

Lex Familiae

Revista Portuguesa de Direito da Família



Centro de
Direito da

Família

Ano 18 - n.º 35 - 2021
Publicação Semestral

Lex Familiae

Revista Portuguesa de Direito da Família



INSTITUTO JURÍDICO
FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE
COIMBRA

Centro de
Direito da
Família



FCT Fundação para a Ciência e a Tecnologia

MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO E CIÊNCIA

Grupo de Investigação “Vulnerabilidade e Direito” do Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, integradas no Projeto “Desafios sociais, incerteza e direito” (UID/DIR04643/2013).

Ficha Técnica

Conselho Redatorial

Guilherme de Oliveira (Diretor Científico)

Professor Jubilado da FDUC

Centro de Direito da Família da FDUC

Ana Rita Alfaiate

Instituto Jurídico

Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

Centro de Direito da Família da FDUC

Geraldo Rocha Ribeiro

Centro de Direito da Família da FDUC

Paula Távora Vítor

Instituto Jurídico

Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

Centro de Direito da Família da FDUC

Rosa Cândido Martins

Instituto Jurídico

Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

Centro de Direito da Família da FDUC

Propriedade da Revista

Centro de Direito da Família (NIPC: 504140566)

Telf. / Fax: 239 821043

cdf@fd.uc.pt

www.centrodedireitodafamilia.org

Sede da Redação

Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

Pátio das Escolas

3004-528 Coimbra

Editor

Instituto Jurídico

Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

Sede do Editor

Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

Pátio das Escolas

3004-528 Coimbra

Lex Famíliae

Revista Portuguesa de Direito da Família

Ano 18 — n.º 35 — Janeiro a Junho 2021

Execução Gráfica

Ana Paula Silva

ISSN 1645-9660

Dépósito Legal: 209 492/2004

ANOTADA NA ERC

O Centro de Direito da Família, fundado em 1997, é uma associação privada sem fins lucrativos, com sede na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, que se dedica à promoção do Direito da Família e do Direito das Crianças e Jovens, entendidos num sentido amplo, que abrangem desde o Direito Civil da Família até ao Direito Social, e todas as áreas em que a Família tenha um qualquer relevo. Para satisfazer este propósito, desenvolve ações de formação pós-graduada e profissional; promove reuniões científicas; estimula a investigação e a publicação de textos; organiza uma biblioteca especializada; e colabora com outras instituições portuguesas e estrangeiras.

Sumário

Doutrina

	Págs.
Guilherme de Oliveira <i>Responsabilidade civil dos pais perante os filhos</i>	5
Aylton Bonomo Júnior <i>O ensino da identidade e expressão de gênero nas escolas vs. convicções religiosas e ideológicas contrárias dos pais</i>	17
Sara Patrícia Pedroso Guedes <i>O destino/confiança dos animais de companhia nos casos de separação conjugal</i>	41
Bárbara Manuel Carvalho Lima Lopes Paixão <i>O reconhecimento da vontade e do afeto como critérios da parentalidade</i>	67

Jurisprudência Crítica

	Págs.
Guilherme de Oliveira <i>— A data ou a vida!</i>	93
Rui Manuel Moura Ramos <i>Reconhecimento em Portugal de acto (escritura pública) declaratório de união estável de direito brasileiro</i>	105
O que diz o Supremo	
Fernanda Isabel Pereira	125
Sumários dos Acórdãos do STJ	135

RESPONSABILIDADE CIVIL DOS PAIS PERANTE OS FILHOS¹

Guilherme de Oliveira

Professor Jubilado da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

Para o Jorge Sinde Monteiro, recordando os anos em que partilhámos as responsabilidades da direcção do CDB.

Resumo: *Pode dizer-se que a tradição, no direito português, era a preservação da “imunidade parental” no que respeitava ao exercício das responsabilidades parentais, ao menos na esfera pessoal.*

Admite-se que a relevância da pessoa da criança permita reconhecer novos direitos que justifiquem a aplicação mais franca do instituto da responsabilidade civil.

Apesar de tudo, devem ser observadas as cautelas recomendadas pela função “insubstituível” dos pais.

Palavras chave: *Responsabilidade civil; Responsabilidades parentais; “Imunidade parental”; Sistemas estrangeiros; O regime no código civil de 1966; Direitos da criança; Algumas cautelas; Exemplos de responsabilização*

Abstract: *In Portuguese law, it could be said that the traditional rule of exercising of parental responsibilities was grounded in “parental immunity”, at least in personal affairs.*

This text looks into some foreign legal systems; takes in account some important progresses concerning children’s legal status; and concludes supporting a broader intervention of civil liability in Children Law.

However, some cautions must be putted in practice in order to respect some discretion in exercising parental responsibilities and to moderate parent’s liability.

Keywords: *Civil liability; “parental immunity”; Foreign legal systems; The code of 1966; Children’s rights; Some due cautions; Examples of civil liability.*

¹ As observações que se seguem apenas têm o propósito de chamar a atenção para este problema técnico, porque a sua discussão aprofundada exigiria mais conhecimentos sobre responsabilidade civil do que aqueles que eu tenho.

O filho pode reclamar uma indemnização pelos danos que o exercício das responsabilidades parentais lhe causou, por má execução ou omissão? Dito de outra maneira — por não cumprimento de algum aspecto do dever de cuidar que incumbe aos titulares?

Não há tradição neste sentido, em Portugal e em alguns outros países.

A questão da “imunidade parental”

A solução negativa² assentou na chamada “imunidade parental” que, por sua vez, era suportada por razões de valor diverso, segundo o meu ponto de vista.

A ideia da *paz da família* e da *tranquilidade da vida social*³ eram os fundamentos básicos para sustentar o afastamento da responsabilidade civil, nas relações entre pais e filhos⁴.

² Aparentemente, na *common law* não havia disposição clara sobre o direito dos filhos menores — cfr. Sandra L. HALEY, *The Parental Tort Immunity Doctrine: Is It a Defensible Defense?* «University of Richmond Law Review», vol 30, 1996, p. 576-7; mas dispensei-me de investigações históricas remotas, que deixo para os especialistas na área.

³ Sandra L. HALEY, *ob. cit.*, p. 578 e 601; GERNHUEBER; COESTER-WALTJEN, *Familienrecht*, 6. Auf., Muenchen, C.H.Beck, 2010, p. 683; A. RODRÍGUEZ GUTIÁN, *Responsabilidad civil em el derecho de familia: especial referència al ámbito de las relaciones paterno-filiales*, Pamplona, Aranzadi, 2009, p. 33 e segs.

⁴ Antecipo já que a sugestão impulsionada pela tradicional imunidade entre os cônjuges não foi negligenciável. De facto, pode relembrar-se esta questão, mas o paralelismo entre os dois assuntos é muito débil. Na verdade, enquanto os cônjuges são adultos autónomos que escolhem formar uma família e podem desfazê-la com a maior facilidade,

A ideia da paz da família tem importância. Na verdade, os filhos e os pais estão ligados por um vínculo indestrutível (pelo menos quando a filiação se baseia na verdade biológica). Isto significa que, não se podendo trocar de pais ou de filhos para construir uma relação mais feliz e compensadora do que a anterior, justifica-se que se procure, na medida do possível, manter a relação e, se possível, restaurá-la. Está bem generalizada a ideia de que o melhor ambiente para educar uma criança é a família — e daqui arrancam todas as dúvidas quanto à permanência escusada em institucionalização. Os pais são, supostamente, as pessoas que se encontram em melhores condições para saber como conduzir a vida do filho até à sua autonomização, apesar de também se saber que, muitas vezes, não são assim tão aptos; e que a família também pode ser o lugar para as maiores atrocidades.

Afinal, neste momento de grande respeito pela personalidade dos filhos, de consideração das suas pessoas como sujeitos de direitos, o que é que explica que a família continue a resistir tão bem a qualquer outra alternativa possível para cuidar das crianças? Certamente esta prevalência reside na convicção pública de que a família ainda é o melhor lugar.

dade (e entretanto podem pretender que o Estado não lhes imponha as suas leis), os filhos não escolhem os pais, nem podem eliminar o vínculo que os liga a eles, e têm o direito de reclamar a proteção constitucional da sociedade e do Estado (art. 69.º, CREP). Isto é, tem-se registado um movimento no sentido do enfraquecimento do vínculo matrimonial, claramente expresso pela desvalorização dos chamados deveres conjugais e pela facilitação do divórcio; pelo contrário, tem sido valorizado o papel dos pais na educação e na proteção dos filhos, bem expresso na preferência pela vida em meio familiar sobre a institucionalização, pelo reforço dos mecanismos de garantia do pagamento de alimentos, e ainda pela ampliação das referências aos direitos das crianças e jovens em documentos nacionais e internacionais. Assim, os remédios legais para as crises familiares e para a reparação dos danos, nos dois tipos de relação familiar, não podem ser idênticos; as soluções (e as dúvidas) que a questão da responsabilidade entre os cônjuges foi gerando não têm de servir para a relação entre os pais e os filhos.

Já a argumentação de que é preciso evitar a *banalização dos conflitos*⁵ não parece convincente. Que espécie de família escolheria um modo de vida que implicasse a judicialização permanente em torno de responsabilidade por atos ilícitos dos pais sobre os filhos, mesmo que os danos tivessem uma relevância menor? Quem pode acreditar que o sobressalto quotidiano e as pretensões indemnizatórias possam ser o cimento que une várias pessoas dentro de uma casa, sabendo-se que os divórcios são fáceis e a mobilidade social é grande?

O risco de que se falou é um risco imaginário, pois nem sequer consta que a alegada banalização se tenha verificado.

A ideia de que não deve haver responsabilização de um pai ou mãe, em casos que o mereçam, para não *emagrecer as finanças familiares* seria surpreendente se pudesse traduzir-se do seguinte modo: é melhor abandonar as regras gerais da responsabilidade civil e deixar um dano por indemnizar, sempre que o pagamento da indemnização diminuir as posses do infrator. Mas, na verdade, o que quer dizer-se é que o pagamento de uma indemnização a um filho diminui o capital que outros filhos podem vir a herdar, ou então permite ao pai/mãe infrator recuperar o que pagou ao herdar do filho lesado pré-morto⁶.

Já de si fraco — porque pondera uma situação eventual e longínqua — o argumento parece não tomar em consideração que pode não haver verda-

⁵ A. RODRÍGUEZ GUTIÁN, *ob. cit.*, p. 85; Carl W. TOBIAS, *Interspousal Tort Immunity in America*, «Georgia Law Review», 1989, p. 462, acessível em <https://scholarship.richmond.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1765&context=law-faculty-publications>

GERNHUBER *et al.* referem a hipótese de poder haver responsabilidade pela produção de um dano ligeiro num brinquedo de uma criança — *ob. cit.*, p. 684.

⁶ JOSEP FERRER I RIBA, *Relaciones familiares y límites del derecho de daños*, «InDret», Barcelona, 2001, p. 7, acessível em <https://www.raco.cat/index.php/InDret/article/view/80489/104821>

deiro enfraquecimento da fortuna familiar porque os fundos usados para o pagamento são transferidos dentro da família, do familiar infrator para o familiar lesado... Por último, também parece esquecer que estas reclamações podem fazer-se quando os danos estão cobertos por seguros e, portanto, as finanças familiares nem sequer são abaladas⁷.

Ainda, o receio de *conluio entre pais e filhos*, sobretudo para enganar as companhias de seguros⁸, manifesta uma desconfiança exagerada nos tribunais. Na verdade, não deve ser assim tão fácil ludibriar os tribunais, cuja missão diária é descobrir a verdade e ditar soluções justas. Apesar dos erros judiciais que sempre houve, em todas as áreas, a atividade conhecida destes órgãos de soberania não justifica um ceticismo tão grande.

Informação sobre alguns sistemas jurídicos estrangeiros

Nos EUA, partindo-se de um vazio aparentemente registado na *common law* relativamente à responsabilidade dos pais — que podia sugerir a possibilidade ilimitada de responsabilização⁹ — introduziu-se depois a doutrina da *parental immunity*.

A primeira decisão, de 1891¹⁰, consagrou o que pareceu ser uma mudança radical — os filhos não podiam requerer indemnizações contra os pais, nem que as ações danosas tivessem sido dolosas os grosseiramente negligentes.

Como seria de esperar, embora tenha chegado a ter uma grande difusão, a doutrina conduziu a resultados tão injustos que desencadeou uma extensa apreciação das suas razões e justificou críti-

cas que conduziram a uma mitigação que se tornou indispensável.

No termo de algumas décadas de contestação, a doutrina e a jurisprudência norte-americanas parece terem-se estabilizado na tolerância de algumas formas de negligência parental — na medida em que se considera respeitável uma margem de discricção no modo de cuidar, adequado a cada família, que afaste a ideia de que há um padrão uniforme que todos têm de respeitar. Assim se chegou à ideia de que os pais estão sujeitos a responsabilidade civil sempre que causarem danos por não terem adotado *um padrão razoável* de exercício dos seus poderes¹¹, no interesse dos filhos e do seu bem-estar.

Na Europa, encontra-se menos discutida a responsabilidade civil dos pais perante os filhos; e há menos casuística sobre o assunto.

Na Alemanha, é pacífico o reconhecimento do dever de indemnizar os filhos por incumprimento do dever de cuidar; apenas é discutido o fundamento legal que se deve invocar — ou as regras gerais da responsabilidade civil ou a norma específica do § 1664 BGB. Na verdade, enquanto uns autores entendem que este parágrafo apenas estabelece a medida da diligência exigível aos pais (diminuindo-a eventualmente em face da medida que vale segundo as regras gerais), outros defendem que este parágrafo, para além de poder reduzir a medida da diligência devida, tem implícita a obrigação de indemnizar¹².

Na Itália, reconhece-se o direito de o filho ser indemnizado pelos danos causados pelos pais, faltando ao cumprimento do dever de cuidar que a Constituição (art. 30.º) e a lei lhes impõem (arts.

⁷ A. Rodríguez GUTIÁN, *ob. cit.*, p. 37.

⁸ Sandra HALEY, *ob. cit.*, p. 579.

⁹ IDEM, *ob. cit.*, p. 577, nota 3.

¹⁰ *Henlette v. George*, referida em Sandra HALEY, *ob. cit.*, p. 577.

¹¹ Elizabeth PORTER, *ob. cit.*, p. 586-7.

¹² Cr. Dieter SCHWAB, *Familienrecht*, 25. Auf., Muenchen, C.H. Beck, 2017, p. 344-5; Nina DETHLOF, *Familienrecht*, 31. Auf., Muenchen, 2015, p. 380-1; GERNHUEBER; COESTER-WALTJEN, *Familienrecht*, 6. Auf., Muenchen, C.H. Beck, 2010, p. 683.

147.º e 315.º bis CCiv it)¹³. E houvesse dúvidas, a norma acrescentada no código de processo civil, em 2006, não podia ser mais clara quando prevê que o tribunal pode “determinar o ressarcimento dos danos, a cargo de um progenitor, em favor do menor” (art. 709 ter, CProcCiv)¹⁴.

No Reino Unido, parece claro que o filho pode processar os pais por quaisquer danos provocados dolosamente. Também parece claro que o filho pode reclamar indemnizações aos pais, por danos causados por negligência, nas mesmas condições em que o filho pudesse reclamar essas indemnizações a outra pessoa qualquer que tivesse o dever de cuidar dele; ou seja, a relação familiar não isenta o infrator.

Pelo contrário, há dúvidas sobre a responsabilidade dos pais quando o dever de cuidar é específico da condição destes familiares, e as circunstâncias do caso decorrem em *ambiente doméstico*; por outras palavras, nota-se relutância em impor aos pais, dentro da esfera familiar, um grau de exigência demasiado quanto ao exercício do dever de cuidado. Mas afirma-se que a responsabilidade não está excluída¹⁵.

Em Espanha, o silêncio do código civil sobre o assunto é interpretado como uma exclusão das regras da responsabilidade civil no âmbito do direito da família¹⁶. Sobretudo a defesa da paz familiar e o interesse público de evitar conflitos domésticos terão levado o legislador do fim do século dezanove a excluir (tacitamente) o remédio da responsabilidade civil. Mas é claro que ficaram previstos — e

têm sido ampliados — outros meios de intervenção que têm o propósito específico de defender as crianças contra atuações danosas dos titulares das responsabilidades parentais¹⁷.

Porém, alguma doutrina conceituada tem mostrado que as medidas preventivas, e até as medidas mais severas como a inibição das responsabilidades parentais podem não reparar os danos — e nem são pensadas para este fim¹⁸. Há vários anos que se defende o termo da imunidade parental, apesar de continuar a discutir-se o limite da intervenção da responsabilidade civil no seio da família.

Em França, julgo que o silêncio do legislador merece ser interpretado da mesma maneira¹⁹. Porém, a criança vítima de maus tratos pode apresentar queixa contra o maltratante, ainda que este seja o pai ou mãe²⁰; e o Código de processo penal admite que a criança ou o jovem requeira uma indemnização aos seus pais, pelos danos sofridos por um facto considerado como crime ou contra-venção (art. 2.º)²¹.

O direito português (*)

Em Portugal, segundo a doutrina mais autorizada (pelo menos na época da elaboração do código civil de 1966), os chamados direitos familiares *personais* não reconheciam aos titulares das relações verdadeiros direitos subjetivos absolutos e, portanto, quando se violasse um direito familiar de *nature-*

¹³ Michele SESTA, *Manuale di diritto di famiglia*, 7.ª ed., Milano, Wolters Kluwer, 2016, p. 472-6.

¹⁴ Ao lado da competência para advertir o infrator ou para lhe impor uma sanção administrativa pecuniária — cfr. ZACCARIA, *Commentario breve al Diritto della Famiglia*, 3.ª ed., Milano, Wolters Kluwer, 2016, p. 2214 e seqs.

¹⁵ Nigel LOWE; Gillian DOUGLAS, *Bromley's Family Law*, 11th ed., Oxford, Oxford University Press, 2015, p. 342-3.

¹⁶ A. RODRÍGUEZ GUTIÁN, *ob. cit.*, p. 18-9.

¹⁷ A. RODRÍGUEZ GUTIÁN, *ob. cit.*, p. 60 e seqs.

¹⁸ A. RODRÍGUEZ GUTIÁN, *ob. cit.*, p. 126.

¹⁹ Cfr. F. TERRÉ; C. GOLDIE-GENICON; D. FENOUILLET, *Droit civil — La Famille*, 9.ème éd., Paris, Dalloz, 2018, p. 958.

²⁰ Cfr. <https://www.service-public.fr/particuliers/vosdroits/F1567>

²¹ https://www.legifrance.gouv.fr/codes/section_lc/LEGITEXT000006071154/LEGISCTA000024458637/#LEGIARTI000024496925

(*) Na falta de indicação especial, os artigos citados são do Código Civil.

za pessoal não se podia invocar a primeira forma da ilicitude prevista no art. 483.º. Por outro lado, a segunda forma de ilicitude considerada pelo art. 483.º só podia ser invocada e fundamentar um pedido de indemnização quando tivesse sido praticada uma agressão que preenchesse algum dos tipos previstos nas normas (penais) de proteção de tais valores²²; pois a mera lesão, no âmbito simplesmente civil, de valores particulares protegidos, mas de que os interessados não podem dispor, não seria suficiente²³.

Assim, fora desses casos mais graves tutelados pelo direito penal, não interviria a responsabilidade civil e não haveria lugar a uma indemnização pelos danos causados; em suma, “as sanções predispostas pelo direito são de outra ordem”²⁴. Seriam, portanto, a limitação ou a inibição total ou parcial do exercício das responsabilidades parentais, a aplicação de medidas de promoção e proteção ditadas pela LPPCJP, a incapacidade sucessória, etc.

Julgo que foi esta construção que explicou que o código civil apenas se referisse à intervenção da responsabilidade civil no âmbito da violação dos *direitos familiares patrimoniais* e apenas para determinar um grau *privilegiado* de exigência na apreciação da culpa (cfr. o art. 1897.º).

Creio, porém, que este entendimento já não era unânime naquela época²⁵ e, desde então, pode estar menos valorizado.

²² Parece ser este o sentido da passagem em que A. VARELA afirma que “Em relação às próprias pessoas obrigadas à vigilância de outrem, elas não são apenas responsáveis pelos danos causados a terceiro, nos termos do art. 491.º; respondem também, por força do disposto neste art. 486.º pelos danos que as pessoas vigiadas sofram com a omissão do dever de vigilância (v. g. se elas se ferirem ou morrerem em consequência dessa omissão)” — *Anotação ao art. 486.º*, in «Código civil anotado», vol. I, Coimbra, Coimbra Editora, 1982.

²³ Antunes VARELA, *Das Obrigações em geral*, vol. I, 9.ª ed., Coimbra, Almedina, 1996, p. 555.

²⁴ IDEM, p. 554.

²⁵ Segundo Antunes VARELA, correspondia à “orientação dominante” — cfr. *ob. cit.*, p. 554.

Parece muito discutível que a ausência da responsabilização dos pais gere mais paz na família do que a aplicação do *princípio geral de direito* que manda indemnizar os danos causados por dolo ou por negligência. Não creio que a paz das famílias possa ser construída sobre a impunidade e sobre o afastamento do princípio geral da responsabilidade pelos atos próprios. O “lar” não pode ser um terreno livre de não-direito, onde os pais continuam a tratar os filhos como objetos, onde não valem os direitos de personalidade, onde até os danos causados intencionalmente ou por negligência grosseira ficam por apreciar e reparar. Haverá paz que possa florescer nestas condições?

Por outro lado, continua a não se encontrar *qualquer norma que exclua* a responsabilidade civil por condutas ilícitas que causem os danos ao filho. Nem se encontra uma norma que porventura restrinja os casos de responsabilidade àquelas condutas, mais graves, que pressuponham a violação de uma norma de proteção, como as que pressuponham a lesão de um bem jurídico típico do direito penal [cfr., p. ex., o art. 138.º CPen (exposição ou abandono), art. 152.º-A CPen (maus tratos), 172.º CPen (abuso sexual), art. 249.º CPen (subtração de menor), art. 250.º CPen (violação da obrigação de alimentos), etc.]; assim, pode haver responsabilização por falta de cumprimento do dever de educar, por desleixo na defesa da saúde ou da segurança, por omissão de reconhecimento voluntário, por abandono afetivo, por impugnação de uma paternidade conscientemente falsa, etc., que não são regulados pela lei penal.

Diga-se, ainda, que a crescente *proteção do filho como sujeito de direitos*, a quem o direito fundamental ao livre desenvolvimento da personalidade se dirige intensamente, aliado a outras normas constitu-

cionais sobre proteção da infância e da juventude²⁶, recomenda a identificação de direitos subjetivos no quadro das relações paterno-filiais, e a sua garantia robusta. Vale a pena recordar todo o movimento de ascensão dos direitos fundamentais, da cidadania, da autonomia crescente dos filhos, com respeito obrigatório das suas opiniões e com o aumento dos casos de “maioridades especiais”. Neste quadro, se quisermos tomar a sério os direitos fundamentais (para lembrar a frase conhecida do meu colega Gomes Canotilho) não é possível manter a tradição não escrita que omite direitos dos filhos e desvaloriza os danos sofridos por estes graças a uma patente incúria dos pais, em homenagem a uma paz familiar conveniente, mas que é obtida à custa dos mais frágeis.

Além disto, é bom notar que não é o sistema legal, nem os tribunais, que intentam as ações de responsabilidade dos filhos contra os pais, oficiosamente²⁷ — são os filhos, por si ou por representante legal, que as promovem. É a estes autores que caberá decidir se a natureza das ações ou omissões ilícitas, os danos causados, e as condições concretas em que a família vive, justificam que se inicie o litígio. Na verdade, uma omissão descuidada que provoque um dano pequeno não terá o mérito de desencadear um pleito dentro de uma família que convive regularmente e tem uma expectativa de futuro; pelo contrário, uma ação intencional e violenta, com consequências graves, no seio de uma família que já não convive, pode facilmente levar o filho, ou o seu representante, a mover uma ação. Diga-se, também, que pelo menos quanto aos pedidos de reparação associados à prática de um ato tipificado como crime, ou a um pedido formulado depois de a convivência familiar e os laços de afeto terem

terminado, o argumento da defesa da paz familiar fica muito enfraquecido²⁸.

O sistema tem de estar aberto para acolher as escolhas individuais no quadro de uma grande diversidade de casos; e não pode fechar hermeticamente todas as portas, para todos os casos.

Se assim for, com que fundamento é que *as condutas dos pais podem ser ilícitas?*

Em primeiro lugar, deve ponderar-se que a consagração de uma *tutela geral de personalidade* (art. 70.º) admite um alargamento mais franco dos direitos de personalidade concretos, para além dos que se encontram especificados. Deve ponderar-se, também, que a consagração constitucional de um *direito ao desenvolvimento da personalidade* (art. 26.º CREp, depois da revisão de 1997) reforçou a importância da norma civil referida, que há de promover e garantir aquele direito fundamental²⁹. Autores especializados em matéria de responsabilidade civil fazem notar que a tutela geral da personalidade diminuiu a relevância da segunda modalidade da ilicitude prevista no art. 483.^{º30}, em favor de um reconhecimento mais amplo da tutela da personalidade física e moral dos indivíduos e, por consequência, em favor da admissibilidade de reações contra a sua lesão logo através da chamada “primeira modalidade” de ilicitude.

Note-se, também, que *os deveres dos pais para com os filhos* têm assento constitucional (art. 36.º, n.º 5 e 6) e são desenvolvidos na lei civil (art. 1874.º e segs.). Pode dizer-se que todas estas normas revelam — hoje em dia — a maior importância de

²⁶ Josep FERRER i RIBA, *Relaciones familiares...*, cit., p. 3.

²⁹ Paulo MOTA PINTO, *O direito ao livre desenvolvimento da personalidade*, Boletim da FDUC/Studia Juridica 40, Coimbra, Coimbra Editora, 2000, p. 196.

³⁰ Vaz SERRA, *Requisitos da responsabilidade*, BMJ, n.º 92, p. 95; J. Sínde MONTEIRO, *Responsabilidade por conselhos recomendações ou informações*, Coimbra, Almedina, 1989, p. 237.

²⁶ Paulo Mota PINTO, *ob. cit.*, p. 153-4 e 220-1.

²⁷ Elizabeth PORTER, *Tort Liability in the Age of the Helicopter Parent*, «Alabama Law Review», vol. 64, p. 587.

vários aspetos do direito ao desenvolvimento da personalidade e da *tutela geral da personalidade* (um direito absoluto); o cumprimento destes deveres corresponde a um imperativo claro, nesta época de valorização da pessoa do filho. Então, o caminho aponta para uma intervenção possível da responsabilidade civil, no caso de violação de uma faceta da personalidade, embora se respeitem limites que possam ser convenientes para o próprio filho³¹.

Em segundo lugar — *em alternativa* à consideração daquele direito ao desenvolvimento da personalidade e da tutela geral da personalidade para construir a eventual ilicitude das ações dos pais por violação de um direito absoluto, no quadro da “primeira modalidade” da ilicitude — pode dizer-se que a consagração clara daqueles deveres dos titulares das responsabilidades parentais é o espelho do nascimento de *vários e concretos direitos da criança* propriamente ditos, que visam a sua promoção e proteção, exprimindo os sinais dos tempos. Podem não ser direitos absolutos, no sentido comum de que todos ficam obrigados a um dever geral de respeito; mas também não são meros direitos (relativos) de crédito — não nascem por acordo com os titulares das responsabilidades parentais, nem são disponíveis. São direitos familiares pessoais relativos porque se exercitam dentro do quadro restrito da família nuclear, mas merecem uma *tutela aumentada* por força do *dever recíproco de respeito reforçado que impende sobre os membros do grupo*, onerando sobretudo os titulares das responsabilidades parentais

³¹ Mafalda Miranda BARBOSA aceita a intervenção da responsabilidade civil quando, nos casos mais graves, por virtude de maus tratos, ocorra uma lesão da integridade física ou psíquica; e ainda, em casos menos graves, quando se verifique um atentado contra a personalidade humana e, portanto, se viole o direito geral de personalidade. Afirma que a ilicitude da ação ou da omissão do titular das responsabilidades parentais assentará na violação de direitos subjetivos absolutos, e não na violação de direitos familiares pessoais — cfr. *Lições de responsabilidade civil*, Cascais, Príncipia Editora, 2017, p. 147-8.

— responsabilidades que lhes são *especialmente atribuídas* com a finalidade *única e expressa* de satisfazer o interesse dos filhos. Não é este o sentido tradicional da noção específica de poderes-deveres, de “ofícios”, “funções”, exercitáveis em favor do destinatário? Haverá, assim, uma razão decisiva para não reconhecer que estas normas geram direitos subjetivos de que os filhos são titulares, e que podem fundamentar pretensões judiciais?³²

Numa época em que se aprendeu a noção de “sustentabilidade” e se percebeu melhor o valor que pode ter a “solidariedade”, parece imperioso que a responsabilidade pessoal adquira novas dimensões alimentadas pela consideração da *vulnerabilidade* de todos os seres humanos, e das crianças, em particular. Daí que a “imunidade parental” já não se apresente, hoje em dia, como um valor intenso e indiscutível, mas antes como uma necessidade que carece de *justificação convincente* e que deve ser submetida a um *juízo de proporcionalidade*.

Em suma — *ou* por violação da tutela geral da personalidade dos filhos, *ou* por violação de direitos concretos deles que manifestam aspetos concretos daquele direito geral — quando os pais exercem as responsabilidades parentais de modo omissivo ou defeituoso, e causam danos, não se deve estranhar que este seu incumprimento ou cumprimento defeituoso seja juridicamente relevante e possa ser

³² De entre os sistemas jurídicos a que me referi acima, o código civil italiano é o mais expressivo quando, na redação do art. 315-*bis* (de 10.12.2012), descreve pela primeira vez os *direitos do filho* (correspondentes aos temas que costumava regular sob o prisma dos *deveres dos pais*): “*Il figlio ha diritto di essere mantenuto, educato, istruito e assistito moralmente dai genitori, nel rispetto delle sue capacità, delle sue inclinazioni naturali e delle sue aspirazioni. Il figlio ha diritto di crescere in famiglia e di mantenere rapporti significativi con i parenti. Il figlio minore che abbia compiuto gli anni dodici, e anche di età inferiore ove capace di discernimento, ha diritto di essere ascoltato in tutte le questioni e le procedure che lo riguardano. [...]*”

Curiosamente, uma lei portuguesa recente (2015) adotou a mesma linha de redação: em vez de dizer, p. ex., que o tribunal deve ouvir a criança, afirmou que “a criança tem direito a ser ouvida” — cfr o art. 5.º, n.º 1, RGPTC.

considerado ilícito.

Ou seja, parece estar *aberto* o recurso aos princípios gerais da responsabilidade civil extracontratual (cfr. os arts. 483.º e 486.º), respeitados os seus pressupostos.

O *facto voluntário* que suscita a responsabilidade pode ser uma conduta; ou uma *omissão*, desde que os titulares das responsabilidades parentais têm o dever de as exercer efetivamente, no interesse do filho (art. 36.º, n.º 5, CREp, e art. 1878.º, n.º 1).

A *ilicitude* estará na conduta que viole os direitos dos filhos — quer porque se praticou uma ação que *contraria abertamente* a defesa dos interesses que justificaram a titularidade das responsabilidades parentais, quer porque se omitiu uma ação *obviamente exigida* pela prossecução daqueles interesses.

O *dolo* ou a *culpa* serão definidos nos termos habituais, (embora com as ressalvas que a seguir se farão e que pretendem respeitar alguma discricionariedade dos titulares das responsabilidades parentais, que se justifica).

O *dano* pode ser considerado sem qualquer especialidade.

Algumas cautelas seriam recomendáveis

Apesar de tudo o que mudou no quadro jurídico da família — as novas relações igualitárias, a ascensão dos direitos das crianças e jovens, a fragmentação e a recombinação das famílias nucleares, a preocupação com a continuidade das relações parentais depois da dissolução da convivência, etc. — continua proeminente o valor da família como lugar de socialização dos filhos.

Dito isto, é conveniente *evitar destruir a relação parental que existe*, tentando não admitir, com ligeireza, uma reparação indiferenciada dos danos, através da responsabilidade civil. Compreende-se bem que, em vários sistemas jurídicos, se tenha redu-

zido a sua aplicação aos casos mais importantes³³.

a) Intervenções prévias

Admito que, num território delicado como o das relações entre pais e filhos, talvez seja recomendável que o sistema encontre um caminho capaz de conciliar os interesses, praticando algumas intervenções preventivas — *com o sentido de diminuir a conflitualidade e fomentar a restauração das relações em crise* — de tal modo que o recurso à responsabilidade civil possa constituir um último remédio. Penso nas intervenções destinadas à tutela da personalidade, previstas no art. 878.º CProcCiv, na aplicação dos arts. 3.º e 35.º da LPCJP, nas medidas tutelares cíveis³⁴, retardando assim e reservando finalmente para o filho interessado o último juízo sobre a esperança de restauração do vínculo filial ou, pelo contrário, sobre a sua degradação irremediável: na verdade, preferencialmente, deveria ser sempre o filho, em último caso, a evitar pedir, ou a propor, a intervenção da responsabilidade civil.

Sublinho, porém, que todas as louváveis intervenções preventivas não são aptas a reparar os danos efetivos que já possam ter sido produzidos³⁵.

b) Medida privilegiada da culpa

Supondo que é viável um pedido de indemnização por exercício omissivo ou defeituoso das responsabilidades parentais, com danos para o filho, é necessário saber qual é o grau de diligência a que os responsáveis estão obrigados, para se medir a sua **culpa**. Por outras palavras, os pais estão obrigados

³³ A RODRÍGUEZ GUTIÁN, *ob. cit.*, p. 88, 92.

³⁴ IDEM, p. 109, 123.

A lei italiana prevê expressamente admoestação ao infrator ou imposição de uma sanção pecuniária compulsória (e também a imposição de uma indemnização dos danos) (art. 709.º ter CProcCiv).

³⁵ IDEM, p. 126.

a proceder com a diligência objetiva de um “bom pai de família” ou podem usar de uma diligência inferior, igual à que usam para acudir às suas próprias necessidades?

É tentador responder de um modo simples: no âmbito do exercício da administração dos bens do filho, o art. 1897.º é claro a permitir um critério subjetivo, que admite um padrão de exigência menor (a diligência com que o pai administra os seus próprios bens); e, ao deixar de fora tudo o resto, a lei sugere a aplicação da regra geral (art. 487.º, n.º 2) na esfera pessoal do exercício das responsabilidades parentais, isto é, a aplicação de um critério objetivo da diligência de um “bom pai de família”.

Porém, não creio que esta resposta seja a mais adequada.

Em primeiro lugar, estou convencido de que o legislador não previu o art. 1897.º como uma “regra especial”, nem pretendeu deixar toda a responsabilidade parental — no âmbito pessoal — à mercê de uma pretensa “regra geral” do art. 487.º, n.º 2. Em vez disto, pensou em manter a ideia (ainda corrente na época) da “imunidade parental”, supondo, portanto, que só haveria responsabilidade civil dos pais em matéria patrimonial ou, no máximo, quando se preenchesse um ilícito penal típico. As afirmações citadas de Antunes VARELA parecem claras neste sentido³⁶.

Em segundo lugar, percebe-se que a opção do código civil pela apreciação da *culpa em abstracto*, manifestada como uma *conduta deficiente* (isto é, com “o conteúdo mais amplo”) se justificou pelas necessidades impostas pelo comércio jurídico e pela tutela do princípio da confiança³⁷. Ora, estas preocupações encontram-se longe das relações pessoais

entre os pais e os filhos, do quotidiano das suas vidas, onde poderá ser mais adequada uma exigência menor. De facto, como escreveu Antunes VARELA, “...de algum modo, (...) os filhos têm de aceitar os pais que a Natureza lhes deu...”³⁸.

Em terceiro lugar, uma medida privilegiada da exigência devida parece mais compatível com a necessidade de garantir aos pais a prática de *uma certa discricionariedade* no exercício das suas competências, sem o que a parentalidade pode transformar-se numa espécie de “carreira” formatada, com progressão por graus obtidos em cursos de formação, ou por diuturnidades. E, convenhamos, é mais importante, nos tempos que correm, contrariar o “*hyper-parenting*”³⁹ — competitivo e sufocante — do que estimular um escrutínio mais intenso da vida familiar.

Devo fazer-se, porém, *algumas advertências*.

A medida privilegiada da diligência só se justifica no quadro das decisões relacionadas, em geral, com o *desenvolvimento da saúde física e mental do filho, da sua personalidade*, em que se deve admitir que os pais exprimam e pratiquem as suas próprias convicções e inclinações quando lhes compete escolher o caminho para satisfazer o interesse do filho; estamos no domínio das decisões endofamiliares, respeitando a discricionariedade conveniente⁴⁰. Mas não exageremos a ideia de que os filhos têm de aceitar os pais que a Natureza lhes deu.

³⁸ Cfr. *Código Civil anotado*, vol. V, Coimbra, Coimbra Editora, 1995, p. 457.

³⁹ Característica dos pais controladores que programam toda a vida dos filhos em direção ao sucesso (cfr. Jonathan HERRING, *Law and the Relational Self*, Cambridge, Cambridge University Press, 2020, p. 160; Elizabeth PORTER referia-se à mesma tendência como “*the helicopter parent*”, em *The Liability ...*, *cit.*

⁴⁰ GERNHUBER *et al.*, *ob. cit.*, notam que o § 1664 restringe expressamente a aplicação da medida privilegiada ao exercício das responsabilidades parentais. Por outro lado, o § 277 afirma que, quando a lei estabelece o padrão privilegiado de diligência, o responsável não fica isento quando atue com dolo ou com negligência grosseira.

³⁶ “As sanções [...] são de outra ordem” — cfr. *ob. cit.*, p. 554-5.

³⁷ Antunes VARELA, *ob. cit.*, p. 597, 599, 600, 601.

Assim, esta medida privilegiada não deve ser admitida sempre que uma ponderação elementar dos interesses mostre que a decisão do titular das responsabilidades, embora tenha correspondido às suas idiossincrasias e convicções, *é totalmente alheia à condução da vida do filho ou se afastou claramente da defesa do interesse dele*, que lhe competia assegurar e que é a razão das suas faculdades legais. Este alheamento patente das finalidades protetivas que as leis entregam nas mãos dos titulares está para além da discricionariedade admissível, afasta qualquer juízo de culpa leve e coloca o agente no campo do dolo ou da negligência grosseira.

Note-se, por fim, que todos os cuidados legais e judiciais no sentido de proteger a subsistência da relação entre os pais e os filhos não terão justificação relativamente ao *tutor*⁴¹, que foi nomeado, que é remunerado (art. 1942.º, n.º 1), e que pode simplesmente ser removido (art. 1948.º) (e talvez por isso a medida privilegiada quanto à negligência foi afastada expressamente pelo art. 1935.º, n.º 2). Já não digo o mesmo quanto ao *guardião de facto* e quanto ao *padrinho/madrinha civil*, que assumiram a função do cuidado da criança espontânea e gratuitamente e, portanto, podem ser a melhor família com que a criança pode contar.

Exemplos de temas suscetíveis de responsabilização

Se for admitido o recurso à responsabilidade civil, e uma vez que o âmbito de atuação dos pais é muito vasto, poderiam ser diversos os motivos para fundamentar um pedido de indemnização. Alguns exemplos: os pais desleixam o fornecimento da ali-

mentação e abrigo indispensáveis⁴²; os pais forçam o filho a praticar um ato próprio de uma religião, contra a sua vontade, depois dos 16 anos; os pais omitem os atos necessários para garantir a escolarização do filho, como a inscrição em escola ou o fornecimento de material didático; os pais expõem a imagem de um filho, sem o seu consentimento, em redes sociais ou em programas televisivos⁴³; os pais autorizam que o filho brinque num lugar manifestamente perigoso quer pelo relevo pronunciado quer por edificações que lá existem; os pais omitem os procedimentos médicos curativos ou, porventura, preventivos; os pais agridem os filhos, física ou psicologicamente⁴⁴; o progenitor que tem um tempo de contacto menor não cumpre sistemática e injustificadamente o regime de visitas⁴⁵, ou o progenitor com quem o filho vive faz obstrução sistemática ao contacto com o “visitante”⁴⁶; o perfilhante impugna a paternidade que declarou sabendo, já nesse momento, que não era o pai, etc.

Creio que se podem acrescentar *dois casos* que têm *contornos especiais*.

O primeiro diz respeito à responsabilidade civil por *omissão de reconhecimento voluntário* do filho, que defendo há muitos anos, com base no dever jurídico de perfilhar que identifico no nosso direito. A primeira nota de especialidade reside na circunstância de o lesado ainda não ser, verdadeiramente, um filho “jurídico”, justamente por causa da omissão do reconhecimento pelo progenitor; em consonância com isto, o lesante também ainda não é o pai

⁴² Cfr., também, o art. 250.º CPen.

⁴³ Cfr., também, o art. 192.º CPen.

⁴⁴ Cfr., também, os arts. 145.º e 148.º CPen.

⁴⁵ O incumprimento pode chegar a assumir a forma ainda mais grave de “abandono afetivo”.

⁴⁶ Cfr., também, o art. 249.º, n.º 1, b) CPen.

⁴¹ GERNHUBER *et al.*, *ob. cit.*, p. 683-4, alegando a intenção do § 1664, que é de proteger a intimidade da família.

“jurídico”, titular de responsabilidades parentais⁴⁷. Por outro lado, é necessário aceitar a existência de um dever jurídico de perfilar para que esta omissão possa constituir um comportamento ilícito (cfr. art. 486.º). Por último, dado que sempre é necessário respeitar os pressupostos da responsabilidade civil, a questão crucial será a de o tribunal se convencer de que o progenitor não podia deixar de saber que era o responsável pela concepção, para poder avaliar a presença de negligência ou de dolo na omissão praticada; note-se que, desde há anos, as dúvidas que o progenitor tenha podem facilmente ser esclarecidas, mesmo fora de um processo.

O segundo caso pode ser designado por “*abandonado afetivo*”, como faz a doutrina brasileira e alguma jurisprudência⁴⁸. Quer abranger a omissão genérica de cuidados por parte de um progenitor que, resu-

mind, ignora os seus deveres parentais. Mesmo que não se avalie um dano específico quanto à manutenção, à escolaridade, à saúde, etc., do filho — provavelmente porque o outro progenitor ou outra pessoa satisfizeram as necessidades específicas nessas áreas — sobra o dano do desprezo genérico, que gera um défice de identificação, que faz sofrer, e que perturba o desenvolvimento da personalidade.

Resta admitir que todas as intervenções preventivas — como aliás todas as restaurativas — tendem a fracassar se repousarem apenas no papel que o Direito pode desempenhar; quaisquer intervenções jurídicas pontuais são débeis se não forem consolidadas por políticas públicas de apoio à prestação do cuidado no seio da Família, isto é, que não estejam enquadradas por uma “ecologia da Família”⁴⁹.

⁴⁷ Cfr., porém, o art.º 1878.º, n.º 1, que já atribui ao progenitor responsabilidades perante o nascituro.

⁴⁸ Cfr. o acórdão marcante de 2012, acessível em https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200901937019&dt_publicacao=10/05/2012

⁴⁹ Mary Ann GLENDON, *The Transformation of Family Law*, paperback ed., Chicago and London, The University of Chicago Press, 1996, p. 306-13; e também Clare HUNTINGTON, *Failure to flourish — How law undermines family relationships*, Oxford, Oxford University Press, 2014.

