesse da criança. Enquanto conceito indeterminado, caberá ao julgador concretizá-lo, atendendo ao circunstancialismo de cada caso concreto, “*recorrendo para o efeito aos valores*

tal exercício conjunto pressupõe também da parte do progenitor com o qual o menor não reside, estão afastados (...) Dai que, considerando que o grande desinteresse do progenitor pelo menor, pelo menos neste momento, é pernicioso para o normal desenrolar da vida do mesmo em questões de particular importância, como as acima enunciadas, somos levados a concluir pela manutenção da decisão que conferiu à mãe do menor o exercício em exclusivo das responsabilidades parentais relativas a questões de particular importância para o menor”. Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, de 28.02.2019, proferido no proc. n.º 1927/16.3T8VCT-C.G1, disponível em www.dgsi.pt [26.01.2023].

⁷⁶ MELO, Helena Gomes de, et al., *Poder paternal e responsabilidades parentais*, 2.ª Edição, revista, atualizada e aumentada, Lisboa, Quid Juris, 2010, pp. 161-166.

⁷⁷ Em sentido contrário na jurisprudência, “não vemos que para tal seja necessário provar a existência de conflitos ou desinteligências que denotem a impossibilidade de manutenção do exercício em comum do poder paternal: além de tal prova nem sempre ser fácil e de implicar uma dolorosa invasão da privacidade da família, estar-se-ia como que a convidar o progenitor nisso interessado a provocar situações consubstanciadoras dos exigidos “sintomas” da crise ou da doença desencadeadores da almejada alteração do regime do exercício do poder paternal”. Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 18.12.2007, proferido no proc. n.º 9204/2007-2, disponível em www.dgsi.pt [27.01.2023].

⁷⁸ MELO, Helena Gomes de, et al., *Poder paternal e responsabilidades parentais*, cit., 161-162.

⁷⁹ Nesta matéria, Maria Clara Sottomayor crê que a recusa de homologação de acordos dos progenitores que estipulem o exercício exclusivo das responsabilidades parentais constitui uma intromissão excessiva do Estado na família, violando o princípio da intervenção mínima, consagrado no art. 4.º, al. d) da LPCJP. SOTTOMAYOR, Maria Clara, *Regulação do exercício das responsabilidades parentais nos casos de divórcio*, cit., p. 305. Em sentido contrário se pronunciou, Helena Gomes de Melo, et al., admitindo que quando os progenitores dirigem requerimento de regulação do exercício das responsabilidades parentais, acompanhado de acordo, em que consignam que o exercício das responsabilidades caberá em exclusivo a um dos progenitores, o tribunal não deve proferir sentença homologatória, sem antes aferir dos motivos para a fixação desse regime. MELO, Helena Gomes de, et al., *Poder paternal e responsabilidades parentais*, cit., p.58. Também Joaquim Gomes da Silva considera que o regime de exercício exclusivo das responsabilidades parentais é fixado, ainda que por acordo, quando o Tribunal o decida e fundamente. SILVA, Joaquim Manuel, *A Família das Crianças na Separação dos Pais*, cit., p. 51.

*familiares, educativos e sociais que, sendo dominantes em dado momento, informam a vivência do menor e permitem determinar as necessidades e as condições adequadas ao seu bom desenvolvimento e ao seu bem estar material e moral*⁸⁰.

Aliás, perante cenários de rutura, de fragilidade familiar ou mesmo de conflito entre progenitores, seja numa situação de divórcio, de rutura da união ou de separação judicial de pessoas e bens, na regulação do exercício das responsabilidades parentais (nas Conservatórias do Registo Civil e nos Tribunais) – sempre que existe dissociação familiar – surge a necessidade de proteger a criança e assegurar a sua estabilidade emocional, considerando o que seja acordado, na hipótese de existir um acordo, e os interesses, direitos, responsabilidades e capacidades dos progenitores, em condições de igualdade (n.º 8 do art. 1906.º), *“nomeadamente apurando-se qual dos progenitores tem mais tempo, capacidade física e mental e vontade para cuidar de uma criança, procurando ter não só em conta a sua situação profissional e económica, mas também o seu ambiente sócio-familiar”*⁸¹. A regulação do exercício dos direitos-deveres atribuídos aos pais deverá, por isso, adequar-se, não só ao momento em que ocorre a extinção da relação, mas também ao futuro das relações “criança-progenitores” e “progenitor-progenitor”.

O mesmo se diga na determinação da residência da criança, questão especialmente debatida na nossa doutrina e na jurisprudência e de importância acrescida na manutenção de laços de proximidade da criança com os pais e na ideal igualização de direitos e deveres no seio das relações familiares. Se a prática social e judiciária vieram ditando uma preferência notória pela mãe como progenitor residente, sendo o pai, muitas vezes, preterido na determinação da residência das crianças, a verdade é que a tendência que se vem verificando de aplicação do regime de residência alternada reflete o entendimento de que ao pai seja dada a mesma competência educativa, quando este tenha as mesmas capacidades parentais, económicas, sociais e comportamentais, adequadas à vivência da criança.

Cabe, assim, ao tribunal – o juiz ou o Ministério Público – determinar a residência do filho e os direitos de visita de acordo com o interesse deste, tendo em atenção todas as circunstâncias relevantes, designadamente o eventual acordo dos pais e a disponibilidade manifestada por cada um deles para promover relações habituais com o filho (n.º 5 do art. 1906.º).

É, assim, possível que, num modelo de exercício conjunto, sejam acordadas ou decretadas as seguintes modalidades de residência: residência única ou residência alternada⁸². A primeira traduz-se

⁸⁰ Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, de 28.02.2019, proferido no proc. n.º 1927/16.3T8VCT-C.G1, disponível em www.dgsi.pt [26.01.2023].

⁸¹ CARVALHO, Filipa Daniela Ramos de, A (síndrome de) alienação parental e o exercício das responsabilidades parentais: algumas considerações, *cit.*, p. 35.

⁸² A residência alternada (ou exercício conjunto com alternância de residência) não se deve confundir com a guarda alternada, nem com o chamado “Bird’s Nest Arrangement”. A guarda alternada consiste em a criança residir, alternadamente, durante um certo período – um ano escolar, um mês,

na fixação de uma residência permanente e de uma outra residência ocasional, enquanto que a segunda admite “uma distribuição de tempos entre a residência do pai e da mãe, que pode não ser igualitário, mas tem de ser suficiente e com continuidade”⁸³.

E, embora tenhamos o nosso entendimento quanto a ambas, cremos ser importante salientar que a tomada de decisão do tribunal e a aceitação de acordo dos progenitores quanto ao destino da criança dependerá das circunstâncias que perduram naquele momento e da afetação concreta que a decisão terá para a criança. Neste sentido, Helena Bolieiro e Paulo Guerra afirmam a existência de um “«subjativismo judiciário» aplicado à interpretação do interesse da criança/filho, à criação e à avaliação de sub-critérios destinados a concretizar o seu conteúdo”, sendo estes, designadamente, as necessidades físicas, religiosas, intelectuais e materiais da criança, a continuidade das relações afetivas, os efeitos de uma mudança de residência, a sua preferência, a capacidade dos pais de prover às necessidades, o tempo disponível de cada pai, o afeto, a situação financeira e profissional, a disponibilidade manifestada por cada um deles para promover relações habituais do filho com o outro, a proximidade da casa de um dos pais da escola, a companhia de outros irmãos ou a relação com o novo cônjuge do progenitor⁸⁴. Tais critérios, aqui referidos sucintamente, importam à escolha do progenitor que, em princípio, melhor acautelará o superior interesse da criança.

Entre estes, a doutrina e a jurisprudência adotam (e vêm adotando) critérios orientadores que dividem opiniões, entre eles a presunção (ilidível) de preferência maternal em crianças de tenra idade e a regra da figura primária de referência. A primeira, abolida com a Lei n.º 61/2008, mas cujos resquícios permanecem na jurisprudência⁸⁵, representa uma preferência determinada pelo sexo dos pais e uma desproporcionada incapacitação do papel de pai nas tarefas de cuidado, limitando, por um lado, o estatuto da mulher à figura maternal subordinada e dominada pela família, capaz de (exclusivamente) conceder o amor e o afeto que a criança anseia, e, por outro, o papel tradicional do pai autoritário que é incapaz de amar os filhos e de com eles criar uma relação afetiva tão ou mais forte daquela que as crianças estabelecem com a mãe⁸⁶. Constitui, no nosso entender, uma violação

uma semana – com cada um dos pais, cabendo-lhes, também alternadamente, o exercício exclusivo das responsabilidades parentais. Vide SOTTOMAYOR, Maria Clara, *Regulação do exercício das responsabilidades parentais nos casos de divórcio*, cit., p. 297 que acrescenta que “a guarda alternada funciona, portanto, num quadro de exercício unilateral das responsabilidades parentais, em que as decisões importantes relativas à criança são tomadas exclusivamente por cada um sem necessitar do consentimento do outro”. Por outro lado, o “bird’s nest arrangement” compreende a permanência da criança na casa de morada de família, enquanto os pais lá residem, alternadamente.

⁸³ SILVA, Joaquim Manuel, *A Família das Crianças na Separação dos Pais*, cit., p. 112.

⁸⁴ BOLIEIRO, Helena; GUERRA, Paulo, *A criança e a família, uma questão de direito(s): visão prática dos principais institutos do Direito da Família e das Crianças e Jovens*, cit., pp. 204-209.

⁸⁵ Vide Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 23.02.2015, proferido no proc. n.º 10799/12.6TBVNG.P1, disponível em www.dgsi.pt [16.02.2023]; Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 30.01.2014, proferido no proc. n.º 6098/13.4TBSXL-B.L1-8, disponível em www.dgsi.pt [16.02.2023].

⁸⁶ A propósito, refere Maria Clara Sottomayor: “Quando o juiz atribui a guarda dos filhos em função do sexo, preferindo a mãe, está a relacionar a maternidade e a paternidade com valores e imagens tradicionais. O papel da mãe ligado ao sentimento, ao carinho e à intimidade da vida do lar e o papel do pai ligado à autoridade e à vida extrafamiliar. Desta ideia resulta a regra segundo a qual as crianças de tenra idade, porque necessitam de afeto, são confiadas à mãe e as mais velhas, ao pai, por que só este seria capaz de tratar da inserção social e da preparação profissional destas”. SOTTOMAYOR, Maria Clara, “A preferência maternal para crianças de tenra idade e os critérios judiciais de atribuição da guarda dos filhos após o divórcio”, cit., p. 174.

do princípio da igualdade e uma desconsideração do superior interesse da criança que os juízes decidam com base na pertença a um género e ignorem as circunstâncias concretas, nomeadamente, os factos abonatórios invocados pelo pai. Contudo, tal não significa que não deva relevar a idade da criança, especialmente quando esteja no período de amamentação, a qual não deixa de constituir um momento de grande relevância nas relações afetivas que se estabelecem entre mãe e filho.

Por esses motivos, nasce a presunção da figura de referência (ou “primary caretaker”) que substitui o critério da preferência maternal em crianças de tenra idade, e segundo o qual a criança deve ser confiada à pessoa que cuida dela no quotidiano e a quem assumia, antes da rutura, as tarefas essenciais, e com quem, em princípio, estabelece importantes relações afetivas e emocionais. Nas palavras de Maria Clara Sottomayor *“trata-se de um critério neutro em relação ao sexo, que não contém em si a mensagem segundo a qual o cuidado dos filhos/as cabe às mulheres (...) é um critério funcional e objetivo, relacionado com a realização de tarefas concretas prestadas aos filhos/as”*⁸⁷. Não tendo consagração legal, este critério não deixa de presumir que a criança terá apenas uma figura de referência, quando a realidade atual será de existência de duas figuras de referência ou de um exercício conjunto das responsabilidades parentais, “sendo ambos os progenitores chamados a essas tarefas dados os afazeres profissionais que lhes tomam grande parte do tempo diário”⁸⁸.

Será, por isso, de privilegiar o princípio do superior interesse da criança, a igualdade entre os progenitores e a disponibilidade manifestada por cada um dos progenitores para promover relações de proximidade do filho com o outro progenitor (n.º 5 e 8 do art. 1906.º). Aliás, tal parece materializar o regime que vem sendo aplicado pela jurisprudência e acordado entre pais, e cuja consagração legal surge com a Lei n.º 65/2020, de 4 de novembro, dispondo o CC, no seu n.º 6 do art. 1906.º que o tribunal pode determinar a residência alternada do filho com cada um dos progenitores, independentemente do mútuo acordo dos progenitores nesse sentido.

A residência alternada, como referimos acima, supõe que à criança seja dada a oportunidade de conviver, em tempos mais ou menos igualitários, com ambos os pais, e a estes é dada igual responsabilidade na decisão das questões de particular importância e dos atos da vida quotidiana, dado que pertencerão ao progenitor com quem a criança reside ao momento.

Tradicionalmente, a residência habitual da criança é concedida a um dos pais (a mãe na maioria dos casos), tendo o outro um amplo direito de convívio. Na teoria, parecia-nos ser essa a intenção do legislador ao referir, no n.º 5 do art. 1906.º, na redação da Lei n.º 61/2008, que o tribunal deverá fixar a residência habitual da criança. Essa dúvida é, no entanto, ultrapassada quando o legislador

⁸⁷ SOTTOMAYOR, Maria Clara, *Regulação do exercício das responsabilidades parentais nos casos de divórcio*, cit., pp. 77 e 79.

⁸⁸ Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 27.06.2022, proferido no proc. n.º 682/18.7T8VCD.P1, disponível em www.dgsi.pt [16.02.2023]. No mesmo sentido, vide PINHEIRO, Jorge Duarte, *O Direito da Família Contemporâneo*, cit., p. 291.

consagra expressamente que o tribunal pode determinar a residência alternada quando tal corresponda ao superior interesse da criança e sejam ponderadas todas as circunstâncias relevantes.

É já, certamente, dominante, na doutrina e na jurisprudência, a admissibilidade da alternância de residência, desde que os pais estabeleçam um bom relacionamento entre eles, excluindo, por isso, casos de conflitualidade (por exemplo, quando exista histórico de violência doméstica) – exceto quando os conflitos que perdurem possam ser amenizados⁸⁹ - e as situações em que a criança é de tenra idade e cujas necessidades biológicas desaconselhem que seja apartada da mãe⁹⁰.

Os defensores da guarda compartilhada invocam diversos argumentos respeitantes ao superior interesse das crianças e dos próprios pais. Em primeiro lugar, às crianças é assegurado o direito de estabelecer relações de grande proximidade com ambos os pais, sendo especialmente importantes os contactos contínuos e os cuidados diários que contribuem para a construção de rotinas e estilos de vida com cada um dos progenitores. À criança e aos progenitores é assegurado o fortalecimento dos vínculos no seu dia-a-dia, deixando de se conceber o papel de um dos pais circunscrito às situações mais extraordinárias e que daí resultavam os termos discriminatórios de “pai de fim-de-semana” ou “pai das férias”. Neste sentido, o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 07.08.2017, refere que *«a solução da residência alternada tem ganhado força pela consciência de que os laços afetivos se constroem dia-a-dia e não se compadecem com o tradicional regime de fins-de-semana quinzenais – a fixação da residência junto de um só dos progenitores leva ao progressivo esbatimento da relação afetiva com o outro progenitor, fazendo com que o menor se sinta uma mera “visita” em casa deste, levando a que o progenitor desista de investir na relação por se sentir excluído do dia-a-dia da criança»*⁹¹.

Por outro lado, cremos que a proximidade, mais ou menos igualitária, com os progenitores fomentará a partilha de responsabilidades, beneficiando a mãe que, em princípio, deixará de estar sobrecarregada financeira, física, psicológica e emocionalmente, e o pai terá a oportunidade de estar presente nos momentos em que, historicamente, se julgava omissos⁹².

Argumentam diversos autores que, contrariamente ao que vem sendo difundido, a residência alternada contribui para a diminuição do conflito, uma vez que, estando ambos em igualdade quanto

⁸⁹ Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 07.08.2017, proferido no proc. n.º 835/17.5T8SXL-A.L1-2, disponível em: www.dgsi.pt [17.02.2023].

⁹⁰ Referimo-nos aqui aos bebés que estejam na fase de amamentação até aos seis meses de idade, dado que nos parece demasiado nocivo ao bebé e à mãe que seja interrompido um contacto diário tão importante como é o da amamentação.

⁹¹ Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 07.08.2017, proferido no proc. n.º 835/17.5T8SXL-A.L1-2, disponível em: www.dgsi.pt [17.02.2023].

⁹² A propósito, destaca-se a seguinte decisão: “Constitui fundamento para alteração da regulação das responsabilidades parentais o sacrifício pessoal e desgaste físico e mental acumulado (ao longo de oito anos) da progenitora guardiã de menor com grave deficiência (e inerentes limitações e cuidados acrescidos), constituindo circunstâncias que se repercutem, severamente, na vida da progenitora e, de modo reflexo, tal saturação é idónea a diminuir a capacidade e qualidade dos cuidados a prestar a menor com tais limitações (...) Numa situação em que o menor tem grave deficiência, estando totalmente dependente de terceiros para qualquer ato da vida quotidiana, a fixação da residência alternada cumpre outro desiderato muito relevante, qual seja o de envolver os pais na parentalidade em condições de estrita igualdade, com repartição dos sacrifícios pessoais e profissionais”. Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 27.11.2018, proferido no proc. n.º 2261/17.7T8PDL.L1-7, disponível em: www.dgsi.pt [17.02.2023].

à quantidade e, em princípio, quanto à qualidade do tempo despendido com a criança, será possível que a tensão parental e a discórdia tóxica que outrora prevalecia deixe de existir. Neste sentido, o acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 07.08.2017⁹³, refere que *“colocando-os em condições de igualdade, levará precisamente a que, qualquer um deles, como tem por contraponto um período de tempo em que o menor estará longe de si e entregue ao outro, terá todo o interesse em facilitar ao outro os contactos com o menor no período em que é ele a deter a guarda, precisamente porque é isso que espera e deseja que lhe seja proporcionado quando o menor está com o outro”*. Também Daniel Sampaio afirma que *«quem não concorda com a residência partilhada argumenta que este regime só pode ser decretado nos casos em que o conflito entre os progenitores se reduziu ao mínimo, porque a manter-se a zanga ela seria ativada nas inevitáveis combinações do quotidiano. Não é essa a minha experiência, antes pelo contrário: nos casos em que tenho tido intervenção terapêutica, este regime atenua o conflito, pela razão simples de que “ninguém ganha” e a criança se “divide” entres os pais»*⁹⁴.

Contudo, não estará este regime isento de críticas, que se centram essencialmente na instabilidade que a mudança repetitiva de residência poderá introduzir na criança. Não estando cientificamente comprovado que tal suceda, a verdade é que diversos julgadores do direito entendem que esta instabilidade poderá, ou não, verificar-se, mas que tal dependerá da criança e dos pais desta. O facto de a criança viver em duas casas distintas deverá apenas considerar-se como um aspeto positivo, na medida em que atribui a cada progenitor um ambiente familiar distinto, mas seguro e adequado às relações familiares que aí se estabelecem, “na partilha [d]as pequenas e [d]as grandes coisas”⁹⁵, tendendo a desaparecer os conflitos de lealdade com a organização dos tempos da família e a igual importância que os pais têm na vida das crianças⁹⁶.

1.2.2. As noções de questão de particular importância e questão da vida corrente.

Se atrás referimos que as responsabilidades parentais relativas às questões de particular importância são exercidas em comum por ambos os progenitores e que, quanto aos atos da vida corrente, caberá ao progenitor com quem a criança reside ou com quem se encontra no momento decidir, a verdade é que nos cumpre agora concretizar conceitos.

Na ausência de concretização legal ou de qualquer enumeração a título exemplificativo, caberá à doutrina e à jurisprudência conferir sentido aos conceitos indeterminados de que o Direito da Família

⁹³ Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 07.08.2017, proferido no proc. n.º 835/17.5T8SXL-A.L1-2, disponível em: www.dgsi.pt [17.02.2023].

⁹⁴ SAMPAIO, Daniel, *Dá-me a Tua Mão e Leva-me, Como Evoluiu a Relação Pai-Filho*, 2ª edição, Caminho, 2020, pp. 146-147.

⁹⁵ FREITAS, Cidalina, “Notas soltas sobre a residência alternada”, in *A Tutela Cível do Superior Interesse da Criança – Tomo I*, Lisboa, Centro de Estudos Judiciários, 2014, p. 296. Neste sentido, vide SILVA, Joaquim Manuel, *A Família das Crianças na Separação dos Pais*, cit., pp. 123 e 124.

⁹⁶ SAMPAIO, Daniel, *Dá-me a Tua Mão e Leva-me, Como Evoluiu a Relação Pai-Filho*, cit., pp. 146-147.

tende a dar uso e conceder um elenco exemplificativo de situações que cabem nestes atos. Percebe-se porquê. O legislador entendeu que os conceitos de questões de particular importância e de atos da vida corrente deverão adaptar-se às mais variadas situações da vida e às características de cada criança e de cada família, mas tal não deixa de convocar “fatores de litígio e de incerteza jurídica, aumentando o conflito parental e, conseqüentemente, a insegurança e a angústia das crianças em processos judiciais”⁹⁷. Por este motivo se entende que, aquando do acordo de regulação das responsabilidades parentais, devem os progenitores concretizar o conceito de questão de particular importância, dispondo um elenco ilustrativo que impossibilitem, num futuro, incerteza e conflito.

Será, no entanto, indiscutível que as questões de particular importância se resumem a questões existenciais graves e raras, que pertencem ao núcleo essencial dos direitos que são reconhecidos às crianças⁹⁸. Nem deixam estas de relevar para o futuro da criança, porque contendem com o seu progresso pessoal, escolar e profissional, sendo, então, necessário que ambos os pais decidam, em conjunto, quanto à educação escolar, profissional e religiosa, saúde, segurança^{99 100}. Na mesma medida da sua importância estará a sua esporadicidade ou raridade; será, pelo menos, este o entendimento do legislador ao prever o consenso de ambos os progenitores apenas quanto a decisões de especial importância da vida da criança. Tal não será, ou seja, não será exigida a decisão conjunta quando estejam em causa casos de manifesta urgência, em que qualquer um dos progenitores pode agir sozinho em questões de particular importância (n.º do art. 1906.º).

Quando assim não seja, isto é, quando não exista acordo dos pais nestas matérias, o tribunal deverá intervir, devendo definir o que entende por questão de particular importância e se, a questão *in casu*, é digna dessa intervenção. Competirá, primeiramente, ao tribunal lograr por tentativas de conciliação, ouvindo ambas as partes e mediar o conflito para que um acordo possa ser alcançado. Não sendo esta possível, o tribunal deverá ouvir a criança, independentemente da sua idade (art. 4.º do RGPTC e art. 1901.º do CC), podendo, no entanto, decidir por uma das soluções apresentadas pelos progenitores ou apresentar uma outra alternativa quando aquelas coloquem em perigo a

⁹⁷ SOTTOMAYOR, Maria Clara, *Regulação do exercício das responsabilidades parentais nos casos de divórcio*, cit., pp. 328-329.

⁹⁸ Exposição de motivos do Projeto de Lei n.º 509/X.

⁹⁹ Neste sentido, RAMÍÃO, Tomé D'Almeida, *O Divórcio e Questões Conexas – regime jurídico atual de acordo com a lei n.º 61/2008*, cit., p.148.

¹⁰⁰ No entendimento de Helena Bolieiro e Paulo Guerra constituem questões de particular importância as seguintes: intervenções cirúrgicas do filho (inclusive as estéticas); a saída do filho para o estrangeiro sem ser em viagem de turismo mas em mudança de residência com caráter duradouro, especialmente se o destino conferir lugar em conflito armado ou cuja segurança não seja assegurada; obtenção de licença de condução de ciclomotores; escolha de estabelecimento de ensino particular ou oficial para a escolaridade do filho; decisões de administração que envolvam oneração; educação religiosa (até aos 16 anos); prática de atividades desportivas que representem um risco para a saúde do filho; autorização parental para o filho contrair casamento; orientação profissional do filho; uso de contraceção ou interrupção de uma gravidez; participação em programas de televisão que possam ter consequências negativas para o filho. BOLIEIRO, Helena; GUERRA, Paulo, *A criança e a família, uma questão de direito(s): visão prática dos principais institutos do Direito da Família e das Crianças e Jovens*, cit., pp. 196 e 197, nota 24. Outros autores referem o exercício de atividade laboral por parte de menor de 16 anos; mudança de residência da criança para local distinto da do progenitor a quem foi confiado; a aquisição de nacionalidade; o exercício do direito de queixa; a obtenção de documentos de identificação. MELO, Helena Gomes de, et al., *Poder paternal e responsabilidades parentais*, cit., pp. 144-152.

segurança, a saúde, a formação moral ou a educação da criança¹⁰¹.

Por sua vez, serão atos da vida corrente aqueles que fazem parte da rotina de cuidados diários da criança, intimamente conectados com a convivência de pais e filhos, cuja frequência habitual torna inexequível a exigência de mútuo acordo dos progenitores. Ora, não fará sentido que um dos pais tenha de pedir autorização ao outro quanto, por exemplo, à marcação de consultas médicas de rotina ou à alimentação da criança.

Por isso, os atos da vida corrente são exercidos pelo progenitor com quem a criança reside ou por aquele que se encontra temporariamente com a criança, não podendo este contrariar as orientações educativas mais relevantes definidas pelo progenitor com quem o filho reside habitualmente (quando seja decretado o exercício conjunto das responsabilidades parentais com residência única). São orientações educativas relevantes “as regras e princípios relacionados com o desenvolvimento da personalidade do filho, do seu caráter”¹⁰², mas que se inserem nos atos da vida corrente por serem de normal importância e, por isso, não deverão afetar seriamente o futuro da criança, designadamente na definição de horários de deitar e de levantar, proibição de uso de meios eletrónicos ou definição de um horário para tal, adoção de um estilo alimentar específico ou realização de trabalhos escolares¹⁰³.

Capítulo 2: A (in)capacidade da criança no exercício dos direitos de personalidade

Reconhece-se personalidade jurídica a todas as pessoas no momento do nascimento completo e com vida, nos termos do n.º 1 do art. 66.º do CC. O ser humano nasce e, com ele, nasce a pessoa em sentido jurídico, suscetível de ser titular de direitos e deveres, em condições de igualdade com os seus pares, e livre de restrições ou limitações. Corresponderá, assim, o começo da personalidade humana ao início da personalidade jurídica, esta que o direito se limita a reconhecer. Por isso, a personalidade jurídica se encontra intimamente conexa à tutela da dignidade humana, por corresponder “a uma condição indispensável da realização por cada ser humano dos seus fins ou interesses na vida com os outros”¹⁰⁴.

O reconhecimento da personalidade jurídica, no momento do nascimento, coincidirá com a aquisição de capacidade jurídica, não podendo de esta renunciar (art. 69.º do CC). Contudo, ao passo que a personalidade jurídica é ilimitada, a capacidade jurídica, embora seja também atribuída a cada pessoa, poderá conhecer, excecionalmente, limitações por força de disposições normativas que o

¹⁰¹ RODRIGUES, Hugo Manuel Leite, *Questões de particular importância no exercício das responsabilidades parentais*, cit., p. 134.

¹⁰² São orientações educativas relevantes “as regras e princípios relacionados com o desenvolvimento da personalidade do filho, do seu caráter”. RAMIÃO, Tomé D’Almeida, *O Divórcio e Questões Conexas – regime jurídico atual de acordo com a lei n.º 61/2008*, cit., p. 166.

¹⁰³ Neste sentido, vide SOTTOMAYOR, Maria Clara, *Regulação do exercício das responsabilidades parentais nos casos de divórcio*, cit., p. 344.

¹⁰⁴ PINTO, Carlos Mota, et. al., *Teoria Geral do Direito Civil*, 4.ª edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2012, p. 100.

admitam.

Atente-se, no entanto, que a capacidade jurídica (ou capacidade de gozo de direitos) não deverá confundir-se com a capacidade de exercício de direitos. Enquanto a capacidade de gozo, definida no art. 67.º do CC, contende com a aptidão de titularidade de direitos e obrigações ou, nas palavras do legislador, a possibilidade de ser sujeito de quaisquer relações jurídicas, a capacidade de exercício (ou capacidade de agir, como é preferencialmente referido pela doutrina) assenta na participação no tráfico jurídico, ou seja, na idoneidade de exercício de direitos e obrigações por ato próprio.

Nesta senda, embora possam ter uma capacidade de gozo “tendencialmente plena”¹⁰⁵, aos menores de idade estará, em princípio, vedada a possibilidade de agir pessoal e livremente no tráfico jurídico, sem intervenção de representante legal, por não terem o discernimento suficiente para querer e compreender as consequências dos seus atos jurídicos. A incapacidade por menoridade é, assim, geral, estando os menores impedidos de reger a sua pessoa e dispor dos seus bens sem a intervenção do representante legal, salvo quando a lei prevê o contrário (art. 123.º do CC)¹⁰⁶, estando-lhe tendencialmente vedada a atuação autónoma no tráfico jurídico-negocial.

Não quer isto dizer que os menores não sejam titulares de certos direitos inerentes à sua personalidade humana e, naturalmente, à sua personalidade jurídica. Da proteção da dignidade da pessoa humana e do reconhecimento da qualidade de pessoa às crianças e jovens, historicamente objetivados, decorre, necessariamente, a seguinte consideração: A cada um é reconhecida a titularidade de um conjunto de direitos inatos, simplesmente porque existem enquanto seres humanos, que incidem “sobre os vários modos de ser físicos ou morais da sua personalidade”¹⁰⁷. São estes os direitos de personalidade, tutelados pela lei civil nos arts. 70.º e ss. do Código Civil, verdadeiros direitos fundamentais, cujo titular não pode renunciar, mas apenas dispor voluntariamente, e a cuja ofensa ilícita corresponderá uma ou mais respostas do ordenamento jurídico, por contenderem com a vida, integridade física e moral, liberdade, honra, imagem, nome ou intimidade da vida privada.

Não sendo de maior relevância a titularidade dos direitos de personalidade na menoridade, por se considerar já inequívoca, a verdade é que o exercício destes direitos convoca dificuldades, especialmente porque a lei é omissa quanto ao seu exercício na menoridade. Ademais, se acima adiantamos que todas as pessoas são titulares de certos direitos, mormente direitos de personalidade, seria de esperar que à pertença desses direitos estivesse intrínseco o seu exercício, não fosse atribuída

¹⁰⁵ Os menores de idade possuem capacidade de gozo, na medida em que são capazes de figurar como titulares de direitos, contudo, situações excecionais convocam a atenção do ordenamento jurídico, por faltar o discernimento necessário à prática de atos de natureza pessoal e por não existir um meio de suprimimento da incapacidade que possibilite ao menor o retorno à titularidade da relação jurídica. A lei prevê três casos de incapacidade de gozo: incapacidade para casar (art. al. a) do art. 1601.º do CC), perfilhar (n.º 1 do art. 1850.º do CC) e testar (al. a) do art. 2189.º do CC). CORREIA, Sérgio Miguel José, *A Dogmática do Direito das Crianças: implicações do abandono afetivo parental*, Lisboa, AAFDL, 2020, p. 40, nota 73.

¹⁰⁶ HÖRSTER, Heinrich Ewald; SILVA, Eva Sónia Moreira da, *A Parte Geral do Código Civil Português: Teoria Geral do Direito Civil*, cit., pp. 318, 321.

¹⁰⁷ PINTO, Carlos Mota, et. al., *Teoria Geral do Direito Civil*, cit., p. 100.

à menoridade uma incapacidade geral para reger a sua pessoa e os seus bens, dependente da intervenção dos seus representantes legais.

Imperioso será, no entanto, aferir da capacidade ou da incapacidade das crianças e dos jovens na disposição dos seus direitos de personalidade, sem mais por nos referirmos a “interesses personalíssimos”¹⁰⁸.

2.1.- Noção, características e tutela civil dos Direitos de Personalidade.

Estando introduzido o estudo sobre os direitos de personalidade, resta-nos, porém, aprofundar algumas questões de primeira necessidade. Entre estas encontramos a noção de “direitos de personalidade”, que o próprio legislador entendeu deixar fora da regulamentação no Código Civil, as suas características e a tutela civil que se consagrou.

Julgamos ser um bom ponto de partida a seguinte afirmação de Guilherme Machado Dray: “A pessoa é (...) titular de situações jurídicas (...) de personalidade, que se prendem com bens de personalidade atinentes à própria pessoa tutelada”¹⁰⁹.

Primeiramente, é de referir que os direitos de personalidade são direitos pertencentes a todas as pessoas – como já foi referido –, por decorrência do seu nascimento completo e com vida. A sua proteção decorre, no entanto, por de esse nascimento surgirem os bens de personalidade, se quisermos, os “aspetos específicos de uma pessoa, efetivamente presentes, e suscetíveis de serem disfrutados pelo próprio”¹¹⁰, e únicos do titular.

Os bens da personalidade, elementos essenciais e indissociáveis da personalidade humana, da sua natureza física e moral, são, assim, bens pessoais, juridicamente relevantes e dignos de tutela civil, embora possa a sua violação importar a intervenção de outras áreas do direito, como seja o direito penal, na proteção de diversos valores (por exemplo: a vida, a integridade física e psíquica, a liberdade física e a honra).

Assim, os direitos de personalidade têm como objeto os bens da personalidade de cada indivíduo. Com efeito, aqueles “dão corpo à individualidade única de cada pessoa”¹¹¹, visando a tutela do livre desenvolvimento da personalidade e da dignidade humana, esta pedra angular do sistema jurídico português, fundamento do Estado constitucionalmente consagrado. Os direitos de personalidade servem a pessoa, enquanto pessoa, podendo opor-se – e, tradicionalmente, opõem-se

¹⁰⁸ FESTAS, David de Oliveira, *Do Conteúdo Patrimonial do Direito à Imagem: Contributo para um Estudo do seu Aproveitamento Consentido e Inter Vivos*, Coimbra, Coimbra Editora, 2009, p. 71.

¹⁰⁹ DRAY, Guilherme Machado, *Direitos de personalidade: anotações ao código civil e ao código do trabalho*, Coimbra, Almedina, 2006, p. 27.

¹¹⁰ CORDEIRO, António Menezes, *Tratado de Direito Civil Português, Parte Geral – Pessoas*, vol. IV, 5.ª edição, revista e atualizada, Coimbra, Almedina, 2019, p. 101. Em sentido aproximado, Capelo de Sousa refere que os direitos de personalidade têm por objeto os bens e as manifestações interiores da personalidade humana. SOUSA, R. Capelo de, “A Constituição e os direitos de personalidade”, in *Estudos sobre a Constituição*, vol. II, Lisboa, 1978, p. 93.

¹¹¹ CORDEIRO, António Menezes, *Tratado de Direito Civil Português, cit.*, p. 98.

– ao direito de propriedade e aos poderes político, económico e da comunicação social¹¹².

Quanto às características dos direitos de personalidade nunca deixará de ser pertinente introduzir o contributo de Capelo de Sousa ao referir que os direitos de personalidade são “direitos subjetivos, privados, absolutos, gerais, extrapatrimoniais, inatos, perpétuos, intransmissíveis, relativamente indisponíveis”¹¹³. Estas considerações merecem, no entanto, aditamentos.

Desde logo, os direitos de personalidade são direitos pessoais e intransmissíveis, na medida em que têm os bens de personalidade “uma conexão intrínseca com a pessoa”¹¹⁴, que convoca a clara inadmissibilidade de afastamento do direito e do sujeito. São, tendencialmente, inatos, na medida em que a aquisição dos direitos coincide com o nascimento da personalidade, embora possamos caracterizar certos direitos de personalidade como adquiridos, por se constituírem num momento posterior ao do nascimento (como o direito ao nome).

Neste sentido, são aqueles gerais, porque qualquer pessoa deles goza, e absolutos, não se contrapondo um dever jurídico, mas antes uma obrigação que exige um respeito universal pelos direitos de personalidade de outrem.

No entanto, embora reconheçamos que o titular dos direitos de personalidade não poderá, em princípio, dispor destes, nem alienar ou renunciar – são, em regra, indisponíveis – a verdade é que o ordenamento jurídico português reconhece ao titular a liberdade de consentir na limitação dos seus direitos de personalidade, desde que acauteladas as regras previstas no art. 81.º do CC. Se, por um lado, aceitamos a inviolabilidade dos bens de personalidade, por outro, não deixa de ser admissível, designadamente, que o titular disponha da sua integridade física na realização de um procedimento cirúrgico ou que consinta na utilização da sua imagem para efeitos de publicidade televisiva, desde que tal não seja contrário aos princípios da ordem pública (n.º 1 do art. 81.º). Será, no entanto, quando lícita, sempre revogável a limitação voluntária, ainda que possa existir uma obrigação de indemnização dos prejuízos causados (n.º 2 do art. 81.º).

Nesta senda, é de referir também o carácter não patrimonial dos direitos de personalidade, não tendo estes um valor pecuniário, por estarem incindíveis à pessoa, embora a sua violação possa corresponder a uma reparação em dinheiro¹¹⁵. Por este aspeto ser de grande relevância para o nosso estudo, introduzimos que não nos parece que esta seja a melhor classificação, uma vez que muitos dos direitos de personalidade que o próprio Código Civil consagra assumem um conteúdo patrimonial, sendo avaliáveis em dinheiro e lançados no comércio, esta última expressão do Código Civil quanto

¹¹² CORDEIRO, António Menezes, *Tratado de Direito Civil Português*, cit., p. 98.

¹¹³ SOUSA, R. Capelo de, “A Constituição e os direitos de personalidade”, cit., p. 93.

¹¹⁴ FESTAS, David de Oliveira, *Do Conteúdo Patrimonial do Direito à Imagem: Contributo para um Estudo do seu Aproveitamento Consentido e Inter Vivos*, cit., p. 71.

¹¹⁵ Neste sentido, PINTO, Carlos Mota, et. al., *Teoria Geral do Direito Civil*, cit., p. 209.

ao direito à imagem.

Por fim, cremos ser de extrema importância destacar a perpetuidade e imprescritibilidade¹¹⁶ dos direitos de personalidade, na medida em que a sua tutela perdura *post mortem*, gozando de proteção mesmo após a morte do respetivo titular, por força do art. 71.º do CC.

A tutela dos direitos de personalidade que hoje estudamos conheceu os seus primórdios mais relevantes com o Código de Seabra, de 1867, – cuja inspiração parece decorrer dos estudos de Coelho da Rocha, nomeadamente quanto à existência de “direitos naturais (...) que servem de base às leis civis”¹¹⁷ – o qual atribuiu um tal relevo aos chamados “direitos originários”, estes os que resultam da própria natureza do homem, e que a lei civil reconhece, e protege como fonte e origem dos outros. Nos seus arts. 359.º e ss., apresentou um elenco de direitos intrínsecos ao homem e aos seus bens de personalidade, carentes de proteção: o direito de existência, de liberdade, de associação, de apropriação e de defesa. E, embora, não isentos de críticas¹¹⁸, a formulação aí prevista e a previsão de uma categoria de “direitos originários”, possibilitaram a evolução que se assistiu no séc. XX e que originou a consagração legal no Código Civil de 1966.

Atualmente, a tutela dos direitos de personalidade não se cinge ao regime da responsabilidade civil que já se fazia prever no Código de Seabra.

O art. 70.º consagra a tutela geral da personalidade, estando a lei encarregue de providenciar a proteção à personalidade humana ou, se quisermos, aos indivíduos, contra qualquer ofensa ilícita ou ameaça de ofensa à sua personalidade física ou moral. A par de um direito geral de personalidade¹¹⁹, que abrange a proteção dos bens de personalidade não tipificados, o legislador consagra direitos especiais, previstos nos arts. 72.º a 80.º do CC, sob pena de podermos distinguir “diferentes projeções desta mesma personalidade e que, perante as concretas lesões, se identifiquem os bens da personalidade afetados”¹²⁰. São as projeções ou manifestações da personalidade que, embora relativamente independentes e, por isso, especialmente reguladas, o legislador autonomizou tendo em conta as necessidades prementes, mas que subsistem ao lado de um direito geral de personalidade, este “direito-matriz ou direito fundante”¹²¹ que se adapta à renovação dos tempos e à consequente evolução de ameaças à personalidade humana¹²².

¹¹⁶ Vide, SOUSA, R. Capelo de Sousa *O direito geral de personalidade*, Coimbra, Coimbra Editora, 2011, p. 413-414.

¹¹⁷ ROCHA, Manuel António Coelho da, *Instituições de Direito Civil Portuguez*, 8.ª edição, Lisboa, Clássica, 1917.

¹¹⁸ A propósito, Cabral de Moncada entendia que consagrar tais direitos implicaria distinguir no homem duas pessoas distintas, uma delas o sujeito e a outro objeto dos direitos de personalidade de que é titular. MONCADA, L. Cabral de, *Lições de Direito Civil*, vol. II, 3.ª edição, revista e atualizada, Coimbra, Atlântida, 1959, p. 74. Também Alexandre Herculano votava pela supressão do artigo do Código Civil Português. Vide, Comissão revisão do projecto de Código Civil Portuguez, *Actas das sessões da comissão revisora do projecto de código civil portuguez*, Lisboa, Imprensa Nacional, 1869, p. 66.

¹¹⁹ Neste sentido, vide SOUSA, R. Capelo de, *O direito geral de personalidade*, cit., pp. 84 e ss. Em sentido inverso, vide CORDEIRO, António Menezes, *Tratado de Direito Civil Português, Parte Geral – Pessoas*, cit., p. 108.

¹²⁰ GUIMARÃES, Maria Raquel, “A tutela da pessoa e da sua personalidade como fundamento e objeto da disciplina civilística: Questões atuais”, in *Estudos Comemorativos dos 20 anos da FDUP*, vol. II, Coimbra, Almedina, 2017, p. 295.

¹²¹ CARVALHO, Orlando de, *Teoria geral do direito civil*, 3.ª edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2012, p. 203.

¹²² Paulo Mota Pinto densifica: “O direito geral de personalidade é, neste sentido, “aberto” sincrónica e diacronicamente, permitindo a tutela de novos

Neste sentido, também os direitos especiais de personalidade beneficiam de normas de proteção especiais, cuja insuficiência promete a aplicação do art. 70.º do CC. A tutela geral da personalidade pode ser descrita como uma tutela de dupla proteção e dupla reação¹²³. Vejamos.

Os direitos de personalidade veem-se duplamente protegidos em caso de ofensa ilícita, mas também quando se verifique uma ameaça de violação desses direitos.

Ademais, a ofensa ilícita ou a ameaça de ofensa de qualquer bem da personalidade, independentemente de estarem ou não tipificados, confere ao titular uma reação dupla, nos termos do n.º 2 do art. 70.º do CC. Se, por um lado, ao titular do direito de personalidade é dada a faculdade de requerer as providências adequadas às circunstâncias do caso, por outro, poderá haver lugar a responsabilidade civil, mediante a verificação dos seus pressupostos.

Perante a ameaça de violação, a tutela dos direitos de personalidade consagra a adoção de providências que evitem a consumação da ofensa e que se adequem às características do caso concreto, podendo o julgador ordenar a adoção de comportamentos omissivos, como por exemplo, a suspensão de publicação de um livro ou revista sem o consentimento do titular ou a proibição de divulgação de imagens ou informações da vida privada. São estas as providências preventivas, de aplicar quando a ameaça seja iminente ou a ofensa esteja em curso, e quando “seja significativo o mal cominado e ponderável o receio, o medo ou a perturbação pela sua cominação”¹²⁴.

No caso de já se ter consumado a violação de direitos de personalidade, as providências aplicadas deverão diminuir ou eliminar os efeitos dessa ofensa, tendo o julgador a faculdade de impor, nomeadamente, a apreensão de revistas ou livros que ofendam os direitos de personalidade ou a proibição de emissão de ruído ou de cheiros por contenderem com a saúde humana, estas providências atenuantes ou de remédio¹²⁵.

Ao dispor do titular cujos direitos de personalidade foram violados está o instituto da responsabilidade civil. Mediante a verificação dos pressupostos da responsabilidade civil, maioritariamente no âmbito da responsabilidade civil por factos ilícitos extracontratual, o lesante fica obrigado a indemnizar pelos danos sofridos pelo ofendido, nomeadamente pelos danos patrimoniais e/ou pelos danos não patrimoniais que a disposição da imagem, a ofensa à honra ou a invasão da privacidade sem o consentimento do titular possam convocar.

bens, e face a renovadas ameaças à pessoa humana, sempre tendo como referente o respeito pela personalidade, quer numa perspectiva estática quer na sua dinâmica de realização e desenvolvimento”. PINTO, Paulo Mota, “Os direitos de personalidade no código civil de Macau”, in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, n.º 76, 2000, 212.

¹²³ HÖRSTER, Heinrich Ewald; SILVA, Eva Sónia Moreira da, *A Parte Geral do Código Civil Português: Teoria Geral do Direito Civil*, cit., p. 260.

¹²⁴ SOUSA, R. Capelo de, *O Direito Geral de Personalidade*, cit., p. 475.

¹²⁵ Na jurisprudência vem sendo amplamente discutida a violação de direitos de personalidade, nomeadamente, do direito à saúde e do direito ao repouso, devido à emissão de ruído incómodo e exagerado de estabelecimentos comerciais ou industriais, factos que justificam o decretamento de providências atenuantes e de indemnização nos termos da responsabilidade civil por factos ilícitos. Vide o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 03.05.2018, proferido no proc. 2427/15.4T8LSB.L1-2, disponível em www.dgsi.pt [15.03.2023].

Será, no entanto, condição imprescindível para o chamamento da responsabilidade civil o preenchimento dos pressupostos previstos nos arts. 483.º e ss. Sem querermos alongar o estudo já bem consolidado pela doutrina, cumpre-nos referir os pressupostos essenciais, que se resumem à verificação de um facto humano e voluntário¹²⁶, da ilicitude do ato¹²⁷, da culpa do agente¹²⁸, de danos¹²⁹ e de um nexo de causalidade entre o facto e o dano¹³⁰.

Quanto à obrigação de indemnizar o lesado, resta referir que o legislador vem preferindo a reconstituição natural, devendo o ofensor reconstituir a situação que existiria se não se tivesse verificado o evento que obriga à reparação (art. 562.º). Assim, por exemplo, no caso de ofensas ao bom nome proferidas em público, a reconstituição natural pode passar pela obrigação de retratação e, no caso de utilização de fotografias não consentidas, a reconstituição natural poderá consistir na devolução do negativo e respetivas cópias ou na sua destruição¹³¹. Quando tal não seja possível, por ser impossível reparar os danos causados, deverá indemnizar-se o ofendido por equivalente pecuniário (art. 566.º). Por outro lado, no que concerne aos danos não patrimoniais ou morais, a lei prevê um montante compensatório fixado equitativamente pelo tribunal, tendo em conta o grau de culpabilidade do agente, a situação económica do lesado e outras circunstâncias do caso (art. 494.º).

A tutela da personalidade tem, no entanto, a particularidade de valer após a morte do ofendido, tendo legitimidade ativa para requerer as providências adequadas (preventivas ou atenuantes) o cônjuge sobrevivente ou qualquer descendente, ascendente, irmão, sobrinho ou herdeiro do falecido (n.º 2 do art. 71.º). Outrossim, se da ofensa resultar a morte da pessoa, são indemnizáveis o dano da perda da vida da vítima, os danos não patrimoniais sofridos pela família da vítima (n.º 1 do art. 496.º) e os danos não patrimoniais sofridos pela própria vítima quando a morte desta não seja instantânea (n.º 1 do art. 496.º). O direito de indemnização do dano morte constitui, assim, um direito que se transmite aos herdeiros da vítima no momento da morte, este que, não deixando de ser um direito dos herdeiros, é exercido no interesse do lesado¹³².

¹²⁶ Compreende-se, aqui, qualquer facto voluntário praticado pela pessoa humana, seja este um comportamento positivo (uma ação – art. 483.º) ou um comportamento negativo (uma omissão – art. 486.º).

¹²⁷ A ilicitude traduz-se num juízo de censura objetivo, sobre o próprio facto, cujas modalidades o art. 483.º não deixa de referir: a violação de direitos absolutos (como direitos de personalidade) ou de norma destinada a proteger interesses alheios.

¹²⁸ Ao contrário da ilicitude, a culpa traduz-se num juízo de censura subjetivo, sobre o próprio sujeito que praticou o ato ou omitiu a ação da qual resultou o dano. No essencial, a culpa terá como modalidades o dolo e a negligência/mera culpa.

¹²⁹ O dano será “a frustração de uma utilidade que era objeto de tutela jurídica”, podendo caracterizar-se como danos patrimoniais, suscetíveis de avaliação pecuniária, e danos não patrimoniais ou morais (496.º). Vide, LEITÃO, Luís Menezes, *Direito das Obrigações*, Vol. I, Introdução. da Constituição das Obrigações, 16.ª edição, Almedina, Coimbra, 2022, p. 329.

¹³⁰ A posição maioritariamente defendida pela doutrina tem o nome de teoria da causalidade adequada, segundo a qual, segundo o decurso normal das coisas, a conduta do lesante deve ser idónea a produzir o dano, não só em concreto, mas também em abstrato. Vide, LEITÃO, Luís Menezes, *Direito das Obrigações*, cit., p. 346.

¹³¹ FONSECA, Tiago Soares da, “Da tutela judicial civil dos direitos de personalidade – Um olhar sobre a jurisprudência”, in *Revista da Ordem dos Advogados*, vol. I, ano 66, 2006.

¹³² Neste sentido, LEITÃO, Luís Menezes, *Direito das Obrigações*, cit., pp. 336-340; HÖRSTER, Heinrich Ewald; SILVA, Eva Sónia Moreira da, *A Parte Geral do Código Civil Português: Teoria Geral do Direito Civil*, cit., p. 261.

2.2.- Os direitos especiais de personalidade.

Se acima decorremos sobre a moldura geral da tutela dos direitos de personalidade, cumpre-nos agora abordar os vários direitos especiais de personalidade, previstos no Código Civil, nos arts. 72.º a 80.º, sendo dada, no entanto, maior atenção aos direitos à imagem e à reserva da intimidade da vida privada, cuja relevância para o nosso estudo nos impele nesse sentido.

Se seguirmos a ordem que o legislador adota nos arts. 72.º e ss., o primeiro dos direitos especialmente abordados no Código Civil é o direito ao nome, cuja tutela abrange o direito de toda a pessoa usar o seu nome, mas também de se opor a que outrem o use ilicitamente para sua identificação ou outros fins. Compreende este a tutela do bem da identidade pessoal, que abrange a faculdade de o titular usar o seus nomes próprios e apelidos como meio de identificação pessoal e de exigir dos outros a atribuição desse nome ao seu titular, mas também de defender o uso exclusivo do nome quando outro o utiliza ou se usurpa dele¹³³. No sentido de proteção da identidade pessoal, o legislador consagra relevância jurídica ao pseudónimo, este nome criado pelo titular ou por outrem que permite a identificação daquele, mas que não se confunde com o nome originariamente atribuído (art. 74.º).

Já nos arts. 75.º a 78.º trata o legislador do direito à palavra escrita, distinguindo, porém, o tratamento quando se trate de cartas-missivas confidenciais (arts. 75.º a 77.º) e de cartas-missivas não confidenciais (art. 78.º)¹³⁴. Quanto às primeiras, considera-se prevalecente o direito de autor da carta, não podendo o seu destinatário aproveitar os elementos de informação que ela tenha levado ao seu conhecimento (art. 75.º e n.º 1, 1.ª parte do art. 76.º). Contrariamente, no caso da cartas-missivas não confidenciais prevalece o direito de propriedade do destinatário¹³⁵.

Especialmente importante para o nosso estudo e digno de uma perspetiva introdutória imediata, o direito à imagem encontra-se tutelado no art. 79.º, impondo que o retrato da pessoa não pode ser exposto, reproduzido ou lançado no comércio sem o consentimento dela. Não será, no entanto, exclusiva a sua proteção no Código Civil, mas encontra-a também no art. 26.º da CRP e no art. 199.º do CP.

Não raras vezes associado à violação de outros direitos de personalidade, como o direito à honra ou à reserva da intimidade da vida privada, a ofensa do direito à imagem pode compreender a divulgação ilícita da imagem associada à violação do direito à honra ou representar uma intromissão ilícita na intimidade da vida privada de outrem, mediante, por exemplo, a captura de fotografias não

¹³³ PINTO, Carlos Mota, et. al., *Teoria Geral do Direito Civil*, cit., p. 214.

¹³⁴ Note-se que o carácter confidencial da carta-missiva deve resultar de declaração, não necessariamente expressa, do autor. Vide, LIMA, Pires de; VARELA, Antunes, *Código Civil Anotado*, cit., p. 107, apud CARVALHO, Andreia F. Pereira de, *A Criança nas Redes Sociais: Tutela da Personalidade e Responsabilidade Parental na Divulgação da Imagem*, cit., p. 66, nota 36.

¹³⁵ HÖRSTER, Heinrich Ewald; SILVA, Eva Sónia Moreira da, *A Parte Geral do Código Civil Português: Teoria Geral do Direito Civil*, cit., pp. 265-266.

autorizadas na residência de um sujeito.

Aliás, a realidade atual vem convocando diversos desafios quanto à exposição e utilização da imagem, dadas as transformações sociais a que assistimos fruto do aparecimento de novos meios de comunicação e interação digitais. Aqui incluímos a televisão, a fotografia e o cinema, mas, com especial preponderância, a *internet* e as redes sociais. Estes meios vêm possibilitando a utilização da imagem de outrem mais facilitada, na medida em que, não raras vezes, é o próprio titular do direito à imagem que partilha e coloca a sua imagem à disposição da vontade de um alargado núcleo de pessoas. Para além disso, a *internet* e as redes sociais possibilitam uma partilha imediata da imagem, permitindo que esta seja visualizada e explorada nos quatro cantos do mundo e perpetuada no espaço cibernético.

Ora, quando nos referimos ao direito à imagem, falamos, necessariamente, do bem da personalidade “imagem”, intrínseco à personalidade humana, intransmissível e que podemos caracterizar como a aparência exterior da pessoa, a qual a lei resume na expressão “retrato”. Segundo David de Oliveira Festas, o conceito de retrato é constituído por dois elementos, entre eles, a representação visual ou visível da imagem e a sua recognoscibilidade¹³⁶. A imagem da pessoa humana – ou o seu retrato – constitui uma característica identificadora que a permite distinguir de todas as outras. Este retrato, tendencialmente imutável, corresponde “a uma representação (visual) da imagem de uma pessoa num determinado tempo e espaço que permite reconhecê-la ou identificá-la”, incluindo “as representações visuais da imagem de uma pessoa e não as descrições escritas ou faladas da sua aparência exterior”¹³⁷.

As novas formas de captação e reprodução do retrato não se cingem, como tivemos oportunidade de referir acima, à fotografia, à televisão ou ao cinema. Atualmente, o uso da tecnologia permite que a imagem da pessoa seja utilizada em cenários e situações em que ela nunca se encontrou, mas que convença o público do contrário. Falamos das técnicas de reconstrução digital e de *deepfakes*, em que, com recurso a inteligência artificial, são criadas imagens a partir de outras anteriormente expostas, levando a acreditar que a pessoa, cuja imagem está representada, se encontra naquela situação, diz o que é transmitido e se comporta verdadeiramente assim, sem que exista o consentimento do retratado¹³⁸.

Por outro lado, para que possa valer-se da tutela do direito à imagem, a representação da aparência exterior da pessoa deve permitir a sua identificação ou reconhecimento. Quer isto dizer que

¹³⁶ FESTAS, David de Oliveira, *Do Conteúdo Patrimonial do Direito à Imagem: Contributo para um Estudo do seu Aproveitamento Consentido e Inter Vivos*, cit., p. 242.

¹³⁷ *Ibidem*.

¹³⁸ Na indústria cinematográfica vem sendo habitual, em caso de falecimento dos atores, a construção digital da imagem. Esta técnica foi empregue no filme “*Velocidade Furiosa 7*” com a personagem de Paul Walker, em algumas cenas, depois de este ter falecido no decorrer das filmagens.

a proteção conferida à captura, divulgação e exploração abusiva da imagem apenas pode ser possível quando permitam a sua identificação ou reconhecimento, através de traços distintivos e únicos, como sejam os seus traços faciais ou traços físicos de outras partes do corpo que permitam identificar a pessoa, não sendo necessário que qualquer pessoa seja capaz de o fazer^{139 140}.

No n.º 1 do art. 79.º é empregue a seguinte regra: o retrato da pessoa não pode ser exposto, reproduzido ou lançado no comércio sem o seu consentimento. No entanto, apesar de a previsão legal não referir, expressamente, a proibição de captação não autorizada do retrato, a doutrina vem-nos dizendo que não deve ser adotada uma interpretação literal, dado que basta que se proceda à incorporação ou fixação da imagem num suporte, independentemente da técnica utilizada, para que esse ato configure uma violação do direito à imagem¹⁴¹.

Assim, ao passo que a reprodução da imagem se refere à captação ou produção da imagem, já a reprodução do retrato implica a repetição e multiplicação deste, enquanto “concreto procedimento através do qual se representa a figura humana de modo a ser reconhecível pela sociedade”¹⁴². Neste sentido, no momento em que uma fotografia é tirada – dá-se a reprodução da imagem – e aquando da reprodução dessa fotografia – dá-se a reprodução do retrato – é necessário o consentimento do titular do direito à imagem.

Por outro lado, à exposição do retrato corresponde a sua divulgação – pública ou não – a um número determinado ou indeterminado de pessoas, sem que se possa considerar que o retrato é lançado no comércio. O lançamento no comércio, enquanto objeto do nosso estudo, resumir-se-á ao aproveitamento económico ou publicitação da imagem, sujeito ao consentimento do titular, pelo que, por exemplo, se a imagem de uma pessoa for utilizada para fins publicitários por outrem, sem que haja o consentimento da pessoa retratada, haverá violação do direito à imagem.

Tal não será – não sendo necessário o consentimento – nas circunstâncias previstas no n.º 2 do art. 79.º, ou seja, quando a notoriedade ou o cargo da pessoa o justifique, quando revelem exigências de polícia ou de justiça, finalidades científicas, didáticas ou culturais, ou quando a reprodução da imagem vier enquadrada na de lugares públicos, ou na de factos de interesse público ou que hajam decorrido publicamente. cremos, no entanto, que a norma legal deverá ser interpretada *cum grano salis* ou de forma restritiva quanto à desnecessidade de consentimento para o

¹³⁹ FESTAS, David de Oliveira, *Do Conteúdo Patrimonial do Direito à Imagem: Contributo para um Estudo do seu Aproveitamento Consentido e Inter Vivos*, cit., pp. 246-249.

¹⁴⁰ cremos que aqui se integram traços biológicos da pessoa, como a cor dos olhos, a cor do cabelo ou a cor da pele, mas também traços físicos subsequentes, fruto da autonomia e vontade do indivíduo, como tatuagens, *piercings* e outras modificações corporais.

¹⁴¹ FESTAS, David de Oliveira, *Do Conteúdo Patrimonial do Direito à Imagem: Contributo para um Estudo do seu Aproveitamento Consentido e Inter Vivos*, cit., pp. 271-273; PINTO, Carlos Mota, et. al., *Teoria Geral do Direito Civil*, cit., p. 213, nota 230.

¹⁴² VERDA y BEAMONTE, José Ramón de, “La Protección Constitucional del Derecho a la Propria Imagem”, in *El derecho a la imagen desde todos los puntos de vista*, *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, n.º 9, Arandazi – Thomson Reuters, 2011, p. 23.

aproveitamento económico da imagem¹⁴³.

Contudo, não obstante verificar-se algum destes cenários, a lei salvaguarda a imagem, ao ressaltar que o retrato não pode ser reproduzido, exposto ou lançado no comércio, se do facto resultar prejuízo para a honra, reputação ou simples decore da pessoa retratada (n.º 3 do art. 79.º).

Especialmente relevante para o nosso estudo e, não raras vezes, conexa à imagem e à violação do direito à imagem, o direito à reserva sobre a intimidade da vida privada encontra tutela no art. 80.º do CC, segundo o qual todos devem guardar reserva quanto à intimidade da vida privada de outrem (n.º 1 do art. 80.º do CC), mas, nos termos do n.º 2, a extensão da reserva será definida de acordo com a natureza do caso e a condição das pessoas.

Quer isto dizer que ao titular do direito de personalidade cabe a orientação da sua vida privada como bem entende, tendo o direito de controlar a informação privada, designadamente quanto à tomada de conhecimento, à sua divulgação ou à circulação da informação sobre a vida privada, sendo também conferida proteção ao interesse à subtração à atenção alheia e ao interesse na solidão¹⁴⁴. O direito à reserva da intimidade da vida privada impede, pois, a divulgação e a partilha de informações, não consentidas, de um a outrem e proíbe a intromissão abusiva nas esferas privada e secreta. No mesmo sentido se debruçam Gomes Canotilho e Vital Moreira, quando refletem que, por um lado, a tutela se estende num “direito a impedir o acesso de estranhos a informações sobre a vida privada e familiar” e num “direito a que ninguém divulgue as informações que tenha sobre a vida privada e familiar de outrem”¹⁴⁵.

Ao controlo da informação corresponde, assim, um direito de autodeterminação informativa, cabendo ao indivíduo a decisão de divulgar, mas também quando e de que modo a informação deverá ser conhecida. São estes alicerces do direito de oposição à violação da intimidade da vida privada.

Se admitirmos a relevância jurídica da doutrina da teoria das esferas¹⁴⁶, o n.º 1 do art. 80.º protege as esferas privada, secreta ou íntima, estando fora do seu âmbito de aplicação a esfera pública. De acordo com aquela, a esfera íntima compreende as informações ditas secretas que a pessoa opta por não revelar a ninguém, destacando-se, nomeadamente, aspetos da vida sentimental e sexual. Por outro lado, na esfera privada encontram-se as informações que o titular apenas partilha

¹⁴³ Vide Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 06.07.2021, proferido no proc. n.º 1939/20.2T8AMD.L1-7, disponível em www.dgsi.pt [24.03.2023].

¹⁴⁴ PINTO, Paulo Mota, “A limitação voluntária do direito à reserva sobre a intimidade da vida privada”, in *Separata de Estudos em Homenagem a Cunha Rodrigues*, Coimbra, Coimbra Editora, 2001, pp. 528-529.

¹⁴⁵ CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa anotada*, 4.ª edição revista, vol. I, Coimbra, Coimbra Editora, 2007, p. 467.

¹⁴⁶ Neste sentido, a jurisprudência e doutrina alemãs desenvolveram a teoria das esferas, destacando-se o autor Heinrich Hubmann que distinguia as esferas individual (*Individualsphäre*), secreta (*Geheimsphäre*) e privada (*Privatsphäre*). Vide, HUBMANN, Heinrich, *Das Persönlichkeitsrecht*, 2.ª edição, Köln, Böhlau, 1967, p. 269, *apud* ZANINI, Leonardo Esteves de Assis, “A proteção dos direitos da personalidade na Alemanha”, in *RJLB*, ano 6, 2020, p. 752. Aproveitando os desenvolvimentos deste autor, Marcel Bartnik, cujos ensinamentos lograram aos dias de hoje, opera a divisão entre as esferas íntima, privada e pública. Vide, BARTNIK, Marcel, *Der Bildnisschutz im deutschen und französischen Zivilrecht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2004, p. 269, *apud* ZANINI, Leonardo Esteves de Assis, “A proteção dos direitos da personalidade na Alemanha”, *cit.*, p. 752.

com o núcleo familiar e de amigos mais próximos, admitindo, no entanto, autorizações de ingerência, podendo ceder em caso de conflito de direitos ou com o interesse público¹⁴⁷. Por último, a esfera pública, acessível ao público, compreende as informações suscetíveis de divulgação, independentemente de autorizações, tipicamente invocada quanto à vida de políticos, desportistas, influenciadores digitais ou músicos.

No entanto, embora possamos considerar que as figuras proeminentes e/ou reconhecidas pelo público geral não deixam de ter direito à privacidade e proteção contra ingerências não consentidas às esferas íntima e privada, a verdade é que a figura pública verá o seu direito à reserva da intimidade da vida privada suprimido com mais frequência e de uma forma mais extensa do que aquele que vive uma vida anónima, sem que se possa falar de uma violação da sua esfera privada¹⁴⁸.

A verdade é que o n.º 2 do art. 80.º afasta o carácter absoluto da reserva da intimidade da vida privada, antes adota dois critérios de delimitação da vida privada e da vida pública ou, se quisermos, de restrição de aplicação do n.º 1, entre eles a natureza do caso e a condição das pessoas.

Por um lado, à reserva da intimidade poderão prevalecer interesses e valores que, *in casu*, serão legítimos e superiores e que admitem uma intromissão na vida privada, como a liberdade de imprensa e de informação e o direito de opinião e de expressão. Porém, será “ilícita a agressão à privacidade quando o interesse que a impulsiona seja eticamente pouco relevante como o simples interesse do lucro, de tiragem ou de audiência, ou eticamente negativo, como o sensacionalismo”¹⁴⁹.

Por outro lado, como adiantámos, releva a condição da pessoa, a sua notoriedade, o seu grau de reconhecimento e a sua função pública, circunstâncias que podem justificar a intromissão na vida privada, sendo, em princípio, intransigente o acesso à vida íntima. Queremos com isto dizer que, em princípio, matérias privadas como a sexualidade, a saúde ou a vida amorosa e familiar das figuras públicas estarão fora de qualquer escrutínio lícito. Porém, ao acesso à “celebridade” e figura pública, *máxime* à divulgação dos seus comportamentos e valores mais íntimos, poderá corresponder um interesse público legítimo que justifique, pela referência que é e pelo protagonismo que detém na vida pública, o conhecimento pelo público. Assim, na ponderação de um interesse público, será necessário demonstrar que o ato revelado tem conexão ou produz efeitos na atividade ou no cargo da figura pública visada¹⁵⁰.

Opera o mesmo raciocínio nas situações de autodivulgação, acompanhada de exposição de aspetos da vida privada e íntima, em princípio, inatingíveis porque aplicável a norma de proteção da

¹⁴⁷ CARVALHO, Andreia F. Pereira de, *A Criança nas Redes Sociais: Tutela da Personalidade e Responsabilidade Parental na Divulgação da Imagem*, cit., p. 74.

¹⁴⁸ CORDEIRO, António Menezes, *Tratado de Direito Civil Português, Parte Geral – Pessoas*, cit., pp. 265-266.

¹⁴⁹ VASCONCELOS, Pedro Pais de; VASCONCELOS, Pedro Leitão Pais de, *Teoria Geral do Direito Civil*, Coimbra, Almedina, 9.ª edição, 2019, p. 72.

¹⁵⁰ MARTINS, Paulo, *O privado em público: O direito à informação e direitos de personalidade*, Coimbra, Almedina, 2013, p. 45.

intimidade, mas que agora o titular renuncia. Não queremos com isto dizer que a divulgação de informação íntima e privada convoca uma renúncia definitiva à reserva da intimidade sobre a vida privada, mas antes comporta uma renúncia aos graus de proteção respetivos¹⁵¹.

Com o crescimento das redes sociais e a imediatez da exposição da intimidade no ciberespaço, e com a adesão generalizada ao fenómeno dos *reality shows*, esta matéria vem ganhando relevo, especialmente porque o acesso à esfera íntima de qualquer pessoa – pública ou anónima – é relativamente livre e encontra-se à disposição de um número incalculável de espectadores. Ademais, no momento de difusão das informações privadas, desconhece-se a identidade e as intenções daqueles que procedem à reprodução das informações *online*.

Claro está que a partilha nas redes sociais pode suceder num âmbito de “amigos” restrito, cujo acesso é controlado pelo utilizador da rede social, pelo que não podemos adotar uma igual posição quando se trate da difusão de informações íntimas numa página pessoal pública e aberta a todos os olhares. A reserva de cada caso concreto dependerá, assim, das características e das configurações da rede social do titular do direito à intimidade. Tal deverá reger-se pela vontade do utilizador e pelas normas de utilização e privacidade de cada meio de comunicação social *online*.

2.3.- O exercício dos direitos de personalidade na menoridade.

Da maioridade e da menoridade muito se tem decorrido na doutrina, especialmente quanto ao apuramento das incapacidades. Se à maioridade surge intrínseca uma conceção de capacidade, a menoridade é descrita como uma incapacidade típica. A idade é um importante elemento da aferição da capacidade no ordenamento jurídico português, mas cremos que não deverá restringir-se a um único critério – a maioridade.

De facto, o Direito Português adota um regime relativamente rígido de estabelecimento de maioridade, estando definida uma idade que aparta a menoridade da maioridade ou, por outras palavras, que fixa um limite de acesso à maioridade, entre nós, os dezoito anos de idade, nos termos dos arts. 122.º e 130.º do CC. A menoridade e a maioridade correspondem, assim, a condições ou estados da pessoa humana, não precárias nem descontínuas, juridicamente relevantes, perdurando por um período delimitado, mas extenso, no caso da menoridade, e não se extinguindo, uma vez adquirida, como sucede na maioridade¹⁵².

Em princípio, o menor de dezoito anos será juridicamente incapaz de agir e de fazer produzir efeitos jurídicos por ato próprio. A titularidade de direitos do menor de idade encontra-se consolidada numa ideia de capacidade de gozo de direitos genérica, embora tenha cumprido ao legislador a

¹⁵¹ FARINHO, Domingos Soares, *Intimidade da vida privada e média no ciberespaço*, cit., p. 48.

¹⁵² GUICHARD, Raul, "Sobre a incapacidade dos menores no direito civil e a sua justificação", cit., p. 113, nota 2.

regulação de atos de natureza pessoal, como o ato de casar, de perfilhar e testar¹⁵³, reconhecendo que o menor de dezasseis anos estará incapacitado para contrair casamento e perfilhar e que ao menor não emancipado estará vedado o direito de testar.

Quanto ao exercício de direitos na menoridade, o art 123.º do CC não se coíbe de fixar um regime de incapacidade de exercício geral, embora reconhecendo crescente relevo à maturidade e capacidade de discernimento da criança impressa na sua idade e aos valores da autonomia e autodeterminação na condução da sua vida privada. Mas, como sabemos, a incapacidade de exercício pode ser suprida pelos seus representantes legais que, em regra, serão aqueles a quem incumbe o exercício das responsabilidades parentais, a um tutor ou administrador de bens. Os negócios jurídicos celebrados pelo menor de idade são, assim, anuláveis – exceto nos casos previstos nas alíneas do n.º 1 do art. 127.º do CC –, podendo a anulabilidade ser arguida pelo progenitor que exerça as responsabilidades parentais, pelo tutor ou administrador de bens, pelo próprio menor ou por qualquer herdeiro do menor (n.º 1 do art. 125.º)¹⁵⁴.

Já quanto ao exercício dos seus direitos de personalidade surgem algumas dúvidas, dada a inexistente regulamentação do exercício destes direitos na menoridade e a escassa referência à prática de atos de natureza pessoal.

A verdade é que, não obstante ao menor de idade estar intrínseca uma capacidade de gozo tendencialmente plena, cuja personalidade humana e, consequentemente, jurídica se manifestam no reconhecimento de direitos de personalidade da criança, não pode esta agir pessoal e livremente no exercício dos seus direitos de personalidade. Será, pois, à partida, um cenário em que a capacidade para ser titular de direitos não se compatibiliza com o efetivo exercício desses direitos.

Por decorrência, caberá ao poder de representação, na pessoa daqueles que detêm o exercício das responsabilidades, o exercício de todos os direitos e o cumprimento de todas as obrigações do filho, no seu superior interesse, excetuados os atos puramente pessoais, aqueles que o menor tem o direito de praticar pessoal e livremente e os atos respeitantes a bens cuja administração não pertença aos pais (n.º 1 do art. 1881.º do CC).

Quanto à natureza dos direitos de personalidade não restam dúvidas que se integram na categoria dos direitos pessoalíssimos ou direitos de natureza puramente pessoal. Quer isto dizer que os direitos de personalidade – estes direitos subjetivos e intransmissíveis – mantêm “uma estreita

¹⁵³ FERNANDES, Luís A. Carvalho, *Teoria Geral do Direito Civil: introdução, pressupostos da relação jurídica*, vol. I, 6.ª edição, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2012, pp. 264-265.

¹⁵⁴ De notar que no ordenamento jurídico alemão (que introduzimos como termo de comparação), os menores de sete anos estão incapazes de contratar (§ 104, 1 do BGB), sendo nulo o negócio celebrado por este (§ 105, 1 do BGB). Por outro lado, aqueles com idade superior a sete anos e inferior a dezoito anos têm capacidade negocial limitada (§ 106 do BGB). Os contratos que os menores concluem serão ineficazes, a não ser que exista o consentimento dos progenitores (§ 107 do BGB). No entanto, serão eficazes, independentemente do consentimento do representante, os negócios que apenas acarretarem uma vantagem jurídica (§ 107 do BGB).

ligação à pessoa que deles é titular, o que envolve o corolário de também não admitirem, em geral, exercício representativo”¹⁵⁵. Aliás, admite certa doutrina que o exercício dos direitos de personalidade se processa normalmente através de atos materiais ou atos jurídicos sem caráter negocial, mas cujo caráter pessoal justifica que o exercício normal, direto e imediato caiba ao menor, não podendo tais direitos ser diretamente exercidos pelo representante legal¹⁵⁶. Assim, colocam-se questões quanto à (in)capacidade dos menores para o exercício dos seus direitos de personalidades apenas quando esse tenha um caráter negocial, operando uma interpretação restritiva do art. 123.^o¹⁵⁷.

Em sentido distinto pronuncia-se a doutrina tradicional, reconhecendo que a incapacidade geral ínsita ao regime jurídico da menoridade abrange, assim, tanto os atos de natureza pessoal, como os atos patrimoniais¹⁵⁸. Tanto é que, nas palavras impressas no art. 130.^o do CC, reconhece-se que o menor não está habilitado a reger a sua pessoa e a dispor dos seus bens¹⁵⁹.

É, porém, entendimento unânime que os menores de idade não possuem capacidade judiciária, cabendo aos seus representantes legais a representação em juízo, em caso de ameaça de violação ou de violação consumada de um ou mais direitos de personalidade da criança, nos termos do art. 16.^o do CPC.

Noutro prisma, e particularmente relevante para o nosso estudo, surge a problemática da limitação voluntária dos direitos de personalidade da criança. Assim, se, por um lado, aos menores de idade escapa, em princípio, a capacidade de exercer os direitos que adquirem e aos representantes legais incumbe a representação do menor, por outro lado, o caráter pessoalíssimo dos direitos de personalidade obriga a uma ponderação da necessidade e validade do consentimento do próprio menor.

Neste sentido, vem a doutrina maioritária invocar a capacidade natural da criança enquanto critério de referência na aferição da capacidade para consentir, podendo, assim, traduzir uma vontade séria, livre e esclarecida (art. 217.^o do CC)¹⁶⁰. Deve-se, assim, aferir que o menor dispõe do discernimento necessário para avaliar o sentido e alcance das consequências que a limitação voluntária que agora consente implicarão para os seus bens da personalidade¹⁶¹. Nas situações em

¹⁵⁵ FERNANDES, Luís A. Carvalho, *Teoria Geral do Direito Civil: introdução, pressupostos da relação jurídica*, cit., p. 226.

¹⁵⁶ SOUSA, R. Capelo de, *O direito geral de personalidade*, cit., pp. 170, 171, nota 259a; BARBOSA, Mafalda Miranda, “Breves reflexões em torno do art. 127.^o do Código Civil”, in *BFD*, vol. XC, tomo II, 2014, pp. 692.

¹⁵⁷ CARVALHO, Andreia F. Pereira de, *A Criança nas Redes Sociais: Tutela da Personalidade e Responsabilidade Parental na Divulgação da Imagem*, cit., p. 87.

¹⁵⁸ ASCENSÃO, Oliveira, *Direito Civil – Teoria Geral*, vol. I, Coimbra, Coimbra Editora, 2000, p. 188; FESTAS, David de Oliveira, *Do Conteúdo Patrimonial do Direito à Imagem: Contributo para um Estudo do seu Aproveitamento Consentido e Inter Vivos*, cit., p. 302.

¹⁵⁹ Neste sentido, MOREIRA, Sónia, “A capacidade dos menores para consentir atos médicos na ordem jurídica portuguesa”, in *Anuário de Direitos Humanos*, n.º 0, 2017, p. 141, disponível em: <https://hdl.handle.net/1822/49556> [13.04.2023].

¹⁶⁰ A propósito, refere Rosa Cândido Martins que “a capacidade natural desempenha o papel de verdadeiro critério da capacidade de agir”. MARTINS, Rosa Cândido, *Menoridade, (In)capacidade e Cuidado Parental*, cit., pp. 116 e ss.

¹⁶¹ PINTO, Paulo Mota, “A limitação voluntária do direito à reserva sobre a intimidade da vida privada”, cit., p. 542. Vide também MOREIRA, Sónia, “A capacidade dos menores para consentir atos médicos na ordem jurídica portuguesa”, cit., p. 153.

que tal se verifique, pode e deve o menor consentir para a limitação dos seus direitos de personalidade, por não ser exigível capacidade negocial. Na verdade, o consentimento tolerante – livre dos princípios que regem a capacidade referente a negócios jurídicos – não cria ou constitui qualquer direito para o agente, é unilateral e anterior à lesão, tornando lícito o ato lesivo dos direitos de personalidade do menor (art. 340.º)¹⁶².

Caso o menor não tenha discernimento suficiente de entender as consequências do seu consentimento, podem os representantes legais providenciar o consentimento sozinhos, desde que sejam respeitados os limites previstos no n.º 1 do art. 81.º do CC.

Outrossim, tratando-se de uma atuação negocial, e não apenas da tolerância de agressão de terceiro, exige-se, não só o acordo do menor, mas também o consentimento do seu representante legal ou tutor (arts. 123.º e 124.º do CC). Por estarmos perante um consentimento autorizante e consequentemente, na “atribuição de um poder jurídico de agressão a uma outra pessoa”¹⁶³, em princípio, encontramos um ato jurídico bilateral, com carácter constitutivo, pois envolve a celebração de um “compromisso jurídico *sui generis*”¹⁶⁴ (art. 81.º do CC).

Não escapa ao entendimento jurídico maioritário o reconhecimento de autonomia da criança quando esta esteja em condições de entender os atos que pratica, os efeitos que possam daí repercutir e de reconhecer os seus interesses próprios. A idade não deixa de representar um critério sério e seguro de aferição de capacidade, na medida em que, por exemplo, o menor de seis anos não terá a mesma maturidade que o menor de dezasseis anos, este já capaz de entender os efeitos do consentimento e das implicações que a sua presença no domínio pessoal e negocial convocam. Nesta senda, as opções legislativas vêm conduzindo à consagração de um gradualismo do regime da menoridade, considerando que a incidência do direito-dever de representação dos pais na esfera pessoal e patrimonial da criança deverá diminuir ou aumentar consoante a necessidade, estando o menor “impossibilitado de movimentar a sua esfera jurídica por ato próprio e exclusivo até ao ponto em que não seja capaz de determinar autonomamente e de salvaguardar isoladamente os seus interesses”¹⁶⁵.

Vem sendo este o pensamento daqueles que defendem a aplicação analógica da al. b), n.º 1 do art. 127.º do CC aos atos de natureza pessoal de pequena importância, como seja a capacidade para consentir a restrição voluntária dos direitos de personalidade. Segundo a norma, serão válidos

¹⁶² CARVALHO, Orlando de, *Teoria geral do direito civil*, cit., p. 205; SOUSA, R. Capelo de, *O direito geral de personalidade*, cit., p. 412.

¹⁶³ COUTINHO, Diana Sofia Araújo, “Responsabilidade civil médica: uma breve reflexão sobre o regime jurídico do consentimento informado no direito civil”, in Maria Miguel Carvalho (coord.), *Temas de Direito Privado- O direito privado na contemporaneidade: desafios e perspetivas*, Braga, Escola de Direito da Universidade do Minho, 2015, p. 66, disponível em: <https://hdl.handle.net/1822/50354> [15.08.2023].

¹⁶⁴ SOUSA, R. Capelo de, *O direito geral de personalidade*, cit., pp. 411 e 412.

¹⁶⁵ BARBOSA, Mafalda Miranda, “Breves reflexões em torno do art. 127.º do Código Civil”, cit., p. 695.

os negócios jurídicos próprios da vida corrente do menor que, estando ao alcance da sua capacidade natural, só impliquem despesas, ou disposições de bens, de pequena importância. A esta conclusão vêm chegando diversos autores quanto à capacidade dos menores de idade para prestar consentimento no acesso à saúde, nomeadamente, à realização de exames médicos e intervenções médico-cirúrgicas. Crê-se que o menor, de qualquer idade, terá capacidade de prestar consentimento para todos os atos de assistência médica de pequeno relevo que estejam ao alcance da sua capacidade natural¹⁶⁶.

Outro será o entendimento quando o consentimento a prestar não se restringe à prática de atos de pequena importância. Nessas situações vem já a doutrina fazer referência ao n.º 3 do art. 38.º do CP que refere que o consentimento só é eficaz se for prestado por quem tiver mais de dezasseis anos e possuir o discernimento necessário para avaliar o seu sentido e alcance no momento em que o presta. Não podemos deixar de concordar com Guilherme de Oliveira ao entender que uma norma de direito penal pode relevar para o direito civil, especialmente quando o ramo de direito que está mais preocupado com a defesa da liberdade e autodeterminação aceita o livre consentimento prestado pelo menor de dezasseis, sendo desadequada uma qualquer solução do direito civil que, simultaneamente, considerasse que o jovem de dezasseis anos necessitava do consentimento dos pais no acesso à saúde, mas também na limitação dos seus direitos de personalidade¹⁶⁷. Aliás, a norma penal consagra – a par das normas civis – o critério da capacidade natural do menor para consentir, concedendo-lhe, na medida do necessário, a proteção exigida pelas mãos daqueles que exercem as responsabilidades parentais. Assim, julga-se desnecessária a intervenção dos representantes legais quando a criança tenha entre dezasseis e dezoito anos e o discernimento e maturidade necessários para entender a decisão que toma, avaliado casuisticamente, sem que tal se possa presumir. Note-se, contudo, que o critério do discernimento apenas será avaliado consoante verificação do critério da idade, pelo que, estando preenchidos estes pressupostos cumulativos consideramos que não será ilícito o ato para o qual o menor prestou consentimento tolerante. Tal já não sucederá quando o ato faça nascer compromissos jurídicos do menor e direitos subjetivos relativamente este, sendo exigível que os pais, em exclusivo, consintam¹⁶⁸.

Por outro lado, se o menor não tiver ainda completado os dezasseis anos de idade e/ou não tiver capacidade natural e os atos que estiverem em causa excedam a pequena importância, o

¹⁶⁶ Neste sentido, OLIVEIRA, Guilherme de, “O acesso dos menores aos cuidados de saúde”, *cit.*, p. 19; MOREIRA, Sónia, “A capacidade dos menores para consentir atos médicos na ordem jurídica portuguesa”, *cit.*, p. 154.

¹⁶⁷ OLIVEIRA, Guilherme de, “O acesso dos menores aos cuidados de saúde”, *cit.*, p. 17.

¹⁶⁸ Sobre este tema, Guilherme de Oliveira acrescenta que o consentimento para a realização de uma intervenção cirúrgica deverá ser pedido ao menor (nos termos do n.º 3 do art. 38.º do CP), no entanto, o compromisso de pagar os honorários, a medicação e o internamento cabe exclusivamente aos progenitores. OLIVEIRA, Guilherme de, “O acesso dos menores aos cuidados de saúde”, *cit.*, p. 19.

consentimento deve ser pedido aos representantes legais e estes podem prestar o consentimento sem deixar de atender à opinião da criança, abrangendo-se tanto os atos que envolvam compromissos jurídicos, como aqueles que signifiquem uma simples tolerância na ofensa¹⁶⁹.

Pode, no entanto, suceder que a disposição dos direitos de personalidade, consentida pela criança com maturidade e discernimento necessários, não acautele o seu superior interesse. Noutro cenário, podemos também reconhecer que o consentimento prestado por aqueles que exercem as responsabilidades parentais não acautela o superior interesse da criança ou acautela apenas interesses próprios.

Na primeira hipótese, cremos que caberá aos pais recorrer a tribunal, de modo a que possa este avaliar a capacidade natural do menor no momento da declaração de consentimento e pronunciar-se quanto à validade dos argumentos apresentados pelos pais. Na segunda hipótese, também se compreende o recurso aos tribunais, especialmente quando esteja em risco a vida da criança. De facto, a discordância entre a opinião médica e a dos progenitores pode convocar desafios à atuação parental em matéria de direitos de personalidade, nomeadamente nas situações em que a realização de intervenções médicas é crucial, nos termos da experiência médica, e os pais rejeitam o procedimento. Entende-se que, nestas situações, e não sendo manifesta a urgência de uma tomada de decisão, deverá o Ministério Público intentar ação de inibição do exercício das responsabilidades parentais, nos termos do n.º 1 do art. 1915.º do CC. Quando a segurança, a saúde, a formação moral ou a educação de um menor se encontre em perigo e não seja caso de inibição do exercício das responsabilidades parentais, pode o tribunal, a requerimento do Ministério Público, decretar as providências adequadas, designadamente confiá-lo a terceira pessoa ou a estabelecimento de educação ou assistência, como instituições hospitalares quando tal se presuma ser a que melhor salvaguarda o interesse (art. 1918.º do CC).

Independentemente do bem de personalidade em causa, cremos que, quando se trate da limitação de direitos de personalidade da criança, deverão ser considerados, em função da sua idade, maturidade e discernimento, o direito a ser informado e de ser ouvido, pelo que, em caso de conflito entre a vontade dos representantes legais e da criança, entende-se que deva prevalecer a vontade do menor, quando capaz de consentir.

Assim, embora possamos reconhecer que a criança não tem, em princípio, capacidade de exercício dos seus direitos de personalidade, a verdade é que a atuação em matéria de direitos pessoais vem sendo enquadrada no bloco da capacidade da menoridade, desde que a criança tenha o discernimento necessário para avaliar e compreender corretamente as implicações dos seus atos,

¹⁶⁹ OLIVEIRA, Guilherme de, "O acesso dos menores aos cuidados de saúde", *cit.*, p. 19.

dado o reconhecimento de autonomia da criança nos aspetos mais pessoais e intrínsecos da sua dignidade humana.

Talvez inconscientemente ou sem conhecimento de que, atualmente, a criança é sujeito de direitos, com poderes de decisão, vem-se regendo a sociedade pela máxima de que os pais são aqueles que melhor acautelam os interesses da criança e as decisões que tomam por ela não merecem discórdia ou litígio. Também os pais sustentam as suas decisões nesta premissa, validando as suas ações no comportamento de outros, na sua própria experiência ou na intenção cuidadora que colocam em cada ação. Embora possamos reconhecer que tudo isto é verdadeiro, não deixa de ser importante invocar a outra face da moeda: explorar os limites da atuação parental no exercício dos direitos de personalidade da criança, designadamente quando daí se retire um aproveitamento económico da imagem da criança. Será este o nosso mote para o capítulo seguinte.

Capítulo 3- O aproveitamento económico da imagem da criança nas redes sociais no exercício das responsabilidades parentais

De acordo com o *The Global State of Digital*, em outubro de 2022, 5,07 biliões de pessoas eram utilizadores de *internet* e 4,74 biliões de pessoas em todo o mundo utilizavam redes sociais, representando 59,3 % da população total global¹⁷⁰. Por outro lado, e já segundo o inquérito EU Kids Online¹⁷¹, em 2018, 27% das crianças, com idades entre os 9 e 10 anos, admitiam usar diariamente as redes sociais, enquanto 89% das crianças, com idades entre os 15 e 17 anos, utilizam redes sociais no dia-a-dia.

Estes números espelham uma nova realidade comportamental e social que vem prevalecendo cada vez mais cedo e com grande preponderância nos grupos etários mais jovens, ocupando grande destaque nas vidas das crianças e adolescentes. Quer seja na partilha de informações *online*, no acesso a um grande leque de informação ou na simples comunicação entre pares, a verdade é que a vulnerabilidade das crianças neste mundo, mais ou menos, desconhecido e a sua falta de maturidade e discernimento para perceber as consequências das suas ações e os perigos que as redes sociais comportam admitem potenciais danos. Para além de ser possível aqui equacionar a violação de direitos de personalidade da criança, a prática de outros ilícitos convoca a atenção da sociedade em geral e dos pais em particular. É o caso do *bullying* e *cyberbullying*, o acesso a pornografia e conteúdos violentos e do *sexting*. No entanto, associado ao grande crescimento das novas tecnologias e das redes sociais e à sua preponderância quotidiana na vida em sociedade está uma acrescida inteligência

¹⁷⁰ Disponível em: <https://wearesocial.com/us/blog/2022/10/the-global-state-of-digital-in-october-2022/> [19.06.2023].

¹⁷¹ Vide, PONTE, Cristina, *Nós na Rede: Ambientes digitais de crianças e jovens*, Coimbra, Almedina, 2020.

tecnológica e fortes habilidades informáticas que permitem à criança escapular-se do controlo parental, conseguindo esconder os seus passos na *web*, eliminar dados e informações comprometedores ou aceder a espaços *online* exclusivamente dedicados a adultos.

Sendo possível definir diversos conceitos de rede social, adotamos o seguinte: *“as redes sociais em linha são ferramentas informáticas onde, através da criação de um perfil, com informação pessoal disponibilizada pelo próprio utilizador e do estabelecimento de uma rede de contactos com os outros utilizadores, é possível a interação social entre utilizadores e a partilha de conteúdos”*¹⁷².

Com a introdução da *Web 2.0*, os utilizadores das redes sociais passaram de meros consumidores a sérios produtores de conteúdo, provocando um aumento da criatividade dos seus utilizadores, mas também da quantidade e da qualidade do conteúdo disponibilizado¹⁷³. A necessidade de pertença e o medo de ficar excluído de situações, conversas e tópicos populares aliam-se à facilidade de interação social que as redes sociais prometem, convocando um aumento dos produtores de conteúdo e do público consumidor.

A célere proliferação das informações e a simplicidade na criação, publicação e partilha do conteúdo convocam a atenção das marcas que aproveitam, numa primeira etapa, a notoriedade pública intrínseca às “celebridades” ou pessoas conhecidas pela generalidade do público, embora, a longo prazo não seja critério, de diversos setores, a limitação a um determinado grupo ou classe social. Estes, por seu turno, fomentam uma tendência, até então desconhecida nas redes virtuais, de aproveitamento económico da imagem. E, muito embora o reconhecimento de um valor patrimonial à imagem individual e característica de cada um não seja recente ou inovador do *social networking*, a verdade é que tomou grandes proporções na publicidade e *merchandising*, conduzindo à preferência de *bloggers* e *digital influencers* capazes de influenciar, diretamente, na venda ou no uso de certos produtos a um grande público-alvo com o qual, regularmente, estabelece uma relação de proximidade, em detrimento dos *media* tradicionais¹⁷⁴.

Por maioria de razão, ao aproveitamento económico da imagem corresponderá uma limitação consentida do direito à imagem do seu titular, enquanto sujeito digno de personalidade jurídica, conquanto a sua exposição, divulgação e publicitação potencia um acréscimo patrimonial na esfera do agente, desde que lícita nos termos da lei civil.

Também por maioria de razão, entendemos que merece o seu devido destaque o aproveitamento económico da imagem das crianças nas redes sociais. Se, por um lado, se questiona

¹⁷² CECÍLIO, Tiago; MOREIRA, Teresa Coelho; SANTOS, Alexandre, “A proteção dos menores na sociedade de informação: desafios criados pelas redes sociais”, in *Scientia Iuridica*, Tomo LXV, n.º 341, Maio/Agosto de 2016, pp. 262-263 disponível em: <http://hdl.handle.net/1822/52856> [29.04.2023].

¹⁷³ *Idem.*, p. 265.

¹⁷⁴ UZUNOGLU, Ebru; KIP, Sema Misci, “Brand communication through digital influencers: Leveraging blogger engagement”, in *International Journal of Information Management*, n.º 34, 2014, p. 594.

a maturidade da criança que expõe a sua imagem em atividades artísticas, culturais ou publicitárias, por outro, não pode deixar de relevar a intervenção dos titulares das responsabilidades parentais e o consentimento prestado ou a prestar, caso a exposição parta dos pais ou da própria criança.

De facto, de acordo com um estudo do Observatório da Paternidade e Educação Digital francês¹⁷⁵, mais de um em cada dois pais já compartilhou fotos ou vídeos dos filhos nas redes sociais. Dos pais que publicam conteúdos dos filhos, 3% são *digital influencers*, beneficiando de vantagens patrimoniais ou remuneração aquando dessa publicação. Destes, 85% publica conteúdo sobre os filhos nas redes sociais pelo menos uma vez por semana e 38% fá-lo uma vez por dia. Segundo este estudo, percebe-se que a exposição das crianças é cada vez mais precoce com o desenvolver da atividade, sendo 75% dos filhos expostos antes dos cinco anos de idade e 21% nos primeiros dias de vida.

O crescimento da exposição da criança e a consequente exploração da sua imagem nas redes sociais surgem como problemáticas de uma pertinência e atualidade inegáveis, por implicarem a violação dos direitos de personalidade das crianças, sem que quaisquer limites sejam, aparentemente, impostos. A verdade é que, a par da construção de uma nova realidade virtual por parte das crianças, continuam a ser os pais aqueles que, sob o dever de resguardar e proteger, mais expõem, partilham e publicitam a criança, à partida sob o véu de que o fazem no interesse da criança e com o seu consentimento.

3.1.- A imagem da criança nas redes sociais: o fenómeno de *sharenting*.

As necessidades de comunicação e de socialização características do ser humano veem-se extravasadas do mundo real para o mundo virtual, onde a partilha imediata, incessante e permanente assume diversos protagonistas. Aos pais dos dias de hoje reconforta saber que à distância de um clique encontram ajuda e soluções para os desafios do quotidiano, especialmente quando aqueles que se encontram do outro lado do ecrã tiveram essas mesmas experiências. Na criação de laços e de conexões significativas, os pais partilham as suas vidas e as dos seus filhos, expondo aspetos mais ou menos íntimos a um público mais ou menos conhecido, ainda antes do nascimento das crianças.

Da crescente partilha de informação, fotos e vídeos das crianças surge o termo “sharenting” que deriva da combinação de duas palavras inglesas *share* (partilhar) e *parenting* (parentalidade). Segundo o *Collins Dictionary*, o *sharenting* pode definir-se como o uso habitual das redes sociais para compartilhar notícias e imagens dos filhos¹⁷⁶. Não há dúvida que a definição aqui proposta não convoca apenas riscos e perigos, na medida em que são as redes sociais uma boa oportunidade de partilhar experiências e alegrias da parentalidade, de permitir que amigos e família permaneçam conectados

¹⁷⁵ Disponível em <https://www.open-asso.org/> [03.05.2023].

¹⁷⁶ Disponível em <https://www.collinsdictionary.com/dictionary/english/sharenting> [05.05.2023].

com a criança, de mostrar que estão orgulhosos da criança, de colecionar memórias, mas também de demonstrarem que são bons pais¹⁷⁷.

Os problemas surgem, sim, quando são partilhados factos, fotografias e vídeos embaraçosos ou demasiado pessoais da criança, colocando em risco a sua privacidade e segurança¹⁷⁸. Nestes termos vêm os pais a partilhar, com maior frequência, imagens das crianças nuas ou seminuas ou em situações que os pais encaram como engraçadas e cómicas, mas que se revelam embaraçosas num futuro próximo da criança, levantando sérias questões quanto à (des)proteção dos seus direitos de personalidade como o direito à imagem, à intimidade da reserva da vida privada e à honra da criança e quanto ao exercício da parentalidade nos meios digitais.

De facto, embora a exposição da criança nas redes sociais não permita, muitas das vezes, a visualização do seu rosto, a verdade é que a aparência exterior das crianças tende a ser bastante atrativa e gratificante para os pais que veem nos comentários positivos um estímulo à partilha continuada, proporcionando a criação de um álbum de fotografias digital e interativo, onde as crianças se tornam “mini-celebridades”¹⁷⁹. Neste sentido, a lesão do direito à imagem está, historicamente, associada à quebra dos valores da honra e da intimidade, embora a autonomização do primeiro seja já consagrada no ordenamento jurídico português.

Se, por um lado, o direito à imagem tem por objeto a aparência exterior da pessoa e assegura ao seu titular a autodeterminação quanto à sua aparência exterior¹⁸⁰, por outro, o direito à honra tem por objeto a representação social da pessoa, o modo como os outros a veem e valoram¹⁸¹. A exposição da imagem poderá, por isso, implicar uma violação do direito à honra da criança, seja pela mensagem associada ou pela simples divulgação do retrato.

Também aquando da violação do direito à imagem poderá ser ferido o direito à reserva sobre a intimidade da vida privada, designadamente quando a imagem da criança seja enquadrada em espaços privados e/ou em situações íntimas ou da sua esfera privada¹⁸².

Na falta de um entendimento unânime quanto à delimitação deste fenómeno, cremos, no entanto, que o termo *sharenting* contende com o ato dos pais na partilha de fotografias, vídeos ou

¹⁷⁷ VERSWIJVEL, Karen, et. al., “Sharenting, is it a good or a bad thing? Understanding how adolescents think and feel about sharenting on social network sites”, in *Children and Youth Services Review*, n.º 104, 2019, p. 1.

¹⁷⁸ BROSCHE, Anna, “When the child is born into the internet: sharenting as a growing trend among parents on Facebook”, *cit.*, p. 227.

¹⁷⁹ MARWICK, Alice E., *Status update: celebrity, publicity and branding in the digital age*, New Haven, CT, Yale University Press, 2013.

¹⁸⁰ FESTAS, David de Oliveira, *Do Conteúdo Patrimonial do Direito à Imagem: Contributo para um Estudo do seu Aproveitamento Consentido e Inter Vivos*, *cit.*, p. 81.

¹⁸¹ GONÇALVES, Diogo Costa, *Lições de Direitos de Personalidade: dogmática geral e tutela nuclear*, Cascais, Príncipia, 2022, p. 395.

¹⁸² A propósito, vide o acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 14.06.2005, proferido no proc. n.º 05A945, disponível em: www.dgsi.pt [08.05.2023]. Este entendeu que a notoriedade pública do autor não justificava a violação do direito de resguardar a sua privacidade perante a divulgação de fotografias captadas “num lugar que é privado (a residência do lesado, ainda que em construção), mostram-no num contexto também estritamente privado (ao lado da sua mulher), e dão a conhecer aos leitores da publicação um facto ainda do foro privado, ou seja, um facto que nem é do interesse geral, pois só ao autor e à sua família diz respeito, nem decorreu publicamente”. Mais adiantou que o direito de imprensa deve ser exercido de forma a salvaguardar o rigor e a objetividade da informação, a garantir os direitos ao bom nome, à reserva da intimidade da vida privada, à imagem e à palavra dos cidadãos e a defender o interesse público e a ordem democrática.

outros detalhes pessoais ou íntimos da criança que, com ou sem o consentimento desta, são difundidos, quer nas redes sociais daqueles que exercem as responsabilidades parentais, quer nas redes sociais das crianças administradas pelos próprios pais, a um público mais ou menos alargado.

Efetivamente, não estando isenta de críticas e sendo, particularmente, estudada pelos ramos da sociologia e psicologia, o fenómeno de *sharenting* é parcamente determinante na jurisprudência portuguesa. Em nenhuma decisão dos tribunais portugueses se questiona a legitimidade dos pais em expor a imagem das crianças nas redes sociais e a existência de limites dessa atuação lesiva dos direitos de personalidade da criança. No entanto, veio o acórdão do Tribunal da Relação de Évora, de 25.06.2015¹⁸³, reconhecer que a divulgação de fotografias e informações de menores nas redes sociais é “suscetível de expor de forma severa e indelével a privacidade e a segurança dos jovens e das crianças”, pelo que se revela admissível a imposição conferida a ambos os pais de se absterem de divulgar fotografias e informações que identifiquem a filha de doze anos, na “salvaguarda do direito à reserva da intimidade da vida privada e da proteção dos dados pessoais e sobretudo da segurança da menor no Ciberespaço”.

O tribunal não assume uma posição inovadora ao referir que o exercício das responsabilidades parentais se deve nortear pelo superior interesse da criança, enquanto sujeito de direitos e nunca como objeto à disposição do belo prazer dos pais. Mas inova, sim, ao confirmar a decisão de um tribunal de 1.ª instância que dá prevalência à proteção dos direitos de personalidade, da privacidade e da segurança da criança, como uma obrigação dos próprios pais, face ao direito de liberdade de expressão e proibição da ingerência do Estado na vida privada destes.

Entende-se que aos pais não incumbe a lesão dos direitos de personalidade da criança sem mais. Embora caiba, em regra, aos detentores das responsabilidades parentais a tomada de decisões sobre os menores, entende-se que qualquer atuação parental se deve guiar pelo superior interesse da criança, devendo ponderar se a divulgação da imagem e informações privadas poderá convocar “lesão em termos de desenvolvimento da personalidade ou acarretar um risco superior ao socialmente aceite”¹⁸⁴. Ademais, devem os pais, conforme a idade e maturidade da criança, auscultar a sua opinião quando lhe seja impossível consentir ou requerer o consentimento quando a criança tenha o discernimento necessário para tal.

Nestes termos, pode a divulgação da imagem do filho julgar-se benéfica ou, pelo menos, não significar insuperável prejuízo. Referimo-nos, por exemplo, à partilha da criança nas redes sociais para efeitos de angariação de fundos para tratamentos de saúde, no caso de desaparecimento da criança

¹⁸³ Acórdão do Tribunal da Relação de Évora, de 25.06.2015, proferido no proc. n.º 789/13.7TMSTB-B.E1, disponível em www.dgsi.pt [09.05.2023].

¹⁸⁴ BARBOSA, Mafalda Miranda, “Podem os pais publicar fotografias dos filhos menores nas redes sociais? Acórdão do Tribunal da Relação de Évora, 25 de junho de 2015”, in *Ab Instantia (Revista do Conhecimento AB)*, n.º 5, ano III, 2015, p. 316.

ou na hipótese de a imagem da criança ser divulgada no contexto de uma cerimónia pública a receber uma medalha¹⁸⁵. A atuação dos pais, nestes casos, não deverá considerar-se ilegítima, porquanto prossegue o superior interesse da criança, porque ponderados os prejuízos e os benefícios que poderão decorrer da exposição da criança na *internet*.

Não raras vezes, a atuação parental corresponde apenas a um mero desejo egoísta de partilhar, inexistindo qualquer benefício direto e significativo para a criança que justifique a sua exposição. Porém, ainda que não se verifique qualquer benefício, nem toda a partilha de imagens da criança consubstancia uma atuação ilegítima dos pais e, por isso, carente de tutela, por não se vislumbrarem prejuízos, seja porque a partilha de imagens se cinge a um núcleo (relativamente) privado numa rede social, a face da criança se encontra distorcida ou oculta, as suas informações privadas e íntimas não divulgadas, ou não existe dano na honra, reputação ou decoro da criança. Não obstante, a aferição de prejuízos ao desenvolvimento da personalidade da criança deve resultar de uma análise casuística às características da família e das circunstâncias relevantes.

Cremos, no entanto, que, quando a exposição da imagem da criança conduza a um incremento ou, se quisermos, a um benefício patrimonial, a aferição de legitimidade dos pais para consentir na restrição dos direitos de personalidade da criança julgar-se-á questão mais complexa. De facto, “o interesse da criança não deve ser compreendido pela equivalência a algum benefício ou ganho direto e imediato por parte do menor resultante das partilhas”¹⁸⁶. Pelo contrário, poderá a imagem da criança fragilizar-se com a partilha remunerada, nomeadamente quando esse ganho resulta de publicidade ou *merchandising* atentatório do bem-estar ou do decoro da criança¹⁸⁷.

Assim, embora possamos crer que a atuação dos pais nasce sem qualquer intenção de causar dano na esfera da personalidade da criança, a verdade é que, no exercício dos direitos-deveres de vigilância e educação, devem os progenitores proceder com cautela, procurando, por um lado, responder às necessidades físicas, intelectuais, morais e sociais e, por outro, sujeitar a sua atuação, na limitação dos direitos de personalidade da criança, a limites razoavelmente apertados, nomeadamente questionando a adequação e a necessidade da exposição da imagem, a existência de prejuízos – presentes e/ou futuros – no desenvolvimento físico, moral e intelectual da criança, as reais motivações para a restrição do direito à imagem – designadamente se “a partilha é feita única e exclusivamente para gáudio dos progenitores, aguardando uma validação externa daqueles que

¹⁸⁵ 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, Faculdade de Direito da Universidade do Porto, 2016, p. 290, nota 45, disponível em: <http://hdl.handle.net/1822/47936> [10.05.2023].

¹⁸⁶ CARVALHO, Andreia F. Pereira de, *A Criança nas Redes Sociais: Tutela da Personalidade e Responsabilidade Parental na Divulgação da Imagem*, cit., p. 133-134.

¹⁸⁷ Pense-se nas publicações em que a criança surge a tomar banho, nua ou seminua, com o intuito de promover a compra de um produto de higiene infantil.

acompanham as suas redes sociais”¹⁸⁸ – e a violação de princípios de ordem pública, desde logo porque ferido o princípio da dignidade da pessoa humana ou porque convoca um prejuízo à honra, reputação ou simples decoro.

O mesmo se diga quando sejam terceiros a expor a imagem da criança, mas sejam os progenitores chamados a consentir na limitação dos seus direitos de personalidade. Também assim deverão os pais acautelar pela existência de prejuízos ao desenvolvimento da personalidade da criança no momento de prestar o seu consentimento.

Por tudo isto, posteriormente à decisão do Tribunal da Relação de Évora, veio sendo estabelecido, na regulação do exercício das responsabilidades parentais, a proibição de os pais publicarem fotografias e informações pessoais da criança nas redes sociais¹⁸⁹ e a obrigação de que a partilha de fotografias seja efetuada mediante acordo prévio entre os pais¹⁹⁰.

Neste sentido, parecem os tribunais entender a exposição da imagem da criança nas redes sociais enquanto questão de particular importância que, no exercício conjunto das responsabilidades parentais, cabe decidir a ambos os pais. Como sabemos, a noção de questão de particular importância, como conceito indeterminado, não foi definida pelo legislador. No entanto, entendemos caber aos pais, em acordo, quanto às suas crianças, a concretização do conceito por variar “de acordo com a personalidade de cada criança e com os costumes de cada família”¹⁹¹, e aos tribunais quando os pais não logrem um acordo, não estando este adstrito a critérios de legalidade estrita, por se tratar de processo de jurisdição voluntária (art. 986.º e ss.).

Na doutrina, são diversos os esforços de densificação da noção de questão de particular importância, como o de Helena Gomes de Melo que considera que ato de particular importância consiste no “conjunto ou atos de fundo que constituem as traves mestras da vida da criança ou do adolescente e que compõem o núcleo essencial dos seus direitos”¹⁹². São, assim, as questões de acrescida importância porque contendem com o desenvolvimento futuro da criança, seja quanto à sua saúde, educação, instrução, residência ou segurança.

Quid iuris quanto à decisão de partilhar fotografias e informações privadas da criança nas redes sociais? Não sendo uma questão de resposta imediata, cabe-nos estabelecer, primeiramente, alguns pontos introdutórios. De facto, não será toda e qualquer limitação de direitos de personalidade da criança questão de particular importância, por representarem atos necessários do quotidiano e

¹⁸⁸ CRUZ, Rossana Martingo, “A divulgação da imagem do filho menor nas redes sociais e o superior interesse da criança”, *cit.*, p. 291.

¹⁸⁹ A propósito, *vide* o Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 04.04.2017, proferido no proc. n.º 94/16.7T8PNH-A.C1 e o Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 10.02.2022, proferido no proc. n.º 3323/18.9T8VFR-A.P1, disponíveis em: www.dgsi.pt [10.05.2023].

¹⁹⁰ Neste sentido, *vide* o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 06.06.2019, proferido no proc. n.º 2215/12.0TMLS-B.L1.S1, disponível em: www.dgsi.pt [10.05.2023].

¹⁹¹ SOTTOMAYOR, Maria Clara, *Regulação do exercício das responsabilidades parentais nos casos de divórcio*, *cit.*, p. 330.

¹⁹² MELO, Helena Gomes de, et al., *Poder paternal e responsabilidades parentais*, *cit.*, p. 138.

intrínsecos à relação de coabitação estabelecida entre o progenitor e a criança, que, por isso, não manifestam “perigo para a pessoa do menor ou para as suas liberdades”¹⁹³. Com efeito, não será exigível o acordo de ambos os progenitores quando a restrição de direitos de personalidade contenda com atos da vida corrente, sobre os quais poderá decidir o progenitor que reside habitualmente com a criança ou aquele que se encontra temporariamente com esta – designadamente na realização da vacinação obrigatória, na realização de procedimentos de saúde não urgentes ou na prática de desportos moderados – com a particularidade de que o progenitor não residente não pode contrariar as orientações educativas relevantes do progenitor com quem a criança reside (n.º 3 do art. 1906.º).

Ademais, reconhecemos que, na esteira da doutrina de Maria Clara Sottomayor, a delimitação entre atos da vida corrente e atos de particular importância é dificultada pela existência de “atos intermédios” que, consoante os costumes de cada família e dos usos de cada sociedade num determinado momento, podem ser classificados como atos correntes ou como atos de particular importância¹⁹⁴. Neste sentido, entendemos que, dados os avanços tecnológicos e sociais, a partilha de imagens e informações nas redes sociais é, hoje, uma atividade rotineira presente na vida quotidiana de grande parte da sociedade em que vivemos, nomeadamente nas famílias que, diariamente, colocam à disposição de outros fotografias suas e das suas crianças.

Embora consideremos que os pais se devem abster de divulgar imagens dos filhos, a verdade é que não estarão estes impedidos de o fazer ou de daí retirar proveitos económicos, desde que cumpram os requisitos legais e não seja a criança prejudicada com essa exposição, como referimos. cremos, no entanto, que, embora se possa encarar a exposição da imagem como um ato que faz já parte do dia-a-dia dos pais e das crianças, a perigosidade dessa atuação obriga a que ambos os pais decidam da divulgação da imagem da criança nas redes sociais, por se tratar de questão de particular importância, cada vez mais relevante na atualidade tecnológica vigente propícia à utilização abusiva da imagem de menores de idade, cujo dever de proteção da imagem e da intimidade prosseguem os pais, no exercício das responsabilidades parentais, que devem acautelar a existência de possíveis riscos no desenvolvimento da personalidade da criança.

Também no que concerne ao aproveitamento económico da imagem, não sendo, abstratamente, possível concluir que esta prática convoca prejuízos ao desenvolvimento da personalidade ou que comporta “uma restrição superior ao socialmente aceite”¹⁹⁵, a verdade é que as particularidades intrínsecas ao regime de exploração do carácter patrimonial da imagem das crianças

¹⁹³ GAREIL, Laurence, *L'Exercice de L'Autorité Parentale*, Paris, LGDJ, 2004, p. 77 *apud* RODRIGUES, Hugo Manuel Leite, *Questões de particular importância no exercício das responsabilidades parentais*, cit., p. 130.

¹⁹⁴ SOTTOMAYOR, Maria Clara, *Regulação do exercício das responsabilidades parentais nos casos de divórcio*, cit., p. 342.

¹⁹⁵ CARVALHO, Andreia F. Pereira de, *A Criança nas Redes Sociais: Tutela da Personalidade e Responsabilidade Parental na Divulgação da Imagem*, cit., p. 141.

e as dúvidas quanto ao aproveitamento da imagem nas redes sociais justificam que seja adotada uma posição protetora dos direitos de personalidade e da privacidade da criança, e cuja decisão passe pelo crivo de ambos os pais na defesa do superior interesse da criança.

Assim, entendemos que são questões de particular importância, designadamente, a participação de crianças em programas de televisão ou em campanhas publicitárias nas redes sociais, especialmente porque parecem merecer também comunicação e autorização da CPCJ, nos termos do art. 5.º da Lei n.º 105/2009, de 14 de setembro¹⁹⁶.

3.2.- A dimensão patrimonial da imagem e as novas tendências de exploração da imagem.

Aos direitos de personalidade vem sendo apontada a característica da extrapatrimonialidade, no sentido de sobre eles não ser possível avaliação pecuniária, por não terem como objeto coisas do mundo externo, mas antes a personalidade do seu titular, e por não poderem responder por dívidas patrimoniais¹⁹⁷.

Neste sentido, cinge-se a doutrina tradicional a uma aceção – também ela tradicional – dos direitos de personalidade como direitos pessoais ou não patrimoniais, na medida em que não fazem os bens da personalidade parte do património do indivíduo, este que traduz “a soma ou conjunto das relações jurídicas avaliáveis em dinheiro, pertencentes a uma pessoa”¹⁹⁸.

Concordamos que afirmar, por si só, que à conceção atual dos direitos de personalidade se impõe excluir um caráter patrimonial, não estará completamente correto, especialmente quando nos referimos ao direito à imagem ou ao direito ao nome, direitos com grande capacidade lucrativa e cujos bens da personalidade são suscetíveis de comercialização e, conseqüentemente, de avaliação pecuniária. Não sendo restrita a certos direitos de personalidade a assunção da extrapatrimonialidade por parte da doutrina, mas antes à sua generalidade, e não sendo uniformes os critérios de distinção entre direitos pessoais e direitos patrimoniais, entendemos que excluir, a alguns dos direitos de personalidade, uma dimensão patrimonial, mormente intrínseca e aceite pelos padrões jurídicos, morais e sociais, não corresponderá à verdade¹⁹⁹.

De facto, embora a doutrina maioritária defenda, por absoluto, que os direitos de personalidade são direitos não patrimoniais, certos autores dispõem o contrário, assumindo o direito à imagem ou o

¹⁹⁶ Nesta senda José António de França Pitão e Gustavo França Pitão defendem a participação em programas de televisão enquanto questão de particular importância. PITÃO, José António de França; PITÃO, Gustavo França, *Responsabilidades parentais e alimentos – De acordo com as Leis n.º 48/2018 e 49/2018, de 14 de agosto - Remissões - Anotações - Jurisprudência - Legislação Complementar*, Quid Iuris, 2018, p. 124.

¹⁹⁷ SOUSA, R. Capelo de, *O direito geral de personalidade*, cit., p. 415; ASCENSÃO, Oliveira, *Direito Civil – Teoria Geral*, cit., p. 91; FERNANDES, Luís A. Carvalho, *Teoria Geral do Direito Civil: introdução, pressupostos da relação jurídica*, cit., p. 217.

¹⁹⁸ PINTO, Carlos Mota, et. al., *Teoria Geral do Direito Civil*, cit., p. 346.

¹⁹⁹ FESTAS, David de Oliveira, *Do Conteúdo Patrimonial do Direito à Imagem: Contributo para um Estudo do seu Aproveitamento Consentido e Inter Vivos*, cit., pp. 102 e 103.

direito ao nome enquanto verdadeiros direitos patrimoniais. Será, por certo, de distinguir três categorias de direitos de personalidade, a saber: os direitos de personalidade não patrimoniais em sentido forte, que não admitem troca por dinheiro, como o direito à vida; os direitos de personalidade não patrimoniais em sentido fraco, que não podem ser abdicados por dinheiro embora, mediante regulamentação específica, seja possível a sua assunção enquanto objeto de negócios patrimoniais ou com algum alcance patrimonial (é o caso do direito à saúde ou à integridade física, desde que não irreversivelmente atingidos); por fim, os direitos de personalidade patrimoniais “representam um valor económico, são avaliáveis em dinheiro e podem ser negociados no mercado” (é o caso do direito ao nome e do direito à imagem)²⁰⁰.

Em sentido aproximado, David de Oliveira Festas admite que o direito à imagem é, simultaneamente, direito de personalidade e direito patrimonial, na medida em que, para além de a imagem ser suscetível de avaliação pecuniária, o ordenamento jurídico permite o aproveitamento do bem de personalidade “imagem”, mediante a prestação de uma contrapartida económica. Entende o autor que “deve reconhecer-se o conteúdo patrimonial do direito à imagem, correspondente ao exclusivo de aproveitamento, utilização ou exploração económica da imagem”²⁰¹.

Já Paulo Mota Pinto, embora não se disponha a uma análise extensiva sobre este tema, reconhece ao direito à imagem e à reserva da intimidade da vida privada um valor patrimonial que, recentemente, vem sendo explorado. Ademais, esclarece que o carácter pessoal dos direitos de personalidade não exclui “uma concomitante vertente patrimonial”, antes entende que uma das formas de exercer o controlo sobre determinadas informações é através da “comercialização”²⁰².

Também Pedro Pais de Vasconcelos reconhece a imagem como verdadeiro bem económico, sendo prática bastante vulgarizada a regulação, por negócio jurídico, dos direitos de personalidade, designadamente quanto à utilização da imagem em contextos publicitários mediante remuneração económica ou a comercialização de imagens da vida privada²⁰³.

Aliás, é a própria lei que admite a possibilidade de a imagem ser “lançada no comércio”, nos termos do n.º 1 do art. 79.º do CC, como forma de exercício do direito à imagem, reconhecendo-lhe, não só, valor patrimonial, porque suscetível de avaliação pecuniária, mas também um mercado vasto e regulamentado de aproveitamento económico da imagem. Neste sentido se pronuncia a jurisprudência portuguesa. O Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 25.10.2005²⁰⁴, reafirma que

²⁰⁰ CORDEIRO, António Menezes, *Tratado de Direito Civil Português, Parte Geral – Pessoas*, cit., pp. 107 e 108.

²⁰¹ FESTAS, David de Oliveira, *Do Conteúdo Patrimonial do Direito à Imagem: Contributo para um Estudo do seu Aproveitamento Consentido e Inter Vivos*, cit., pp. 95, 103, 124 e 416-421.

²⁰² PINTO, Paulo Mota, “A limitação voluntária do direito à reserva sobre a intimidade da vida privada”, cit., pp. 527 e 551.

²⁰³ VASCONCELOS, Pedro Pais de, *Direito de Personalidade*, Coimbra, Almedina, 2019, pp. 85 e 156.

²⁰⁴ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 25.10.2005, proferido no proc. n.º 05A2577, disponível em www.dgsi.pt [01.06.2023].

«não pode o titular privar-se da sua própria imagem, mas dela pode dispor para tirar proveito económico (...) A Constituição (art.º 26º) e a lei ordinária (art.ºs 70º, 79º e 81º do C.C.) traduzem o reconhecimento dos bens relativos à personalidade (direito à honra, direito à intimidade da vida privada, direito à imagem), mas entregam a definição sobre os correspondentes "âmbitos vitais" de cada um desses direitos à própria pessoa (...). É este poder de disposição no âmbito da autonomia privada que está na base dos direitos de carácter patrimonial, os quais se tornam efetivos quando os bens constitucionalmente protegidos adquirem na vida económico-social a condição de bens de valor económico, suscetíveis de exploração no mercado (...). É justamente esta capacidade de modelação pelo titular do âmbito do seu direito de personalidade (no caso, a imagem) do âmbito vedado a terceiros a que serve de plasma ao estipulado no plano constitucional e no plano legal ordinário, no qual se definem e concretizam os direitos de conteúdo patrimonial (...). O direito à imagem não é indisponível e é esta a grande característica do direito à imagem: a possibilidade de dispor ou não da própria imagem para que outros a utilizem para diversos fins. Pode assim a pessoa explorar a sua própria imagem».

Não será, assim, de questionar o direito à imagem enquanto direito patrimonial, nem tão pouco recusar a convivência de valores pessoais e patrimoniais do direito à imagem, na medida em que a imagem, embora suscetível de avaliação pecuniária, não deixa de ser projeção da personalidade do seu titular²⁰⁵. É expressão dessa dimensão pessoal a faculdade de, no exercício da sua autonomia privada, o titular explorar economicamente a sua imagem e a obrigação de terceiros se absterem de utilizar a imagem, para exploração comercial, do titular sem o seu consentimento, assim, ilicitamente. Na esfera de autodeterminação, cabe ao titular determinar se, quando e em que termos deve o retrato ser exposto, reproduzido ou divulgado, tenha ou não essa atuação contrapartidas patrimoniais²⁰⁶.

Outro entendimento se retira da jurisprudência norte-americana que, em 1953, com a decisão *Haelan Laboratories Inc. v. Topps Chewing Gum*, concetualiza um modelo de convivência e de independência do *right of privacy* e – do mais recente – *right of publicity*²⁰⁷.

Entendeu o tribunal que, enquanto o *right of privacy* foi desenhado para proteger os direitos pessoais de cada pessoa de danos emocionais, o *right of publicity* foi concebido como direito patrimonial (ou *property right*), pensado para proteção do valor comercial da imagem. É, assim, criado, nas palavras de David de Oliveira Festas, “um modelo dualista de tutela dos valores da personalidade”²⁰⁸.

²⁰⁵ FESTAS, David de Oliveira, *Do Conteúdo Patrimonial do Direito à Imagem: Contributo para um Estudo do seu Aproveitamento Consentido e Inter Vivos*, cit., p. 135.

²⁰⁶ *Idem*, p. 130.

²⁰⁷ *Idem*, p. 109.

²⁰⁸ *Ibidem*.

De facto, o reconhecimento do *right of privacy* surge com a obra “The Right to Privacy” de Samuel Warren e Louis Brandais, sob a forma de crítica à invasão de privacidade pela imprensa, mas sobretudo de indagação de algum princípio existente na lei que pudesse ser invocado na proteção da privacidade do indivíduo, seja pelas mãos do fotógrafo ou de qualquer pessoa que tenha na sua posse um qualquer instrumento de gravação de imagens ou sons²⁰⁹. Concluem os autores pela existência de um *right of privacy*, princípio este que protege a palavra escrita e quaisquer outras produções do intelecto ou das emoções, estendendo-se à proteção da aparência exterior, à palavra falada, ações e relações pessoais²¹⁰. Ademais, ressaltam os autores que o *right of privacy* não proíbe a publicação de matérias que sejam do conhecimento público ou do interesse geral, cessando com a publicação dos factos pelo indivíduo ou quando tal ocorra com o seu consentimento²¹¹.

Perante um “privacy right”, indubitavelmente de carácter pessoal, por se centrar na proteção de valores pessoais da personalidade, é, por vezes, excluído um seu reconhecimento na proteção de valores patrimoniais da personalidade, isto é, quando, designadamente, esteja em causa a utilização comercial da imagem de um indivíduo e para a qual não haja consentimento por parte do titular.

Nesse sentido, veio o *Court of Appeals* de Nova Iorque, no caso *Roberson v. Rochester Folding Box Co.*²¹², de 1902, negar estar em causa algum *right of privacy*. *In casu*, alegava Abigail M. Roberson que o produtor e vendedor de farinha Franklin Mills Co. teria utilizado as suas fotografias para efeitos de publicidade de uma das suas farinhas sem o conhecimento ou consentimento de Abigail. E, embora o tribunal tenha comprovado todos os factos e verificado a existência de danos na esfera da autora, considerou que o *right of privacy* não existe na lei e não pode ser aplicado em igualdade. Assim, entendeu que “o assim chamado right of privacy não encontrou ainda lugar permanente na jurisprudência e, como vemos, a doutrina não pode ser agora incorporada sem que haja violência a princípios de lei sob os quais a profissão e o público se têm guiado”²¹³.

Já no caso *Pavesich v. New England Life Ins. Co.*²¹⁴, de 1905, o Supremo Tribunal da Georgia contraria a decisão do *Court of Appeals* e reconheceu que o facto de a ré ter utilizado, sem o consentimento de Paolo Pavesich, uma sua fotografia num anúncio publicitário num jornal contende uma violação da privacidade de Paolo. Entendeu o tribunal que a publicação da fotografia sem o consentimento do retratado como publicidade, com o objetivo de aumentar os lucros da companhia de seguros, é uma invasão ao *right of privacy*, podendo ser acionado legalmente. Ademais, nunca

²⁰⁹ WARREN, Samuel; BRANDAIS, Louis, “The Right to Privacy”, in *Harvard Law Review*, vol. 4, n.º 5, 1890, p. 197, disponível em: <https://www.jstor.org/stable/1321160> [18.07.2023].

²¹⁰ *Idem*, p. 213.

²¹¹ *Idem*, pp. 214 e 218.

²¹² “An Actionable Right of Privacy? Roberson v. Rochester Folding Box Co.”, in *The Yale Law Journal*, vol. 12, n.º 1, 1902, pp. 35–38, disponível em: <https://doi.org/10.2307/781309> [18.07.2023].

²¹³ “An Actionable Right of Privacy? Roberson v. Rochester Folding Box Co”, *cit.*, p. 36.

²¹⁴ Disponível em: <https://case-law.vlex.com/vid/pavesich-v-new-england-888103034> [18.07.2023].

contratou um seguro de vida com a ré.

Desde a decisão em *Pavesich v. New England Life Ins. Co.*, diversas jurisdições vêm reconhecendo o *right of privacy*. Referimos, a este propósito, o caso *Munden v. Harris*²¹⁵ de 1911, no qual um joalheiro publicou a fotografia de uma criança de cinco anos, sem obter o seu consentimento, para publicitar o seu negócio.

A par do reconhecimento de um *right of privacy* que protege um indivíduo da utilização não consentida da imagem para fins comerciais, o *right of publicity* está, historicamente, conexo à tutela de valores patrimoniais da personalidade. Como referimos acima, a terminologia atual surge com a decisão do caso *Haelan Laboratories Inc. v. Topps Chewing Gum, Inc.*²¹⁶, no qual se litigou o seguinte: A empresa produtora de pastilhas elásticas *Haelan Laboratories, Inc.* e jogadores de futebol acordaram, por contrato, o direito de uso exclusivo da imagem dos jogadores, estando impedidos de conceder a qualquer outro produtor de pastilhas elásticas um direito semelhante. No entanto, os mesmos jogadores celebraram contrato com a *Topps Chewing Gym, Inc.* onde autorizavam o produtor de pastilhas elásticas a utilizar as fotografias dos jogadores. Consequentemente, a *Haelan Laboratories Inc.* intentou ação contra a *Topps Chewing Gum, Inc.*, alegando que esta teria intencionalmente induzido os jogadores a quebrar o que havia sido contratado. O *United States District Court* considerou a ação improcedente e o autor recorreu.

Mais tarde, o *United States Circuit Court of Appeals for the Second Circuit* inova ao referir que, para além do *right of privacy*, qualquer indivíduo tem um *property right* da sua própria imagem e um direito ao valor publicitário da sua fotografia, ao qual o tribunal dá o nome de *right of publicity*. Entendeu o tribunal que, densificando a necessidade de um tal direito, a ideia de privacidade assente no direito de atores ou desportistas beneficiarem do aproveitamento da imagem não será a mais forte, por tais indivíduos quererem a publicidade, ao invés de a evitarem.

Embora não sendo unanimemente defendido, o *right of publicity* viu-se, em 1977, reconhecido pelo *United States Supreme Court*, com o caso *Zacchini v. Scripps-Howard Broadcasting Company*²¹⁷. Neste discutiu-se da legitimidade da *Scripps-Howard Broadcasting Company* para divulgar um filme, de quinze segundos, da atuação de Hugo Zacchini, enquanto “Bala de Canhão Humana”, ainda que sem o seu consentimento. Entendeu o *United States Supreme Court* que a ação interposta por Zacchini se centrava na apropriação de um interesse patrimonial, entendendo que a reprodução da atuação

²¹⁵ Disponível em: <https://case-law.vlex.com/vid/munden-v-harris-899849293> [18.07.2023].

²¹⁶ HYLTON, J. Gordon, "Baseball Cards and the Birth of the Right of Publicity: The Curious Case of Haelan Laboratories v. Topps Chewing Gum", in *Marquette Sports Law Review*, vol. 12, 2001, pp. 273-294, disponível em: https://scholarship.law.marquette.edu/facpub/156/?utm_source=scholarship.law.marquette.edu%2Ffacpub%2F156&utm_medium=PDF&utm_campaign=PDFCoverPages [18.07.2023].

²¹⁷ BAIRD, Douglas G. "Human Cannonballs and the First Amendment: Zacchini v. Scripps-Howard Broadcasting Co.", in *Stanford Law Review*, 30, 1978, pp. 1185-1209, disponível em: https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2019&context=journal_articles [18.07.2023].

ameaçou o seu valor económico. E acrescenta que o *right of publicity* “providencia um incentivo económico para que possam ser feitos os investimentos necessários para a produção de uma atuação do interesse de todos”.

Assim, se quisermos adotar o entendimento de Pedro Pais de Vasconcelos, se entendermos os direitos de personalidade enquanto direitos de carácter exclusivamente pessoal, seremos obrigados a aceitar um modelo dualista de inspiração norte-americana, dividindo, por um lado, o *right of privacy*, quanto à tutela de valores pessoais, e, por outro, o *right of publicity*, dirigido à defesa de valores patrimoniais e “objeto de mobilização económica, de alienação, de licenciamento”²¹⁸.

Diferentemente, se considerarmos que certos direitos de personalidade, além de conterem uma evidente vertente pessoal, podem ter um conteúdo patrimonial, já aquela dualização será supérflua, uma vez que é admitido o aproveitamento económico do direito de personalidade. Veja-se, designadamente, quanto aos contratos celebrados por modelos profissionais que contratam o uso remunerado da imagem, para efeitos de publicidade ou de merchandising ou as celebridades que acordam a publicação de informação ou imagens do foro privado. São estes contratos “banais”, seja com recurso aos meios tradicionais de comunicação, seja utilizando o grande poder das redes sociais na difusão de informação, com grande destaque no mercado lucrativo da imagem, cuja relevância assume uma também relevante contrapartida patrimonial²¹⁹.

A comercialização da imagem vem sendo um objeto de negócio patrimonial com bastante significado no mundo do espetáculo, da publicidade e do merchandising, dada a “forte pressão do mundo dos negócios para tudo trocar por dinheiro”. Neste sentido, alguns autores europeus²²⁰ defendem uma solução dualista de divisão entre os valores pessoais e os valores patrimoniais da personalidade, ou seja, adotar um *right of publicity* sobre a imagem, «*objetivada e separada do sujeito, e transformada num bem patrimonial suscetível de comercialização. Abrir-se-ia, assim, no direito de personalidade, uma cisão entre um “direito moral de personalidade” e um “direito patrimonial de personalidade, à semelhança do que sucede com o direito de autor*»²²¹.

Enquanto este “direito moral de personalidade” – na esteira do *right of privacy* americano – é um direito pessoal e intransmissível, já o “direito patrimonial de personalidade” – inspirado num *right of publicity* – é característico pela transmissibilidade *inter vivos*, o que permitirá que “o transmissário seja titular de uma situação jurídica com eficácia *erga omnes*, cuja eficácia perante terceiros é superior

²¹⁸ VASCONCELOS, Pedro Pais de, *Direito de Personalidade*, cit., pp.156-157.

²¹⁹ *Ibidem*.

²²⁰ Vide VERCELLONE P., «Diritti della personalità e “rights of publicity”», in *Rivista Trimestrale di Diritto. e Procedura Civile*, 1995, pp. 1166 e ss *apud* FESTAS, David de Oliveira, *Do Conteúdo Patrimonial do Direito à Imagem: Contributo para um Estudo do seu Aproveitamento Consentido e Inter Vivos*, cit., p. 394; LLARI AMAT, Maria Eulalia, *El derecho a la propia imagen y su valor publicitario*, La Ley, 1992, pp. 41 e ss, *apud* FESTAS, David de Oliveira, *Do Conteúdo Patrimonial do Direito à Imagem: Contributo para um Estudo do seu Aproveitamento Consentido e Inter Vivos*, cit., p. 394.

²²¹ VASCONCELOS, Pedro Pais de, *Direito de Personalidade*, cit., p.157.

à de uma situação jurídica meramente creditícia”²²².

Ademais, seguindo um tal entendimento inspirado no modelo norte-americano, o titular do direito patrimonial de personalidade poderia conceder uma licença para a comercialização desse direito, nomeadamente do seu direito à imagem.

Só assim concebemos o direito patrimonial à imagem como um direito alienável em termos irrevogáveis. E “só assim, seria possível a operação comercialmente eficiente de um mercado de imagem”²²³.

É, no entanto, de rejeitar um tal entendimento dualista no ordenamento jurídico português, na medida em que o direito à imagem, erguido à posição de direito de personalidade, ínsito à qualidade de ser humano, não comporta uma separação dos seus valores pessoais e patrimoniais, nem uma autonomização do direito ao aproveitamento económico da imagem. Nesta medida, entendemos que a tutela do direito à imagem, prevista no art. 79.º do CC, protege tanto valores pessoais, como valores patrimoniais, estes indissociáveis²²⁴.

Assim, a tutela civil do direito à imagem aplicar-se-á a quaisquer meios de aproveitamento económico da imagem, que pode ter lugar por negócio jurídico unilateral ou por contrato²²⁵, em contextos publicitários, de *merchandising*, de trabalho no mundo do espetáculo, quanto a maiores e menores de idade, embora quanto a alguns destes aspetos possa existir regulamentação específica e normas relevantes para o nosso estudo a considerar.

Na prática desportiva, a Lei n.º 54/2017, de 14 de julho²²⁶, que regula o regime jurídico do contrato de trabalho do praticante desportivo, do contrato de formação desportiva e do contrato de representação ou intermediação, estabelece que todo o praticante desportivo tem direito a utilizar a sua imagem pública ligada à prática desportiva e a opor-se a que outrem a use para exploração comercial ou para outros fins económicos, sem prejuízo da possibilidade de transmissão contratual da respetiva exploração comercial. A exploração comercial da imagem é, assim, alienável, ao contrário do direito à imagem do praticante desportivo, podendo ser transmitida pelo titular desse direito diretamente ou por intermédio de outrem, ou por outrem com o seu consentimento. Na maioria dos casos do mundo desportivo estará em causa a exploração comercial, com proveito económico para o próprio desportista, da imagem deste, à qual a lei reconhece valor económico, por meio dos retratos,

²²² FESTAS, David de Oliveira, *Do Conteúdo Patrimonial do Direito à Imagem: Contributo para um Estudo do seu Aproveitamento Consentido e Inter Vivos*, cit., p. 213.

²²³ VASCONCELOS, Pedro Pais de, *Direito de Personalidade*, cit., p. 157.

²²⁴ Neste sentido, David de Oliveira Festas refere que “o aproveitamento económico da imagem implica necessariamente a pessoa do retratado. Desde logo, não é possível aproveitar economicamente um retrato sem simultaneamente contender com a autodeterminação da pessoa sobre a sua imagem. Depois, esse aproveitamento implica uma exposição da pessoa na sua globalidade, logo, também na sua dimensão pessoal”. FESTAS, David de Oliveira, *Do Conteúdo Patrimonial do Direito à Imagem: Contributo para um Estudo do seu Aproveitamento Consentido e Inter Vivos*, p. 407.

²²⁵ SOUSA, R. Capelo de, *O direito geral de personalidade*, cit., p. 408.

²²⁶ Lei n.º 54/2017, de 14 de julho, que regula o regime jurídico do contrato de trabalho do praticante desportivo, do contrato de formação desportiva e do contrato de representação ou intermediação, disponível em <https://diariodarepublica.pt> [10.07.2023].

filmes, desenhos ou outras formas de exibição que sejam produzidos com base na sua imagem²²⁷.

Por outro lado, e bastante mais significativa na discussão do aproveitamento económico da imagem, quanto à regulamentação da publicidade no nosso ordenamento jurídico, o Código da Publicidade²²⁸ define publicidade como qualquer forma de comunicação feita por entidades de natureza pública ou privada, no âmbito de uma atividade comercial, industrial, artesanal ou liberal, com o objetivo direto ou indireto de promover, com vista à sua comercialização ou alienação, quaisquer bens ou serviços ou promover ideias, princípios, iniciativas ou instituições, e qualquer forma de comunicação da Administração Pública que tenha por objetivo, direto ou indireto, promover o fornecimento de bens ou serviços (n.º 1 e 2 do art. 3.º).

Já no que concerne à posição das crianças no mundo da publicidade, o art. 14.º do Código da Publicidade parece focar, maioritariamente, a sua atenção à vulnerabilidade psicológica da criança a quem a publicidade é dirigida, dispondo somente no seu n.º 2 que os menores só podem ser intervenientes principais nas mensagens publicitárias em que se verifique existir uma relação direta entre eles e o produto ou serviço veiculado. Quer isto dizer que, quanto à publicidade cujo interveniente principal é a criança, esta deve ter uma relação direta com o produto ou o serviço publicitado, na medida em que este se destine exclusivamente a crianças, nomeadamente fraldas, alimentação infantil, brinquedos, jogos, roupa e calçado de criança²²⁹. Já quando a criança seja apenas interveniente secundário, por exemplo, enquanto mero figurante, deixa de ser requerida essa relação direta com o produto a anunciar.

Tradicionalmente, à imagem da criança vem sendo também reconhecido um grande potencial económico no mundo do espetáculo, seja no cinema, teatro, televisão, música, dança ou moda, e não se coloca em causa a sua licitude, desde que, por um lado, sejam acautelados os interesses da criança, nomeadamente que não seja afetado o seu percurso escolar obrigatório e, por outro lado, não se empoderem interesses egoístas e patrimoniais dos pais.

²²⁷ Acrescenta o tribunal que é a exploração comercial da imagem, “permitida por lei quanto aos praticantes desportivos sem a restrição que em face do disposto no art.º 79º, n.º 1, do Cód. Civil, se possa entender existir para as pessoas em geral, e livremente consentida pelo titular do direito à imagem, que, sem deixar de ser titular desse direito, sem a ele renunciar por meio da cedência em causa, consegue, mediante o recurso direto ou indireto a tal exploração ou por cedência remunerada, a terceiros, da mesma, extrair rendimentos dela aproveitando a notoriedade que com o tempo e o esforço que dedique à atividade desportiva que pratique consiga alcançar. Obviamente que a exploração em causa produzirá benefícios económicos para a empresa que, autorizada pelo desportista, a ela proceda, mas, perante o risco que esta corre, e como dessa atividade não resulta a perda do direito à imagem pelo próprio titular mas apenas uma limitação provisória da exploração comercial da mesma enquanto desportista, tal não choca a ordem pública, e, não constituindo subtração genérica do direito à imagem do desportista, é a forma de possibilitar a este, como titular desse direito, que, por sua vez, também aufera por essa via benefícios económicos para ele próprio, ao receber uma contraprestação pela cedência do direito àquela exploração comercial. É, aliás, mesmo esse o meio normal, a fim de poder concentrar-se no exercício da sua atividade desportiva, pelo qual procede ele próprio também a essa exploração da sua imagem, permitida pela legislação especial já indicada, na qual, como se disse, não se estabelece restrição idêntica à que possa resultar do disposto no dito art.º 79º. O que se compreende, pois, se em relação às pessoas em geral raramente atingirão uma permanente notoriedade que origine valor comercial a mais que um seu retrato isolado, o mesmo não se passa com desportistas que venham a adquirir alguma nomeada, justificativa de exibições frequentes de retratos seus, com fins económicos, as quais seriam enormemente dificultadas se fosse necessária a celebração de um contrato de cedência por cada retrato concreto com vista à sua exploração comercial em benefício, também, dele próprio”. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 25.10.2005, proferido no proc. n.º 05A2577, disponível em www.dgsi.pt [14.06.2023].

²²⁸ Decreto-Lei n.º 330/90, de 23 de outubro, disponível em: <https://www.pgdlisboa.pt/> [13.06.2023].

²²⁹ GIL, Susana I. P. Ferreira dos Santos, “A prestação de trabalho dos menores em atividades publicitárias”, in *Revista Luso-brasileira de Direito do Consumo*, n.º 21, 2016, p. 39.

Neste sentido, a Diretiva 94/33/CE do Conselho, de 22 de junho de 1994²³⁰, relativa à proteção dos jovens no trabalho estabelece que os Estados-membros devem tomar todas as medidas necessárias para proibir o trabalho infantil, devem assegurar que o trabalho dos jovens é estritamente regulamentado e protegido e devem zelar pela proteção dos jovens contra a exploração económica e todo o trabalho suscetível de ser prejudicial à segurança, saúde ou desenvolvimento físico, psicológico, moral ou social, ou por em causa a sua educação.

Já no ordenamento jurídico português, o art. 81.º do CT refere que a participação de menor em espetáculo ou outra atividade de natureza cultural, artística ou publicitária é regulada em legislação específica, isto é, na Lei n.º 105/2009, de 14 de setembro. Esta abrange todo o trabalho de menores de idade inferior a dezasseis anos em espetáculo ou outra atividade publicitária, artística ou cultural, designadamente como ator, cantor, dançarino, figurante, músico, modelo ou manequim (n.º 1 do art. 2.º). Ademais, estabelece o legislador diversas exigências, nomeadamente a restrição do horário de trabalho da criança, consoante a sua idade (art. 3.º) e a necessidade de autorização da CPCJ para a participação lícita da criança em espetáculos (art. 5.º).

Na verdade, a legislação atualmente em vigor de proteção da criança e da sua imagem parece contender apenas com a sua exposição remunerada nos meios tradicionais de comunicação, entretenimento e espetáculo. Referimo-nos, designadamente, à participação da criança em programas de televisão, telenovelas, filmes, anúncios e campanhas publicitários. No entanto, questionamos a nova tendência de aproveitamento económico da imagem nas redes sociais, onde as crianças se expõem com o consentimento dos pais ou são expostas pelos próprios pais na página pessoal destes ou em página criada e administrada por estes em nome da criança, com a intenção de daí obter alguma vantagem patrimonial.

Atualmente, são os influenciadores digitais aqueles que mais publicitam os produtos e serviços, promovem as marcas e influenciam os comportamentos. *“O efeito persuasivo da comunicação comercial deixa agora de coincidir apenas com a objetividade percebida da informação relativa às características demonstráveis ou aos benefícios decorrentes da utilização dos produtos, dependendo sobretudo de um envolvimento afetivo assente em fatores como a empatia, a confiança ou a familiaridade, que são potenciados pelos influenciadores digitais”*²³¹.

O crescimento de plataformas digitais, como *Youtube*, *Instagram* ou *Tiktok*, potenciam, não só grandes riscos, mas também grandes oportunidades de negócio. Para além da remuneração providenciada pelas plataformas digitais consoante o número de seguidores ou de visualizações, aos

²³⁰ Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A31994L0033> [13.06.2023].

²³¹ AMORIM, Ana Clara Azevedo, “Os influenciadores digitais e a publicidade oculta: abordagem comparada de direito luso-brasileiro”, *cit.*, p. 123.

pais e às crianças é ainda oferecida a possibilidade de colaboração com marcas, sendo contratada a publicidade a um determinado produto ou serviço, mediante uma prestação patrimonial. Desde logo, entende-se que as crianças serão os grandes protagonistas, especialmente quando caiba aos pais influenciadores digitais publicitar produtos de criança, como seja roupa, alimentação e produtos de higiene infantil. E não se estranha que grande parte dos lucros obtidos pelos influenciadores digitais provenha destes mesmos contratos, por atingirem, de forma imediata, um grande público-alvo que, estabelecendo uma ligação de proximidade com aqueles que veem nas redes sociais, se sente impelido a comprar ou a adquirir, seja pelo produto em si, seja pela beleza dos protagonistas da publicitação, seja pela criatividade de apresentação do produto.

De facto, a crescente presença das crianças nas redes sociais é espelho da vontade de muitos pais de expor a intimidade familiar, mas também do público que, embrenhado na intimidade dos influenciadores digitais, exige a exposição de todos os detalhes pessoais. Neste sentido, vem sendo bastante comum a criação de contas familiares, no *Youtube*, *Instagram* e *Tiktok*, onde assistimos ao nascimento da criança, aos seus primeiros passos, às suas primeiras palavras, aos momentos mais engraçados e embaraçosos e aos banhos com os irmãos. Se, à primeira vista, parecem os pais querer guardar os momentos da família num álbum digital e mostrá-lo ao mundo cibernético, na realidade, os banhos da criança parecem configurar o cenário perfeito para publicitar uma marca de shampoo ou gel de banho de bebé, a primeira ida à praia torna-se num anúncio publicitário a protetores solares para criança e o primeiro dia de escola pode transformar-se em publicidade a relógios ou a mochilas de uma conhecida marca. Não sendo tal suficiente, muitos pais reconhecem o valor patrimonial da imagem dos filhos e criam páginas dedicadas às informações e imagens das crianças.

Resta saber qual a legitimidade destes pais na limitação do direito à imagem dos filhos, especialmente quando esteja em causa o lançamento no comércio da imagem no mundo das redes sociais.

3.3.- A limitação voluntária do direito à imagem e a incapacidade por menoridade.

Embora possamos afirmar que os direitos de personalidade não estão à disposição do seu titular, a verdade é que apenas pode este consentir na limitação desses direitos. Os arts. 79.º e 81.º do CC admitem a limitação convencional do direito à imagem, determinando a faculdade do seu titular de expor, reproduzir ou lançar no comércio o seu retrato, mas também de consentir na ofensa de terceiros ao seu direito à imagem, tornando-a lícita.

Em princípio, o ordenamento jurídico português admite que qualquer indivíduo possa servir-se do princípio da autonomia privada, característico das relações estabelecidas em direito privado, para

contratar a utilização comercial da sua imagem, mediante a obtenção de um ganho económico. No entanto, fá-lo com alguma cautela, ao dispor, nomeadamente, da sua ilicitude quando seja contrária à ordem pública ou ofensiva dos bons costumes, nos termos do n.º 2 do art. 280.º do CC. Não fosse tal suficiente, encarrega-se o art. 81.º de ressaltar, de forma específica quanto aos direitos de personalidade, que a limitação voluntária destes não deve ser contrária aos princípios da ordem pública.

Em bom rigor, o consentimento não deixa de ser a pedra basilar do exercício dos direitos de personalidade, na medida em que consiste num meio de demonstração da vontade, expressa ou tácita, do titular desses direitos. É, assim, exigido o consentimento ao titular do direito à imagem para a exposição, reprodução e lançamento no comércio do retrato, exceto quando a sua notoriedade, o cargo que desempenha, exigências de justiça ou de polícia, finalidades científicas, didáticas ou culturais ou o interesse público o não justifique (n.º 1 e 2 do art. 79.º do CC).

Nesta matéria, a menoridade e a condição jurídica e negocial do menor convocam questões quanto à capacidade do menor de consentir o aproveitamento económico da sua imagem e a necessidade de intervenção dos seus representantes legais. Os menores, dotados de “uma personalidade própria, autónoma, que inclusivamente os próprios pais têm o dever de respeitar e promover no exercício do seu poder-dever de educação”²³², gozam, simultaneamente, de uma capacidade de gozo tendencialmente plena e de uma incapacidade de exercício de direitos genérica, mitigada por algumas exceções previstas na lei.

A doutrina vem admitindo a titularidade dos direitos de personalidade agregada a uma capacidade de os exercer, dada a ligação imediata dos bens de personalidade à pessoa humana²³³. Todavia, vem preferindo distinguir os atos de carácter pessoal e as disposições negociais de direitos de personalidade, estando as últimas entregues aos seus representantes legais que devem prestar o consentimento e praticar o ato lesivo dos seus direitos de personalidade²³⁴, embora se admita que os pais devem ter em conta a opinião da criança nos assuntos familiares e reconhecer-lhe autonomia na organização da própria vida (n.º 2 do art. 1878.º do CC).

Ora, o aproveitamento económico da imagem da criança nas redes sociais tende a ser uma atuação dos próprios pais, incumbidos do dever de proteção da criança, ainda que não pareça existir qualquer resguardo, controlo ou proteção da sua imagem, assim exposta aos olhares de uma multiplicidade de pessoas. Tal comportamento pode implicar, por um lado, a exploração da imagem

²³² SOUSA, R. Capelo de, *O direito geral de personalidade*, cit., p. 170.

²³³ *Ibidem*.

²³⁴ CARVALHO, Andreia F. Pereira de, *A Criança nas Redes Sociais: Tutela da Personalidade e Responsabilidade Parental na Divulgação da Imagem*, cit., p. 122.

da criança no perfil dos pais ou, por outro, a criação e gestão das redes sociais pelos pais em nome dos filhos, com um intuito patrimonial.

De facto, o ordenamento jurídico português confere a esses pais a possibilidade de expor livremente a sua imagem e de consentir que do seu retrato seja retirado um valor patrimonial, bem como vedar a terceiros a exposição e o aproveitamento económico da imagem sem o consentimento do seu titular. Outro será o entendimento quando dessa atuação parental não seja lesado somente o direito à imagem dos pais, mas também dos filhos. Nestas situações, é exigível, não só, que o superior interesse da criança legitime toda a atuação dos representantes legais, mas também que seja tida em conta a sua voz, quando seja capaz de prestar o seu consentimento ou quando, não tendo a maturidade e o discernimento necessários para consentir, seja auscultada e respeitada a sua opinião no processo decisório.

Ora, ainda que possam relevar outros aspetos da personalidade da criança e diversas questões legais, a verdade é que a problemática aqui descrita assentará em dois pontos centrais: questionar a legitimidade dos pais na exploração comercial da imagem da criança e aferir da capacidade desta para prestar o seu consentimento, ao lado dos pais ou autonomamente, para que a sua imagem seja lançada no comércio. Desta feita, mais do que apurar a capacidade da criança para consentir a disposição negocial do seu direito à imagem, julga-se premente analisar a conduta dos pais no exercício dos direitos de personalidade da criança para obtenção de benefícios económicos, bem como o destino desses proveitos, em princípio pertencentes à criança, porque arrecadados com a exposição da sua imagem.

3.3.1.- O consentimento dos titulares das responsabilidades parentais e da criança.

Atualmente, é indiscutível reconhecer à imagem um valor económico, existindo diversos meios de exploração, nomeadamente pela contratualização da utilização consentida do retrato, mediante remuneração económica. A esta tendência o Código Civil designa de “lançamento no comércio”, no seu art. 79.º, sendo, pois, admitida pelo ordenamento jurídico, desde que não seja prejudicado o direito de autodeterminação quanto ao destino do seu retrato. Quer isto dizer que o titular do direito à imagem tem o exclusivo de aproveitamento económico da sua imagem, definindo se e em que termos essa deve ser aproveitada²³⁵, concedendo o seu consentimento ou não.

O consentimento exclui, assim, a existência de lesão do direito, e não a ilicitude da mesma²³⁶. No nosso entender, o enquadramento correto da limitação voluntária dos direitos de personalidade

²³⁵ FESTAS, David de Oliveira, *Do Conteúdo Patrimonial do Direito à Imagem: Contributo para um Estudo do seu Aproveitamento Consentido e Inter Vivos*, cit., p. 130.

²³⁶ Neste sentido, FESTAS, David de Oliveira, *Do Conteúdo Patrimonial do Direito à Imagem: Contributo para um Estudo do seu Aproveitamento Consentido e Inter Vivos*, cit., p. 294; PINTO, Paulo Mota, “A limitação voluntária do direito à reserva sobre a intimidade da vida privada”, cit., pp. 534 e 535.

será o do acordo que afasta a própria lesão, não existindo violação ou lesão do direito. No estudo que realizou quanto à limitação voluntária do direito à reserva da intimidade da vida privada, Paulo Mota Pinto entende a divulgação pelo próprio titular do direito e a autorização para tomada de conhecimento e divulgação de informação por terceiro enquanto formas de exercício deste direito. Não deixamos de concordar com a sua posição, uma vez que com a autoexposição da imagem e com a autorização para divulgação ou lançamento no comércio por terceiros, é o direito de autodeterminação sobre a imagem que obtém expressão²³⁷. Nesta senda, David de Oliveira Festas afirma que *“quando o titular do direito à imagem consente na captação, exposição, reprodução ou divulgação de um retrato, designadamente para fins económicos, exerce o seu direito de autodeterminação sobre a sua imagem, sem que tenha ocorrido qualquer violação do direito”*²³⁸.

O exercício do direito à imagem terá, no entanto, que partir de um consentimento validamente prestado. Quer isto dizer que o consentimento terá de ser legal, não sendo contrário aos princípios da ordem pública, deve ser esclarecido, ponderado, concreto e livre. Assim, o consentimento para a exploração da imagem será válido quando o seu titular, devidamente informado, o autorizar. Ou seja, ainda que o retratado consinta na captação ou na divulgação do seu retrato, tal não significa que existe consentimento para a sua exploração ou publicitação²³⁹. Já quando o titular consente o aproveitamento económico da sua imagem, consente, inevitavelmente, a sua captação.

Além disso, enquanto declaração negocial, está submetido às regras previstas no Código Civil, nomeadamente quanto à liberdade declarativa (art. 217.º) e à liberdade de forma (art. 219.º). A declaração de consentimento pode, pois, ser expressa ou tácita, não sendo exigível forma solene ou formal. Certa jurisprudência admite, no entanto, que o consentimento seja expresso, “o que constitui uma garantia de que, efetivamente, o titular está de acordo com a intromissão de um terceiro num bem da personalidade do próprio”²⁴⁰. Se quanto ao consentimento para captura ou exposição da imagem pode valer a liberdade de forma, temos dúvidas quanto à validade do consentimento quando não seja concedido, pelo menos, em documento escrito, nas situações de publicitação da imagem, mormente acordada por meio de negócio jurídico bilateral.

Não sendo de menor relevância outros aspetos jurídicos do consentimento, a verdade é que questão controvertida é a da capacidade para consentir, designadamente, a capacidade na menoridade. O menor, embora indiscutível titular de direitos de personalidade, não dispõe de

²³⁷ PINTO, Paulo Mota, “A limitação voluntária do direito à reserva sobre a intimidade da vida privada”, *cit.*, p. 536.

²³⁸ FESTAS, David de Oliveira, *Do Conteúdo Patrimonial do Direito à Imagem: Contributo para um Estudo do seu Aproveitamento Consentido e Inter Vivos*, *cit.*, p. 295.

²³⁹ “Se alguém aceita, ainda que de forma tácita, ser fotografada para um determinado fim não podem as imagens captadas ser utilizadas para fim diverso, sem que para este específico fim tenha sido obtido prévio consentimento do titular ou pelo menos que, aquando da captação de imagens, não tivesse sido adquirido um sentido inequívoco de que o titular do direito permitiria na utilização das imagens captadas para esse específico fim”. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 07.06.2011, proferido no proc. n.º 1581/07.3TVLSB.L1.S1, disponível em www.dgsi.pt [23.06.2023].

²⁴⁰ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 07.06.2011, proferido no proc. n.º 1581/07.3TVLSB.L1.S1, disponível em www.dgsi.pt [23.06.2023].

capacidade de agir juridicamente, estando aptos a consentir os seus representantes legais. Ademais, embora seja reconhecida autonomia à criança na organização dos aspetos pessoais da própria vida, existe um dever de obediência dos filhos face aos pais (n.º 2 do art. 1878.º).

Neste sentido, ao menor vem sendo dada a faculdade de, autonomamente, limitar alguns dos direitos que tutelam bens pessoais, nomeadamente do seu direito à reserva da intimidade da vida privada, à honra ou à imagem. Quer isto dizer que, em princípio, o menor com discernimento necessário para entender o significado do seu ato terá capacidade de exercer os seus direitos de personalidade e de consentir a ofensa de terceiros, não sendo necessário o consentimento dos progenitores²⁴¹.

Ainda assim, devemos atentar nas particularidades da limitação de certos direitos de personalidade, nomeadamente do direito à imagem, cuja natureza assume, simultaneamente, um cariz pessoal e patrimonial. Se ao menor cabe dispor dos seus direitos pessoalíssimos, mas não terá capacidade de participar no tráfico jurídico, excetuando as situações previstas no art. 127.º do CC, estamos perante um dilema jurídico quanto ao apuramento da capacidade do menor para consentir no aproveitamento económico da sua imagem.

De facto, cremos que a criança terá capacidade para autorizar a exploração comercial da sua imagem, por parte dos seus progenitores, ainda que esta ocorra por meio de negócio jurídico. No entanto, a capacidade exigível para autorizar a exploração da imagem não se assimilará àquela exigível para consentir a divulgação da imagem da criança nas redes sociais, tal como esta última não se confunde com o discernimento necessário para consentir na captação da imagem²⁴². Ainda que o aproveitamento parental da imagem da criança nem sempre assuma um carácter negocial, a verdade é que podem os pais acordar a publicitação da sua imagem e a dos seus filhos mediante contrato. Nestes casos, a capacidade exigível para prestar consentimento válido deve ser superior àquela que se exige para a divulgação da imagem, na medida em que, embora sendo revogável o consentimento, existe sempre a possibilidade de indemnizar os prejuízos causados às legítimas expectativas da outra parte (n.º 2 do art. 81.º do CC).

Entendemos, assim, que o consentimento da criança será necessário para que os progenitores explorem a sua imagem nas redes sociais, consoante aquela tenha o discernimento necessário para entender e querer os efeitos jurídicos do seu ato. O menor de idade pode prestar o seu consentimento, de forma válida, quando tenha, necessariamente, capacidade natural, isto é, “o discernimento

²⁴¹ Neste sentido, HÖRSTER, Heirich Ewald, *A Parte Geral do Código Civil Português: Teoria Geral do Direito Civil*, cit., p. 270; CARVALHO, Andreia F. Pereira de, *A Criança nas Redes Sociais: Tutela da Personalidade e Responsabilidade Parental na Divulgação da Imagem*, cit., p. 126.

²⁴² CARVALHO, Andreia F. Pereira de, *A Criança nas Redes Sociais: Tutela da Personalidade e Responsabilidade Parental na Divulgação da Imagem*, cit., p. 126.

necessário (...) para avaliar o sentido e o alcance das consequências para o seu direito de personalidade, em resultado da limitação voluntária”²⁴³.

Adotando este critério, no ordenamento jurídico espanhol, o n.º 1 do art. 162.º do Código Civil Espanhol estabelece que os pais detentores das responsabilidades parentais representam os filhos menores, exceto quanto a atos relativos a direitos de personalidade que o filho, de acordo com a sua maturidade, pode exercer por si. Também a Lei Orgânica de Proteção Civil do Direito à Honra, à Intimidade pessoal e familiar e à própria Imagem espanhola²⁴⁴, no seu art. 3.º, refere que o consentimento dos menores deverá ser prestado por eles se a sua maturidade o permitir. A aferição de capacidade natural dependerá, assim, do sujeito, designadamente, da idade da criança, mas também da sua formação e desenvolvimento intelectual e emocional, bem como da natureza e consequências do ato que se trata²⁴⁵.

Partindo do Projeto de Lei 1/1982, Alejandra de Lama Aymá considera que o menor com doze anos de idade deve consentir a intromissão no seu direito à imagem e, quando seja de idade inferior, deverá aferir-se da maturidade suficiente tendo em conta a relevância do ato, embora, os menores com idade inferior a sete anos não pareçam ter maturidade necessária para consentir qualquer ato²⁴⁶.

Nesta senda, mas já no plano português, Andreia F. Pereira Carvalho entende que a criança com idade igual ou superior a treze anos pode prestar consentimento válido para a divulgação da sua imagem pelos pais nas redes sociais, na medida em que o acesso às redes sociais e a sua utilização são permitidos a crianças com idade superior a treze anos, como se encontra previsto nos termos de utilização de redes sociais, e conforme o que foi estabelecido na LPDP²⁴⁷, designadamente no seu art. 16.º, respeitando a unidade do sistema jurídico²⁴⁸.

A verdade é que, embora possamos reconhecer a aplicabilidade de uma tal solução nos casos de prestação de consentimento para a divulgação da imagem da criança *online*, a exploração comercial dessa imagem convoca outras questões.

Como havíamos dito, a divulgação da imagem da criança nas redes sociais pode estar submetida a um acordo estabelecido entre os titulares das responsabilidades parentais e uma outra entidade, mormente de cariz publicitário, através de negócio jurídico bilateral. Neste pode estabelecer-se a participação da criança, enquanto interveniente principal ou secundário, em atividade publicitária

²⁴³ PINTO, Paulo Mota, “A limitação voluntária do direito à reserva sobre a intimidade da vida privada”, *cit.*, p. 542.

²⁴⁴ Disponível em: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1982-11196> [18.07.2023].

²⁴⁵ TORAL-LARA, Estrella, “Patria Potestad y Derechos de los Menores en Internet”, in *Atas do I Congresso Ibérico de Direito da Família e das Sucessões – As Relações Pessoais, Familiares e Sucessórias*, Gestlegal, 2023, p. 202.

²⁴⁶ LAMA AYMÁ, Alejandra de, *La protección de los derechos de personalidad del menor de edad*, Tesi Doctoral, Universitat Autònoma de Barcelona, 2004, p. 160, disponível em: <https://hdl.handle.net/10803/5207> [28.06.2023].

²⁴⁷ Lei n.º 58/2019, de 8 de agosto, disponível em: <https://www.pgdlisboa.pt> [28.06.2023].

²⁴⁸ CARVALHO, Andreia F. Pereira de, *A Criança nas Redes Sociais: Tutela da Personalidade e Responsabilidade Parental na Divulgação da Imagem*, *cit.*, p. 127 e 128.

criada pelos progenitores ou pela própria entidade, mediante remuneração económica. A criança fica, assim, vinculada a uma obrigação de prestar a sua imagem, ainda que não tenha capacidade suficiente para entender as consequências desse ato, por serem os pais aqueles que exercem o seu direito à imagem.

Porém, não será exclusiva fonte de rendimento a celebração de negócios jurídicos de aproveitamento económico da imagem da criança, uma vez que a monetização da publicação de conteúdos em diversas plataformas *online* pode também representar uma importante fonte, assumindo grande expressão na rede social *Youtube*, na medida em que permite aos produtores de conteúdo gerar receita com anúncios exibidos no decorrer do vídeo ou quando um assinante do *Youtube Premium* assiste ao conteúdo²⁴⁹, mas também a plataforma *Instagram* estabelece uma política de monetização de conteúdos, desde que estes se encontrem em conformidade com os Termos de Utilização, Normas de Comunidade e Políticas de Monetização²⁵⁰.

Em qualquer caso podemos questionar se estará a criança a prestar trabalho se participar em atividades publicitárias ou se a presença da criança nas redes sociais é mais uma forma de entretenimento ou espetáculo, implicando, necessariamente, recorrer ao n.º 2 do art. 68.º do CT, mas também ponderar a aplicação da Lei n.º 105/2009, de 14 de setembro, que regula a participação de menores de dezasseis anos em atividades de natureza cultural, artística e publicitária.

Dada a fragilidade da posição jurídica da criança numa eventual participação em negócios jurídicos, por intervenção dos seus representantes legais, a eventual subsunção da exploração da imagem em legislação especial e a relevância da exposição remunerada no desenvolvimento da personalidade, cremos que o menor de dezasseis anos estará sempre em condições de consentir o aproveitamento económico da sua imagem nas redes sociais pelos seus pais. Porém, entendemos que o consentimento a prestar poderá, em todo o caso, ser validamente prestado a partir dos treze anos, desde que o menor tenha capacidade para entender as consequências da atuação parental ou negócio jurídico em causa.

De facto, cremos que a criança de dezasseis estará sempre em condições de entender as consequências jurídicas do seu consentimento, ainda que a sua participação nas redes sociais tenha um carácter negocial. Neste sentido, o direito penal consagra a validade do consentimento daquele que tiver mais de dezasseis anos, no n.º 3 do art. 38.º do CP, norma esta que diversos autores²⁵¹ entendem

²⁴⁹ Disponível em: <https://support.google.com/youtube/answer/94522?sjid=4269181482359480951-EU> [29.06.2023]

²⁵⁰ Disponível em: https://pt-pt.facebook.com/help/instagram/2635536099905516/?helpref=search&query=monetiza%C3%A7%C3%A3o&search_session_id=e1ba096ae09304493dd5295ddd3381d2&sr=0 [29.06.2023].

²⁵¹ MOREIRA, Sónia, “A capacidade dos menores para consentir atos médicos na ordem jurídica portuguesa”, *cit.*, p. 156; OLIVEIRA, Guilherme de, “O acesso dos menores aos cuidados de saúde”, *cit.*, p. 17.

aplicar-se ao direito civil, nomeadamente no apuramento da capacidade da criança para consentir na restrição de direitos de personalidade, como o direito à integridade física. Parece-nos que o menor de dezasseis anos que terá capacidade para consentir a realização de intervenções médico-cirúrgicas terá também capacidade para consentir a exploração da sua imagem nas redes sociais, na medida em que terá já conhecimento das suas funcionalidades, potencialidades e riscos, mas também terá capacidade de entender as consequências da sua exposição na *internet* e as implicações de explorar – contratualmente ou não – a sua imagem.

Porém, entendemos que a criança de treze anos pode consentir quando tenha maturidade e discernimento suficientes para tomar decisões quanto ao destino da sua imagem, de acordo com a LPDP que fixa, no art. 16.º, a idade de treze anos quanto à capacidade de prestar consentimento para tratamento de dados pessoais e com o RGPD que estabelece no seu n.º 1 do art. 8.º a licitude da oferta direta de serviços da sociedade de informação às crianças de idade igual ou superior a dezasseis anos, ressalvando que os Estados Membros podem dispor uma idade inferior, desde que não seja inferior a treze anos.

O critério de aferição da necessidade e validade do consentimento da criança será, assim, a sua capacidade natural. Nestes termos, Paulo Mota Pinto entende que o menor pode opor-se ao consentimento prestado pelos representantes legais se tiver maturidade para avaliar o sentido e o alcance do consentimento²⁵².

Por oposição, a criança pode não ter ainda completado os dezasseis anos ou não ter maturidade suficiente para prestar o seu consentimento, podendo os pais explorar a imagem da criança sem que seja exigível autorização da criança. Não quererá isto dizer que a atuação parental não deva auscultar a vontade da criança, que, como vimos, deve ser o denominador comum de qualquer ação dos pais que possa comprometer algum direito da criança ou que a possa colocar em perigo.

3.3.2.- Os limites da limitação voluntária do direito à imagem.

O aproveitamento económico da imagem da criança, enquanto mecanismo de limitação voluntária do direito à imagem, embora validamente consentido pela criança ou no seio dos poderes de representação incumbidos aos titulares das responsabilidades parentais, encontra-se sujeito a alguns limites.

A lei prevê nos arts. 81.º e 280.º do CC que a limitação convencional dos direitos de personalidade é legal se não for contrária aos princípios da ordem pública e ofensiva dos bons costumes. Enquanto conceitos indeterminados, o legislador não concretiza uma definição de ordem

²⁵² PINTO, Paulo Mota, “A limitação voluntária do direito à reserva sobre a intimidade da vida privada”, *cit.*, p. 543.

pública ou de bons costumes, embora a ordem pública se aproxime “aos valores e princípios injuntivos do ordenamento, base da coexistência social geral e garantes de um bem público”²⁵³ e os bons costumes da Moral, ambos delimitadores do âmbito material da autonomia privada²⁵⁴. Assim, entende-se que não estará à livre disposição do titular, nomeadamente, a venda dos seus órgãos ou a renúncia aos seus direitos de personalidade por serem contrárias à ordem pública, aos bons costumes e à lei injuntiva. Aliás, será nula toda a limitação voluntária dos direitos de personalidade que seja contrária à dignidade da pessoa humana.

Neste sentido, e a propósito da exploração do direito à imagem, relevam as decisões judiciais de diversos países em torno do *reality show* “Supernanny”. Neste programa televisivo, os pais seriam auxiliados por uma terapeuta a melhorar o seu relacionamento com os filhos, a adotar comportamentos educativos e a disciplinar as crianças. A atuação da terapeuta conduzia, porém, a que fossem filmados os comportamentos das crianças, mais ou menos embaraçosos, e que fosse exposta a sua intimidade, com o consentimento dos pais.

O Tribunal Administrativo de Hannover (*Verwaltungsgericht*) entendeu, em decisão proferida no dia 8 de julho de 2014, que o programa televisivo “Supernanny” atentava contra a dignidade das crianças, por serem instrumentalizadas em prol de maiores audiências e de maiores lucros. Nas suas palavras, *“a dignidade da pessoa humana como tal é atingida quando o ser humano concreto é degradado à condição de objeto, de simples instrumento ou meio, de elemento substituível. Dá-se, em especial, uma violação da dignidade da pessoa humana quando o ser humano não é tomado a sério como um ser autónomo, que se determina pela sua vontade, e quando, [não o tomando a sério como um ser autónomo,] se instrumentaliza o ser humano para um determinado fim”*²⁵⁵.

Em Portugal, o acórdão de 11.12.2018 do Tribunal da Relação de Lisboa²⁵⁶ e o acórdão de 30.05.2019 do Supremo Tribunal de Justiça²⁵⁷ abordaram a tutela da personalidade das crianças visadas no programa televisivo e determinaram a sua ilegalidade por não ter sido cumprida a comunicação e autorização necessárias à CPCJ.

Aliás, o Supremo Tribunal de Justiça entendeu, *in casu*, que a exposição pública das crianças num *reality show* constitui uma ofensa ilícita aos direitos de personalidade, na medida em que *«alcança (...) os direitos absolutos à imagem e à reserva da intimidade da vida privada das crianças, alcança (...), por isso, a essência do valor – do valor intrínseco – da dignidade humana. Alcançando ou “tocando” a essência do valor intrínseco da pessoa humana, “excede os limites da adequação*

²⁵³ FRADA, Manuel Carneiro da, “A Ordem Pública no Direito dos Contratos”, in *Forjar o Direito*, 2.ª edição, Coimbra, Almedina, 2015, p. 83.

²⁵⁴ VASCONCELOS, Pedro Pais de; VASCONCELOS, Pedro Leitão Pais de, *Teoria Geral do Direito Civil*, cit., p. 59.

²⁵⁵ Vide o acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 30.05.2019, proferido no proc. 336/18.4T80ER.L1.S1, disponível em www.dgsi.pt [04.07.2023].

²⁵⁶ Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 11.12.2018, proferido no proc. n.º 336/18.4T80ER.L1-6, disponível em www.dgsi.pt [04.08.2023].

²⁵⁷ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 30.05.2019.

social” [32] e, consequentemente, ofende a ordem pública”. Ademais, considerou o Tribunal, inspirado pela “fórmula do objeto” alemã, que as crianças estariam a ser “instrumentalizadas aos fins comerciais das entidades promotoras, o que é incompatível com a sua dignidade” e contrário à ordem pública.

Cremos, no entanto, que as palavras do Supremo Tribunal de Justiça devem ser interpretadas *cum grano salis*, uma vez que não será toda a exploração comercial da imagem da criança ilícita. Deve considerar-se contrária à ordem pública todo o aproveitamento económico da imagem do qual resultem danos insuperáveis à personalidade da criança e a honra, o decoro e a dignidade sejam instrumentalizados em prol de interesses de outrem, designadamente quando a utilização de imagens da criança “o reduza à condição de objeto, expondo-o à humilhação pública, a situações vexatórias e fragilizando-o e, bem assim, quando dessa exposição resultem, mesmo que indiretamente, prejuízos”²⁵⁸.

Em todo o caso, ainda que a atuação parental obedeça aos princípios da ordem pública, pode considerar-se ilícita e ilegítima quando tal não corresponda ao superior interesse da criança. De facto, verificando-se que a exploração da imagem causa prejuízos ao desenvolvimento da personalidade da criança, que se vê instrumentalizada aos interesses dos pais e de outrem, entende-se contrária à ordem pública e ao superior interesse da criança, mesmo que dessa exposição resulte algum tipo de remuneração. A obrigação de atuação dos pais conforme o interesse da criança implica, assim, uma ponderação entre os benefícios e os danos concretizados pela exposição da imagem e intimidade do menor.

Em princípio, o aproveitamento económico da imagem implica que à criança seja reconhecido um benefício patrimonial, mais ou menos significativo, podendo, simultaneamente, traduzir-se no aumento da visibilidade pública ou numa mudança de estatuto social cada vez mais apetecíveis, tanto pelos pais, como pelas crianças. Consequentemente, a crescente prevalência da criança nas redes sociais, impulsionada pelas vantagens patrimoniais que tal possa trazer, convoca alargados perigos para a segurança, saúde e bem-estar da criança. Neste sentido, ainda que a exploração da imagem potencie uma grande estabilidade financeira e bem-estar económico, em princípio, não traduz o interesse da criança, mas antes interesses dos próprios pais.

Assim, consideramos que não traduz o superior interesse da criança a sua exposição nas redes sociais, mesmo que essa se norteie por interesses económicos. Será sim do superior interesse da criança que seja assegurada a sua privacidade, intimidade, dignidade e honra, reconhecendo-a como

²⁵⁸ CARVALHO, Andreia F. Pereira de, *A Criança nas Redes Sociais: Tutela da Personalidade e Responsabilidade Parental na Divulgação da Imagem*, cit., p. 142.

sujeito de direitos e não como uma rentável fonte de rendimento para os pais, correndo o risco de a criança ser instrumentalizada²⁵⁹. Nesta situação, a atuação dos pais consiste numa ofensa aos direitos de personalidade da criança, porque contrária ao seu superior interesse e, portanto, ilícita.

Da prevalência da dignidade humana e do desenvolvimento da personalidade sobre a irrevogabilidade dos negócios jurídicos dispõe o n.º 2 do art. 81.º do CC. Segundo este, a limitação voluntária é sempre revogável, ainda que com a obrigação de indemnizar os prejuízos causados às legítimas expectativas da outra parte. Assim, ainda que seja lícita a celebração de negócios de personalidade, estes são livremente revogáveis por uma das partes, pelo menos até à consumação da captação ou divulgação da imagem²⁶⁰.

Os negócios de aproveitamento económico da imagem da criança celebrados pelos pais serão livremente revogáveis por estes, dada a natureza pessoal do direito à imagem. Especialmente quando esteja em causa a dignidade da criança, não devem os titulares das responsabilidades parentais perder definitivamente o controlo sobre os bens de personalidade, mantendo a todo o tempo a possibilidade de recuperar o direito à imagem negocialmente limitado²⁶¹. Quando tal suceda, tem a outra parte direito a indemnização, não podendo recorrer a tribunal exigindo o cumprimento do contrato. No entanto, autores entendem que, perante abuso do titular do direito (ou dos seus representantes legais), pode a contraparte recorrer ao mecanismo do abuso de direito, designadamente por proibição de *venire contra factum proprium*²⁶². Assim, embora possa reconhecer-se alguma fragilidade ao mercado de aproveitamento da imagem, a sua segurança não deverá prevalecer aos bens de personalidade e à dignidade humana.

Outro limite à limitação voluntária do direito à imagem prende-se com um dos grandes aspetos de comercialização da imagem: a publicidade. Sobre esta, o art. 14.º do Código da Publicidade refere que as crianças só podem ser intervenientes principais nas mensagens publicitárias desde que se verifique uma relação direta entre elas e o produto a publicitar. Assim, tendo em conta que a presença da imagem das crianças nas redes sociais é, muitas vezes, acompanhada de uma intenção publicitária, entendemos que tal será possível apenas quando exista uma relação direta e clara entre a criança e o produto (será o caso de, por exemplo, publicitar papas de bebé, roupa e sapatos de criança ou produtos de higiene infantil).

²⁵⁹ “É duvidoso que o simples consenso e ganância material, na ausência de outros valores, seja suficiente para fundar a licitude das ofensas à dignidade necessariamente envolvidas”. VASCONCELOS, Pedro Pais de; VASCONCELOS, Pedro Leitão Pais de, *Teoria Geral do Direito Civil*, cit., p. 58.

²⁶⁰ PINTO, Paulo Mota, “A limitação voluntária do direito à reserva sobre a intimidade da vida privada”, cit., p. 556.

²⁶¹ VASCONCELOS, Pedro Pais de; VASCONCELOS, Pedro Leitão Pais de, *Teoria Geral do Direito Civil*, cit., p. 60.

²⁶² PINTO, Paulo Mota, “A limitação voluntária do direito à reserva sobre a intimidade da vida privada”, cit., p. 558; VASCONCELOS, Pedro Pais de, *Direito de Personalidade*, cit., p. 167.

3.4.- A administração dos rendimentos auferidos com a exploração da imagem.

Nos termos do n.º 1 do art. 1878.º do CC, compete aos pais administrar os bens da criança, excetuando os bens que procedam de sucessão da qual os pais tenham sido excluídos por indignidade ou deserdação, aqueles que tenham advindo ao filho por doação ou sucessão contra a vontade dos pais, aqueles deixados ou doados ao filho com exclusão da administração dos pais e os que foram adquiridos pelo filho maior de dezasseis anos pelo seu trabalho (n.º 1 do art. 1888.º do CC).

No entanto, ainda que compita aos pais a administração dos bens da criança, em certos casos será necessária a autorização do tribunal, nomeadamente para alienar ou onerar os bens, garantir ou assumir dívidas alheias, contrair empréstimos e aceitar ou repudiar herança (n.º 1 do art. 1889.º do CC). Ademais, exige-se aos titulares das responsabilidades parentais a impreterível administração dos bens dos filhos com o mesmo cuidado com que administram os seus (art. 1897.º).

Neste sentido, entende-se que os rendimentos provindos do aproveitamento económico da imagem pertencerão às crianças e aos pais cabe a administração dos proventos resultantes da exploração da imagem²⁶³. Porém, cremos poder equacionar-se a capacidade da criança de administrar alguns dos seus bens, embora seja de conceber uma tal regra com algumas precisões.

Nos termos da al. a) do n.º 1 do art. 127.º do CC, são excecionalmente válidos os atos de administração ou disposição de bens que o maior de dezasseis anos haja adquirido por seu trabalho. Perante dúvidas quanto à aceção de trabalho que o legislador adota na norma em questão, cremos que a expressão trabalho não deve apenas remeter-se à existência de uma relação laboral ou à prática de uma atividade profissional. Assim entende R. Capelo de Sousa, considerando a aplicabilidade da exceção "quer se trate de trabalho por conta de outrem, quer por conta própria (em profissão liberal ou atividade empresarial), quer mesmo por qualquer esforço do menor intelectual ou físico de que resulte a aquisição do bem (p. ex. em concurso televisivo onde adquira um prémio)"²⁶⁴.

Assim, o menor de idade igual ou superior a dezasseis anos pode dispor dos frutos do seu trabalho, este que assentará, concretamente, na exploração da imagem, seja através de negócio jurídico celebrado pelos seus pais, seja porque resulta da política de monetização da rede social em que a imagem é exposta ou publicitada. Cremos, sim, que em ambos os casos, terá a criança direito a receber livremente remuneração própria, nos termos do n.º 3 do art. 70.º do CT, e a administrar os rendimentos do seu trabalho, na aceção da al. a) do n.º 1 do art. 127.º.

Neste sentido, cremos que a criança de dezasseis anos que terá capacidade para consentir na exploração comercial da sua imagem – como havíamos já referido – e maturidade para adquirir os

²⁶³ PINTO, Paulo Mota, "A limitação voluntária do direito à reserva sobre a intimidade da vida privada", *cit.*, p. 545.

²⁶⁴ SOUSA, R. Capelo de, *Teoria Geral do Direito Civil*, vol. I, Coimbra, Coimbra Editora, 2003, p. 9, *apud* BARBOSA, Mafalda Miranda, "Breves reflexões em torno do art. 127.º do Código Civil", *cit.*, p. 704.

seus rendimentos, terá também capacidade de administrar os proventos que daí resultem.

Porém, ressalva-se a possibilidade de existir a obrigação de a criança contribuir, de acordo com os recursos próprios, para os encargos da vida familiar. Cremos que uma tal obrigação deverá concretizar-se apenas quando se verifiquem necessidades insuperáveis no seio familiar e os rendimentos restantes não sejam suficientes para colmatar essas necessidades (n.º 2 do art. 1874.º do CC). Nesta senda, o n.º 1 do art. 1896.º estabelece que os pais podem utilizar os rendimentos dos bens do filho para satisfazerem as despesas com o sustento, segurança, saúde e educação deste, bem como, dentro de justos limites, com outras necessidades da vida familiar.

Por contraposição, a administração dos rendimentos da criança de idade inferior a dezasseis anos caberá aos pais, no exercício das responsabilidades parentais, tendo em consideração o superior interesse da criança e as suas necessidades físicas, intelectuais, morais e sociais. Atente-se que uma má administração dos bens da criança pode conduzir à inibição do exercício das responsabilidades parentais, nos termos do art. 1915.º do CC, podendo ser requerida pelo Ministério Público, por qualquer parente do menor ou por qualquer pessoa a cuja guarda ele esteja confiado, quando qualquer dos pais infrinja culposamente os deveres para com os filhos, com grave prejuízo destes. Em todo o caso, os atos praticados pelos pais serão anuláveis a requerimento do filho ou a pedido dos herdeiros deste, se, entretanto, falecer, quando aqueles ajam em contravenção do disposto nos arts. 1889.º e 1892.º (n.º 1 do art. 1893.º do CC).

Capítulo 4- A proteção da imagem da criança no ordenamento jurídico português

No exercício das responsabilidades parentais, aos pais incumbe a proteção da criança, devendo agir ou omitir certos comportamentos consoante as necessidades da criança e o seu superior interesse. No que à tutela da personalidade concerne, a atuação parental deve socorrer-se de critérios sérios e limites rígidos, nomeadamente, quanto à ponderação dos benefícios e prejuízos na esfera jurídica da criança, à aferição da capacidade do menor para participar e prestar consentimento válido e à audição da sua opinião, ainda que não possua o discernimento necessário para consentir, mas possa já expressar-se através das suas emoções ou dos seus gestos.

Enquanto figura primária de proteção, aos pais estará, em princípio, reservada a representação da criança, uma vez que estarão estes em condições de aferir do seu superior interesse e de resguardar, de terceiros, a honra, reputação, decoro e dignidade da criança. Pode, no entanto, suceder que a atuação dos pais, no exercício dos direitos de personalidade do menor, máxime do seu direito à imagem, provenha, não de uma intenção de beneficiar a criança ou de proteger a sua privacidade, mas de uma vontade de empoderar interesses egoístas. Por outro lado, pode ainda suceder que a

atuação dos pais se funde no que estes creem ser o superior interesse do filho, especialmente quando associada a qualquer forma de remuneração patrimonial, mas que, na verdade, não o é.

Cremos, assim, que a ofensa do direito à imagem da criança por parte dos progenitores tende a fundar-se, não numa intenção de provocar danos à sua personalidade, mas num descuido prolongado decorrente da intenção de imitação das massas. Em qualquer dos casos, entendemos que o ordenamento jurídico português concede meios de proteção do direito à imagem da criança, relevando, não só os mecanismos tradicionais de defesa de direitos de personalidade, mas também a aplicação de normas que porventura se poderão adequar à exploração comercial da imagem de menores de idade. Em todo o caso, aliada à consagração legal de diversos meios de tutela da personalidade deve estar uma intenção séria de resolver as questões que aqui ponderamos.

4.1.- Os meios de reação do art. 70.º, n.º 2 do Código Civil.

Como havíamos já referido, a tutela tradicional dos direitos de personalidade consta do n.º 2 do art. 70.º do CC, estabelecendo que a pessoa ameaçada ou ofendida pode requerer as providências adequadas às circunstâncias do caso, com o fim de evitar a consumação da ameaça ou atenuar os efeitos da ameaça já consumada e intentar ação de responsabilidade civil contra o ofensor.

Assim, a reação daquele cujo direito à imagem haja sido lesado pode fundar-se no requerimento de providências preventivas, que pretendam evitar a consumação da ofensa, ou de providências atenuantes, caso a lesão já se tenha consumado, mas se pretenda atenuar os seus efeitos. No primeiro caso, o autor deduz pedido de condenação do réu para que se abstenha da violação do seu direito à imagem (1.ª parte do art. 878.º do CPC), tendo como causa de pedir a titularidade do direito e o perigo da sua violação, e, no segundo caso, o autor deve deduzir pedido de condenação na remoção da ofensa e reposição do estado anterior (2.ª parte do art. 878.º do CPC), tendo como causa de pedir a titularidade do direito e a ilicitude da ofensa²⁶⁵. As providências podem, sim, cumular-se entre si e com o pedido de indemnização, como podem ser requeridas em processo especial previsto nos arts. 878.º e ss. do CPC.

O decretamento das providências não exige, no entanto, a verificação dos mesmos requisitos da responsabilidade civil por factos ilícitos. De facto, para que aquelas sejam aplicadas, não se exige culpa do agente, mas apenas que a ação lesiva se funde num facto voluntário ilícito. Estas podem “ter lugar em situações puramente objetivas, sem prejuízo de se poderem também aplicar em situações culposas”²⁶⁶. Já no que concerne às providências preventivas, considerando que existe apenas uma ameaça, não é exigível a ocorrência de danos indemnizáveis.

²⁶⁵ Vide o acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 30.05.2019.

²⁶⁶ FONSECA, Tiago Soares da, “Da tutela judicial civil dos direitos de personalidade – Um olhar sobre a jurisprudência”, *cit.* 255.

Ademais, a aplicação das providências exige que estas sejam adequadas à lesão consumada ou ofensa concreta, competindo ao juiz apurar a providência que melhor se adeque às particularidades de cada caso e os termos da medida a aplicar. De resto, os critérios de adequação e de equidade devem ter em conta “os fins de proteção da personalidade, devendo a medida ser suficiente para cessar a ameaça ou lesão, de acordo com o princípio do mínimo dano. Isto significa que, perante soluções alternativas, deverá procurar-se aquela que (...) tenha em conta os interesses do agente”²⁶⁷.

Quanto à tutela do direito à imagem da criança, entendemos que ao Ministério Público incumbe instaurar ação especial para tutela da personalidade quando considere que tal seja necessário para tutelar os interesses do menor (art. 23.º do CPC), podendo o juiz decretar a proibição de exposição e de utilização da imagem da criança para fins económicos pelos pais, podendo também decidir a apreensão e eliminação das imagens das redes sociais.

Além destas providências, pode o Ministério Público intentar ação de condenação, pedindo a condenação do lesante ao pagamento de indemnização, mediante a verificação de certos pressupostos cumulativos. Assim, terá o autor de invocar a existência de danos provocados pela prática culposa de um facto voluntário ilícito e de um nexo de causalidade entre esse facto e a ocorrência de danos.

Na verdade, o aproveitamento económico da imagem lesa, inevitavelmente, o direito à imagem da criança, enquanto direito de personalidade, absoluto e concretização da dignidade da pessoa humana. A ilicitude de uma tal atuação parental será afastada pela prestação de consentimento válido, conforme à ordem pública e aos bons costumes, vinculado ao fim último do exercício das responsabilidades parentais: o superior interesse da criança. Porém, quando tais limites são extravasados e a exposição remunerada “alcança (...) a essência do valor – do valor intrínseco – da dignidade da pessoa humana”²⁶⁸, verifica-se uma ofensa ilícita dos direitos de personalidade da criança, sendo irrelevante a prestação de consentimento como causa de exclusão da lesão.

Aliás, a par de uma violação de direitos de personalidade, a violação dos deveres intrínsecos ao exercício das responsabilidades parentais, dos quais os pais não podem renunciar, pode também consubstanciar um abuso de direito e convocar a indemnização de eventuais danos por recurso ao instituto da responsabilidade civil.

É o que entende alguma doutrina²⁶⁹ ao invocar a aplicabilidade do art. 334.º do CC que refere 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.

²⁶⁷ FONSECA, Tiago Soares da, “Da tutela judicial civil dos direitos de personalidade – Um olhar sobre a jurisprudência”, *cit.*, p. 255.

²⁶⁸ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 30.05.2019.

²⁶⁹ 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 (JusGov), 2020, p. 7, disponível em: <https://hdl.handle.net/1822/79272> [19.07.2023].

Quer isto dizer que o titular de um direito legalmente consagrado no ordenamento jurídico português deve ser exercido conforme o fim que lhe tenha sido atribuído sendo que, por sua vez, o exercício de um direito “fora do seu objetivo natural e da razão justificativa da sua existência e ostensivamente contra o sentido jurídico dominante”²⁷⁰ consistirá num abuso de direito e, consequentemente, numa conduta ilícita.

A ilicitude do exercício de um direito provém, assim, dos limites impostos pela boa-fé, pelos costumes ou pelo fim social ou económico desse direito, sobre os quais a doutrina²⁷¹ decidiu operar a divisão entre o abuso de direito institucional e individual. Enquanto o abuso institucional consiste na invocação de um direito para fins e funções distintos para os quais foi atribuído a priori, o abuso individual entende-se, não como uma contradição do exercício do direito com a ordem jurídica, mas como um exercício em contradição com a ideia da justiça por exceder, de forma manifesta, a boa-fé ou os bons costumes²⁷².

Entenda-se, no entanto, que o instituto do abuso de direito não decorre somente da “existência de limites imanentes aos direitos subjetivos”²⁷³. Antes, cremos que se aplicará a todo o “comportamento *material*” de um sujeito jurídico²⁷⁴, designadamente a todo o comportamento que se insira no exercício de poderes funcionais, máxime no exercício das responsabilidades parentais.

Nesta senda, não cabendo aos pais uma atuação livre ou arbitrária no cumprimento dos seus direitos-deveres, mas antes um exercício vinculado ao interesse dos filhos (n.º 1 do art. 1878.º do CC), será ilícita a adoção de qualquer comportamento que coloque em causa as suas finalidades atribuídas pela ordem jurídica. Podemos, sim, equacionar a sua vertente de abuso de direito institucional, uma vez que “o direito dos pais foi invocado para fins que estão fora dos objetivos ou funções para os quais ele foi atribuído pela norma (...), desvirtuando a função do instituto jurídico das responsabilidades parentais”²⁷⁵.

Com efeito, a exploração comercial da imagem nas redes sociais pode significar um desvio ilícito do direito tutelado ou, se quisermos, um exercício abusivo dos direitos-deveres, nomeadamente quando se verifiquem danos insuperáveis à honra ou decoro da criança, legitimando o recurso ao instituto do abuso de direito.

²⁷⁰ Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 09.01.2017, proferido no proc. n.º 102/11.8TBALD.C2, disponível em www.dgsi.pt [19.07.2023].

²⁷¹ HÖRSTER, Heinrich Ewald; SILVA, Eva Sónia Moreira da, *A Parte Geral do Código Civil Português: Teoria Geral do Direito Civil*, cit., p. 283.

²⁷² *Idem*, pp. 283 e 284.

²⁷³ MOREIRA, Sónia, “A responsabilidade dos pais pela violação do direito à imagem dos filhos”, cit., p. 7.

²⁷⁴ CORREIA, A. Ferrer; XAVIER, Vasco Lobo, “Efeito Externo das Obrigações, Abuso do Direito, Concorrência Desleal (a Propósito de uma Hipótese Típica)”, in *Revista de Direito e Economia*, n.º 5 (36), Universidade de Coimbra, 1979, pág. 12, apud MELO, Daniel Bessa de, “O abuso do direito: contributos para uma hermenêutica do artigo 334.º do Código Civil português”, in *Julgar*, 2020, p. 22, disponível em: <http://julgar.pt/o-abuso-do-direito-contributos-para-uma-hermeneutica-do-artigo-334-o-do-codigo-civil-portugues/> [19.07.2023].

²⁷⁵ MOREIRA, Sónia, “A responsabilidade dos pais pela violação do direito à imagem dos filhos”, cit., p. 8.

4.2.- A aplicabilidade da Lei de Proteção de Crianças e Jovens em Perigo.

O sistema de proteção de crianças e jovens em perigo atual conheceu a sua génese na LPCJP, aprovada pela Lei n.º 147/99, de 1 de setembro, que acautela a intervenção das entidades competentes para a promoção de direitos e proteção das crianças e dos jovens que se encontrem em perigo.

De facto, a legitimidade da intervenção – sucessiva e subsidiária – das entidades com competência em matéria de infância e juventude, das Comissões de Proteção de Crianças e Jovens (CPCJ) e dos Tribunais (art. 6.º da LPCJP) aferir-se-á pela existência de perigo – e não mero risco – à segurança, saúde, formação, educação ou desenvolvimento, como consequência da atuação dos pais, representante legal ou de quem tenha a guarda de facto, ou de ação ou omissão de terceiros ou da própria criança ou jovem a que aqueles não se oponham de modo adequado a removê-lo (n.º 1 do art. 3.º), nomeadamente, nas situações de abuso físico, psíquico ou sexual ou de abandono, previstas num leque exemplificativo do n.º 2 do art. 3.º.

Perante uma situação de perigo, a CPCJ e os Tribunais dispõem de competência para a aplicação das medidas de promoção e proteção previstas no n.º 1 do art. 35.º, ainda que à CPCJ esteja vedada a aplicação da medida de confiança a pessoa selecionada para a adoção, a família de acolhimento ou a instituição com vista à adoção, por ser da exclusiva competência dos tribunais. Por outro lado, está a intervenção da CPCJ dependente de autorização expressa, prestada por escrito, dos pais, do representante legal ou da pessoa que tenha a guarda de facto e da não oposição da criança ou do jovem com idade igual ou superior a doze anos (arts. 9.º e 10.º), cabendo, em regra, ao Ministério Público a instauração do processo de promoção e proteção nos Tribunais quando tal não suceda (arts. 11.º e 73.º).

Considerando existir uma situação de perigo, ao fenómeno de aproveitamento económico da imagem das crianças nas redes sociais pode advir uma resposta do ordenamento jurídico português através do processo de promoção e proteção. De grande importância será, no entanto, referir que para que a situação de perigo se verifique não será necessário que tenha existido uma efetiva lesão, “bastando tão só que esteja criada uma situação de facto que seja realmente potenciadora desse perigo de lesão”²⁷⁶ que, não obstante, deverá ser atual.

Ora, em causa estará a aplicabilidade das alíneas e) e f) do n.º 2 do art. 3.º da LPCJP, segundo as quais a criança ou o jovem estará em perigo quando é obrigada a atividades ou trabalhos excessivos ou inadequados à sua idade, dignidade e situação pessoal ou prejudiciais à sua formação ou desenvolvimento, e quando está sujeita, de forma direta ou indireta a comportamentos que afetem

²⁷⁶ Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 23.03.2021, proferido no proc. n.º 4397/18.8T8PBL.C1, disponível em www.dgsi.pt [21.07.2023].

gravemente a sua segurança ou o seu equilíbrio emocional. Ainda que caiba às entidades competentes em matéria de infância e juventude e à CPCJ, em primeira linha, a aferição de uma concreta situação de perigo, cremos que, num plano geral e abstrato, pode relevar a atuação dos pais na exposição remunerada da imagem dos filhos como uma situação de perigo.

A al. e) permite enquadrar as situações em que a criança é forçada a participar em atividades publicitárias ou programas de entretenimento “de forma contrária ao seu interesse ou em clara violação dos seus direitos”²⁷⁷.

Nestes termos, podemos equacionar a sua aplicabilidade aos casos de exploração económica da imagem, ainda que esta não tenha natureza laboral ou natureza negocial, bastando que se trate de uma atividade ou trabalho que a criança seja obrigada a realizar. Ademais, entende-se que essa atividade ou trabalho devam ser excessivos ou inadequados à idade, dignidade e situação pessoal ou prejudiciais à sua formação ou desenvolvimento.

De facto, não julgamos inexequível entender a exploração da imagem nas redes sociais enquanto atividade que, por um lado, pode tornar-se excessiva, dada a informalidade, simplicidade e celeridade da exposição de conteúdos, e, por outro lado, pode ser desadequada à idade e prejudicial à formação e desenvolvimento da criança. Ainda que socialmente aceite, a exposição remunerada da imagem nas redes sociais não deixa de convocar riscos sérios à dignidade ou desenvolvimento da personalidade da criança, designadamente quando sejam expostos em situações embaraçosas, sejam instrumentalizados em prol das necessidades monetárias dos próprios pais ou, no âmbito de atividades publicitárias, não seja acautelada a idade e a sua adequação ao produto a publicitar (por exemplo, quando o produto a publicitar não está em nada relacionado com a infância ou juventude). Noutro prisma, pode a presença nas redes sociais provocar danos na sua formação e desenvolvimento pessoal e estudantil, sobrepondo-se ao tempo de estudo, de descanso, de lazer e de convívio com os pares²⁷⁸.

Já a al. f) do art. 3.º da LPCJP refere-se aos casos em que a criança é sujeita a comportamentos que afetam gravemente a sua segurança ou o seu equilíbrio emocional, justificando a intervenção das entidades competentes exteriores à família.

Será, no nosso entender, acertada uma possível subsunção da exposição remunerada nas redes sociais pelos pais quando esta atuação contende com a sua segurança, nomeadamente quando sejam simultaneamente partilhadas informações pessoais, como o nome completo, idade e morada e dados de localização. Ademais, a presença das crianças na *internet* possibilita a utilização das imagens por

²⁷⁷ MOREIRA, Sónia, "A responsabilidade dos pais pela violação do direito à imagem dos filhos", *cit.*, p. 14.

²⁷⁸ *Ibidem*.

terceiros para quaisquer fins, seja para a prática de *bullying*, seja para belo prazer de predadores sexuais que utilizam estes meios para identificar vítimas²⁷⁹.

4.3.- A aplicabilidade da Lei n.º 105/2009.

Sem embargo de o Ministério Público poder requerer, no interesse da criança, as providências adequadas ao caso e recorrer ao instituto da responsabilidade civil ou de se entender aplicável a LPCJP quando o aproveitamento económico coloca a criança em perigo, cremos que uma tal presença nas redes sociais exige, num plano anterior à violação do direito à imagem do menor, não só o decretamento de providências preventivas, mas também o controlo de uma entidade exterior à relação paterno-filial, *in casu*, a CPCJ.

De facto, a Lei n.º 105/2009, que regula a participação dos menores em atividades de natureza cultural, artística ou publicitária, admite que a criança possa participar em espetáculo ou outra atividade cultural, artística ou publicitária ainda que com algumas restrições, nomeadamente a sua proibição quando tal envolva contacto com animal (exceto quando tenha pelo menos doze anos e seja acompanhado pelo representante legal), substância ou atividade perigosa que possa constituir perigo para a saúde ou a segurança do menor (n.º 1, 2 e 3 do art. 2.º). Ademais, consagra o diploma legal restrições quanto à duração do período de atividade estabelecido consoante a idade da criança (art. 3.º) e regula a necessidade de autorização ou comunicação à CPCJ (art. 5.º) e o conteúdo e formalidades do contrato a celebrar entre a entidade promotora e os pais (art. 9.º).

Sobre a aplicabilidade do mencionado diploma, o acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 30.05.2019, confirmando a decisão do acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 11.12.2018, discorreu sobre a obrigatoriedade de comunicação e pedido de autorização à CPCJ no célebre caso “*Supernanny*”, em que estaria em causa uma ofensa ilícita ao direito à imagem e à reserva da intimidade da vida privada, por ser contrária à ordem pública a exposição instrumentalizada da criança em programa de televisão e por ser nulo o consentimento prestado pelos progenitores sem que haja sido autorizada a sua participação.

De facto, a proteção concedida à criança que vê a sua imagem e intimidade expostas vê-se consolidada com a integração de uma terceira parte, a CPCJ, na autorização da participação em espetáculos, mesmo que esta não consubstancie uma atividade laboral. A esta conclusão chegou o Supremo Tribunal de Justiça na decisão referida, entendendo não ser exigível, para que se aplique a Lei n.º 105/2009, que a participação da criança assuma uma natureza laboral, nem constitui requisito necessário a existência de remuneração (ainda que seja feita referência ao art. 81.º do CT e este

²⁷⁹ MOREIRA, Sónia, "A responsabilidade dos pais pela violação do direito à imagem dos filhos", *cit.*, p. 14.

regular contratos de trabalho remunerados). Aliás, entende que será relevante e suficiente, para a delimitação do âmbito de aplicabilidade da Lei, não a qualificação da atividade como artística, cultural ou publicitária, mas o conceito de “espetáculo”, presente no art. 2.º da Lei, enquanto “exposição perante o público”, “já que é através da revelação ou amostra para o exterior da obra artística que o autor proporciona ao público o acesso à mensagem, obra ou labor, que incorporou enquanto trabalho”²⁸⁰.

Cremos assim que não restam dúvidas que, na senda da jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça, as disposições previstas na Lei n.º 105/2009 serão diretamente aplicáveis à participação das crianças em atividades publicitárias, artísticas ou de entretenimento nas redes sociais, perante a verificação do critério da exposição perante o público. Não sendo este suficiente, uma vez que, em princípio, toda a divulgação da imagem compreende uma exposição perante um público, mais ou menos alargado, mas nem toda a partilha conflui no conceito de “espetáculo”, entendemos mais correta a aceção de António Bentes de Oliveira, segundo o qual será a *“atividade desenvolvida ou posta à disposição de uma organização detentora de meios de carácter exibicional por alguém que nela intervém a troco de uma contrapartida de valor monetário (...) que se dirige com uma vocação genérica ao público”*. Entendemos, assim, que além da verificação dos elementos de exposição e de público, será exigível reconhecer alguma relevância às contrapartidas que possam provir do “espetáculo”. Neste sentido, cremos que será requisito indispensável de aplicabilidade do diploma legal a probabilidade de existir, pelo menos, uma intenção remuneratória ou de incremento patrimonial que possa impelir os pais a publicitar a imagem dos filhos, ainda que, para efeitos da tutela da personalidade da criança, não seja relevante a verificação objetiva de obtenção de lucros.

Quer isto dizer que a atuação parental de aproveitamento económico da imagem da criança nas redes sociais pode – e deve – estar condicionada à comunicação e autorização da CPCJ, nos termos do art. 5.º da Lei n.º 105/2009, sob pena de se considerar nulo o contrato que haja sido celebrado entre os progenitores e a entidade promotora quanto à disposição da imagem da criança. Pode, no entanto, suceder que não haja sido acordada a divulgação da imagem da criança, mas apenas a do progenitor que decide, posteriormente, expô-la por sua iniciativa. Também nestas situações entendemos ser exigível a comunicação à CPCJ e a sua autorização, uma vez que o grande objetivo da Lei será “evitar que a criança participe em atividades que possam pôr em risco a sua segurança, a sua saúde, o seu desenvolvimento físico, psíquico e moral, a sua educação e a sua formação”²⁸¹, pelo que, mesmo não sendo acordada a exploração da imagem da criança, mas esta suceda

²⁸⁰ OLIVEIRA, António Bentes de, “Trabalho de menores em espetáculos e publicidade”, in *Questões Laborais*, n.º 16, ano 7, Coimbra Editora, 2000, pp. 191 e 94.

²⁸¹ Vide o acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 30.05.2019.

independentemente desse facto, será esse comportamento suscetível de tutela, de acordo com o diploma em causa.

Cremos, porém, que uma tal autorização não deve suceder nos mesmos termos previstos na Lei n.º 105/2009, designadamente quanto ao seu art. 6.º que estabelece que o requerimento para a prática de atividade deve ser escrito pela entidade promotora. Ora, como havíamos já referido, a exploração comercial da imagem da criança nas redes sociais caracteriza-se pela informalidade, uma vez que não será, em todos os casos, contratualizada a utilização da sua imagem. De facto, ainda que ao progenitor caiba dispor da sua própria imagem para publicitar um certo produto ou marca, o mais certo é que, na celebração do negócio jurídico, não se acorde a participação da criança. Quer isto dizer que, na maioria dos casos, não existirá qualquer entidade promotora, mas apenas os progenitores na divulgação da imagem dos filhos para fins publicitários ou de entretenimento. Neste sentido, cremos fazer sentido que sejam os pais a requerer a dita autorização à CPCJ competente, uma vez que não deixam de ser estes aqueles a quem a lei consagra deveres de proteção.

Nesta senda, entende-se não ter aplicabilidade a norma prevista no art. 9.º do diploma que consagra as formalidades do contrato de prestação de atividade, celebrado entre a entidade promotora e os representantes legais da criança.

No entanto, e considerando a necessidade de proteção dos direitos à educação e formação da criança, deverá ser-lhe assegurada um horário de participação em atividade, consoante a sua idade, assegurando que não ficam comprometidos tempos de repouso, de lazer e de estudo (art. 3.º)²⁸².

As medidas acolhidas pela legislação especial compreendem, assim, um justo equilíbrio entre a prática do direito-dever de educação dos próprios filhos e a intervenção do Estado no seio familiar, especialmente quando não sejam acautelados o direito à educação, o direito ao lazer ou o desenvolvimento integral das crianças (n.º 1 do art. 12.º da LPCJP; art. 69.º da CRP).

Quanto a este aspeto, o Tribunal Constitucional, no acórdão n.º 262/2020 de 13 de maio²⁸³, veio decidir sobre a (in)constitucionalidade da norma resultante do n.º 1 do art. 2.º, n.º 1 a 3 do art. 5.º e n.º 2 do art. 7.º da Lei n.º 105/2009, por decorrência da decisão proferida pelo Supremo Tribunal de Justiça no acórdão de 30.05.2019. No entender da recorrente, o TC deveria concluir pela inconstitucionalidade das disposições que preveem que os menores apenas podem participar em programas de televisão após o pedido e concessão de autorização pela CPCJ, por violarem o princípio da separação de poderes e consubstanciarem uma limitação desnecessária e desproporcional do

²⁸² Sobre o direito ao repouso e o direito a brincar, vide CRUZ, Rossana Martingo, “O direito da criança aos tempos livres e a participar em atividades recreativas: considerações (sérias) sobre o direito a brincar”, in *AA.VV. Atas do I Congresso Ibérico de Direito da Família e das Sucessões – As Relações Pessoais, Familiares e Sucessórias*, Gestlegal, 2023, pp. 501-515, disponível em: <https://hdl.handle.net/1822/84122> [25.07.2023].

²⁸³ Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 262/2020, de 13.05.2020, disponível em: <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20200262.html> [25.07.2023].

direito à liberdade de expressão e informação, bem como do direito dos pais de educarem os filhos sem intromissão do Estado. Ora, o TC resolveu concluir pela constitucionalidade da norma, dispondo que, embora tenham os pais um papel fundamental no desenvolvimento das crianças, “não devem ignorar-se as muitas situações em que o comportamento (por ação ou omissão) dos pais, do representante legal ou de quem tenha a guarda de facto do menor põe em perigo a sua segurança, saúde, formação, educação ou desenvolvimento”, pelo que a norma em questão terá grande relevância na prevenção do perigo que possa advir da atividade praticada pelo menor de idade, sem desvirtuar “o primado dos pais na manutenção e educação dos filhos ou a prevalência da família na orientação do seu desenvolvimento”, uma vez que o “acompanhamento do menor deve ser reservada para os casos em que existe um risco sério de os pais não conseguirem corresponder às necessidades daquele”.

4.4.- A solução prevista no art. 17.º do Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados.

A partilha de imagens e de informação privada nas redes sociais ou, se quisermos, na *internet* convoca diversas questões para as quais não existe ainda resposta, desde logo porque se entende que os conteúdos aí depositados tendem a permanecer por tempo indefinido, prolongando e densificando a pegada digital do utilizador ou daquele cuja imagem ou informação é exposta. A esta preocupação se alia a tutela dos direitos de personalidade da criança, nomeadamente do seu direito à imagem, por representar, de forma crescente, o “objeto” de um hábito de partilha, contínuo e ininterrupto, dos pais, sem que exista o consentimento dos filhos, por não lhe ser pedido ou por estes serem demasiado novos para o prestar validamente.

Atendendo aos desenvolvimentos tecnológicos da nossa era e ao crescente recurso às redes sociais como plataforma negocial e de grande valor económico, não nos choca que possamos falar do direito ao esquecimento consagrado, em artigo próprio, no RGPD²⁸⁴, que regula a proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados.

Também a Diretiva 95/46, entretanto revogada, já previa na al. b) do art. 12.º e no 1.º parágrafo da al. a) do art. 14.º – como concluiu o célebre acórdão do TJUE de 13.05.2014 (*Google Spain SL e Google Inc. v. AEPD e Mario Costeja González*²⁸⁵) – o direito do titular da informação de requerer ao operador de um motor de busca que sejam suprimidas, da lista de resultados que decorra de uma

²⁸⁴Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho de 27 de abril de 2016, relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados e que revoga a Diretiva 95/46/CE, disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/homepage.html> [27.07.2023].

²⁸⁵ Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia *Google Spain SL e Google Inc. v. Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) e Mario Costeja González*, de 13. 05.2014, disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A62012CJ0131> [27.07.2023].

pesquisa efetuada com o nome dessa pessoa, “as ligações a páginas web publicadas legalmente por terceiros e que contenham informações verdadeiras sobre ela, com o fundamento de que essas informações são suscetíveis de a prejudicar ou de que deseja que sejam «esquecidas» decorrido algum tempo”, considerando a prevalência dos direitos fundamentais “sobre o interesse económico do operador do motor de busca mas também sobre o interesse d[o] público em aceder à referida informação”²⁸⁶.

Já no atual Regulamento, o direito ao esquecimento ou, se quisermos, o direito ao apagamento de dados encontra-se regulado no seu art. 17.º, concedendo ao titular o direito de obter, do responsável pelo tratamento, o apagamento dos seus dados pessoais, estando este obrigado a apagar os seus dados pessoais sem demora injustificada quando se aplique um dos motivos listados nas als. a) a f) do n.º 1 do art. 17.º do RGPD. Aliás, exige também o n.º 2 do mesmo art. que o responsável pelo tratamento dos dados, que seja obrigado a apagá-los quando os tiver tornado públicos, deve tomar as medidas que forem razoáveis para informar os responsáveis pelo tratamento efetivo dos dados pessoais de que o titular dos dados lhes solicitou o apagamento das ligações para esses dados, cópias ou reproduções.

O direito ao esquecimento pode ser, assim, definido enquanto “*direito fundamental de personalidade amparado no princípio da dignidade humana, segundo o qual o titular, pessoa individual ou coletiva, tem o direito à autodeterminação informativa, isto é, pode requerer o apagamento, retirada ou bloqueio da divulgação de dados, lícitos ou não, que lhe digam respeito, encontrados nos diversos meios de comunicação e que não tenham mais interesse público, judicial, histórico ou estatístico ou ainda que não sejam vedados por lei. Não se trata, portanto, de eliminar todas as referências a factos ocorridos no passado mas apenas de evitar a exposição desnecessária e lesiva de acontecimentos desprovidos de interesse público atual*”²⁸⁷.

É, pois, possível que à criação seja acautelada a proteção dos seus dados pessoais ou, na aceção da n.º 1 do art. 4.º do Regulamento, qualquer informação relativa a uma pessoa singular identificada ou identificável, por referência a um identificador, como um nome ou elementos específicos da identidade física, fisiológica, genética, menta, económica, cultural ou social dessa pessoa, nos quais se integram a sua imagem ou informações do foro pessoal, em que não se anteveja qualquer interesse público atual, podendo requerer o apagamento dos dados aos responsáveis pelo tratamento destes²⁸⁸.

²⁸⁶ Vide, Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia *Google Spain SL e Google Inc. v. Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) e Mario Costeja González*.

²⁸⁷ ATAÍDE, Rui Paulo Mascarenhas, “Direito ao esquecimento”, in *Cyberlaw*, vol. 1, n.º 7, 2019, p. 16.

²⁸⁸ Para mais desenvolvimentos quanto ao direito ao esquecimento, vide o acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 02.05.2023, proferido no proc. n.º 12234/21.0T8LSB.L1-7, disponível em: www.dgsi.pt [31.07.2023].

Considerações finais.

Decorrida a investigação a que nos tínhamos proposto quanto ao aprofundamento da tutela da personalidade das crianças e do papel dos pais no exercício do direito à imagem dos filhos num universo tão inovador e relevante como o é o das redes sociais e do ciberespaço, reconhecemos que, ainda que seja insuficiente o nosso contributo, os novos desafios com que o direito português se depara com o crescimento de novas formas de exercício dos direitos de personalidade e de proteção das crianças nas relações paterno-filiais conhecem, agora, novos desenvolvimentos. Referimo-nos, particularmente, à nova tendência de aproveitamento económico da imagem nas redes sociais que assume um novo protagonista: a criança.

Perante a pertinência e atualidade que rodeiam as questões de disposição dos direitos de personalidade nas redes sociais e de exercício das responsabilidades parentais na Sociedade da Informação, o nosso estudo embrenhou-se numa diversidade de institutos jurídicos, designadamente no regime jurídico do exercício das responsabilidades parentais e da titularidade e exercício dos direitos de personalidade na menoridade, aprofundando a exploração comercial da imagem da criança enquanto problemática que merecerá a atenção e a proteção por parte do ordenamento jurídico português.

De facto, a utilização das potencialidades negociais e lucrativas das redes sociais potenciou o crescimento da presença digital do menor de idade e consequente preocupação quanto à legitimidade dos pais de expor os filhos *online* e quanto à (aparente) desproteção da dignidade, da personalidade, da segurança da criança.

Sob a premissa de que a exploração comercial da imagem da criança não se traduz apenas na contratualização da utilização da imagem, mas compreende também a mera exposição da qual provenham benefícios patrimoniais decorrentes das políticas de monetização das plataformas digitais utilizadas pelos pais, julga-se premente salvaguardar o direito à imagem da criança, impondo limites à atuação parental.

Entendemos, primeiramente, que não estão os detentores das responsabilidades parentais livres para dispor, como queiram, do direito à imagem da criança, devendo, antes, requerer o seu consentimento quando tenha capacidade natural ou, se quisermos, o discernimento e maturidade necessários para entender as consequências do ato a praticar pelos pais no exercício dos seus direitos de personalidade, sob pena de considerarmos ilícita a exploração da imagem. Aliás, este é o entendimento do n.º 1 do art. 162.º do Código Civil Espanhol que, na nossa opinião, deveria ter tradução no ordenamento jurídico português. Na hipótese de a criança não ter a capacidade exigível, devem os pais procurar por auscultar a opinião dos filhos, independentemente da idade destes, e

guiar-se, impreterivelmente, pelo superior interesse da criança.

Nestes termos, estão os pais impedidos de explorar a imagem da criança quando tal não corresponda à concretização do superior interesse da criança, mas antes de interesses próprios, em clara contradição com o desígnio dos direitos-deveres impostos aos titulares das responsabilidades parentais (n.º 1 do art. 1878.º do CC). Assim, ainda que ao aproveitamento económico esteja intrínseco um incremento patrimonial, a atuação parental deve guiar-se por outros interesses, que não meramente económicos, devendo antes privilegiar a privacidade, segurança e decoro da criança. Quando tal não seja assegurado, ou seja, quando a exposição da criança implique a verificação de prejuízos à dignidade, honra, reputação, decoro ou ao desenvolvimento da personalidade, será ilícita a disposição do direito à imagem da criança, abrindo portas, não só, à aplicação de certas providências ou ao recurso à responsabilidade civil, nos termos do n.º 2 do art. 70.º do CC, mas também à intervenção de entidades estatais, nomeadamente da CPCJ, cujo dever se reporta à proteção das crianças e promoção dos seus direitos, no âmbito de aplicação da LPCJP.

Aliás, cremos que a CPCJ deve ter um papel preponderante na defesa dos direitos da criança quando estes sejam feridos pelos progenitores nas redes sociais, enquanto entidade de controlo e de proteção, *a priori e a posteriori*. Quer isto dizer que, no nosso entender, deveria ser imposta a obrigação de intervenção da CPCJ na sua comunicação e concessão de autorização para a prática de atividades publicitárias ou de entretenimento que possam suceder com recurso à pessoa da criança, nos mesmo termos da Lei n.º 105/2009. Um controlo anterior à ofensa fortaleceria a tutela dos direitos de personalidade e favoreceria o resguardo e a privacidade requeridos à infância, obstando a que o retrato da criança perdure no ciberespaço. Cremos, porém, que dificuldades se avizinham quanto à ponderação de aplicação do diploma em causa, dada a informalidade desta nova tendência de disposição do direito à imagem dos filhos, obstando à aplicabilidade de certas normas aí dispostas. Não obstante, entendemos ser um bom ponto de partida na aferição das necessidades da criança e de controlo e prevenção da sua instrumentalização.

Assim, ainda que encontremos dificuldades na aplicabilidade de certos aspetos dos diplomas legais aqui estudados, cremos que chegou o momento de entender a exploração comercial da imagem da criança nas redes sociais enquanto atividade que pode ser integrada num leque de atividades publicitárias, de espetáculo ou de entretenimento, já juridicamente relevantes e cuja aplicabilidade aos meios tradicionais de comunicação não se coloca oposição. Aliás, e seguindo o entendimento, já descrito, da jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça, ainda que se recuse a aplicabilidade direta da Lei n.º 105/2009, nada obsta a que o juiz possa decretar as medidas que nela constam, de forma analógica.

Estando dado o mote para a discussão da exploração da imagem da criança nas redes sociais, designadamente quanto à legitimidade dos pais na disposição do direito à imagem e à capacidade do menor de consentir a atuação parental no exercício dos seus direitos, cremos (claro) que serão necessários avanços futuros de clarificação da posição da criança nas redes sociais e de adoção ou, até mesmo, de criação de mecanismos de proteção contra a decisão dos progenitores de expor a imagem e a intimidade do menor na *internet*.

Questionamo-nos se não será necessária uma iniciativa legal como aquela que se fez soar na França, em 2020, com a entrada em vigor na Lei n.º 2020-1266, de 19 de outubro²⁸⁹, o primeiro passo na proteção do direito à imagem das crianças influenciadores digitais, cuja atividade se enquadre numa relação laboral ou não, que promove alterações ao Código do Trabalho francês (art. 1.º) e regulamenta a exploração comercial da imagem de menores de dezasseis anos em plataformas digitais, regulando, nomeadamente, as horas de trabalho que os menores de idade inferior a dezasseis anos podem trabalhar *online* (art. 3.º), o destino da sua remuneração (n.º 3 do art. 3.º), a comunicação a autoridade competente pelos representantes legais (n.º 1 do art. 3.º) – quando a duração cumulativa ou o número dos conteúdos disponibilizados ultrapassar, durante um determinado período de tempo, um limite fixado por decreto do estado do Conselho ou quando a distribuição deste conteúdo causar, em benefício do responsável pela realização, produção ou distribuição do mesmo, receita direta ou indireta acima de um limite fixado por decreto do Conselho de Estado, – bem como o direito ao esquecimento quando tal seja requerido pela própria criança, sem que seja necessário o consentimento dos pais (art. 6.º).

Também relevante, já em 2023, é o projeto-lei n.º 758²⁹⁰ francês que visa garantir o respeito do direito à imagem das crianças, promete, antes de tudo, uma lei pedagógica quanto ao abuso do direito à imagem pelos progenitores. De facto, propõe alterações ao Código Civil francês, nomeadamente nos seus arts. 371-1, 372-1, 373-2-6 e 377, estabelecendo que compete aos pais, até à maioridade ou emancipação do filho, proteger a sua segurança, a sua saúde e os seus bons costumes, assegurar-lhe a educação e permitir-lhe o desenvolvimento, no respeito devido à sua pessoa e, em particular, à sua vida privada (art. 1 do projeto-lei) e que os progenitores exercem, em conjunto, o direito à imagem do filho menor, tendo este direito ao seu exercício conforme a sua idade e o grau de maturidade (art. 2 do projeto-lei). Ademais, estabelece que pode o juiz, em caso de desacordo entre os progenitores sobre o exercício de atos atípicos relativos ao direito de imagem do filho, proibir um dos progenitores

²⁸⁹ Lei n.º 2020-1266, de 19 de outubro de 2020, que visa regulamentar a exploração comercial da imagem de menores de dezasseis anos em plataformas online, disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000042439054> [05.08.2023].

²⁹⁰ Projeto-lei n.º 758, que visa garantir o respeito do direito à imagem das crianças, disponível em: https://www.assemblee-nationale.fr/dyn/16/textes/l16b0758_proposition-loi#_ftn8 [07.08.2023].

de publicar ou distribuir qualquer conteúdo sem a autorização do outro progenitor (art. 3 do projeto-lei). Por último, consagra que, em caso de manifesto desinteresse ou se os progenitores estiverem impossibilitados de exercer total ou parcialmente o poder paternal ou se um dos progenitores for processado ou condenado por crime cometido contra a pessoa do outro progenitor de que tenha resultado a morte deste último ou se a divulgação da imagem do filho por ambos os progenitores afetar gravemente sua dignidade ou integridade moral, o particular, o estabelecimento ou serviço de menores que tenha acolhido a criança ou um membro da sua família pode também recorrer ao juiz para efeitos de delegação total ou parcial do exercício do poder paternal (art. 4 do projeto-lei).

Atualmente, o ordenamento jurídico português não regula o aproveitamento económico da imagem da criança nas redes sociais, na defesa da privacidade e da personalidade, como o faz o ordenamento jurídico francês desde 2020. De facto, à atividade das crianças de cuja imagem é retirada um proveito económico nas redes sociais é dada a mesma relevância e proteção da atividade desempenhada nos meios tradicionais de comunicação, acautelando que a atuação parental ou o consentimento a prestar pelos pais devam estar sujeitos a autorização de uma terceira parte. Ademais, assume o diploma legal especial cuidado com o destino da remuneração auferida pela criança no exercício de atividade em plataforma digital.

Até ver, entendemos que, na falta de uma tal regulamentação, o nosso ordenamento jurídico deve, sim, fundar a proteção da imagem da criança explorada na *internet* nos meios legais e institutos jurídicos já previstos, obstaculizando um exercício indevido das responsabilidades parentais.

Referências Bibliográficas.

Bibliografia:

ALARCÃO, Madalena, “A importância das relações afetivas no desenvolvimento da criança”, in *A Tutela Cível do Superior Interesse da Criança – Tomo III*, Lisboa, Centro de Estudos Judiciários, 2014, pp. 67-99, disponível em: https://cej.justica.gov.pt/LinkClick.aspx?fileticket=N_IkUly5WyY%3d&portalid=30

ALMEIDA, Moitinho de, “Efeitos da Filiação”, in *Reforma do Código Civil*, Lisboa, Ordem dos Advogados, 1981.

AMORIM, Ana Clara Azevedo, “Os influenciadores digitais e a publicidade oculta: abordagem comparada de direito luso-brasileiro”, in *Congresso Internacional em Humanidades Digitais*, 2018, pp. 123-128.

ASCENSÃO, Oliveira, *Direito Civil – Teoria Geral*, vol. I, Coimbra, Coimbra Editora, 2000.

ATAÍDE, Rui Paulo Mascarenhas, “Direito ao esquecimento”, in *Cyberlaw*, vol. 1, n.º 7, 2019.

BAIRD, Douglas G. “Human Cannonballs and the First Amendment: Zacchini v. Scripps-Howard Broadcasting Co., in *Stanford Law Review*, 30, 1978, pp. 1185-1209, disponível em: https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2019&context=journal_articles [18.07.2023].

BAPTISTA-LOPES, M. Manuela; DUARTE-FONSECA, António Carlos, “Aspectos da Relação Jurídica entre Pais e Filhos”, in *Infância e Juventude*, número especial, 1991.

BARBOSA, Mafalda Miranda, “Breves reflexões em torno do art. 127.º do Código Civil”, in *BFD*, vol. XC, tomo II, 2014, pp. 685-717.

BARBOSA, Mafalda Miranda, “Podem os pais publicar fotografias dos filhos menores nas redes sociais? Acórdão do Tribunal da Relação de Évora, 25 de junho de 2015”, in *Ab Instantia (Revista do Conhecimento AB)*, n.º 5, ano III, 2015, pp. 313-319.

BARTNIK, Marcel, *Der Bildnisschutz im deutschen und französischen Zivilrecht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2004.

BROSCH, Anna, “When the child is born into the internet: sharenting as a growing trend among parents on Facebook”, in *The New Educational Review*, vol. 53, n.º 1, 2016, pp. 225-235, disponível: https://www.researchgate.net/publication/299601525_When_the_Child_is_Born_into_the_Internet_Sharenting_as_a_Growing_Trend_among_Parents_on_Facebook [03.08.2023].

BOLIEIRO, Helena; GUERRA, Paulo, *A criança e a família, uma questão de direito(s): visão prática dos principais institutos do Direito da Família e das Crianças e Jovens*, 2.ª edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2014.

CAMPOS, Diogo Leite de, *Lições de Direito da Família e das Sucessões*, 2.ª Edição, revista e atualizada, Coimbra, Almedina, 2013.

CAMPOS, Diogo Leite de; CAMPOS, Mónica Martinez de, *Lições de Direito da Família*, 3.ª edição, Coimbra, Almedina, 2017.

CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa anotada*, vol. I, 4.ª edição revista, Coimbra, Coimbra Editora, 2007.

CARVALHO, Andreia F. Pereira de, *A Criança nas Redes Sociais: Tutela da Personalidade e Responsabilidade Parental na Divulgação da Imagem*, 1.ª edição, Coimbra, Gestlegal, 2021.

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

CARVALHO, Orlando de, *Teoria geral do direito civil*, 3.ª edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2012.

CORDEIRO, António Menezes, *Tratado de Direito Civil Português, Parte Geral – Pessoas*, vol. IV, 5.ª edição, revista e atualizada, Coimbra, Almedina, 2019.

CORREIA, A. Ferrer; XAVIER, Vasco Lobo, “Efeito Externo das Obrigações, Abuso do Direito, Concorrência Desleal (a Propósito de uma Hipótese Típica)”, in *Revista de Direito e Economia*, n.º 5 (36), Universidade de Coimbra, 1979.

CORREIA, Sérgio Miguel José, *A Dogmática do Direito das Crianças: implicações do abandono afetivo parental*, Lisboa, AAFDL, 2020.

COUTINHO, Diana Sofia Araújo, “Responsabilidade civil médica: uma breve reflexão sobre o regime jurídico do consentimento informado no direito civil”, in Maria Miguel Carvalho (coord.), *Temas de Direito Privado- O direito privado na contemporaneidade: desafios e perspetivas*, Braga, Escola de Direito da Universidade do Minho, 2015, pp. 53-79, disponível em: <https://hdl.handle.net/1822/50354> [15.08.2023].

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, Faculdade de Direito da Universidade do Porto, 2016, pp. 279-293, disponível em: <http://hdl.handle.net/1822/47936> [10.05.2023].

CRUZ, Rossana Martingo, “O direito da criança aos tempos livres e a participar em atividades recreativas: considerações (sérias) sobre o direito a brincar”, in *AA.VV. Atas do I Congresso Ibérico de Direito da Família e das Sucessões – As Relações Pessoais, Familiares e Sucessórias*, Gestlegal, 2023, pp. 501-515, disponível em: <https://hdl.handle.net/1822/84122> [25.07.2023].

DIAS, Cristina, “A Criança como sujeito de direitos e o poder de correção”, in *Julgar*, n.º 4, 2008, pp. 87-101.

DRAY, Guilherme Machado, *Direitos de personalidade: anotações ao código civil e ao código do trabalho*, Coimbra, Almedina, 2006.

FARINHO, Domingos Soares, *Intimidade da vida privada e media no ciberespaço*, Coimbra, Almedina, 2006.

FERNANDES, Luís A. Carvalho, *Teoria Geral do Direito Civil: introdução, pressupostos da relação jurídica*, vol. I, 6.^a edição, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2012.

FESTAS, David de Oliveira, *Do Conteúdo Patrimonial do Direito à Imagem: Contributo para um Estudo do seu Aproveitamento Consentido e Inter Vivos*, Coimbra, Coimbra Editora, 2009.

FIALHO, António José, *Guia prático do divórcio e responsabilidades parentais*, 2.^a edição, Centro de Estudos Judiciários, 2013.

FONSECA, Tiago Soares da, “Da tutela judicial civil dos direitos de personalidade – Um olhar sobre a jurisprudência”, in *Revista da Ordem dos Advogados*, vol. I, ano 66, 2006.

FRADA, Manuel Carneiro da, “A Ordem Pública no Direito dos Contratos”, in *Forjar o Direito*, 2.^a edição, Coimbra, Almedina, 2015.

FREITAS, Cidalina, “Notas soltas sobre a residência alternada”, in *A Tutela Cível do Superior Interesse da Criança – Tomo I*, Lisboa, Centro de Estudos Judiciários, 2014, pp. 291-311.

GARCIA, José Leite, *O Instituto do Poder Paternal e o seu Exercício em Casos de Ruptura Conjugal: uma busca aos interesses dos menores através da visibilidade prática do “exercício conjunto”*, Dissertação de mestrado, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2008.

GAREIL, Laurence, *L’Exercice de L’Autorité Parentale*, Paris, LGDJ, 2004.

GIL, Susana I. P. Ferreira dos Santos, “A prestação de trabalho dos menores em atividades publicitárias”, in *Revista Luso-brasileira de Direito do Consumo*, n.º 21, 2016.

GOMES, Joana Salazar, *O superior interesse da criança e as novas formas de guarda*, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2017.

GONÇALVES, Diogo Costa, *Lições de Direitos de Personalidade: dogmática geral e tutela nuclear*, Cascais, Príncipia, 2022.

GUICHARD, Raul, "Sobre a incapacidade dos menores no direito civil e a sua justificação", in *Revista de Ciências Empresariais e Jurídicas*, 2005, pp. 103-148.

GUIMARÃES, Maria Raquel, "A tutela da pessoa e da sua personalidade como fundamento e objeto da disciplina civilística: Questões atuais", in *Estudos Comemorativos dos 20 anos da FDUP*, vol. II, Coimbra, Almedina, 2017, pp. 291-311.

HÖRSTER, Heirich Ewald; SILVA, Eva Sónia Moreira da, *A Parte Geral do Código Civil Português: Teoria Geral do Direito Civil*, 2.^a edição, totalmente revista e aumentada, Coimbra, Almedina, 2021.

HUBMANN, Heinrich, *Das Persönlichkeitsrecht*, 2.^a edição, Köln, Böhlau, 1967.

HYLTON, J. Gordon, "Baseball Cards and the Birth of the Right of Publicity: The Curious Case of Haelan Laboratories v. Topps Chewing Gum", in *Marquette Sports Law Review*, vol. 12, 2001, pp. 273-294, disponível em:
https://scholarship.law.marquette.edu/facpub/156/?utm_source=scholarship.law.marquette.edu%2Ffacpub%2F156&utm_medium=PDF&utm_campaign=PDFCoverPages [18.07.2023].

LAMA AYMÁ, Alejandra de, *La protección de los derechos de personalidad del menor de edad*, Tesi Doctoral, Universitat Autònoma de Barcelona, 2004, disponível em:
<https://hdl.handle.net/10803/5207> [28.06.2023].

LEANDRO, Armando, "Poder paternal", in *AAVV, Temas de Direito da Família*, Ciclo de Conferências no Conselho Distrital do Porto da Ordem dos Advogados, Coimbra, Almedina, 1986.

LEITÃO, Luís Menezes, *Direito das Obrigações*, vol. I, Introdução. da Constituição das Obrigações, 16.^a edição, Almedina, Coimbra, 2022.

LIMA, Pires de; VARELA, Antunes, *Código Civil Anotado*, vol. V, 1.^a edição, reimp., Coimbra, Coimbra Editora, 2011.

LLARI AMAT, Maria Eulalia, *El derecho a la propia imagen y su valor publicitario*, La Ley, 1992.

MARTINS, Paulo, *O privado em público: O direito à informação e direitos de personalidade*, Coimbra, Almedina, 2013.

MARTINS, Rosa Cândido, *Menoridade, (In)capacidade e Cuidado Parental*, Coimbra, Coimbra Editora, 2008.

MARWICK, Alice E., *Status update: celebrity, publicity and branding in the digital age*, New Haven, CT, Yale University Press, 2013.

MELO, Daniel Bessa de, "O abuso do direito: contributos para uma hermenêutica do artigo 334.º do Código Civil português", in *Julgar*, 2020, pp. 1-62, disponível em: <http://julgar.pt/o-abuso-do-direito-contributos-para-uma-hermeneutica-do-artigo-334-o-do-codigo-civil-portugues/> [19.07.2023].

MELO, Helena Gomes de, et al., *Poder paternal e responsabilidades parentais*, 2.ª Edição, revista, atualizada e aumentada, Lisboa, Quid Juris, 2010.

MENDES, João de Castro; SOUSA, Miguel Teixeira de, *Direito da Família*, Lisboa, AAFDL, 1991.

MESQUITA, Margarida, *Parentalidade: um contexto de mudanças*, Lisboa, ISCSP, 2013.

MESQUITA, Margarida, *Parentalidade (s) nas Famílias Nucleares Contemporâneas*, Lisboa, ISCSP, 2014.

MOREIRA, Sónia, "A autonomia do menor no exercício dos seus direitos", in *Separata de Scientia Iuridica*, tomo L, n.º 291, 2001.

MOREIRA, Sónia, "A capacidade dos menores para consentir atos médicos na ordem jurídica portuguesa", in *Anuário de Direitos Humanos*, n.º 0, 2017, pp. 139-166, disponível em: <https://hdl.handle.net/1822/49556> [13.04.2023].

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 (JusGov), 2020, pp. 1-15, disponível em: <https://hdl.handle.net/1822/79272> [19.07.2023].

MONCADA, L. Cabral de, *Lições de Direito Civil*, vol. II, 3.^a edição, revista e atualizada, Coimbra, Atlântida, 1959.

MUMMERY, Daniel R., "Whose Child is it anyway? Awarding joint custody over the objection of one parent", in *Fordham Urban Law Journal*, vol. 15, 1987, pp. 625-656.

OLIVEIRA, António Bentes de, "Trabalho de menores em espetáculos e publicidade", in *Questões Laborais*, n.º 16, ano 7, Coimbra Editora, 2000.

OLIVEIRA, Guilherme de, "A Nova Lei do Divórcio", in *Lex Familiae*, Ano 7, n.º 13, 2010, pp. 5-32.

OLIVEIRA, Guilherme de, "O acesso dos menores aos cuidados de saúde", in *Revista de Legislação e Jurisprudência*, 132, 1999, pp. 16-19.

PECHTELIDIS, Yannis, "A Criança como ator social", in *Conceitos chave em Sociologia da Infância*, Perspetivas Globais, Braga, Uminho Editora, pp. 51-57, disponível em: <https://ebooks.uminho.pt/index.php/uminho/catalog/view/36/113/1133-1>

PINHEIRO, Jorge Duarte, *Estudos de Direito da Família e das Crianças*, Lisboa, AAFDL, 2015.

PINHEIRO, Jorge Duarte, *O Direito da Família Contemporâneo*, 7.^a edição, Coimbra, Gestlegal, 2021.

PINTO, Paulo Mota, "A limitação voluntária do direito à reserva sobre a intimidade da vida privada", in *Separata de Estudos em Homenagem a Cunha Rodrigues*, Coimbra, Coimbra Editora, 2001, pp. 527-558.

PINTO, Paulo Mota, "Os direitos de personalidade no código civil de Macau", in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, n.º 76, 2000, pp. 205-250.

PINTO, Carlos Mota, et. al., *Teoria Geral do Direito Civil*, 4.^a edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2012.

PITÃO, José António de França; PITÃO, Gustavo França, *Responsabilidades parentais e alimentos – De acordo com as Leis n.º 48/2018 e 49/2018, de 14 de agosto - Remissões - Anotações - Jurisprudência - Legislação Complementar*, Quid Iuris, 2018.

PONTE, Cristina, *Nós na Rede: Ambientes digitais de crianças e jovens*, Coimbra, Almedina, 2020.

RAMIÃO, Tomé D'Almeida, *O Divórcio e Questões Conexas: Regime Jurídico Actual*, 3.^a edição, atualizada e aumentada, Lisboa, Quid Juris, 2011.

RODRIGUES, Hugo Manuel Leite, *Questões de particular importância no exercício das responsabilidades parentais*, 1.^a edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2011.

SAMPAIO, Daniel, *Dá-me a Tua Mão e Leva-me, Como Evoluiu a Relação Pai-Filho*, 2.^a edição, Caminho, 2020.

SARMENTO, Manuel, “As Culturas da Infância nas Encruzilhadas da 2.^a Modernidade”, in *Crianças e Miúdos: perspectivas sócio-pedagógicas da infância e educação*, Porto, Edições Asa, 2004, pp. 9-34.

SILVA, Joaquim Manuel, *A Família das Crianças na Separação dos Pais*, Petrony Editora, 2016.

SILVA, Gomes da, *Curso de Direito da Família, Aparentamentos das lições proferidas no ano lectivo de 1960-61*, coligidos pelos alunos Jorge Liz e Vasconcelos Abreu, Lisboa, AAFDL, 1960.

SIROTTA, Réginne. “Emergência de uma Sociologia da Infância, Evolução do Objecto e do Olhar”, in *Cadernos de Pesquisa*, n.º 112, 2001.

SOTTOMAYOR, Maria Clara, “A preferência maternal para crianças de tenra idade e os critérios judiciais de atribuição da guarda dos filhos após o divórcio”, in *Direito e Justiça*, Tomo 2, vol. IX, 1995, pp. 169-192.

SOTTOMAYOR, Maria Clara, “Divórcio, poder paternal e realidade social: algumas questões”, in *Direito e Justiça*, vol. 11, n.º 2, 1997, pp. 161-172.

SOTTOMAYOR, Maria Clara, “Exercício conjunto das responsabilidades parentais: igualdade ou retorno ao patriarcado?”, in AA.VV., *E foram felizes para sempre...? Uma nova análise crítica do novo regime jurídico do divórcio*, Coimbra, Coimbra Editora, 2010.

SOTTOMAYOR, Maria Clara, “Existe um poder de correcção dos pais? - A propósito do acórdão do STJ, de 05-04-2006”, in *Lex Familiae*, Ano 4, n.º 7, 2007, pp. 111-129.

SOTTOMAYOR, Maria Clara, *Regulação do exercício das responsabilidades parentais nos casos de divórcio*, 7.ª edição, Coimbra, Almedina, 2021.

SOTTOMAYOR, Maria Clara, *Temas de Direito das Crianças*, Coimbra, Almedina, 2014.

SOUSA, R. Capelo de, “A Constituição e os direitos de personalidade”, in *Estudos sobre a Constituição*, vol. II, Lisboa, 1978.

SOUSA, R. Capelo de, *O direito geral de personalidade*, Coimbra, Coimbra Editora, 2011.

SOUSA, R. Capelo de, *Teoria Geral do Direito Civil*, vol. I, Coimbra, Coimbra Editora, 2003.

RAMIÃO, Tomé D’Almeida, *O Divórcio e Questões Conexas – regime jurídico atual de acordo com a lei n.º 61/2008*, 3.ª edição, atualizada e aumentada, Lisboa, Quid Juris, 2011.

ROCHA, Manuel António Coelho da, *Instituições de Direito Civil Portuguez*, 8.ª edição, Lisboa, Clássica, 1917.

TOMÁS, Catarina, “Paradigmas, imagens e conceções da infância em sociedades mediatizadas”, in *Media & Jornalismo*, n.º 11, 2007, pp. 119-134, disponível em: <http://fabricadesites.fcsh.unl.pt/polocicdigital/wp-content/uploads/sites/8/2017/04/n11-07-catarina-tomas.pdf>

TORAL-LARA, Estrella, “Patria Potestad y Derechos de los Menores en Internet”, in AA.VV. *Atas do I Congresso Ibérico de Direito da Família e das Sucessões – As Relações Pessoais, Familiares e Sucessórias*, Gestlegal, 2023.

Uzunoglu, Ebru; Kip, Sema Misci, “Brand communication through digital influencers: Leveraging blogger engagement”, in *International Journal of Information Management*, n.º 34, 2014, pp. 592-602.

VASCONCELOS, Pedro Pais de, *Direito de Personalidade*, Coimbra, Almedina, 2019.

VASCONCELOS, Pedro Pais de; VASCONCELOS, Pedro Leitão Pais de, *Teoria Geral do Direito Civil*, Coimbra, Almedina, 9.ª edição, 2019.

VERCELLONE P., «Diritti della personalità e “rights of publicity”», in *Rivista Trimestrale di Diritto. e Procedura Civile*, 1995.

VERDA y BEAMONTE, José Ramón de, “La Protección Constitucional del Derecho a la Propria Imagem”, in *El derecho a la imagen desde todos los puntos de vista*, *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, n.º 9, Arandazi – Thomson Reuters, 2011, pp. 23-40.

VERSWIJVEL, Karen, et. al., “Sharenting, is it a good or a bad thing? Understanding how adolescents think and feel about sharenting on social network sites”, in *Children and Youth Services Review*, n.º 104, 2019, pp. 1-10.

WARREN, Samuel; BRANDAIS, Louis, “The Right to Privacy”, in *Harvard Law Review*, vol. 4, n.º 5, 1890, pp.193-220, disponível em: <https://www.jstor.org/stable/1321160> [18.07.2023].

ZANINI, Leonardo Estevam de Assis, “A proteção dos direitos da personalidade na Alemanha”, in *RJLB*, ano 6, 2020.

Jurisprudência:

Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia *Google Spain SL e Google Inc. v. Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) e Mario Costeja González*, de 13. 05.2014, disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A62012CJ0131> [27.07.2023].

Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 262/2020, de 13.05.2020, disponível em: <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20200262.html> [25.07.2023].

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 14.06.2005, proferido no proc. n.º 05A945, disponível em: www.dgsi.pt [08.05.2023].

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 25.10.2005, proferido no proc. n.º 05A2577, disponível em: www.dgsi.pt [01.06.2023].

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 30.05.2019, proferido no proc. 336/18.4T8OER.L1.S1, disponível em: www.dgsi.pt [04.07.2023].

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 07.06.2011, proferido no proc. n.º 1581/07.3TVLSB.L1.S1, disponível em: www.dgsi.pt [23.06.2023].

Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 04.05.2010, proferido no proc. n.º 1014/08.8TMCBR-A.C1, disponível em: www.dgsi.pt [25.01.2023].

Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 04.04.2017, proferido no proc. n.º 94/16.7T8PNH-A.C1, disponível em: www.dgsi.pt [10.05.2023].

Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 09.01.2017, proferido no proc. n.º 102/11.8TBALD.C2, disponível em: www.dgsi.pt [19.07.2023].

Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 23.03.2021, proferido no proc. n.º 4397/18.8T8PBL.C1, disponível em: www.dgsi.pt [21.07.2023].

Acórdão do Tribunal da Relação de Évora, de 25.06.2015, proferido no proc. n.º 789/13.7TMSTB-B.E1, disponível em: www.dgsi.pt [09.05.2023].

Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, de 28.02.2019, proferido no proc. n.º 1927/16.3T8VCT-C.G1, disponível em: www.dgsi.pt [26.01.2023].

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 14.02.2015, proferido no proc. n.º 1463/14.2TBCSC.L1-8, disponível em: www.dgsi.pt [07.02.2023].

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 07.08.2017, proferido no proc. n.º 835/17.5T8SXL-A.L1-2, disponível em: www.dgsi.pt [17.02.2023].

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 27.11.2018, proferido no proc. n.º 2261/17.7T8PDL.L1-7, disponível em: www.dgsi.pt [17.02.2023].

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 03.05.2018, proferido no proc. 2427/15.4T8LSB.L1-2, disponível em: www.dgsi.pt [15.03.2023].

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 06.07.2021, proferido no proc. n.º 1939/20.2T8AMD.L1-7, disponível em: www.dgsi.pt [24.03.2023].

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 18.12.2007, proferido no proc. n.º 9204/2007-2, disponível em: www.dgsi.pt [27.01.2023].

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 30.01.2014, proferido no proc. n.º 6098/13.4TBSXL-B.L1-8, disponível em: www.dgsi.pt [16.02.2023].

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 11.12.2018, proferido no proc. n.º 336/18.4T8OER.L1-6, disponível em: www.dgsi.pt [04.08.2023].

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 02.05.2023, proferido no proc. n.º 12234/21.0T8LSB.L1-7, disponível em: www.dgsi.pt [31.07.2023].

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 20.10.2009, proferido no proc. n.º 134/04.2TBOVR-C.P1, disponível em: www.dgsi.pt [07.02.2023].

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 23.02.2015, proferido no proc. n.º 10799/12.6TBVNG.P1, disponível em: www.dgsi.pt [16.02.2023].

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 27.06.2022, proferido no proc. n.º 682/18.7T8VCD.P1, disponível em: www.dgsi.pt [16.02.2023].

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 10.02.2022, proferido no proc. n.º 3323/18.9T8VFR-A.P1, disponível em: www.dgsi.pt [10.05.2023].