Ana Catarina Janeiro Fialho

DA RESPONSABILIDADE CIVIL POR ABANDONO AFETIVO

Dissertação com vista à obtenção do grau de
Mestre em Direito

Orientador/a:
Doutora Cláudia Trabuco, Professora da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa

outubro de 2014

RESUMO

Esta dissertação, na área do Direito da Família, tem como tema a responsabilidade civil por abandono afetivo, numa perspetiva multidisciplinar.

O estudo e a reflexão realizados no seu âmbito vêm corroborar o entendimento de que a autorrepresentação, a sociabilidade e a capacidade dos futuros adultos na definição dos respetivos projetos de vida, dependem, em larga medida, da estabilidade e maturidade emocionais que lhes tenha sido assegurada, enquanto crianças, pelos cuidados materiais e afetivos dispensados por ambos os pais.

É, assim, fulcral, atender aos sentimentos de perda e à potencial quebra de autoestima que a rutura afetiva com qualquer dos progenitores pode provocar.

Nesse sentido, promovemos uma análise da sustentabilidade, à luz da legislação portuguesa, da imposição de soluções indemnizatórias, independentes das demais cominações previstas na lei civil e tutelar, aquando da dissolução dos laços afetivos por lesão culposa das obrigações parentais, de que haja resultado sério e manifesto prejuízo para os filhos, ou seja, nos casos em que se comprove o incumprimento dos deveres funcionais emergentes do exercício das responsabilidades parentais, no que concerne ao apoio afetivo exigível, revelando total desinteresse no acompanhamento da vida dos filhos.

ABSTRACT

This study, in the Family Law area, aims to examine the civil liability for emotional distance from a multidisciplinary perspective.

The work and reflection made thereunder tend to corroborate the cognizance that self-representation, sociability and the ability of future adults to define their life's projects, depend, to a large extent, on the emotional stability and maturity that has been assured to them, as children, by the material and emotional care that has been provided to them by both parents.

It is therefore crucial to tend to the feelings of loss and to the potential lack of self-esteem that the affective rupture with either parents may cause.

Thus, we promote an analysis of the sustainability, under Portuguese law, of the imposition of compensatory measures, independent from other injunctions foreseen in civil and guardianship law, upon the dissolution of family ties in result of a guilty injury of parental obligations, which have caused serious and evident injuries to the children.

DECLARAÇÃO ANTI PLÁGIO

Declaro que o texto apresentado é da minha exclusiva autoria e que toda a utilização de contribuições ou textos alheios está devidamente referenciada.

Mais informo que o presente documento tem 140.917 caracteres.

A luz que o sol me dá

não chega para me aquecer.

O amor que o mundo tem

não vem dizer "Está tudo bem".

Tu nunca estás comigo (...)

(Miguel Ângelo / Fernando Cunha)

"Não Vou Ficar" – Delfins, 1996

AGRADECIMENTOS

À minha orientadora, Professora Doutora Cláudia Trabuco, por todas as sugestões e orientações, que permitiram sempre elevar a qualidade deste trabalho.

Ao Fernando, por sempre acreditar em mim e, principalmente, por todo o amor, carinho e compreensão. Juntos conseguimos!

Aos meus pais, pelo exemplo e apoio mas, sobretudo, por me terem dado asas para voar e ser feliz.

Aos meus avós, por nunca me deixarem esquecer o verdadeiro significado da palavra amor.

A todos o meu muito obrigada! A vós devo o que sou e o que faço.

INTRODUÇÃO

A temática da responsabilidade civil no direito da família é controversa. Expressões como "o amor não se compra", "o amor não tem preço", "não se pode obrigar ninguém a amar" são comuns, representando ideias difíceis de combater.

A responsabilidade civil no seio da família é, pois, o tipo de responsabilidade mais delicado, dado que confronta dois princípios muito próximos em si mesmo – o que coloca a dignidade do membro familiar acima de qualquer circunstância com aquele que dispõe sobre a função social da família e a limitação da intervenção estatal.

Destaca-se ainda a relevância de a reparação civil por abandono afetivo lidar com partes desiguais: os pais – adultos, convictos dos seus direitos e deveres na sociedade – e a criança – alheia aos direitos e deveres, totalmente dependente de amparo e proteção.

Esta dissertação procede à análise da relação existente entre pais que abandonam os seus filhos afetivamente por inúmeros motivos e os danos causados à personalidade destes.

Na verdade, não tem sido prática judiciária explorar as soluções legais existentes quando um dos pais deixa de estabelecer contacto com os filhos, mesmo que esse contacto seja desejado por estes ou pelo outro progenitor.

Assim, pela sua dimensão e abrangência, o abandono de crianças e jovens apresenta-se como um assunto complexo. Esta postura adotada pelos adultos contra crianças e jovens dentro da família é uma das formas menos visíveis de maus tratos, ocorrendo na privacidade da vida doméstica e sendo uma realidade transversal a todos os países e classes sociais.

A exposição do tema passa pelo estudo do panorama jurídico português, onde, no essencial, importa apurar em que medida poderá ser sustentada uma ação de responsabilidade civil por abandono afetivo.

Nesse sentido, numa primeira fase, faremos um breve excurso pela responsabilidade civil no âmbito das relações familiares.

Numa segunda fase, enunciaremos o conjunto de deveres funcionais inerentes ao exercício das responsabilidades parentais e, em especial, à convivência familiar que decorre das situações de dissolução familiar.

Numa terceira fase, com o recurso a uma abordagem das ciências que estudam os mecanismos de vinculação afetiva, procuraremos determinar de que modo os fenómenos do abandono ou falta de afeto são suscetíveis de consubstanciar circunstâncias geradoras de dor e sofrimento.

Numa quarta e última fase, iremos proceder a uma tentativa de enquadramento de todos os institutos e conhecimentos adquiridos para efetuar uma reflexão conducente à resposta ao problema supra formulado.

1. DA RESPONSABILIDADE CIVIL NAS RELAÇÕES FAMILIARES

Secularmente, a responsabilidade civil é uma das fontes das obrigações, mas, no entanto, não confina a sua importância ao Direito das Obrigações. Pelo contrário, e particularmente em relação à responsabilidade civil extracontratual, trata-se de um meio de tutela dos direitos subjetivos em geral, independentemente da natureza destes e da respetiva eficácia.

No direito português entendeu-se durante um largo período de tempo que as garantias gerais dos direitos não deveriam ser aplicadas aos ilícitos cometidos no seio da família[1]. A família era, assim, concebida como uma redoma na qual a intervenção do poder estadual deveria ser inexistente, respeitando-se o princípio da privacidade familiar.

Pugnava-se, nesse sentido, pela preservação da paz interna. No entanto, começaram a surgir, com as transformações socioculturais das últimas décadas, vozes críticas em relação a esta postura abstencionista do Estado, uma vez que se tornou comum a conceção de que tal paz não poderia ser de todo atingida à custa de atropelos impunes de direitos. Como tal, o Estado deveria adotar uma postura de intervencionismo mínimo, atuando apenas quando em causa estivessem os direitos de qualquer dos intervenientes na relação familiar[2], o que se torna ainda mais importante quando os litígios familiares constituem factos da mais elevada relevância social e jurídica, dado o papel basilar da família na organização da sociedade.

No entanto, gradualmente, foi-se formando na doutrina jusfamiliar portuguesa uma orientação favorável ao acolhimento da tutela delitual, por oposição à imunidade dos ilícitos matrimoniais. Nesse sentido, Jorge Duarte Pinheiro[3], defende que nada impede a aplicação dos meios comuns à tutela dos deveres conjugais pessoais, dado que a celebração do casamento não cria uma

[1] ATAÍDE, Rui Paulo, "Poder paternal, direitos de personalidade e responsabilidade civil. A vigência dos direitos fundamentais na ordem jurídica privada", AAVV, *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Luís de Carvalho Fernandes*, vol. III, Lisboa: Universidade Católica Editora, 2011, p. 340

[2] Artigo 4.º, alínea d) da Lei de Proteção de Crianças e Jovens em Perigo

[3] DUARTE PINHEIRO, Jorge, *O núcleo intangível da comunhão conjugal – os deveres conjugais sexuais (dissertação de doutoramento)*, Coimbra: Almedina, 2004, pp. 760-762

área de exceção, isenta do regime geral da responsabilidade civil, o qual representa um instrumento de proteção de todos os direitos subjetivos.

No quadro específico das relações paterno-filiais, a regra da imunidade encontrava acolhimento no entendimento tradicional do *jus corrigendi*, preconizando-se a separação de soluções consoante o ilícito fosse cometido fora ou no desempenho da *patria potestas*.

Assim, entendia-se que deveria prevalecer a isenção de responsabilidade, sendo que a conduta seria compreendida pelo *jus corrigendi*, enquanto poder punitivo atribuído aos progenitores e passível de legitimar castigos corporais, desde que não correspondesse à prática de uma grave infração criminal.

De acordo com este entendimento, o *jus corrigendi* era um instrumento que integrava o cumprimento dos deveres paternos, servindo para sancionar as rebeldias que desafiassem a autoridade dos pais, admitido, por isso, sempre que e enquanto ainda se pudesse legitimar, como meio de prossecução dos fins visados pela lei.

Todavia, tal conceção das relações paterno-filiais não resistiu à dessacralização da autoridade dos pais, sendo importante salientar que a criança não beneficiou sempre de um estatuto de sujeito de direitos.

No Direito Romano, o *pater* exercia um poder absoluto sobre os filhos (*pater potestas*), poder esse que se perpetuava para além da maioridade e que lhe conferia o direito de castigar os filhos, mesmo com a morte, vendê-los ou cedê-los para ressarcimento de dívidas ou danos.

No direito germânico, o pai detinha o poder de administrar e usar o património do filho («*Mundt*») mas este poder incluía também o dever de protecção que apenas terminava quando o filho tivesse vida económica independente[4].

Ao longo de toda a Idade Média, não havia "uma consciência da especificidade da infância, de tal modo que até os pintores, quando figuravam

[4] ABRANTES MENDES, Maria de Fátima, *O Poder Paternal - Contributo para o Estudo do seu Actual Regime*, 1.ª reimpressão, Lisboa: AAFDL, 1994, p. 9.

crianças, desenhavam corpos pequenos de adulto"[5], não havendo qualquer reconhecimento da criança como pessoa.

Apenas nos séculos XVI e XVII, começou a surgir a ideia de que a criança tinha sentimentos e necessidades próprias da sua idade e diferentes dos adultos, sendo que somente com a Revolução Industrial, a autoridade do pai começa a ser posta em causa, embora mantendo a sua hegemonia em função da necessidade de uma figura cuja autoridade fosse incontestável para o bom desenvolvimento da criança[6].

No século XX, com as mudanças sociais operadas no conceito de família, agora baseada na afetividade e compreensão dos seus membros, afirmam-se os Direitos da Criança, como ser autónomo, surgindo o conceito de "superior interesse" como consideração determinante do seu estatuto jurídico.

No plano internacional, estas alterações iniciam-se em 1924 com a Declaração de Genebra dos Direitos da Criança, desenvolvem-se depois da 2.ª Guerra Mundial com a aprovação da Declaração dos Direitos da Criança (1959) e, mais recentemente, com a aprovação da Convenção dos Direitos da Criança, assinada em Nova Iorque em 26 de janeiro de 1990, a par de outros instrumentos de vocação universal ou regional.

No plano nacional, o poder paternal cabia a ambos os progenitores mas era exercido pelo pai (artigos 137.º e 138.º do Código Civil de 1867), estrutura que se manteve na redação originária do Código Civil de 1996 até à Reforma de 1977, que veio fixar o princípio do respeito dos pais pela opinião dos filhos nos assuntos familiares, de acordo com a sua maturidade, a igualdade de ambos os progenitores na educação dos filhos e a concessão de uma autonomia progressiva na organização da sua própria vida (artigo 1878.º, n.º 2 do Código Civil).

Mercê da necessidade de identificar uma união parental diferenciada da união conjugal ou marital, motivada pelo aumento do número de crianças filhos de pais separados, o legislador nacional efetuou sucessivas alterações no regime

[5] OLIVEIRA, Guilherme de, "A Criança Maltratada", AAVV, *Temas de Direito da Família*, 2.ª edição, Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. 216.
[6] São também desta época as preocupações de proteção de crianças que ainda hoje podem ser conhecidas nas obras de Charles Dickens.

do exercício das responsabilidades parentais até à Lei n.º 61/2008, de 31 de outubro, consagrando expressamente a ideia de uma responsabilidade comum dos pais na educação dos filhos, afirmando a natureza funcional dessas responsabilidades e o carácter vinculado do seu exercício ao interesse da criança.

2. O PONTO DE PARTIDA… "AMAR É FACULDADE, CUIDAR É DEVER"

No âmbito das relações familiares, a responsabilidade sobre os filhos impõe aos pais um conjunto de direitos e deveres éticos, morais e jurídicos que, no essencial, traduzem o princípio constitucional da dignidade humana, implicando o respeito pela individualidade da criança, a sua proteção e o dever de um adequado desenvolvimento da sua personalidade.

O critério superior de pertença a uma família baseia-se no sangue mas, nos nossos dias, são os afetos, os cuidados e o respeito entre os membros dessa família, que constituem os elos de ligação que a definem e lhe são consistência.

Por outro lado, as situações jurídicas familiares são caracterizadas por uma relação funcional que lhes confere a categoria de direito mas, ao mesmo tempo, de dever, evidenciando o interesse comum dos membros da família.

Esta natureza, aliada a outras circunstâncias, vem colocar aos direitos familiares pessoais o problema da fragilidade da garantia, ou seja, a impossibilidade de aplicação do instituto da responsabilidade civil aos casos de incumprimento dos deveres familiares.

É verdade que o ordenamento jurídico português não afasta a possibilidade de recurso à figura da responsabilidade civil quando estejam em causa a violação de direitos subjetivos (artigo 1792.º, n.º 1 do Código Civil) ou a violação do regime de exercício das responsabilidades parentais (artigo 181.º, n.º 1 da Organização Tutelar de Menores) mas, em particular nesta última situação, não tem havido a correspondente tutela adequada das situações em que um dos progenitores deixa de estabelecer contacto com os filhos, mesmo que esse contacto seja desejado por estes e não impedido pelo outro progenitor.

Esta circunstância é evidenciada por alguma doutrina[7] que, fazendo eco da prática judiciária[8], refere mesmo a duplicidade de critérios quanto ao

[7] SOTTOMAYOR, Maria Clara, *Regulação do Exercício do Poder Paternal nos casos de Divórcio*, 5.ª edição, Coimbra: Almedina, 2011, p. 139.

[8] Merece especial referência quanto a este aspeto uma decisão do Tribunal da Relação de Évora em que se afirma que "O Amor não se impõe por decreto ou por sentença, conquista-se com paciência e afeto." Acórdão da Relação de Évora, Secção Cível, de 02 de junho de 2005 (Processo n.º 946/05-3), relatado por ÁLVARO RODRIGUES, disponível em www.dgsi.pt (http://www.dgsi.pt/jtre.nsf/134973db04f39bf2802579bf005f080b/8d63a5719aafbf33802576a300536a01?OpenDocument).

tratamento das questões em que esteja em causa o desinteresse do progenitor pelos filhos ou em que, em sentido contrário, devam ser impostas medidas que acautelem o contacto pessoal da criança com o progenitor não residente quando aquela não o deseje ou sejam colocados obstáculos por parte da.

Por outro lado, o mecanismo coercivo previsto no artigo 181.º da Organização Tutelar de Menores encontra-se gizado para garantir o cumprimento do acordo ou da decisão de regulação do exercício das responsabilidades parentais até que a criança atinja a maioridade, ocupando a reparação indemnizatória uma função auxiliar ao cumprimento coercivo da decisão e não uma função reparadora.

A omissão culposa do dever de cuidado ou de afeto tem merecido a atenção da doutrina e da jurisprudência estrangeiras[9] mas é ainda questão insuficientemente debatida em Portugal seja porque se entende que a harmonia familiar é um bem a preservar, imune aos efeitos da quantificação monetária dos cuidados e dos afetos, ou que existem outros mecanismos de tutela e de proteção em caso de violação dos direitos da criança, designadamente por via da limitação ou inibição do exercício das responsabilidades parentais.

Com base em premissas normativas semelhantes às que vigoram no ordenamento jurídico português, o Superior Tribunal de Justiça do Brasil foi chamado a pronunciar-se sobre uma situação de ressarcibilidade dos danos decorrentes da omissão culposa dos deveres de afeto paterno-filiais[10].

Esta decisão, considerada inédita e inovadora, veio afirmar não estar em causa o dever de amar, verdadeira faculdade, mas a omissão do dever biológico e jurídico de cuidar do qual resultou mágoa e tristeza, justificando a adequada

[9] Em França, foi aplicada uma *astreinte* de cem francos por dia ao não cumprimento do direito de visita pelo progenitor não guardião (Tribunal de Grande Instância Saint-Brieuc, de 25 de setembro de 1980, referido por LABRUSSE-RIOU, Catherine, *Droit de La Famillie, 1, Les Personnes*, Masson, 1984, p. 386).
Na Alemanha, é conhecida uma decisão semelhante na jurisprudência (Acórdão do Bundesverfassungsgericht, de 1 de abril de 2008 (1 BvR 1620/04), Pressemitteilung Nr. 44/2008 de 1 de abril de 2008, disponível em www.bverfg.de/pressemitteilungen/bvg08-044.html)
Em Itália, é também conhecida uma decisão que considerou que o direito de visita não é uma mera faculdade mas um dever (Acórdão da Corte di Cassazione, de 8 de Fevereiro de 2000, disponível em http://www.mammeseparate.it/avvocato.html).

[10] Acórdão do Superior Tribunal de Justiça do Brasil no Recurso Especial 1.159.242/SP, de 24 de abril de 2012, relatado pela Ministra NANCY ANDRIGHI, disponível em http://disciplinas.stoa.usp.br/pluginfile.php/27593/mod_resource/content/1/REsp_1159242-SP.pdf

compensação uma vez que não seria possível recuperar a situação anterior à ocorrência do evento danoso.

O acórdão inicia a análise da questão afirmando: "sintetiza-se a lide em determinar se o abandono afetivo da recorrida, levado a efeito pelo seu pai, ao se omitir da prática de fração dos deveres inerentes à paternidade, constitui elemento suficiente para caracterizar dano moral compensável."

Vejamos os factos.

A mãe da autora teve um relacionamento extraconjugal com o réu durante cerca de oito anos e, em consequência desse relacionamento, veio a nascer a autora.

O réu apenas viria a reconhecer a paternidade em consequência de decisão judicial proferida num longo processo de investigação da paternidade.

A autora nunca recebeu carinho, afeto, amor, atenção e apoio moral por parte do pai, nunca esteve sentada ao seu colo, nunca recebeu conselhos, experiência ou ajuda na escola por parte deste, limitando-se o apoio monetário ao cumprimento pontual da pensão de alimentos.

O réu adquiriu também diversos imóveis cuja propriedade registou em nome de outros filhos, apesar das reclamações e queixas da autora.

O recurso foi parcialmente provido apenas no montante da indemnização por se ter considerado o mesmo excessivo em face do comportamento violento assumido pela mãe da autora para com o réu, a qual compareceu no casamento deste com o objetivo de provocar tumultos durante a cerimónia, provocava escândalos e atirava pedras sobre a casa deles, chegando mesmo a agredir fisicamente o réu na data da audiência e ameaçar as testemunhas deste.

Esta decisão inicia-se pela análise da existência do dano moral nas relações familiares concluindo que não existem restrições legais à aplicação das regras relativas à responsabilidade civil e do consequente dever de indemnizar ou compensar o dano no direito de família.

Prossegue com a análise do instituto do *poder familiar* e a sua possibilidade de "perda" e identifica a matéria mais relevante para a solução do problema, afeta ao instituto da responsabilidade civil, confrontando os elementos

da responsabilidade civil com a vulnerabilidade de sentimentos que ocorrem no seio familiar[11].

No que concerne à ilicitude e à culpa, refere a importância do dever de cuidado, relatando que a ilicitude não está na falta de amor mas na inobservância do dever de cuidado, requisito mínimo para o desenvolvimento de qualquer criança não se sancionando unicamente a falta de afeto mas a negligência na conduta do pai.

Quanto ao dano e ao nexo causal, a decisão entende que os reiterados atos de omissão são passíveis de indemnização, independentemente da prova desses danos, uma vez que estes são inerentes à própria situação vivida pela autora, tratando-se de dano *in re ipsa*[12].

Este acórdão enuncia diversas pistas para que a discussão acerca da responsabilidade civil por abandono afetivo possa fluir e evoluir ao passo que em Portugal não são conhecidas decisões judiciais sobre o assunto e a doutrina não tem revelado interesse por esta questão.

Pugnar pela efetividade da tutela dos interesses da criança e da sua proteção mas, ao mesmo tempo, não lhes conferir a adequada garantia quando os seus direitos são objeto de violação naquilo que é essencial ao seu desenvolvimento - o afeto e o cuidado - parecia algo incongruente.

Assim, entendemos que são motivos suficientes para justificar o ponto de partida deste trabalho com vista a determinar se a omissão culposa, por parte dos pais, dos cuidados e afeto que devem aos seus filhos, justifica obrigação de indemnização para com estes e quais os respetivos pressupostos.

[11] "É das mais comezinhas lições de Direito, a tríade que configura a responsabilidade civil subjetiva: o dano, a culpa do autor e o nexo causal. Porém, a simples lição ganha contornos extremamente complexos quando se focam as relações familiares, porquanto nessas se entremeiam fatores de alto grau de subjetividade, como afetividade, amor, mágoa, entre outros, os quais dificultam, sobremaneira, definir, ou perfeitamente identificar e/ou constatar, os elementos configuradores do dano moral." Acórdão do Superior Tribunal de Justiça do Brasil no Recurso Especial 1.159.242/SP, de 24 de abril de 2012, relatado pela Ministra NANCY ANDRIGHI, p. 6.

[12] Trata-se de dano moral presumido. Em regra, para a configuração do dano moral é necessário provar a conduta, o dano e o nexo causal. Excecionalmente, o dano moral é presumido, ou seja, independente da comprovação do dano psicológico sofrido pela vítima.

3. DO ABANDONO À PROTEÇÃO

O abandono esteve sempre presente nas sociedades desde a Antiguidade. Legitimado pelo poder paterno, a exposição foi facto recorrente entre gregos e romanos, resultando numa alta taxa de mortalidade. Neste momento, em que não se considerava ainda a perspetiva da criança, os poucos abandonados acolhidos noutra família eram geralmente tornados escravos, vendidos ou utilizados como objeto para a mendicância.

Na Idade Média, foi instalada em Itália, no século XIII, a primeira Roda dos Expostos[13], sistema que se generalizou na Europa no século XVII.

Durante o século XVII a filosofia e a teologia elaboram uma imagem dramática da infância. Santo Agostinho[14] qualifica a criança como um ser vexado pelo peso do pecado original, símbolo da força do mal, justificando este todas as ameaças, vergastas e palmatórias.

A filosofia cartesiana, tão inovadora em todos os domínios, retoma noutro registo a crítica da infância, dizendo que é o lugar do erro, e a fraqueza de espírito.

Até ao final do século XVII persistiu o infanticídio tolerado, praticado em segredo e sob a aparência de um acidente, por não ser uma prática oficialmente aceite. No entanto, é nesta altura que se dá uma alteração importante na dinâmica da família, uma vez que os santos padroeiros são vistos como protetores da família e nas crianças é espalhado o "Anjo da Guarda".

Os séculos XVII e XVII representam os primórdios da emancipação feminina, tornando-se a criança, muitas vezes, num estorvo para os pais, com as mães a desinvestirem nos filhos, optando por não os ter – praticando o coito interrompido como método contracetivo – ou entregando-os ao cuidado das amas.

---

[13] A roda dos expostos consistia num mecanismo utilizado para entregar recém-nascidos ao cuidado de instituições de caridade. O mecanismo giratório, em forma de cilindro e embutido numa parede, era construído de modo a que aquele que expunha a criança não ser visto por aquele que a recebia.

[14] BADINTER, Elisabeth, *Um Amor Conquistado: o Mito do Amor Materno*, Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1985, pp. 55-56, disponível em http://www.redeblh.fiocruz.br/media/livrodigital%20(pdf)%20(rev).pdf

3. DO ABANDONO À PROTEÇÃO

O século XVIII incrementou a ideia de responsabilidade parental, que veio a ser reforçada no século XIX, acentuando o papel da mãe, sendo neste século que assistimos a uma nova alteração dos valores e hábitos, passando a família a organizar-se ao redor da criança.

O primeiro instrumento internacional que acolhe a noção de direitos da criança é a Declaração dos Direitos da Criança, adotada em 1924 pela Assembleia da Sociedade das Nações (Declaração de Genebra).

Em 20 de novembro de 1959, é aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas a Declaração dos Direitos da Criança e, cerca de trinta anos depois, é adotada em 26 de janeiro de 19990, na cidade de Nova Iorque, a Convenção sobre os Direitos da Criança, que Portugal foi dos primeiros Estados a ratificar, em 1990[15].

Este instrumento mobilizou a atenção da comunidade internacional para os direitos da criança, integrando-os no quadro mais vasto dos direitos humanos.

Foi também no decorrer do século XX, mormente no início da década de 60, que os maus tratos infantis começaram a tornar-se um problema social, ficando esta década assinalada pela primeira definição concetual de maus tratos infantis e ainda pelo início do estudo académico desta problemática.

O século XXI trouxe novos desafios aos modelos familiares, diversificando-os. Podemos observar que existe uma forte mudança na composição familiar, nas relações de parentesco e na representação destas na família.

É neste contexto que encontramos a "nova família", que se caracteriza pelas diferentes formas de organização, relação e um quotidiano marcado pela procura da novidade. Os arranjos diferenciados podem ser propostos de diversas formas, renovando conceitos preestabelecidos e redefinindo os papéis de cada membro do grupo familiar. Assim, são várias as denominações atuais sobre família, isto é, existem várias possibilidades de novas configurações e não apenas um modelo único.

[15] Aprovada para ratificação pela Assembleia da República em 8 de junho de 1990 e ratificada por Decreto do Presidente da República de 12 de setembro de 1990, publicado no Diário da República, Iª série, n.º 211, de 12 de setembro de 1990.

Em 1994, no Ano Internacional da Família, as Nações Unidas definiam o conceito de família como "duas ou mais pessoas que partilham recursos e responsabilidades por decisões, compartilham valores e finalidades e têm um compromisso umas com as outras de um tipo duradouro, independentemente de laços legais, de sangue, adoção ou casamento" (Resolução n.º 47/237 de 20 de setembro de 1993).

Assim, nas famílias de hoje, já não há um lugar para cada um e cada um no seu lugar mas sim uma família fundada numa relação livremente consentida e cada vez mais secular, procurando realizar individualmente os seus membros e assente numa comunidade de afetos entre os seus atores principais.

4. DO AFETO COMO O PRINCÍPIO ORIENTADOR DO DIREITO DA FAMÍLIA

A dignidade da pessoa humana constitui um dos princípios basilares do Estado de direito democrático consagrado no artigo 2.º da Constituição da República Portuguesa.

Este princípio centra a pessoa como o fim supremo do Estado e do Direito, em especial como critério fundamentador dos direitos fundamentais, partindo "da liberdade e da racionalidade da pessoa, antropologicamente sustentada numa inserção social, garantindo o seu desenvolvimento pessoal."[16]

Enquanto manifestação deste princípio da dignidade humana, os direitos de personalidade são os direitos que asseguram ao respetivo titular o uso de um bem pessoal ou a atuação de um poder pessoal perante todas as demais pessoas.

Os direitos de personalidade pressupõem uma disponibilidade de meios jurídicos para a realização da dignidade da pessoa, a qual é colocada como sujeito deste direito absoluto.

Entre esses direitos de personalidade não podemos deixar de considerar o direito que qualquer criança tem relativamente aos seus pais, como o direito de alguém de conhecer e conviver com a pessoa que deve constituir a sua referência materna ou paterna, de amar e de ser amado, de ser cuidado, alimentado e instruído, de colocar-se em situação de aprendizagem e de apreensão dos valores fundamentais da personalidade e da vida humana que se desenvolvem no seio da sua família, de ser ensinado a caminhar, a falar, a conviver e a escutar.

Por seu turno, a responsabilidade civil constitui um desses instrumentos jurídicos que visa englobar as condutas dos indivíduos, procurando envolvê-los com a segurança e a certeza de que se algum direito subjetivo for violado, incluindo os direitos de personalidade, este será, no mínimo, compensado.

Falar em responsabilidade civil por abandono afetivo exige que se explique o papel do afeto nas relações familiares e em que medida este constitui pressuposto dessa responsabilidade civil.

[16] BACELAR GOUVEIA, Jorge, *Manual de Direito Constitucional*, volume II, 2.ª edição, Coimbra: Almedina, 2007, p. 785.

Indubitavelmente, as ligações mais próximas que o Direito reconhece são as relações de filiação – de maternidade e de paternidade.

O nosso Direito é "biologista", o que facilmente se comprova pelo facto de todas as ações de filiação procurarem determinar a relação biológica que fundamenta os vínculos – o sangue tem, assim, definido a pertença, estabelecendo o vínculo.

Mais ainda, para o Direito, até há poucos anos, a Família era, exclusivamente, a família consanguínea, sendo que o efeito jurídico principal do parentesco – o direito de herdar – era tendencialmente reservado aos parentes de sangue.

Por conseguinte, os afetos raramente foram valorizados para fundamentar, ou densificar uma relação jurídica, sendo que a maior expressão autónoma de um vínculo baseado nos afetos é o vínculo da adoção plena[17]. No entanto, importa ressalvar que o instituto da adoção é relativamente recente, uma vez que apenas regressou ao direito português com o Código Civil de 1966 e, mesmo neste, a adoção era supletiva, nunca conflituando com a filiação de sangue, uma vez que só podiam ser adotados os filhos de pessoa falecida ou desaparecida.

Note-se ainda que, apesar da exaltação dos afetos, nas palavras da lei, no artigo 1974.º do Código Civil, a adoção mantém uma clara referência ao paradigma biológico, sendo que esta "será decretada quando (…) seja razoável supor que entre o adotante e o adotado se estabelecerá um vínculo semelhante ao da filiação."

No entanto, quer as ciências jurídicas, quer a psicologia e a sociologia da família, através de alguns dos seus estudos, tendem a exaltar a ideia de que os pais biológicos, necessariamente, amam e cuidam – princípio consagrado na Constituição da República Portuguesa quando exige que os pais apenas podem

[17] É conhecido outro exemplo, que se encontra na regra antiga sobre a designação do tutor pelo tribunal – que deverá escolher entre parentes, afins, ou pessoas que tenham cuidado ou esteja a cuidar do menor, ou ainda entre as pessoas que por ele tenham "demonstrado afeição" (artigo 1931.º do Código Civil). Neste caso, o afeto serve como critério de afirmação de um vínculo parafamiliar novo – o vínculo de tutela.

ser separados dos filhos quando não cumpram os seus deveres parentais e mediante decisão judicial (artigo 36.º, n.º 5).

Na conjuntura contemporânea civil-familiar, o afeto reveste-se de tal relevância que encerra mesmo o poder intrínseco de tecer elos de conexão entre os membros da família. Assim, em relação ao seu valor jurídico, o afeto foi inicialmente considerado como inerente ao organismo familiar, isto é, presumido, sendo que, atualmente, a sua presença se tornou essencial para dar visibilidade jurídica às relações nas famílias. Como tal, quando a presença do afeto era presumida, este era juridicamente irrelevante, quando a sua presença se tornou no diferencial para que fosse ou não considerada família, a afetividade passou a ter um maior espaço no âmbito do direito da família.

Esta situação demonstra a superação de um sistema hermético, que necessitou de elasticidade para dar eficiência ao direito pois, até agora, o afeto era tão só um elemento externo ao direito da família. A necessidade de o Direito se comportar de acordo com uma nova ótica valorativa e de agir satisfatoriamente à resolução de conflitos fez com que este transpusesse barreiras e valorasse a realidade social.[18]

A família é, atualmente, um lugar de realização dos seus membros, observando-se a felicidade individual mas relativizando-a em face do bem-estar do grupo. Assim, o seu espaço é tido como um instrumento para a realização do ser humano, tendo como valores elementos que até então não eram reconhecidos pelo direito como o afeto, o respeito, a confiança, o amor, o projeto de vida

[18] Sérgio Gischkow Pereira disserta sobre a necessidade de o intérprete interagir, adotando uma postura viva e servindo-se de outros elementos para ter uma boa resposta jurisdicional. "O direito é a vida, é gente, é sociedade, é valoração, é incessante e desesperadora ânsia de alcançar o justo. O direito é impregnado, palpita, vibra, transborda com o ser humano. A norma escrita não tem o dom de aprisionar e destruir a vida, de estiolar e sufocar o que de especificamente humano há no homem; de conter os desejos, as angústias, as emoções, as realidades, as inquietações. A dogmática, quando sacralizada, fechada, rígida, maciça, impenetrável aos valores, distancia o direito do povo, artificializa-se, esteriliza-se, mais servindo ao prazer intelectual de mentalidades lógico-matemáticas, envolvidas em abstratas elucubrações cerebrinas, do que aos fins verdadeiros e últimos do direito. O intérprete e aplicador da lei precisa captar o complexo axiológico subjacente a toda a regra jurídica e que é elemento inarredável em sua exegese. O julgador não deve elidir as condições especialíssimas da situação concreta. A lógica jurídica decisional não é silogística. Kierkegaard destaca que um juízo que não estime as pessoas uma a uma, em sua individualidade, não é mais que uma farsa e uma mentira. A vida não pode ser julgada em esquemas lógico-subsuntivo." PEREIRA, Sérgio Gischkow, *Estudos de Direito de Família*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 13.

comum e a felicidade dos seus membros, sendo que o afeto é a viga de construção estrutural das relações familiares[19].

A partir do momento em que as pessoas passaram a casar por amor ou nem sequer precisam de casar para constituir família, os valores jurídicos readequaram-se à conceção de que o que interessa na relação jurídica familiar é o sujeito e não o objeto da relação, ou seja, a família perde a sua força como instituição pois passa a ter muito mais importância a sua essência do que as formalidades da sua constituição.

A família torna-se então o espaço da afetividade e o núcleo formador do sujeito, para além do núcleo económico e de reprodução.

O afeto passa, então, a ser um valor jurídico e ganha *status* de princípio jurídico organizador.

O Direito da Família, como regulador das relações familiares, acompanhando a tendência do sistema jurídico através da legislação e reiteradas decisões tem priorizado a valorização do indivíduo dentro do grupo familiar, colocando-o em primeiro lugar, em harmonia com o princípio da dignidade da pessoa humana.

Como tal, verifica-se que liberdade e autenticidade comunicam continuamente entre si – o cidadão é livre de fazer as suas escolhas pessoais, sabendo que os seus direitos estão assegurados e podendo viver com autenticidade os seus relacionamentos.

O casamento deixou de ser celebrado única e exclusivamente por interesses patrimoniais; os casais separam-se por reconhecerem que já não existe afeto entre si; as crianças manifestam o desejo de residir com um dos pais, ou ambos, ou mesmo com os avós ou outros familiares ou terceiros, em função dos laços afetivos; as adoções são deferidas em função do vínculo afetivo preestabelecido.

Encontramo-nos atualmente perante um novo modelo de família – o modelo contemporâneo – por oposição ao anterior – o modelo patriarcal. O

[19] "A família é uma estruturação psíquica onde integrante possui um lugar definido, independentemente de qualquer vínculo biológico" PEREIRA, Rodrigo da Cunha, *Concubinato e união estável*, Belo Horizonte: Del Rey, 1995, p. 5.

modelo de família contemporâneo é inovador, principalmente pelas inúmeras possibilidades de expressões que podem ser adotadas pelos membros da família sendo que esta se tornou um lugar para o desenvolvimento do afeto e do companheirismo. Passámos de um modelo autoritário para um modelo democrático, visando o livre desenvolvimento da personalidade de cada um, harmonizado com o conjunto familiar.

A afetividade tornou-se um instrumento para a união familiar ou para a sua dissolução, quando ausente. A família caminha cada vez mais para a autenticação dos sentimentos vivenciados pelos seus membros, sendo que com esta nova postura familiar se recupera uma importante função da família: a de propiciar a desenvoltura dos laços afetivos.

Por todo o exposto e analisando a conjuntura axiológica familiar, é inegável que em alguns casos o afeto prepondera sobre todos os restantes elementos familiares, advindo daqui a sua consagração como valor jurídico essencial para a formação e manutenção das famílias.

Nas palavras de Aline Suarez Karow, "o afeto está para os laços familiares assim como o sol está para o dia. Muitas vezes está encoberto, mas sabido que está lá, mesmo que esteja atrás das nuvens"[20].

Assim, e porque o afeto é tão ou mais necessário ao desenvolvimento completo e saudável do ser humano como o sangue que lhe corre nas veias, pugnamos pelo eclodir de um novo elemento jurídico que assenta no sistema e que faz parte tanto dos direitos de personalidade quanto dos direitos fundamentais – o afeto.

Nesse sentido, o afeto deve ser o princípio orientador do Direito da Família. Embora não esteja expresso no texto constitucional, decorre da valorização da dignidade da pessoa humana através da externalização dos sentimentos nas suas relações.

[20] SUAREZ KAROW, Aline Biasuz, *Abandono afetivo – valorização jurídica do afeto nas relações paterno-filiais*, Curitiba: Juruá Editora, 2012, p. 140

5. DA TITULARIDADE E EXERCÍCIO DAS RESPONSABILIDADES PARENTAIS

As responsabilidades parentais são um meio de suprimento da incapacidade de exercício de direitos por parte da criança (artigo 124.º do Código Civil) e são preenchidas por um complexo conjunto de poderes e deveres funcionais atribuídos legalmente aos progenitores para a prossecução dos interesses pessoais e patrimoniais de que o filho menor não emancipado é titular.

Os pais ficam automaticamente investidos na titularidade das responsabilidades parentais, independentemente da sua vontade e por mero efeito da filiação, não podendo renunciar a estas nem a qualquer dos direitos que as mesmas especialmente lhes conferem, sem prejuízo do que legalmente se dispõe a propósito da adoção (artigo 1882.º do mesmo Código).

Deste carácter funcional das responsabilidades parentais, resulta que o exercício dos direitos e deveres que o integram, não tendo a ver com a realização de interesses próprios dos progenitores, encontra-se particularmente vinculado à salvaguarda, promoção e realização do interesse da criança e traduz-se, essencialmente, na realização das tarefas quotidianas do filho.

Importa, neste momento, distinguir titularidade das responsabilidades parentais de exercício. Na lei portuguesa os titulares das responsabilidades parentais são os pais, sendo estes que, em princípio, também as exercem, apenas tal não acontecendo quando estejam inibidos do seu exercício. É neste sentido que, por exemplo, a constituição da relação de adoção plena extingue o vínculo do adotado com os seus familiares naturais, integrando-o na família do adotante, passando este a ser o titular das responsabilidades parentais.

O exercício das responsabilidades parentais configura-se como um conjunto de faculdades cometidas aos pais no interesse dos filhos menores de idade em ordem a assegurar convenientemente o seu sustento, saúde, segurança, educação, a representação e a administração dos seus bens (artigo 1878.º do Código Civil).

As responsabilidades ou cuidados parentais integram um conjunto de poderes-deveres, afetados à prossecução do desenvolvimento integral do filho (artigos 1874.º, n.º 1 e 1878.º, n.º 1 do Código Civil), pelo que cabe a cada um

dos pais, no interesse exclusivo daquele, assegurar a sua educação, sustento, representação legal e a administração dos seus bens (artigos 1878.º, n.º 1, 1881.º e 1885.º, todos do Código Civil).

A criança é titular de direitos reconhecidos pela ordem jurídica (artigos 64.º, n.º 2, 67.º, 68.º e 69.º, todos da Constituição da República Portuguesa), correspondentes às necessidades cuja satisfação se impõe para o seu bem-estar psicológico e cuja denegação coarta o seu desenvolvimento e adequação social posterior, necessidades que constituem critérios pelos quais se afere a qualidade, competência e adequação dos pais (artigos 1905.º e 1906.º, ambos do Código Civil).

Traduzindo este conjunto de ideias, a Lei n.º 61/2008, de 31 de Outubro, veio substituir a expressão "poder paternal" por "responsabilidades parentais"[21], em consonância com a ideia de que aquela se mostrava pouco adequada a refletir aquela conceção e a exprimir, com rigor, a sua natureza, conteúdo e realidades envolventes, designadamente:

a) a criança como sujeito de direitos;

b) a criança como titular de uma autonomia progressiva, reconhecida em função do desenvolvimento das suas capacidades, da sua idade e da sua maturidade (artigos 5.º, 12.º e 14.º, n.º 2 da Convenção sobre os Direitos da Criança, aprovada para ratificação pela Resolução da Assembleia da República n.º 20/90, de 12 de setembro);

c) a funcionalidade dos poderes que integram as responsabilidades parentais;

d) a vinculação do seu exercício ao interesse da criança;

e) a igualdade de direitos e de deveres de ambos os pais relativamente à pessoa e ao património dos filhos menores;

f) a coresponsabilidade de ambos pela sua educação, desenvolvimento e bem-estar.

[21] É de salientar que a expressão "poder paternal" encontrava-se assente numa ideia de posse ou de domínio, com preponderância da figura do pai, não apenas em relação aos filhos mas também, numa determinada altura, em relação à própria figura da mulher.

Com esta formulação legal, adotou-se finalmente o conceito expresso no Princípio 1.º do Anexo à Recomendação n.º R (84) sobre as Responsabilidades Parentais aprovada pelo Comité de Ministros do Conselho da Europa em 28 de Fevereiro de 1984, considerando como mais rigorosa e mais adequada a uma evolução da realidade social e jurídica dos Estados Europeus a noção de "responsabilidades parentais", definidas como "o conjunto dos poderes e deveres destinados a assegurar o bem-estar moral e material do filho, designadamente tomando conta da sua pessoa, mantendo relações pessoais com ele, assegurando a sua educação, o seu sustento, a sua representação legal e a administração dos seus bens", conceito este que traduz melhor a ideia de os pais, em pé de igualdade e em concertação com o filho menor, se encontrarem investidos de uma missão de prossecução dos interesses deste, sentindo-se ambos responsáveis e implicados pelo seu bem-estar e, exercendo, para tanto, poderes legalmente conferidos.

Na exposição de motivos desta Recomendação, é especialmente referido que "o objetivo (…) é convidar as legislações nacionais a considerarem os menores já não como sujeitos protegidos pelo Direito, mas como titulares de direitos juridicamente reconhecidos (…) a tónica é colocada no desenvolvimento da personalidade da criança e no seu bem-estar material e moral, numa situação jurídica de plena igualdade entre os pais (…) exercendo os progenitores esses poderes para desempenharem deveres no interesse do filho e não em virtude de uma autoridade que lhes seria conferida no seu próprio interesse" (§ 3.º e 6.º da exposição de motivos).

Adotando perspetiva idêntica, a Convenção sobre os Direitos da Criança consagrou também o princípio de que ambos os pais têm uma responsabilidade comum na educação e no desenvolvimento da criança e de que constitui sua responsabilidade prioritária a educação e o bem-estar global da criança (artigos 18.º, n.º 1 e 27.º, n.º 2).

Também a Convenção Europeia sobre os Exercício dos Direitos da Criança, celebrada no âmbito do Conselho da Europa em 25 de Janeiro de 1996 e aprovada para ratificação pela Resolução da Assembleia da República n.º 7/2014,

de 27 de janeiro, utiliza o termo "responsabilidades parentais" a propósito da titularidade e exercício dos poderes-deveres que integram o poder paternal (artigos 1.º, n.º 3, 2.º, alínea *b*), 4.º, n.º 1 e 6.º, alínea *a)*, desta Convenção).

Deste modo, o conceito de "responsabilidades parentais" expressa mais claramente a natureza funcional dessas responsabilidades e o carácter vinculado do seu exercício, identificando melhor a realidade plural que integra o seu exercício e a sua titularidade e centrando a atenção naqueles cujos direitos se querem salvaguardar e que são as crianças.

Esta designação permite ainda referenciar, de imediato, um conjunto de poderes-deveres (responsabilidade de guarda, de educação, de representação, de administração de bens, de convívio e de relacionamento pessoal e de vigilância educativa) cujo exercício competirá, conjunta ou repartidamente, consoante o caso, a ambos os pais.

Por outro lado, é suscetível de facilitar também a identificação de uma união parental diferenciada da união conjugal ou da união marital, apontando para a necessidade da sua permanência e sobrevivência após a eventual dissolução desta.

Em suma, o conteúdo das responsabilidades parentais é composto por um conjunto de direitos dirigidos à realização da personalidade dos filhos, um conjunto de direitos e deveres irrenunciáveis, inalienáveis e originários, mediante os quais os pais assumem a responsabilidade dos seus filhos.

Com base neste conceito de responsabilidades parentais, podemos afirmar que a Lei n.º 61/2008, de 31 de outubro, pretendeu implementar uma política de maior responsabilidade e mais consentânea com a família atual, ou seja, uma família participativa e baseada em conceitos de igualdade e de colaboração.

Assim sendo, na definição e na repartição concreta das responsabilidades parentais deverá atender-se prioritariamente aos interesses e direitos da criança e, em segunda linha, aos demais interesses e direitos atendíveis (artigo 4.º, alínea *a)*, da Lei de Proteção das Crianças e Jovens em Perigo *ex vi* artigo 147.º-A da Organização Tutelar de Menores).

Este interesse da criança constitui um critério essencial de decisão, cujo conteúdo e extensão carecem de um preenchimento reconduzível a critérios objetivos. Deste modo, tem-se entendido que estes critérios devem respeitar o princípio da igualdade dos pais, promover a repartição das responsabilidades parentais mediante a adesão interna redutora dos conflitos, atender aos direitos da criança e às suas escolhas preferenciais, respeitar a autonomia da família, em conformidade com o princípio da intervenção mínima, mostrar-se exequíveis e de aplicação ágil e fácil (artigo 4.º, alíneas *a)*, *d)*, e *f)*, da Lei de Proteção de Crianças e Jovens em Perigo *ex vi* artigo 147.º-A da Organização Tutelar de Menores).

Por isso, ninguém duvidará que, em situações de dissociação familiar (separação dos progenitores, divórcio ou anulação de casamento), o interesse da criança deve ser identificado com o estabelecimento de condições psicológicas, materiais, sociais e morais favoráveis ao seu desenvolvimento harmónico e à sua progressiva autonomização.

A garantia de tais condições depende, necessariamente, da inserção da criança num núcleo de vida familiar estável e gratificante - do ponto de vista do seu bem-estar, da sua proteção e da sua educação - da possibilidade de um amplo relacionamento pessoal e direto com ambos os pais, e da promoção de um nível de vida suficiente ao seu desenvolvimento físico, mental, espiritual, moral e social.

Como tal, numa situação de dissolução familiar, a realização do interesse da criança parece estar essencialmente relacionada com a observância de dois princípios fundamentais:

a) o desenvolvimento harmónico da criança dependerá necessariamente de ambos os progenitores, não podendo nenhum deles substituir a função que ao outro cabe;

b) as relações paterno-filiais devem situar-se a um nível diferenciado das relações conjugais ou maritais.

Evidencia o primeiro destes princípios a necessidade de promover a participação interessada, a intervenção concertada e a corresponsabilização ativa

de ambos os pais pela educação do filho porquanto, do segundo, decorre a necessidade de garantir laços afetivos estáveis e profundos entre a criança e ambos os pais, apesar da separação destes, prevenindo a sua instrumentalização nos eventuais conflitos que os oponham.

A Constituição da República Portuguesa consagra como princípio geral a igualdade dos pais na educação dos filhos (artigo 36.º, n.º 5) o que implica que, seja qual for a relação familiar entre os progenitores (matrimónio, união de facto ou mesmo sem qualquer coabitação), numa situação de dissociação familiar, as responsabilidades parentais continuam a ser exercidas em conjunto por ambos (artigos 1901.º, 1906.º, n.º 1, 1911.º e 1912.º, todos do Código Civil, na redação dada pela Lei n.º 61/2008, de 31 de outubro).

O exercício das responsabilidades parentais só pode ser exercido em exclusivo por um dos progenitores quando o tribunal (e só este), através de decisão fundamentada, julgue o exercício conjunto contrário aos interesses da criança (artigo 1906.º, n.º 2 do mesmo Código), quando um dos pais não puder exercer as responsabilidades parentais, por ausência, incapacidade ou outro impedimento (artigo 1903.º do citado Código), por morte de um dos progenitores (artigo 1904.º do referido Código) ou quando um dos progenitores esteja inibido do exercício das responsabilidades parentais (artigos 1913.º e seguintes do Código Civil).

Na regulação do exercício das responsabilidades parentais em caso de divórcio ou de separação, importará resolver as seguintes questões:

a) A determinação da residência da criança (artigo 1906.º, n.º 5 do Código Civil);

b) O modelo de exercício das responsabilidades parentais (conjunto, unilateral ou misto) (artigo 1906.º, n.os 1 e 2 do citado Código);

c) O regime de convívio pessoal entre a criança e o progenitor não residente (artigo 1906.º, n.º 5 do referido Código);

d) A obrigação de alimentos a cargo do progenitor não residente (artigo 1905.º do mesmo Código)

Em relação à fixação da residência, o legislador estabelece como critérios a proximidade e o contato, ou seja, a manutenção de uma relação de grande proximidade com os dois progenitores, promovendo e aceitando acordos ou tomando decisões que favoreçam amplas oportunidades de contato com ambos e de partilha de responsabilidades entre estes (artigo 1906.º, n.º 7 do Código Civil).

Por seu turno, a fixação da residência e a organização dos tempos da criança (direitos de visita) devem ser estabelecidos de acordo com o interesse desta criança e de outras circunstâncias relevantes, designadamente o eventual acordo dos pais e a disponibilidade manifestada por cada um deles para promover relações habituais do filho com o outro, ou seja, a capacidade que cada um dos pais demonstra em promover os contatos do filho com o outro progenitor (n.º 5 do mesmo artigo).

5.1. DA CONVIVÊNCIA FAMILIAR

A criança tem o direito de estabelecer, reatar ou manter uma relação direta e contínua com o progenitor com quem não resida habitualmente, devendo este direito de visita ser exercido no interesse da criança, verdadeiro beneficiário do mesmo[22]. Nesse sentido, fica o progenitor residente incumbido das obrigações de não interferir nas relações do filho com o outro progenitor (não residente) e de facilitar, ativamente, o direito de contacto e de relacionamento prolongado, porquanto ao progenitor não residente incumbe o dever de se relacionar pessoal e presencialmente com o filho[23].

Em situações de dissociação familiar e estabelecida a residência dos filhos comuns, assiste ao outro progenitor o direito de participar no crescimento e educação daqueles, bem como o direito de tê-los na sua companhia,

[22] Em suma, o regime de visitas pressupõe o tempo que a criança passa com o progenitor não residente ou residente. Contudo, este termo não será o mais adequado, na medida em que pais e filhos não se visitam pois fazem parte integrante da mesma família, havendo mesmo quem defenda a sua substituição por organização do tempo da criança ou por relações pessoais entre o filho e o progenitor não residente. De igual modo, também as relações com os avós e outros membros da família são de fulcral importância no equilíbrio presente e futuro da criança na medida em que consubstanciam a preservação do património familiar, genético e espiritual.

[23] v. SOTTOMAYOR, Maria Clara, *Regulação do Exercício do Poder Paternal nos casos de Divórcio*, 5.ª edição, Coimbra: Almedina, 2011, pp. 105-107.

concretizando aquilo que é normalmente designado por "regime de visitas" mas que será mais adequado denominar por "organização dos tempos da criança" ou por "relações pessoais entre o filho e o progenitor não residente".

Este conceito de relações pessoais abrange, designadamente, o denominado direito de visita (permanência ou simples encontro) mas também toda e qualquer forma de contacto entre a criança e os familiares (incluindo nesta definição toda e qualquer relação estreita de tipo familiar como a existente entre os netos e os avós ou entre irmãos, emergentes da lei ou de uma relação familiar de facto) e abrangendo o direito dos familiares à obtenção de informações sobre a criança[24].

O direito de visita consiste, assim, "no direito de pessoas unidas entre si por laços familiares ou afetivos estabelecerem relações pessoais, ou seja, a possibilidade de o progenitor não residente e a criança se relacionarem e conviverem entre si, uma vez que tais relações não podem desenvolver-se de forma normal, no dia-a-dia, em virtude da falta de coabitação (…)" substituindo "o convívio diário entre este progenitor e os seus filhos, tal como existia antes da separação ou do divórcio.[25]

Simultaneamente, corresponde "a um direito a que estão associados, nomeadamente o dever de se relacionar com os filhos, com regularidade, em ordem a promover o seu desenvolvimento físico e psíquico, e o dever de colaborar com o progenitor residente no cuidado dos filhos e na assistência aos mesmos prestada"[26].

Dotado de uma forte componente humana, subjazem-lhe realidades afetivas, anteriores ao facto jurídico que o direito não pode ignorar.

Com efeito, e tal como refere Clara Sottomayor, "se é importante na ordem familiar e humana que a criança não veja a sua vida amputada de carinho,

[24] Artigo 2.º, alínea *a)*, da Convenção sobre as Relações Pessoais Relativas às Crianças do Conselho da Europa, aberta à assinatura em 5 de Maio de 2003 (instrumento ainda não ratificado e aprovado pelo Estado Português).

[25] SOTTOMAYOR, Maria Clara, *Regulação do Exercício do Poder Paternal nos casos de Divórcio*, 5.ª edição, Coimbra: Almedina, 2011, p. 105

[26] Acórdão da Relação de Coimbra, Secção Cível, de 31 de janeiro de 2006 (Processo n.º 4027/05), relatado por HÉLDER ROQUE, disponível em www.dgsi.pt (http://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/d6839d6560320a98802571540052a217?OpenDocument).

contacto, relação e comunicação, o mesmo sucede no plano jurídico". Mormente, "o direito não podia ficar indiferente a esta profunda realidade humana, simultaneamente biológica e psíquica e, por isso, tem vindo a ser dada uma especial relevância jurídica a este fenómeno de relações entre pais e filhos após o divórcio ou a separações dos progenitores"[27].

O direito de visita pode, assim, ser definido como o direito do progenitor não residente de se relacionar e conviver com a criança, afirmando a tendência para considerar o filho como ser autónomo e sujeito de direitos.

É de notar que, "a relação de visita é uma relação singular que não tem paralelo na relação entre os membros de uma família fundada no casamento pois a transição de uma família intacta para uma estrutura familiar extremamente diferente e o constrangimento da visita aumentam o potencial de mudança pelo que o sucesso da relação de visita depende muito mais da capacidade psicológica dos pais e das crianças para se adaptarem flexivelmente às novas condições do que da relação pré-divórcio"[28]

O regime de contactos pessoais (ou direito de visita) definido num acordo ou numa decisão judicial de regulação do exercício das responsabilidades parentais é também um mecanismo possibilitador de o progenitor com quem a criança não reside habitualmente acompanhar a forma como o filho está a ser educado e orientado pelo outro progenitor (artigo 1906.º, n.º 6 do Código Civil).

Maxime, o exercício do direito de visita por parte do progenitor não residente funciona como um meio deste manifestar a sua afetividade pela criança, de ambos se conhecerem e partilharem os seus sentimentos de amizade, as suas emoções, ideias, medos e valores mais íntimos, traduzindo-se num "verdadeiro ato de amor puramente gratuito" que constitui a "essência dos direitos parentais para o progenitor não residente"[29].

---

[27] SOTTOMAYOR, Maria Clara, *Regulação do Exercício do Poder Paternal nos casos de Divórcio*, 5.ª edição, Coimbra: Almedina, 2011, p. 106

[28] SOTTOMAYOR, Maria Clara, *Regulação do Exercício do Poder Paternal nos casos de Divórcio*, 5.ª edição, Coimbra: Almedina, 2011, p. 120

[29] SOTTOMAYOR, Maria Clara, *Regulação do Exercício do Poder Paternal nos casos de Divórcio*, 5.ª edição, Coimbra: Almedina, 2011, p. 106

O exercício deste direito não pode ser restringido ou suprimido, a não ser que circunstâncias extremamente graves o justifiquem e em nome do superior interesse da criança (artigo 180.º, n.º 2 da Organização Tutelar de Menores)[30]. Nesse sentido, e tal como referido anteriormente, assume a natureza de um direito-dever e não tanto de um direito subjetivo propriamente dito, constituindo um meio do progenitor não residente e os filhos estabelecerem entre si uma relação afetiva que contribua para o desenvolvimento psicológico destes e também um meio daquele colaborar com o progenitor residente no exercício das responsabilidades parentais em relação aos filhos.

No contexto de uma dissociação familiar, o direito de visita pode ser regulado por acordo dos pais, homologado pelo tribunal, ou por decisão judicial que se impõe a estes, em caso de conflito entre os pais ou de recusa de homologação de acordo. O acordo dos pais goza de preferência do legislador, tendo a determinação judicial do direito de visita um carácter subsidiário.

De forma intencional, a lei não regulou o direito de visita, limitando-se a mencioná-lo, não pormenorizando quais os moldes e os contornos da sua aplicação prática, preferindo deixar tal tarefa aos pais, sob o controlo do juiz (ou do Ministério Público[31]), mais de acordo com as circunstâncias do caso concreto ou, na falta de acordo, mediante decisão judicial que tenha em conta, em primeiro lugar, o interesse da criança.

Deste modo, "a escolha entre estas várias modalidades de contactos pessoais poderá variar consoante os fatores específicos de cada caso: a idade da criança, disponibilidade e vontade desta, a sua saúde [os seus estudos e a sua vida pessoal de relação] a sua opinião, as suas necessidades materiais e afetivas, a proximidade dos domicílios dos pais, as condições materiais de habitação do titular do direito de visita, as suas ocupações profissionais, horários de trabalho e tempos livres, a presença dos avós, a relação entre a criança e a pessoa com quem

[30] Mesmo nos casos em que seja aplicada medida de confiança do filho a terceira pessoa ou a estabelecimento em consequência de uma situação de perigo para a segurança, saúde, formação moral e educação da criança, será estabelecido um regime de visitas aos pais, a menos que, excecionalmente, o interesse do filho o desaconselhe (artigo 1919.º, n.º 2 do Código Civil).

[31] Nos processos de divórcio por mútuo consentimento, o controlo dos acordos de regulação do exercício das responsabilidades parentais é feito pelo Ministério Público (artigos 1776.º-A e 1778.º do Código Civil e artigo 14.º do Decreto-Lei 272/2001, de 13 de Outubro)

o progenitor não residente vive maritalmente ou casou segunda vez, a saúde e a existência de irmãos germanos ou uterinos no agregado familiar deste progenitor, entre outras circunstâncias."[32]

5.2. DA TUTELA DO REGIME DOS CONTACTOS PESSOAIS

Dispõe o artigo 181.º, n.º 1 da Organização Tutelar de Menores que, face ao incumprimento de um dos progenitores do acordo ou da decisão de regulação do exercício das responsabilidades parentais, poderá o outro progenitor deduzir incidente de incumprimento requerendo que o tribunal tome as devidas providências para o cumprimento coercivo do que foi acordado ou decidido.

O processo de incumprimento da regulação do exercício das responsabilidades parentais reveste natureza incidental e tem lugar quando o acordo homologado ou a sentença que regulou o exercício das responsabilidades parentais não sejam cumpridos por um dos progenitores, em qualquer das suas vertentes (residência da criança, exercício das responsabilidades parentais, convívios pessoais e prestação de alimentos), podendo ainda acontecer que ambos incumpram, correndo cada incidente *per se*.

Este incidente consubstancia um misto de atividade declarativa e de atividade executiva na medida em que se impõe apurar, em primeiro lugar, se existe ou não o incumprimento[33] e, em segundo lugar, serem adotadas as

[32] SOTTOMAYOR, Maria Clara, *Regulação do Exercício do Poder Paternal nos casos de Divórcio*, 5.ª edição, Coimbra: Almedina, 2011, p. 118

[33] É necessária alguma razoabilidade na aferição da existência de um rigoroso incumprimento pois existem muitas situações que não configuram, de facto, qualquer tipo de incumprimento, o que significa que urge averiguar se da letra expressa do acordo homologado ou da sentença consta uma cláusula de onde resulte essa obrigação agora tida por incumprida por algum dos pais (neste sentido, BOLIEIRO, Helena/GUERRA, Paulo, *A criança e a família – Uma questão de Direito(s)*, Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 246, nota 146).
Esta tarefa nem sempre é fácil uma vez que, algumas vezes, os acordos são excessivamente vagos e imprecisos, exigindo, por isso, um grande cuidado por parte dos advogados que participam na sua elaboração bem como junto dos magistrados que são responsáveis pela respetiva homologação (o Ministério Público, no caso dos acordos celebrados em divórcio por mútuo consentimento, e o juiz, no caso dos acordos celebrados em processo judicial).
Por outro lado, uma boa referência para este efeito é aquela que nos é dada pela jurisprudência ao entender que "não é qualquer incumprimento que faz desencadear as consequências previstas no artigo 181.º da Organização Tutelar de Menores, só relevando o incumprimento que, não sendo ocasional, é grave, culposo e reiterado; não o é aquele que surge por razões imponderáveis alheias à vontade do pai dito incumpridor ou no caso em que este está convencido que não está a incumprir, até por má compreensão do acordado ou sentenciado" Acórdão da Relação do Porto, Secção Cível, de 3 de outubro

providências necessárias para o cumprimento do acordo ou da decisão judicial de regulação do exercício das responsabilidades parentais.

O tribunal não está limitado às providências requeridas por qualquer um dos progenitores, podendo aplicar outras, de acordo com o interesse da criança, embora seja conveniente observar o princípio do contraditório durante a tramitação de todo o incidente, na medida em que isso não afete os interesses da criança ou a eficácia das providências a adotar pelo tribunal (artigos 3.º do Código de Processo Civil, 147.º-E e 161.º, ambos da Organização Tutelar de Menores).

Na doutrina, Moitinho de Almeida[34] afirma que as únicas sanções aplicáveis ao cumprimento do acordo ou da sentença de regulação das responsabilidades parentais são a multa e a indemnização pois o legislador quis dar pouco alcance às medidas coercivas, condicionando-as à sua possibilidade.[35]

Com o nascimento de um filho cria-se na esfera jurídica dos pais um conjunto de responsabilidades legais, como seja o dever de cuidado, que implica o respeito pela individualidade dos filhos, promovendo-lhes um desenvolvimento saudável da sua personalidade e dando-lhes o afeto necessário, em consonância com respeito pelo princípio da dignidade da pessoa humana.

Assim, a imposição, por parte do legislador, de um regime de visitas, que só poderá ser coartado excecionalmente, demonstra que este considera a afetividade como um direito-dever dos pais e um direito dos filhos, salientando a importância de um convívio saudável e afetivo para o desenvolvimento da personalidade.

A omissão deste dever e a correspondente violação do direito do filho poderá, em nosso entender, implicar a concessão da devida indemnização baseada em responsabilidade civil extracontratual.

---

de 2006 (Processo n.º 0622382) relatado por HENRIQUE ARAÚJO, citado por BOLIEIRO, Helena/GUERRA, Paulo, *A criança e a família – Uma questão de Direito(s)*, Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 246.

[34] Moitinho de Almeida, "As medidas executivas dos regimes das responsabilidades parentais", *Scientia Juridica*, Tomo XV, 1966, p. 134

[35] Contudo, em sentido diferente, admitindo a intervenção policial como uma medida coercitiva a adotar quando se revele imprescindível, EPIFÂNEO, Rui/FARINHA, António, *Organização Tutelar de Menores - Contributo para uma visão interdisciplinar do Direito da Família*, Coimbra: Almedina, 1997, p. 345.

5.3. DA INADEQUAÇÃO DOS MECANISMOS PROCESSUAIS DE TUTELA

O sistema de garantias e de tutela do cumprimento das responsabilidades parentais estabelecido pelo Código Civil e pela Organização Tutelar de Menores (Decreto-Lei n.º 314/78, de 27 de outubro, com as alterações introduzidas pela Lei n.º 133/99, de 28 de agosto, Lei n.º 147/99, de 1 de Setembro, Lei n.º 166/99, de 14 de setembro, e Lei n.º 31/2003, de 22 de agosto) encontra-se gizado em função do pressuposto de que os pais amam e cuidam dos seus filhos e que, perante uma situação de dissociação familiar, pretendem continuar a fazê-lo sendo, por vezes, impedidos de o fazer pelo outro progenitor ou que, em situações extremas, existem pais que, culposamente, não cumprem essas responsabilidades e, dessa forma, há que encontrar uma solução que lhes retire ou limite essas responsabilidades, atribuindo-as a terceiros uma vez que o seu escopo não se esgota no cumprimento dos deveres mas também no exercício dos poderes de representação em função da incapacidade.

Assim, no primeiro caso, o mecanismo de tutela do incumprimento da regulação do exercício das responsabilidades parentais (artigo 181.º da Organização Tutelar de Menores) prevê, em primeiro lugar, que um dos progenitores não cumpra o que se encontra acordado entre ambos ou decidido pelo tribunal relativamente ao regime de contactos pessoais com o filho menor e, em segundo lugar, impõe ao tribunal o uso de mecanismos coercivos (que deixa na disponibilidade do juiz) para alcançar o cumprimento do regime acordado ou decidido, mecanismos esses que podem incluir o pagamento de multa ou de indemnização a favor da criança ou do progenitor lesado.

No segundo caso, o mecanismo de tutela do cumprimento dos deveres parentais relativamente ao filho por parte dos seus progenitores implica que estes violem esses deveres por culpa, inexperiência, enfermidade, ausência ou outras razões que mostrem a inexistência de condições para o seu cumprimento, ocorrendo grave prejuízo para o filho provocado por essa violação ou pelas circunstâncias que impedem o cumprimento dos deveres parentais (artigos 197.º da Organização Tutelar de Menores e 1915.º, n.º 1 do Código Civil).

Por outro lado, o funcionamento deste mecanismo, pela sua carga negativa e fortemente restritiva de direitos, apenas pode ser aplicada em situações de extrema gravidade, sendo normalmente justificadas pela circunstância de procurar assegurar a substituição do progenitor no exercício das responsabilidades parentais, mediante a concentração no outro progenitor desse exercício (quando a inibição seja parcial) ou mediante o recurso ao exercício das responsabilidades parentais por terceiros (tutela, apadrinhamento civil ou adoção).

Finalmente, é sabido que, muitas vezes, os efeitos nefastos do abandono afetivo ou o dano provocado na personalidade ou no desenvolvimento da pessoa lesada apenas se fazem sentir depois da maioridade, ou seja, quando o lesado dispõe de capacidade pessoal para o exercício do direito subjetivo que sente violado.

Em suma, os mecanismos de tutela do cumprimento das responsabilidades parentais previstos na Organização Tutelar de Menores não se mostram adequados para garantir a proteção integral do direito subjetivo ao afeto.

6. DOS EFEITOS DO (DES)AFETO

O termo afeto deriva do latim *affectus*, isto é, a afeição por alguém, a inclinação, a simpatia, a amizade, o amor.

A afetividade, enquanto conceito da psicologia[36], é entendida como a capacidade individual de experimentar e revelar tais sentimentos em relação aos outros, tendo um papel fulcral no processo de aprendizagem do ser humano, dado o seu carácter transversal, influenciando profundamente o seu crescimento cognitivo.

Por se tratar de um ser em desenvolvimento, a criança tem necessidades básicas de segurança, de oportunidades e novas experiências, de reconhecimento, de alimentação adequada, de cuidados médicos, de educação e, principalmente, de amor[37].

Barudy[38] considera que qualquer criança é um ser único mas simultaneamente igual a todas as outras crianças e, como tal, todas devem receber os cuidados necessários à sua saúde, bem-estar e desenvolvimento, sendo-lhes garantido ao mesmo tempo que os seus direitos sociais, económicos e cívicos, sejam respeitados. Nesse sentido, toda a ação ou omissão praticadas pela sociedade em geral, ou por indivíduos em particular, que prive as crianças destes cuidados, que não lhes garanta os seus direitos e liberdades, entrará na categoria dos maus tratos, sendo de ressalvar, tal como referem Maria do Céu Azevedo e Ângela da Costa Maia[39], que "os maus tratos deixam sequelas graves e, frequentemente, irreversíveis", surgindo em todos os estratos sociais, já que em todos eles existem famílias disfuncionais.

Contudo, somos diariamente confrontados, mormente através da comunicação social, com casos de maus tratos infantis, os quais põem em perigo

[36] Disponível em http://www.significados.com.br/afetividade/

[37] "(…) mostram a lógica e o bom-senso que a criança e o adolescente precisam se nutridos do afeto dos seus pais, representado pela proximidade física e emocional, cujos valores são fundamentais para o suporte físico e para a futura inserção social dos filhos(…)" MADALENO, Rolf, *Repensando o Direito da Família*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 113

[38] BARUDY, J., *El dolor invisible de la infância. Una lectura ecossistemica del mau trato infantil*, Barcelona: Paidos, 1998.

[39] AZEVEDO, Maria do Céu/MAIA, Ângela da Costa, *Maus-Tratos à Criança*, Lisboa: Climepsi Editores, 2006, p. 15.

a saúde, não só física mas também mental, das crianças que os sofrem, com consequências não apenas a curto como a médio e longo prazo.

Pela sua dimensão, os maus tratos constituem hoje uma problemática que envolve não apenas profissionais da área da saúde, mas também da educação e justiça, sendo que esta interdisciplinaridade pressupõe que cada uma das ciências perca a unilateralidade da sua perspetiva específica, a favor de uma visão mais global, integrada, e, assim, mais próxima da realidade, uma vez que nenhuma das perspetivas pelas quais pode ser analisado o problema será suficientemente compreensiva e atuante, se desligada de outras, e desinserida de um projeto de intervenção que envolva uma estratégia global e coordenada, tal como salienta Armando Leandro[40].

Categorizar maus tratos apresenta-se-nos, contudo, como uma tarefa difícil dado que os diferentes tipos normalmente ocorrem em simultâneo num mesmo sujeito, complexificando a tarefa de estabelecer fronteiras entre estes. Nas palavras de Maria do Céu Azevedo e Ângela da Costa Maia[41], "os maus tratos físicos têm consequências psicológicas, assim como os maus tratos psicológicos têm consequências físicas".

Dada a facilidade de compreensão que evidencia, quer para especialistas, quer para leigos, adotamos como adequada a categorização apresentada por Barudy[42]. O autor distingue entre maus tratos ativos e passivos, referindo-se no primeiro caso aos comportamentos e discursos que implicam o uso da força física, sexual ou psicológica, que pela sua intensidade e frequência provocam danos à criança, enquanto no segundo caso se insere toda e qualquer omissão ou insuficiência de cuidados que prejudique o bem-estar da criança. Como tal, inserem-se na categoria de maus tratos ativos o abuso físico, o abuso sexual e o abuso psicológico, sendo que a negligência e o abandono surgem inseridos nos maus tratos passivos.

[40] LEANDRO, Armando, "A problemática da criança maltratada em Portugal. Alguns aspetos jurídicos e judiciários", *Revista do Ministério Público*, 35/36, pp. 55-84.
[41] AZEVEDO, Maria do Céu/MAIA, Ângela da Costa, *Maus-Tratos à Criança*, Lisboa: Climepsi Editores, 2006, p. 30.
[42] BARUDY, J., *El dolor invisible de la infância. Una lectura ecossistemica del mau trato infantil*, Barcelona: Paidos, 1998.

A negligência é a forma de mau trato mais frequente e caracteriza-se pela falha consecutiva dos pais em responder às necessidades da criança – educacionais, alimentares, higiénicas, sanitárias – quando possuem recursos para o fazer[43], podendo também ser essencialmente psicológica – "invisível" – ou seja, aquela em que os pais asseguram à criança as necessidades materiais mas ignoram as suas necessidades socio-afetivas, da qual podem resultar mais problemas emocionais do que nas crianças abusadas fisicamente. No entanto, nesta forma passiva de maus tratos[44], mantém-se alguma relação entre os pais e os filhos enquanto no abandono a rejeição é total – é não assumir por completo as funções parentais de proteção, educação e criação.

Enquanto a negligência e o abandono implicam comportamentos omissivos, o mau trato psicológico funda-se num conjunto de ações/comportamentos, sendo que podemos distinguir cinco formas de maus tratos psicológicos[45], dos quais destacamos a rejeição, o isolamento e o ignorar.

Assim, a rejeição caracteriza-se pela prática de comportamentos para com a criança que a impedem de estabelecer uma relação de vinculação, podendo passar pela sua exclusão das atividades familiares através de uma valorização negativa desta, bem como pela ausência de diálogo, rejeição do afeto e não partilha de atividades lúdicas.

Por seu turno, o isolamento consiste na segregação social da criança, privando-a, inicialmente, de estabelecer relações no âmbito da própria família, impedindo-a de sentir amada.

O ignorar, por sua vez, traduz-se por uma total ausência de disponibilidade por parte do pai ou da mãe da criança, coartando o seu desenvolvimento, não permitindo que o mesmo se processe de forma adequada.

---

[43] OATES, R, *The spectrum of child abuse: Assessement, treatment and prevention*. New York: Brunner/Mazzel Publisgers, 1196, citado por MATOS, Raquel/FIGUEIREDO, Bárbara, "Maus Tratos e Negligência à Criança: Ressituação de uma Problemática", *Infância e Juventude*, n.º 1/01, janeiro-março 2001, p. 129.

[44] BROWNE, K.D, SAQI, S., "Approches to screening for child abuse and neglect", *Early Prediction and prevention of child abuse*, Chichester: John Wiley and Sons, 1988, pp. 57-86, citado por MATOS, Raquel/FIGUEIREDO, Bárbara, "Maus Tratos e Negligência à Criança: Ressituação de uma Problemática", *Infância e Juventude*, n.º 1/01, janeiro-março 2001, p. 129.

[45] AZEVEDO, Maria do Céu/MAIA, Ângela da Costa, *Maus-Tratos à Criança*, Lisboa: Climepsi Editores, 2006, p. 34-35.

6. DOS EFEITOS DO (DES)AFETO

O ser humano manifesta o sofrimento de várias formas, sendo que os mecanismos de expressão existentes no aparelho biológico do indivíduo são múltiplos[46].

Nas palavras de Pedro Strecht, "entender as repercussões psicológicas da perda (abandono, morte) numa criança implica ter presente a noção de luto". Assim, recorda Sigmund Freud, em *Luto e Melancolia*, "opondo o afeto normal inerente à reação de perda de um objeto amado (luto) com a perda de objeto transformada em perda do «eu» (a base da melancolia)".[47]

No luto, a perda de um ente querido faz com que as pessoas sintam um vazio temporário sendo que com o decorrer do tempo recuperam a capacidade de redirecionar os seus afetos. No estado melancólico, por sua vez, a experiência da perda tem a mesma dimensão, no entanto, não se sabe o que se perdeu nem porquê – o processo de perda é inconsciente.

Apesar disso, a magnitude, periodicidade, duração e seleção dos mecanismos de expressão do sofrimento estão intimamente relacionados com as variáveis ligadas à natureza subjetiva do indivíduo – o contexto envolvente, a sua história desenvolvimental, determinantes genéticas e biológicas e os momentos marcantes na sua história de vida (*life-events*)[48].

O termo "meio facilitador para o crescimento psíquico" foi introduzido por Winnicott[49], de modo a salientar a importância da existência de condições exteriores adequadas e estimulantes para a criança para o desenvolvimento das suas aptidões.

Nesse sentido, a necessidade de uma prestação de cuidados suficientemente boa implica a existência de um meio capaz de produzir e manter relações afetivas estáveis e de boa qualidade – a mãe, o pai, a família devem ser a base, sendo que geralmente é a estas figuras que a criança se vai vincular,

[46] PEIXOTO, Carlos/RIBEIRO, Catarina, "Indicadores Psicológicos de Abuso", *Abuso de Crianças e Jovens - Da suspeita ao diagnóstico*, Lisboa: Lidel, 2010, p. 39.
[47] STRECHT, Pedro, *Crescer Vazio*, 5.ª edição, Lisboa: Assírio & Alvim, 2002, p. 39.
[48] PEIXOTO, Carlos/RIBEIRO, Catarina, "Indicadores Psicológicos de Abuso", *Abuso de Crianças e Jovens - Da suspeita ao diagnóstico*, Lisboa: Lidel, 2010, p. 39.
[49] STRECHT, Pedro, *Crescer Vazio*, 5.ª edição, Lisboa: Assírio & Alvim, 2002, p. 78.

estabelecendo com elas padrões de relação que serão o esqueleto de todas as relações ao longo da sua vida.

Strecht relembra a este propósito[50], os estudos de René Spitz e John Bowlby, sobre a importância da relação afetiva que se estabelece entre a criança e a sua mãe, em que o primeiro desenvolveu um modelo sobre o comportamento dos bebés subitamente privados do contacto com as suas mães, segundo o qual, após passar por várias fases, o bebé pode atingir um estado depressivo, que o autor denomina por depressão anaclítica, a qual, em casos extremos, pode conduzir à morte. Bowlby, por sua vez defendeu a ligação entre as falhas no processo de vinculação e perturbações posteriores. Assim, qualquer perturbação no vínculo inicial da criança à mãe irá tornar a pessoa mais insegura na sua emotividade futura.

Por outro lado, a ausência da função paterna pode causar profundas deficiências no que diz respeito à aquisição de um modelo de autoridade parental, que não se materializa apenas pela ausência da figura paterna.

Assim, o desenvolvimento harmonioso do indivíduo passa não apenas pela vinculação como pela identificação, nomeadamente com a figura masculina. Laplanche e Pontalis[51] definem identificação como o "processo psicológico pelo qual o indivíduo assimila um aspeto, uma propriedade ou um atributo de outro e transforma total ou parcialmente o modelo daquele". Como tal, a ausência da figura paterna ou a presença de um pai incapaz de transmitir um modelo firme, seguro e coerente, provocará perturbações ou lacunas no processo de identificação da criança com a figura masculina.

Nesse sentido, podemos afirmar que, para o desenvolvimento da criança, o papel da proximidade afetiva do pai se sobrepõe à sua mera presença física.

Em suma, a ausência da figura materna influencia negativamente o processo de vinculação, enquanto a carência da figura paterna afeta o processo de identificação.

---

[50] v. STRECHT, Pedro, *Crescer Vazio*, 5.ª edição, Lisboa: Assírio & Alvim, 2002, pp. 113.

[51] LOPES, Soraia/SARGENTO DOS SANTOS, Paulo, "Afetividade, Auto-Conceito e Auto-Estima", *Infância e Juventude*, n.º 2/05, abril-junho 2005, p. 150

Por conseguinte, a qualidade da relação que a criança estabelece com as figuras de vinculação durante a infância vai influenciar os conhecimentos e expetativas acerca do que pode esperar dos outros e de si própria, afetando as suas relações intra e interpessoais, após o que, se os pais forem representados pela criança como indivíduos disponíveis e capazes de lhe proporcionar experiências agradáveis, a criança tenderá a esperar o mesmo dos outros, estabelecendo-se, assim, as bases da confiança em si própria e nos outros, isto é, crianças maltratadas tendem a revelar défices de relacionamento com os outros.

Segundo especialistas[52], é comum encontrar nestas crianças um sofrimento que habitualmente não sabem expressar, destacando-se três grandes quadros – imaturidades estruturais, depressões e desorganizações pré-psicóticas ou psicóticas – que podem evoluir, na adolescência, para uma organização em estados deficitários ou de debilidade mental por rarefação progressiva da vida psíquica ou para desarmonias evolutivas (sobretudo narcísicas), com passagens a atos delinquentes, comportamentos aditivos de risco ou dificuldades nas identificações sexuais com risco de fixações perversas.

Como tal, a angústia da perda é forte, sendo que a necessidade de reparação dos pais pode obrigar a um processo de luto mais difícil do que nas situações em que existe, na realidade, a ausência de um dos progenitores, levando a que, mesmo em relação a pais inconsistentes e abandonantes, as crianças desenvolvam um frequente sentimento de culpabilidade e uma intensa necessidade de os reparar – "qualquer criança tende a proteger os seus Pais e a viver este dilema com ambivalência, muitas vezes geradora de grande ansiedade"[53].

Pedro Strecht adapta a uma descrição evolutiva o significado da palavra amor na obra de Winnicott, relembrada por Alexander Newman, que achamos importante ressalvar: "O amor significa ser fruto de um ato feliz de criação de duas pessoas (Pai e Mãe); significa estar vivo, existir e ser amado por quem o

[52] STRECHT, Pedro, *Crescer Vazio*, 5.ª edição, Lisboa: Assírio & Alvim, 2002 e PEIXOTO, Carlos, RIBEIRO/Catarina, "Indicadores Psicológicos de Abuso", *Abuso de Crianças e Jovens - Da suspeita ao diagnóstico*, Lisboa: Lidel, 2010, p. 39

[53] STRECHT, Pedro, *Crescer Vazio*, 5.ª edição, Lisboa: Assírio & Alvim, 2002, pp. 87

originou; significa que todas as crianças possam nascer iguais em direitos; significa gostarmos de nós pela perceção primeira de que alguém gosta de nós; o amor significa ser cuidado, alimentado, tocado; significa ser reconhecido como um ser único; significa gostarmos de nós novamente, gostarmos dos Pais e voltar a sentir que eles gostam de nós; o amor significa estar integrado (corpo e alma) como pessoa, na segurança de ser individual e estar em relação com os outros; significa juntar bom e mau, positivo e negativo nas mesmas coisas e pessoas; significa estar apto a suportar as primeiras privações, as futuras perdas e aceitá-las como preço de toda a descoberta de crescer; significa gostarmos de nós (nas nossas competências e vulnerabilidades, isto é, fortes e fracos), de outros e sentir que outros gostam de nós; o amor significa gostar e saber cuidar de outros para além de nós, vivendo de forma criativa e adaptada ao que pensamos, sentimos (mundo interior), e ao que nos rodeia (realidade exterior); significa desejar para os outros o que foi bom para nós e emendar o que de mau achamos que nós próprios vivemos."[54]

Em suma, a ausência de uma relação de vinculação adequada aumenta a insegurança sendo que, face à contrariedade ou frustração, a criança ou jovem desenvolve uma baixa autoestima e baixa autoconfiança. Mais ainda, na idade adulta, as crianças poderão desenvolver graves perturbações psicológicas – estados depressivos e tentativas de suicídio, perturbação da personalidade e da identidade, automutilação, consumo problemático de substância psicotrópicas ou distúrbios alimentares.

Deste modo, podemos afirmar que, para que a criança possa ter um desenvolvimento saudável, estável e feliz, pai e mãe devem, juntos, suportar todos os encargos que um filho gera, quer sejam económicos – alimentação, educação, habitação, saúde – ou emocionais – carinho, afeto, amor.

Neste sentido, na reparação civil por abandono afetivo, o bem jurídico tutelado é, em primeiro lugar, a integridade psíquica e emocional do filho, sendo, em segundo plano, o desenvolvimento da sua personalidade, abstido de traumas, memórias indizíveis, frustrações negativas e, sobretudo, livre de patologias.

[54] STRECHT, Pedro, *Crescer Vazio*, 5.ª edição, Lisboa: Assírio & Alvim, 2002, p. 87

Assim, torna-se inegável que a postura omissiva de um dos progenitores no que concerne à prestação do dever de cuidado a um filho, constitui dano que urge ressarcir, de modo a que este comportamento por parte dos progenitores cesse – a função dissuasória está presente neste tipo de responsabilidade na medida em que um caso poderá servir de paradigma para os restantes.

7. DA RESPONSABILIDADE CIVIL POR ABANDONO AFETIVO

A aplicação de uma sanção pecuniária em consequência do incumprimento do acordo ou decisão de regulação do exercício das responsabilidades parentais pressupõe a demonstração das circunstâncias concretas em que ocorreu esse incumprimento para se verificar se existiu culpa e ilicitude.

Fenómenos como o sofrimento ou a perda, ainda que inerentes à situação de abandono, não se conseguem explicar no domínio da juricidade.

É nesse contexto que, com o recurso a outras ciências que estudam os processos e os fenómenos de vinculação afetiva, iremos agora avaliar em que medida é que os comportamentos que consubstanciam o abandono afetivo poderão constituir fundamento para a responsabilidade civil.

Para tal, iremos analisar os pressupostos da responsabilidade civil, à luz do artigo 483.º, n.º 1 do Código Civil – uma conduta lesiva, a respetiva ilicitude, a culpa do agente, o dano e o nexo de causalidade (entre a referida conduta e a lesão causada)[55].

7.1. DO FACTO ILÍCITO

A conduta lesiva consiste, em regra, numa ação, ou seja, num facto positivo que importa a violação de um dever geral de abstenção, do dever de não ingerência na esfera de ação do titular do direito absoluto. No entanto, pode traduzir-se também num facto negativo, numa abstenção ou numa omissão, tal como refere o artigo 486.º do Código Civil.

Quanto à ilicitude, o Código Civil procurou fixá-la em termos mais precisos descrevendo duas variantes, através das quais se pode revelar o carácter ilícito de uma conduta – a violação de um direito de outrem (artigo 483.º do Código Civil), a qual abrange, principalmente, os direitos absolutos; e a violação de uma lei que protege interesses alheios, sendo que, neste caso, são três os requisitos indispensáveis à indemnização por responsabilidade civil: que a lesão

[55] V. DIAS MARQUES, José, *Noções Elementares de Direito Civil*, Lisboa: Centro de Estudos de Direito Civil, 1973, p. 160.

dos interesses do particular corresponda a violação de uma norma legal; que a tutela dos interesses dos particulares figure, de facto, entre os fins da norma violada; e que o dano se tenha registado no círculo de interesses privados que a lei visa tutelar.

A violação do direito subjetivo de outrem ou de norma destinada a proteger interesses alheios constitui, por norma, um facto ilícito.

Os deveres paterno-filiais relativos à pessoa dos filhos estão funcionalmente e teleologicamente orientadas para a promoção do desenvolvimento físico, intelectual e moral da criança, tal como previsto no já referido artigo 1885.º, n.º 1 do Código Civil, de modo a defender e valorizar a personalidade desta, sendo que a funcionalidade dos poderes paterno-filiais, consagrada no n.º 1 do artigo 1878.º do Código Civil, vincula o seu exercício ao interesse dos filhos, como meio de consecução e proteção dos bens de personalidade de que as crianças são titulares.

Em suma, as responsabilidades parentais têm por escopo a plena valorização e promoção da personalidade dos filhos.

O que primordialmente caracteriza o abandono moral é a omissão de um ou de ambos os pais na prática de determinados deveres jurídicos para com a sua prole.

Note-se que os pais são legalmente responsáveis não só pela assistência material dos filhos mas, principalmente, pela sua formação moral. A pensão de alimentos representa, nesse sentido, apenas uma das parcelas da paternidade, sendo, assim, possível que o progenitor, ainda que pague mensalmente tal pensão, seja responsabilizado por dano afetivo, uma vez que os fundamentos de tais prestações são diversos – a primeira, refere-se a um dever de assistência material do pai para com o filho, porquanto a segunda tem por objetivo ressarcir os danos morais sofridos por este.

Assim, a função parental mostra-se integralmente cumprida quando o progenitor, além do dever de sustento, se preocupa em educar os seus filhos e em mantê-los na sua companhia.

A educação familiar está diretamente relacionada com a formação da personalidade do menor, bem como com o objetivo de realizar os direitos fundamentais do filho, seja em que âmbito for. O dever de educar importa preparar a criança para o exercício futuro da sua independência pessoal, habilitando-a com conhecimentos teóricos, práticos, formais e informais, transmitindo-lhe os seus ideais de ética e os seus valores morais, sociais e afetivos, corrigindo-lhe os desvios e mantendo-a na sua companhia. Como tal, a separação do casal não pode levar o progenitor não residente a descurar o seu dever de participar efetivamente na vida do filho.

Assim, o dever de indemnização por abandono afetivo não se baseia na análise quantitativa do amor que um progenitor deu ao seu filho, mas na omissão ou não daquele dos seus deveres de criar, educar, visitar e acompanhar a vida do filho, preenchendo assim o primeiro requisito da responsabilidade civil – ação ou omissão do agente.

7.2. DA CULPA

A culpa consiste num juízo de censurabilidade da conduta de um indivíduo, o lesante, o qual, perante as circunstâncias, podia e devia ter atuado de outro modo. Trata-se, pois, de um juízo que assenta no nexo existente entre o facto e a vontade do agente.

Deste modo, sempre que a responsabilização de certa pessoa por ter causado danos a outra exija a possibilidade de formulação do referido juízo, está-se perante uma responsabilidade subjetiva, delitual, aquiliana ou por factos ilícitos.

Assim, para que o facto ilícito gere responsabilidade é necessário que o autor tenha agido com culpa. Como tal, torna-se evidente que, para a configuração do abandono afetivo é necessária a comprovação da culpa do progenitor que se afastou da convivência com o filho e, deliberadamente, abdicou de participar no desenvolvimento da sua personalidade.

A conduta omissiva do agente existirá, como tal, quando este infrinja os seus deveres jurídicos de visita, cuidados, afetos e partilha.

A intensidade da violação destes deveres varia consoante o seu beneficiário sendo compreensível que crianças com maior necessidade de afeto, carinho e cuidados justificarão uma maior convivência e partilha, devendo esta circunstância ser aferida no grau de culpa do agente.

Importa ressalvar que, sendo a culpa do lesante um elemento constitutivo do direito à indemnização, incumbe ao lesado, como credor, fazer a prova dela, nos termos gerais da repartição legal do ónus probatório, nos termos do disposto no artigo 342.º, n.º 1[56] do Código Civil.

7.2.1. DAS CAUSAS DE EXCLUSÃO DA CULPA

7.2.1.1. O DESCONHECIMENTO DA CONDIÇÃO DE PROGENITOR

Estamos perante os casos em que o pai, apesar de ter participado na procriação, não tem conhecimento da existência daquele filho, por escolha exclusiva e deliberada da mãe. Assim, é compreensível que o pai não seja civilmente responsabilizado pelo abandono se não conhecia a sua condição de ascendente.

A situação, todavia, inverte-se quando o pai sempre soube da existência do filho, mas nunca desejou conhecê-lo de forma voluntária. Alguns autores, defendem a impossibilidade do pedido indemnizatório em tais circunstâncias, uma vez que a filiação somente se constituirá com o trânsito em julgado da sentença de declaração da paternidade. Assim, só a partir de tal momento seria exigível ao pai o cumprimento dos deveres inerentes à sua condição. Na senda de Yussef Said Cahali[57], criticamos fortemente tal posição, defendendo que apenas se deve excluir a responsabilidade nos casos em que o progenitor desconhece a

[56]Aquele que invocar um direito cabe fazer a prova dos factos constitutivos do direito alegado.

[57] "A ação de investigação de paternidade é eminentemente declaratória; com a sentença de procedência o juiz limita-se à constatação da existência da relação jurídica concernente à filiação paterna; (…) o estado filial pré-existente à sentença não se constitui através desta (…). Em outros termos, o filho é filho desde o seu nascimento e não por obra e graça do juiz – daí, aliás, a reconhecida eficácia *ex tunc* da sentença de investigação; por outro lado, os deveres inerentes à paternidade responsável devem ser cumpridos ainda que o filho não tenha sido reconhecido voluntariamente, não podendo o genitor tirar partido da sua própria malícia" CAHALI, Yussef Said, *Dano Moral*, 3.ª edição, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 755

sua condição de pai e não quando, conhecendo-a, a prefere ignorar de modo a não cumprir com as suas responsabilidades.

7.2.1.2. A ALIENAÇÃO PARENTAL

A "alienação parental" consiste na criação de uma relação de carácter exclusivo entre a criança e um dos progenitores com o objetivo de excluir o outro e consiste num distúrbio caracterizado pelo conjunto de sintomas resultantes do processo pelo qual um progenitor induz a consciência dos seus filhos, mediante diferentes estratégias, com o objetivo de impedir, dificultar ou mesmo destruir os vínculos afetivos com o outro progenitor. Por outras palavras, a alienação parental é caracterizada por uma disfunção do vínculo afetivo parental obtida através de uma campanha sistemática, continuada, intencional, dirigida à passagem daquele vínculo de positivo a negativo (a transformação do amor em ódio).[58]

Este processo destrutivo[59] tem como alvo principal o outro progenitor mas a principal vítima destes comportamentos é a criança, voz involuntária no processo de alienação[60].

Em síntese, a alienação parental caracteriza-se pela criação de um processo destrutivo da imagem de um dos progenitores e da família deste, quebrando os laços afetivos e emocionais com estes, através de um afastamento forçado, físico e psicológico, das crianças em relação ao progenitor alienado e através de atos jurídicos[61] e comportamentais com o objetivo de as isolar.

---

[58] VILARDO, Maria Aglaé Tedesco/FIALHO, António José, "Alienação Parental – Quando o amor dá lugar ao ódio, *Revista do Centro de Estudos Judiciários*, n.º 15, 1.º semestre de 2011, p. 148.

[59] Tenha-se em atenção que a existência de um único indicador pode não ser suficiente para se concluir estarmos perante uma situação de alienação parental pois deve ser acompanhado de factos que indiciem o objetivo de criar uma relação de carácter exclusivo entre o progenitor alienante e os filhos de forma a excluir para sempre o outro progenitor da vida destes. De igual modo, não é obrigatória a existência de todas estas características para identificar esta situação nem esta enumeração pretende ser exaustiva.

[60] Alguns autores sustentam que este processo consiste numa espécie de lavagem cerebral progressiva, ou mesmo uma espécie de programação da criança envolvida no processo de alienação parental em que, como resultado desta programação, a criança acaba por participar ativamente na aniquilação do seu vínculo com o progenitor alienado. FEITOR, Sandra Inês Ferreira, *A Síndrome de Alienação parental e o seu tratamento à luz do direito dos menores*, Coimbra: Coimbra Editora, 2012, pp. 54-57 e RAMOS DE CARVALHO, Filipa Daniela, *A (Síndrome de) Alienação Parental e o exercício das responsabilidades parentais: algumas considerações*, Coimbra: Coimbra Editora, 2011, pp. 72-73.

[61] Muitas vezes, os comportamentos processuais num processo de regulação das responsabilidades parentais ou das suas vicissitudes constituem também indícios da existência de alienação parental.

A alienação parental pode configurar uma causa de exclusão da responsabilidade quando um dos progenitores comprovar que, apesar dos seus esforços, a iniciativa do outro se mostrou crucial para o seu distanciamento do filho.

7.3. DO DANO

A responsabilidade civil pressupõe também a ocorrência de um dano, de um prejuízo para alguém, sendo para a sua reparação que se justifica a respetiva existência.

"O dano consiste numa lesão material ou imaterial a um interesse juridicamente protegido"[62]. Como o conceito de dano é sempre o mesmo, independentemente da natureza do facto que o origina, a lei tratou da obrigação de indemnizar (artigos 562.º a 572.º do Código Civil) isoladamente.

Qualifica-se como moral o dano em razão da esfera da subjetividade, ou do plano valorativo da pessoa na sociedade, em que se repercute o facto ilícito, havendo-se como tais aqueles que atingem os aspetos mais íntimos da personalidade humana – o da intimidade e o da consideração pessoal – ou da própria valoração da pessoa no meio em que vive – o da reputação ou o da consideração social.

Em razão da sua natureza imaterial, o dano moral é insuscetível de avaliação pecuniária imposta ao causador do dano, sendo o dever de reparar mais uma satisfação do que uma indemnização. Substitui-se, assim, o conceito de equivalência, próprio do dano material, pelo de compensação, que se obtém atenuando, indiretamente, as consequências do sofrimento da vítima.

O dano causado pela ausência afetiva é, primordialmente, um dano causado à personalidade do indivíduo uma vez que é através da família que a personalidade se constrói e manifesta. Assim, os progenitores são responsáveis pelo exercício pontual dos deveres parentais, independentemente da existência ou não de uma sociedade conjugal, uma vez que não foram exonerados das suas funções parentais

[62] European Group on Tort Law, *Princípios de Direito Europeu da Responsabilidade Civil*, artigo 2:101.

Como já referimos, a ausência injustificada de um dos progenitores pode originar dor psíquica e consequente prejuízo à formação da criança. No entanto, o dano afetivo não existe *in re ipsa*, uma vez que é necessária a comprovação dos prejuízos na vida do ofendido em razão do abandono do progenitor, de modo a abranger apenas os filhos que, de facto, sofrem abalos psicológicos devido ao abandono parental[63].

Com efeito, apesar da dor inerente ao abandono do progenitor, nem todos os indivíduos experienciam os danos psicológicos dele resultantes, isto é, é possível que a criança cresça sem danos psicológicos de maior, ainda que o faça sem a presença de um dos progenitores, ou seja, o afastamento dos pais não ocasiona, necessariamente, danos significativos ao filho, sendo que cada pessoa experimenta, de modo muito particular, consequências próprias, de acordo com o grau de resiliência do indivíduo, por um lado, e a presença ou ausência de alguém que lhe substitua a figura parental ausente.

Nesse sentido, não basta a comprovação da existência de um abandono parental. O filho deve comprovar que nele se produziram danos advindos daquele, bem como a gravidade dos mesmos. O mero aborrecimento ou a tristeza com a lembrança de um progenitor negligente não gera, por si só, o dever de indemnizar[64].

É de salientar que a família é o berço da sociedade, isto é, o primeiro sistema social no qual o ser humano é inserido, atendendo às mais variadas necessidades humanas e sociais, quer para a identidade simbólica da pessoa (que lhe proporciona experiência ao nível psicológico), quer ao oferecer experiências humanas básicas e referenciais que perduram no tempo (paternidade, maternidade, fraternidade), possibilitando a emergência de valores e critérios de conduta, sentimento de pertença, respeito e diálogo em contexto afetivo, o que se refletirá nos seus relacionamentos futuros.

---

[63] Nesta parte, não acompanhamos a decisão do Superior Tribunal de Justiça do Brasil.

[64] Na linha da jurisprudência uniforme dos tribunais superiores sobre a ressarcibilidade de certos danos não patrimoniais (assim, Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, Secção Cível, de 12 de outubro de 1973, relatado por JOÃO MOURA, *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 230.º, pp. 107-114; Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, Secção Cível, de 18 de novembro de 1975, relatado por OLIVEIRA CARVALHO, *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 251.º, p. 148-151).

Assim, a ausência de uma das figuras parentais na vida da criança pode gerar prejuízos no seu desenvolvimento emocional cognitivo e comportamental. As consequências podem variar, desde distúrbios de comportamento, à baixa autoestima, problemas escolares, de relacionamento social, até à sensação de perda da oportunidade, mesmo que ilusória, de ser completo e mais feliz. Na persistência do abandono, frequentemente, manifesta-se na criança um sentimento de deceção ou desvalorização. Tal incapacidade traduz-se, em muitos casos, em dificuldades de aprendizagem e quadros psicossomáticos que, se não forem trabalhados, podem evoluir para dificuldades sérias na fase da adolescência. Outros respondem com manifestações de raiva, de modo a reagir à autodepreciação, podendo projetar no progenitor presente as responsabilidade pela ausência do outro.

Podemos, assim, concluir que o abandono por parte dos progenitores é um assunto de extrema relevância, causando carências que podem levar a traumas significativos.

7.4. DO NEXO DE CAUSALIDADE

A ofensa a uma norma preexistente e o dano são elementos essenciais à configuração da responsabilidade civil. Porém, para que surja um dever de indemnizar é necessário que se estabeleça uma relação de causalidade entre o ato ilícito praticado pelo agente e o dano causado.

Tal constatação não oferece dificuldades quando o resultado decorre de um facto simples, porquanto a relação de causalidade é estabelecida diretamente entre o facto e o dano. No entanto, torna-se mais complexa nas hipóteses de causalidade múltipla, ou seja, quando várias circunstâncias concorrem para o incidente danoso. De qualquer modo, nem todas as condições que concorreram para o resultado são equivalentes, mas somente aquela que foi mais adequada para a produção concreta daquele resultado – a que teve uma interferência decisiva.

Nos casos de abandono afetivo, reveste de extrema relevância que se estabeleça o motivo dos danos experimentados pelo filho, bem como se tais

danos possuem ou não relação direta com a conduta do progenitor. Assim, ressalta-se a importância da prova pericial (prevista nos artigos 568.º e seguintes do Código de Processo Civil), a fim de se estabelecer a existência do dano e a sua causa.

A prova pericial é essencial quando estejam em causa factos que, pela sua natureza, exijam especiais conhecimentos para a sua perceção ou apreciação e que o julgador não possui (artigo 388.º do Código Civil).

É um meio de prova "ao serviço da investigação, da reconstrução histórica do acontecido e da sua avaliação"[65].

A força probatória das respostas é fixada livremente pelo tribunal (artigo 389.º do Código Civil) o que significa que o tribunal tem legitimidade para se afastar do parecer dos peritos, sem que tenha necessariamente que justificar esse afastamento.

Neste domínio, merece especial relevância a avaliação psicológica a qual tem por base o conhecimento científico sobre a personalidade, as capacidades ou défices a nível cognitivo, as competências parentais ou outras, bem como a sua implicação ou relação direta com os factos.

A avaliação pode ter por objeto o trauma psicológico (processo disfuncional nos sistemas de avaliação cognitiva e de *coping* em face da perceção de um evento traumático) ou a fragilidade emocional, os estados de humor depressivos ou ansiosos, as perturbações de adaptação e os sentimentos de vulnerabilidade provocados pelas ausências de vinculação ou de identificação[66].

No âmbito específico do dano psíquico, as avaliações psicológicas e psiquiátricas são, por vezes, realizadas de forma complementar com vista ao estabelecimento de um nexo de causalidade médico-legal entre a situação clínica constatada e o evento que a provocou.

---

[65] CARMO, Rui do, "A prova pericial - Enquadramento legal", MATOS, M./GONÇALVES, R/MACHADO, C (Coords.), *Manual de Psicologia Forense: Contextos, Práticas e Desafios*, Braga: Psiquilíbrios Edições, 2011, pp. 34.

[66] Uma análise muito completa sobre a prova pericial na área da saúde mental pode ser consultada em AGULHAS, Rute/ANCIÃES, Alexandra, *Casos Práticos em Psicologia Forense - Enquadramento Legal e Avaliação Pericial*, Lisboa: Edições Sílabo, 2014, pp. 89-119.

7. DA RESPONSABILIDADE CIVIL POR ABANDONO AFETIVO

Não cabe ao perito atribuir as consequências do dano ao responsável pelo evento, competindo essa tarefa ao tribunal. O perito tem por missão recolher não apenas os elementos que permitam estabelecer uma relação de causalidade mas também explicar de forma fundamentada o raciocínio subjacente ao estabelecimento dessa conexão.

De acordo com o psiquiatra forense Sílvio Erné[67], a perícia pode diferenciar meros sentimentos desagradáveis do dano psíquico infligido à vítima. Tal dano será caracterizado quando:

a) for possível comprovar a existência de sinais e de sintomas enquadráveis em determinada classificação nosológica que tenha aceitação no meio científico internacional (CID-OMS ou DSM);

b) for possível comprovar, por análise retrospetiva e biográfica, que os sinais ou sintomas não estavam presentes antes do facto lesivo, ou que este facto acentuou, significativamente, transtornos pré-existentes;

c) houver relação de nexo entre os factos e os sintomas – o nexo de causalidade poderá ser direto ou indireto –, isto é, é necessário demonstrar que determinado facto provocou o aparecimento ou a (re)agudização de um sofrimento outrora inexistente;

d) o transtorno detetado ocasionar algum grau de incapacidade, por qualquer forma de diminuição das capacidades e aptidões prévias – capacidade para desempenhar tarefas habituais, capacidade para exercer o trabalho, capacidade de relacionamento;

e) puder ser comprovado – mediante provas convincentes e sustentáveis juridicamente – que o transtorno teve a duração mínima exigida pelas classificações nosológicas internacionalmente aceites.

Mesmo na doutrina brasileira, há quem se pronuncie pela improcedência da indemnização decorrente de responsabilidade civil por abandono afetivo, temendo que o progenitor condenado jamais se reaproxime do filho, isto é,

[67] ERNÉ, Sílvio Antônio, "É Possível a Reparação Econômica por Dano Moral em Litígios de Família? Como Provar os Danos?", CORONEL, Luiz Carlos Illafant (org.), *Psiquiatria Legal: Informações científicas para o leigo*, Porto Alegre: Conceito, 2010, pp. 67-70.

argumentando que nada contribui o pagamento da indemnização para o restabelecimento dos laços afetivos[68].

Mais ainda, argumentam que o afeto não é um sentimento ao qual possa ser atribuído um preço, dado que ninguém pode dar ao outro um amor que não sente, piorando tal situação se o mesmo for impelido a demonstrá-lo através de uma imposição judicial e consequente condenação pecuniária. Assim, carinho, amor são valores espirituais, dedicados ao outro por vontade própria e não por uma imposição jurídica. Adotar esta indenização seria dar preço aos sentimentos pessoais e ao amor, tanto entre pais e filhos como por qualquer outro ser[69].

Outros autores, como Leonardo Castro[70], apesar de não negarem os efeitos danosos inequívocos advindos da postura omissiva de um dos progenitores, argumentam que para os progenitores já há punição suficientemente grave: a inibição das responsabilidades parentais; mais ainda, defendem que se a solução para o problema fosse monetária, a própria pensão de alimentos atenderia ao objeto da reparação, o que não ocorre.

Salvo o devido respeito, discordamos destes argumentos na medida em que, em primeiro lugar, negar a indemnização por esta ser inadequada a reatar os laços afetivos equivale a esquecer as funções da indemnização por danos não patrimoniais.

Com efeito, é hoje amplamente aceite a ideia de que as funções da indemnização por danos não patrimoniais se podem resumir em três palavras: compensar, punir e dissuadir[71].

A indemnização por danos morais não visa apenas obter a responsabilização do agente, sancionando a sua conduta, mas também a

---

[68] COSTA, Maria Aracy Menezes da, *Responsabilidade civil no Direito de Família*, XII Jornada de Direito de Família, edição especial, Rio de Janeiro: COAD, 2005, p. 42.

[69] FARIAS, Cristiano Chaves de/ROSENVALD, Nelson, *Direito das Famílias***,** 2.ª edição, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 89.

[70] CASTRO, Leonardo, "O Preço do Abandono Afetivo", *Revista IOB de Direito da Família*, Porto Alegre, vol. 9, n.º 46, fevereiro-março 2008, p. 14-21.

[71] MENEZES CORDEIRO, António, *Tratado de Direito Civil*, volume VIII, Direito das Obrigações, Coimbra: Almedina, 2014, pp. 419-421; MENEZES LEITÃO, Luís Manuel Teles, *Direito das Obrigações - Introdução da Constituição das Obrigações*, volume I, 9.ª edição, Coimbra: Almedina, 2010, pp. 291-292.

reparação do prejuízo, através de um valor que traduza a equivalência do dano, procurando satisfazer o sentimento de justiça do lesado.

Concomitantemente, a função dissuasora ou preventiva visa demover o lesante a cometer a mesma conduta e a existência e conhecimento desta modalidade de indemnização serve igualmente para prevenir que outros cometam factos semelhantes, assumindo uma função pedagógica ou educativa, quer sobre o próprio agente, quer sobre a comunidade em geral.

São também amplamente aceites os argumentos de que a fixação de uma indemnização por estes danos não patrimoniais não constitui uma patrimonialização do afeto ou dos sentimentos, não se mostra absolutamente impossível de avaliação pecuniária nem elimina o dano sofrido; deste modo, havendo prejuízo, é preferível arbitrar uma quantia que atribua ao lesado a satisfação equitativa dos direitos violados do que não arbitrar quantia alguma[72].

Em segundo lugar, a responsabilidade parental é reconhecida como um poder funcional, um direito-dever dos pais: respeita aos progenitores mas atende aos direitos dos filhos. Neste sentido, quando um progenitor abandona um filho, não só abdica de um dever como incumpre esse dever.

Se a violação deste dever for suscetível de provocar um determinado prejuízo no desenvolvimento e na personalidade da pessoa que deve ser o beneficiário desse dever, poderemos ter por verificados os pressupostos gerais da responsabilidade civil.

Assim, destituir o progenitor omisso do dever de criar, educar e acompanhar a vida do filho não representa uma punição mas uma mera continuidade de uma postura parental negligente.

Os institutos da limitação e da inibição do exercício das responsabilidades parentais previstos nos artigos 1907.º, 1915.º e 1918.º, todos do Código Civil, são instrumentos de proteção destinados a garantir a substituição do progenitor que não exerceu o dever de cuidado por outra pessoa

[72] MENEZES LEITÃO, Luís Manuel Teles, *Direito das Obrigações - Introdução da Constituição das Obrigações*, volume I, 9.ª edição, Coimbra: Almedina, 2010, pp. 348-350.

que passará a exercer os cuidados e as responsabilidades parentais relativos à criança.

A limitação do exercício das responsabilidades parentais pode justificar-se nas situações de perigo para a segurança, a saúde, a formação moral ou a educação da criança, em consequência de um comportamento ativo ou omissivo por parte de um ou de ambos os progenitores que, no entanto, não seja de tal forma grave que exija a inibição.

Por seu turno, a inibição do exercício das responsabilidades parentais é fundamentada na adoção pelos pais de comportamentos e atitudes para com os filhos, de tal forma graves, que justificam o não exercício dos cuidados que aqueles devem prestar aos filhos.

São pressupostos da inibição:

a) A violação dos deveres dos pais para com os filhos;

b) A culpa (dolo ou negligência) dos progenitores em causa ou, independentemente de culpa, por inexperiência, enfermidade, ausência outras razões que mostrem a inexistência de condições para o cumprimento daqueles deveres;

c) O grave prejuízo sofrido pelo filho provocado por essa violação ou pelas circunstâncias que impedem o cumprimento dos deveres parentais.

A limitação ou privação do exercício das responsabilidades parentais gera uma carga negativa ou "infamante", pelo que, em regra, os tribunais só a aplicam em casos de muita gravidade, na medida em que nem sempre a inibição se revela como a medida mais adequada à situação, podendo justificar medidas menos estigmatizantes e restritivas, designadamente a limitação do exercício das responsabilidades parentais.

O decretamento da limitação ou da inibição das responsabilidades parentais implica uma restrição ao exercício de um direito constitucionalmente garantido (artigo 36.º, n.os 3, 5 e 6 da Constituição da República Portuguesa) e, deste modo, a medida dessa restrição deve ser proporcionada aos interesses que visa salvaguardar (artigos 18.º e 69.º, n.º 1 da Constituição).

Assim, caso "a proteção da criança seja melhor prosseguida por limitações do exercício do poder paternal que podem ser perfeitamente harmónicas com o seu interesse, impostas em condições de maior maleabilidade, provisoriedade e secretismo que permitam ajudá-los, com mais baixos riscos de estigmatização e em melhor harmonia com o seu desenvolvimento e o fluir dinâmico das suas relações pessoais", não deve optar-se pela inibição das responsabilidades parentais[73].

Por seu turno, não é possível deixar de ter presente que a função reparadora da indemnização não se esgota no ressarcimento dos prejuízos sofridos pelo lesado mas também se destaca pela função social de prevenção de condutas semelhantes quando a comunidade, através dos tribunais, afirma que violar direitos subjetivos de outrem pode implicar a reparação patrimonial do correspondente prejuízo.

Deste modo, tratando-se da ressarcibilidade de danos não patrimoniais, insuscetíveis de uma avaliação pecuniária adequada, consideramos preferível "proporcionar à vítima essa satisfação do que deixá-la sem qualquer amparo"[74].

Finalmente, é de ressalvar a distinção entre a pensão alimentícia e o dever de indemnização por abandono afetivo, uma vez que os fundamentos são diversos. Assim, os alimentos prestados pelo progenitor visam satisfazer as necessidades materiais da criança, porquanto a reparação pecuniária possui carácter indemnizatório, sendo a única que pode tanto ressarcir como sancionar.

No que concerne ao prazo de prescrição das ações de responsabilidade civil fundadas no abandono afetivo, importa referir que este é de três anos (artigo 498.º n.º 1 do Código Civil), sendo que, tratando-se de factos cuja ocorrência e relevância tem lugar durante a menoridade do autor, a contagem daquele prazo apenas se inicia com a maioridade deste.

[73] LEANDRO, Armando, "Poder Paternal: Natureza, conteúdo e limitações. Algumas reflexões de prática judiciária", *Temas de Direito da Família*, Ciclo de Conferências no Conselho Distrital do Porto da Ordem dos Advogados, Coimbra: Almedina, 1986, p. 135

[74] ALMEIDA COSTA, Mário Júlio de, *Direito das Obrigações*, 12.ª edição, Coimbra: Almedina, 2013 p. 599.

CONCLUSÕES

A autorrepresentação, a sociabilidade e a capacidade dos futuros adultos na definição dos respetivos projetos de vida são parte integrante do direito ao livre desenvolvimento da personalidade, estando dependentes, em larga medida da estabilidade e maturidade emocionais que lhes tenha sido assegurada, enquanto crianças e jovens, pelos cuidados materiais e afetivos dispensados por ambos os pais, quaisquer que tenham sido as vicissitudes que afetaram a respetiva vida em comum.

A falta de convívio dos pais com os filhos, com a consequente quebra do vínculo de afetividade, pode gerar graves sequelas psicológicas e comprometer o desenvolvimento destes. A ausência das figuras materna ou paterna, coartando os processos de vinculação ou identificação da criança, desestrutura-a e debita-lhe a capacidade de construção de um projeto de vida estruturado.

Assim, ao admitirmos a possibilidade de indemnização por abandono afetivo não estamos a impor um valor ao amor, mas apenas a reconhecer o valor do afeto.

Nesse sentido, a responsabilidade civil por abandono afetivo exige que estejam presentes os seguintes pressupostos:

a) um facto ilícito,

b) imputável a um agente,

c) que tenha produzido danos,

d) que tais danos possam ser juridicamente considerados como causados pelo ato ou facto praticado; e como condição suplementar,

e) que o dano esteja contido no âmbito da norma de proteção.

Assim, é necessário que exista uma conduta omissiva por parte de um dos progenitores – isto é, imputável a um agente –, que prive o filho da convivência, afetando-o física e emocionalmente, de forma voluntária ou ativamente, através de reiteradas atitudes de desprezo, rejeição, indiferença e humilhação, originando no filho fortes carências afetivas, morais e psíquicas, ou seja, é necessário que a criança tenha sofrido danos na sua personalidade, a raiz da sua dignidade.

Tal como demonstrámos anteriormente, este dano torna-se mais gravoso no momento em que se dá o desenvolvimento da personalidade, uma vez que a criança necessita de paradigmas de comportamento e impressões de afeto que lhe transmitam direção e segurança para que se possa desenvolver plenamente. Podemos argumentar que estamos perante um dano ao projeto de vida, definido por este como sendo aquele que transcende a integridade psicossomática do sujeito, isto é, um dano radical e profundo que compromete em alguma medida o ser do homem, afetando a liberdade da pessoa e frustrando o projeto de vida que livremente cada pessoa formula e através do qual se realiza como ser humano, ou seja, estamos perante um dano que impede que a pessoa desenvolva livremente a sua personalidade.

Mais ainda, é necessário que esses danos possam ser juridicamente considerados como causados pelo ato ou facto praticado, ou seja, que da conduta do progenitor hajam resultado os danos causados ao filho, as ignomínias na personalidade ou psicopatias – isto é, deve estabelecer-se um nexo causal entre a ação do agente e o dano gerado.

Ulteriormente, o dano sofrido pela criança deve corresponder a um objeto tutelado pelo ordenamento jurídico.

O afeto deve, assim, ser entendido como o princípio jurídico organizador das relações familiares e a sua ausência culposa provoca sofrimento naqueles que deveriam ser os destinatários supremos dessa relação.

A imposição de soluções indemnizatórias no recurso aos pressupostos gerais da responsabilidade civil deve ser admissível num quadro em que se demonstre consumada a dissolução dos laços afetivos por lesão culposa dos deveres parentais de que haja resultado sério e manifesto prejuízo para os filhos, sendo de ressalvar que a aplicação de tais consequências em nada se relaciona com o preenchimento dos pressupostos mais graves que justificam a inibição do exercício das responsabilidades parentais ou o decretamento das providências a que se referem os artigos 1915.º e 1918.º do Código Civil, respetivamente.

É de salientar, nesse sentido, que, inibir ou limitar o exercício dos poderes-deveres funcionais que integram o dever de afeto e de cuidado,

relativamente a quem não os quis exercer, quando podia e devia fazê-lo, pode até consubstanciar um sinal de que o Estado não consegue acautelar a violação dos direitos de personalidade de um filho abandonado, bem como os efeitos que este abandono pode provocar no seu desenvolvimento.

Nem sempre a responsabilidade civil por abandono afetivo terá lugar ou será possível especialmente quando não estejam verificados os seus pressupostos ou se mostre mais adequado o recurso a instrumentos coercivos dos deveres de cuidado parental.

Porém, nos casos em que tiver lugar, a sua função social não poderá deixar de ser essencialmente pedagógica e nem sempre punitiva ou reparadora.

Esta função social não dispensa o juízo ético do julgador sobre as circunstâncias de cada caso (o apelo aos critérios de equidade) por forma a evitar a mera satisfação de vaidades ou de vinganças ou a "monetarização dos afetos".

Em suma, entendemos que a responsabilização civil deve constituir outra opção a ser considerada como dissuasora destes comportamentos violadores dos direitos subjetivos da criança.

Complementando essa discussão, é inegável a sua função social e pedagógica junto da comunidade quando se afirma a reparação dos danos causados aos filhos pelos pais que não lhes proporcionam o afeto a que têm direito.

BIBLIOGRAFIA

AAVV, *Poder paternal e responsabilidades parentais*, 2.ª edição, Lisboa: Quid Juris, 2010

ABRANTES MENDES, Maria de Fátima, *O Poder Paternal - Contributo para o Estudo do seu Actual Regime*, 1.ª reimpressão, Lisboa: AAFDL, 1994

AGULHAS, Rute/ANCIÃES, Alexandra, *Casos Práticos em Psicologia Forense - Enquadramento Legal e Avaliação Pericial*, Lisboa: Edições Sílabo, 2014

ALMEIDA COSTA, Mário Júlio de, *Direito das Obrigações*, 12.ª edição, Coimbra: Almedina, 2013

ALMEIDA, Susana, *O Respeito pela Vida (Privada e) Familiar na Jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem: A Tutela das Novas Formas de Família*, Coimbra: Coimbra Editora, 2008

ANDRADE, Manuel de, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, vol. I, Coimbra: Almedina, 1987

ASSIS, Susana Almeida Zamira de, *Parentalidade Sócio-Afectiva: Portugal e Brasil*, Colecção SPEED, Coimbra: Almedina, 2012

ATAÍDE, Rui Paulo, "Poder Paternal, direitos de personalidade e responsabilidade civil. A vigência dos direitos fundamentais na ordem jurídica privada", em AAVV, *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Luís Alberto de Carvalho Fernandes*, vol. III, Lisboa: Universidade Católica Editora, 2011, p. 337-409

AZEVEDO, Maria do Céu/MAIA, Ângela da Costa, *Maus-Tratos à Criança*, Lisboa: Climepsi Editores, 2006

BACELAR GOUVEIA, Jorge, *Manual de Direito Constitucional*, volume II, 2.ª edição, Coimbra: Almedina, 2007

BADINTER, Elisabeth, *Um Amor Conquistado: o Mito do Amor Materno*, Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1985, disponível em http://www.redeblh.fiocruz.br/media/livrodigital%20(pdf)%20(rev).pdf

BARUDY, J., *El dolor invisible de la infância. Una lectura ecossistemica del mau trato infantil*, Barcelona: Paidos, 1998.

BERENICE DIAS, Maria, *Manual de Direito das Famílias*, 9.ª edição revista, atualizada e ampliada, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013

BODANESE, Paula, *O dever de indenizar por dano afetivo nas relações paterno-filiais, (dissertação para obtenção do grau de Bacharel em Direito)*, Porto Alegre: Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Faculdade de Direito, 2011, disponível em http://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/36029/000817251.pdf?...1

BOLIEIRO, Helena/GUERRA, Paulo, *A criança e a família – Uma questão de Direito(s)*, Coimbra: Coimbra Editora, 2009

BOM FERREIRA, Bruno, "A Problemática da titularidade da indemnização por danos não patrimoniais em Direito Civil", *Revista Verbo Jurídico*, dezembro de 2008, disponível em http://www.verbojuridico.com/doutrina/civil/civil_titularidadedanonaopatrimonial.pdf

CAHALI, Yussef Said, *Dano Moral*, 3.ª edição, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005

CALVÃO DA SILVA, João, *Responsabilidade Civil do Produtor*, Coimbra: Almedina, 1999

CAPELO DE SOUSA, Rabindranath, *O Direito Geral de Personalidade*, Coimbra: Coimbra Editora, 1995

CARMO, Rui do, "A prova pericial - Enquadramento legal", MATOS, M./GONÇALVES, R/MACHADO, C (Coords.), *Manual de Psicologia Forense: Contextos, Práticas e Desafios*, Braga: Psiquilíbrios Edições, 2011

CASTRO, Leonardo, *Breves comentários à "Lei Crivella"*, disponível em http://jus.com.br/artigos/11265/breves-comentarios-a-lei-crivella

CASTRO, Leonardo, "O Preço do Abandono Afetivo", *Revista IOB de Direito da Família*, Porto Alegre, vol. 9, n.º 46, fevereiro-março 2008, p. 14-21.

CODERCH, Salvador, GAROUPA, Nuno, LIGUERE, Gómez, "El circulo de responsables", *InDret*, disponível em www.indret.com

COSTA, Maria Aracy Menezes da, *Responsabilidade civil no Direito de Família*, XII Jornada de Direito de Família, edição especial, Rio de Janeiro: COAD, 2005

CYRULNIK, Boris, *O Murmúrio dos fantasmas*, São Paulo: Editora Martins Fontes, 2005

DIAS, Bianca Gabriela Cardoso/COSTA, Maria da Fé Bezerra, *Abandono Afetivo nas novas ordens constitucional e civil: as consequências jurídicas no campo da responsabilização*, disponível em http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/campos/maria_da_fe_bezerra_da_costa.pdf

DIAS MARQUES, José, *Noções Elementares de Direito Civil*, Lisboa: Centro de Estudos de Direito Civil, 1973

DINIZ, Danielle Alheiros, *A impossibilidade de responsabilização civil dos pais por abandono afetivo*, disponível em http://jus.com.br/revista/texto/12987/a-impossibilidade-de-responsabilizacao-civil-dos-pais-por-abandono-afetivo

DUARTE PINHEIRO, Jorge, *O Direito da Família Contemporâneo*, 2.ª edição - reimpressão, Lisboa: Edições AAFDL, 2009

DUARTE PINHEIRO, Jorge, *O núcleo intangível da comunhão conjugal – os deveres conjugais sexuais (dissertação de doutoramento)*, Coimbra: Almedina, 2004

EPIFÂNEO, Rui/FARINHA, António, *Organização Tutelar de Menores - Contributo para uma visão interdisciplinar do Direito da Família*, Coimbra: Almedina, 1997

ERNÉ, Sílvio Antônio, "É Possível a Reparação Econômica por Dano Moral em Litígios de Família? Como Provar os Danos?", CORONEL, Luiz Carlos Illafant (org.), *Psiquiatria Legal: Informações científicas para o leigo*, Porto Alegre: Conceito, 2010, pp. 67-70.

EUROPEAN GROUP ON TORT LAW, *Princípios de Direito Europeu da Responsabilidade Civil*, disponíveis em civil.udg.edu/php/biblioteca/items/295/PETLPortuguese.doc

FARIAS, Cristiano Chaves de/ROSENVALD, Nelson, *Direito das Famílias***,** 2.ª edição, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010

FEITOR, Sandra Inês Ferreira, *A Síndrome de Alienação parental e o seu tratamento à luz do direito dos menores*, Coimbra: Coimbra Editora, 2012

FREITAS, Miguel/CORREIA, João/SANTOS, António J./RIBEIRO, Olívia/FERNANDES, Eulália, "Qualidade Da Vinculação E Sentimento De Solidão Em Jovens Pré-Adolescentes", *Atas do 1.º Congresso Internacional de Parentalidade do IPNP*, Porto, Portugal, 2012, pp. 231-238, disponível em www.ciparentalidade.ipnp.pt

GÉLIO, Graciele, *Abandono Afetivo*, disponível em http://www.femparpr.org.br/artigos/upload_artigos/graciele-gelio.pdf

GILISSEN, John, *Introdução Histórica ao Direito*, 3.ª edição, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001

GOMES DA SILVA, Manuel, *O dever de prestar e o dever de indemnizar*, Lisboa, 1944

GOMES, Ana Sofia, *Responsabilidades Parentais*, Lisboa: Quid Juris, 2009

GÓMEZ POMAR, "Daño Moral", *InDret*, disponível em works.bepress.com

GONÇALVES DA SILVA, Graziela Yowanda/CAMPOS, Magna, *O alcance da responsabilidade civil nas relações do abandono afetivo pela parentalidade*, disponível em http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php/Paulo%20Leandro%20Maia?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13455&revista_caderno=14

JARDIM, Camila Jaime de Moraes, *Dano moral decorrente de abandono afetivo (dissertação para obtenção do título de Especialista em Psicologia Jurídica)*, Brasília: Universidade Católica de Brasília, 2010, disponível em http://repositorio.ucb.br/jspui/bitstream/10869/828/2/Dano%20Moral%20Decorrente%20de%20Abandono%20Afetivo%20-%20TCC%20Camila%20Jardi.pdf

JÚDICE, Eduarda/TELES, Laura/ANTÃO, Rosário/DIAS DE CARVALHO, Teresa, "Divórcio e aspetos do desenvolvimento da criança e do adolescente", *Infância e Juventude*, n.º 1/02, janeiro-março 2002, pp. 29-94

LABRUSSE-RIOU, Catherine, *Droit de La Famillie, 1, Les Personnes,* Masson, 1984

LEANDRO, Armando, "A problemática da criança maltratada em Portugal. Alguns aspetos jurídicos e judiciários", *Revista do Ministério Público*, 35/36, pp. 55-84

LOPES, Soraia/SARGENTO DOS SANTOS, Paulo, "Afetividade, Auto-Conceito e Auto-Estima", *Infância e Juventude*, n.º 2/05, abril-junho 2005, pp. 85-106

MACHADO, Gabriela Soares Linhares, *Análise doutrinária e jurisprudencial acerca do abandono afetivo na filiação e sua reparação*, disponível em http://jus.com.br/revista/texto/23666/analise-doutrinaria-e-jurisprudencial-acerca-do-abandono-afetivo-na-filiacao-e-sua-reparacao#ixzz2YNSf3b8C

MADALENO, Rolf, *Multa Afetiva*, disponível em http://www.rolfmadaleno.com.br/novosite/conteudo.php?id=34

MADALENO, Rolf, *Repensando o Direito da Família*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007

MARQUES ALBERTO, Isabel Maria, *Maltrato e Trauma na Infância*, 2.ª edição, Coimbra: Almedina, 2010

MARQUES, Filipa Micaela Ferreira/LIMA, Luiza Nobre, "Crianças A Tempo Inteiro Com Pais A Tempo Parcial: A Perceção Da Segurança Da Vinculação Em Crianças Filhas De Pais Divorciados", *Atas do 1.º Congresso Internacional de Parentalidade do IPNP*, Porto, Portugal, 2012, pp. 111-118, disponível em www.ciparentalidade.ipnp.pt

MATOS, Raquel/FIGUEIREDO, Bárbara, "Maus Tratos e Negligência à Criança: Ressituação de uma Problemática", *Infância e Juventude*, n.º 1/01, janeiro-março 2001

MCBRIDE, Nicholas/BRAGSHAW, Roderick, *Tort Law*, 2.ª edição, Pearson Longman Law Series, 2005

MENEZES CORDEIRO, António, *Tratado de Direito Civil*, volume VIII, Direito das Obrigações, Coimbra: Almedina, 2014

MENEZES LEITÃO, Luís Manuel Teles, *Direito das Obrigações - Introdução da Constituição das Obrigações*, volume I, 9.ª edição, Coimbra: Almedina, 2010

MOITINHO DE ALMEIDA, José Carlos, "As medidas executivas dos regimes reguladores do poder paternal", *Revista Scientia Jurídica*, n.º 78, março-abril 1996, pp. 129-141, n.º 79-80, maio-agosto 1966, pp. 272-280

MONTEIRO, Rafaele, *Responsabilidade civil no direito da família: o amor tem preço*, disponível em http://jusvi.com/artigos/45877

MOTA PINTO, Carlos Alberto da, *Teoria Geral do Direito Civil*, 4.ª edição, Coimbra: Coimbra Editora, 2005

MULLIS, Alastair/OLIPHANT, Ken, *Torts*, 3.ª edição, Hampshire: Palgrave/Macmilan, 2003

MURANA, Marcella, *La responsabilità civile nella famiglia*, disponível em http://www.medeacom.it/public/files/uploaded/Diritto%20civile%2019%2020%2021%20aprile%2007/murana.pdf

MUSIC, Graham, *Afecto e Emoção*, "Coleção Temas de Psicanálise 2", Coimbra: Almedina, 2002

NASSRALLA, Samir Nicolau, *Reflexões acerca da responsabilidade civil parental por abandono afetivo*, disponível em http://www.rkladvocacia.com/arquivos/artigos/art_srt_arquivo20100901152012.pdf

NERY, Isabel "A Biologia do Amor", *Revista Visão*, 12 de setembro de 2013, pp. 60-64

NIESWALD, Délcio Marcelo, *Responsabilidade Civil por Abandono Afetivo do Genitor (dissertação para a conclusão do Curso de Graduação em Direito),* Santa Rosa: UNIJUÍ – Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul, 2013, disponível em http://bibliodigital.unijui.edu.br:8080/xmlui/bitstream/handle/123456789/2142/TCC-RESPONSABILIDADE%20CIVIL%20POR%20ABANDONO%20AFETIVO-PRONTO.pdf?sequence=1

OLIVEIRA, Guilherme de, "A Criança Maltratada", AAVV, *Temas de Direito da Família*, 2.ª edição, Coimbra: Coimbra Editora, 2001

PEIXOTO, Carlos/RIBEIRO, Catarina, "Indicadores Psicológicos de Abuso", *Abuso de Crianças e Jovens - Da suspeita ao diagnóstico*, Lisboa: Lidel, 2010

PEREIRA COELHO/GUILHERME DE OLIVEIRA, *Curso de Direito da Família*, Coimbra: Coimbra Editora, 2004

PEREIRA, Orlindo Gouveia/JESUÍNO, Jorge Correia, *Desenvolvimento Psicológico da Criança - História, Métodos e Factores*, Colecção Psicologia e Pedagogia, Lisboa: Moraes Editores, 1978

PEREIRA, Rodrigo da Cunha, *Concubinato e união estável*, Belo Horizonte: Del Rey, 1995

PEREIRA, Rodrigo da Cunha, *Nem só de pão vive o Homem: Responsabilidade civil por abandono afetivo*, disponível em http://www.mp.ce.gov.br/orgaos/CAOCC/dirFamila/artigos/05_nem.so.de.pao.vive.o.homem.pdf

PEREIRA, Rui Soares, *A Responsabilidade por Danos Não Patrimoniais - Do Incumprimento das Obrigações no Direito Civil Português*, Coimbra: Coimbra Editora, 2009

PEREIRA, Sérgio Gischkow, *Estudos de Direito de Família*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004

PINTO MONTEIRO, António, "Sobre a reparação dos danos morais", *Revista Portuguesa do dano corporal*, Coimbra: Edição APADAC – Associação Portuguesa de Avaliação do Dano Corporal, Instituto de Medicina Legal de Coimbra, Ano I, n.º 1, 1992

PINTO RIBEIRO, Maria Saldanha, *Amor de Pai - Divórcio, Falso Assédio e Poder Paternal*, Lisboa: Editora Livros d'Hoje, 2007

QUEIRÓS, Raimundo, *A Responsabilidade Civil dos Menores dos Pais e das Escolas*, Lisboa: Quid Juris, 2012

RAMOS DE CARVALHO, Filipa Daniela, *A (Síndrome de) Alienação Parental e o exercício das responsabilidades parentais: algumas considerações*, Coimbra: Coimbra Editora, 2011

REIS, Júnia Fraga, *Responsabilidade civil por abandono afetivo: o verdadeiro valor do afeto na relação entre pais e filhos*, disponível em http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2010_1/junia_reis.pdf

SCHROEDER, Christopher, "Corrective justice, liability for risks and tort law", *UCLA Law Review*, vol. 38, 1990/1991

SINDE MONTEIRO, Jorge Ferreira, *Responsabilidade por conselhos, recomendações ou* informações, Coimbra: Almedina, 1987

SINDE MONTEIRO, Jorge Ferreira, *Rudimentos da Responsabilidade Civil*, Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto, A.2, 2005, pp. 349-390, disponível em http://repositorio-aberto.up.pt/bitstream/10216/23773/2/2082.pdf

SOTTOMAYOR, Maria Clara, *Regulação do Exercício das Responsabilidades Parentais nos casos de Divórcio*, 5.ª edição, Coimbra: Almedina, 2011

SOUSA, Nuno C., *Amor de pai é uma das principais influências na personalidade humana*, disponível em http://hypescience.com/amor-de-pai-e-uma-das-principais-influencias-na-personalidade-humana/

STRECHT, Pedro, *A Minha Escola Não é Esta - Dificuldades de Aprendizagem e Comportamento em Crianças e Adolescentes*, Lisboa: Assírio & Alvim, 2008

STRECHT, Pedro, *Crescer Vazio - Repercussões Psíquicas do Abandono, negligência e maus tratos em crianças e adolescentes*, Lisboa: Assírio & Alvim, 2012

SUAREZ KAROW, Aline Biasuz, *Abandono Afetivo - Valorização Jurídica do Afeto nas Relações Paterno-Filiais*, Curitiba: Juruá Editora, 2012

TEIXEIRA, Leonardo Nacif´, *A possibilidade do dano moral frente ao abandono afetivo e o dever de indenizar (dissertação para obtenção do grau de Bacharel em Direito)*, Governador Valadares: Universidade Vale do Rio Doce-UNIVALE, Faculdade de Direito, Ciências Administrativas e Económicas-FADE, 2010, disponível em http://www.pergamum.univale.br/pergamum/tcc/Apossibilidadedodanomoralfrenteaoabandonoafetivoeodeverdeindenizar.pdf

TROTTA, Gianfranco, "Un diritto-dovere da esercitare non solo verso i figli", *Guida Al Diritto*, numero 4, aprile 2007, pp. 81-83

VIAFORE, Vanessa, *O abandono afetivo e a responsabilidade civil frente ao afeto*, disponível em http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2007_2/Vanessa_Viafore.pdf

VIEGAS, Cláudia Mara de Almeida Rabelo/POLI, Leonardo Macedo, *Os efeitos do abandono afetivo e a mediação como forma de solução de conflitos paterno-filiais*, disponível em http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12913

VIEIRA, Fernando/BRISSOS Sofia, "Direito e Psiquiatria – Um olhar sobre a cultura judiciária na sua interseção com a Psiquiatria", *Revista Julgar*, n.º3, setembro-dezembro 2007, pp. 45-60

VILARDO, Maria Aglaé Tedesco/FIALHO, António José, "Alienação Parental – Quando o amor dá lugar ao ódio, *Revista do Centro de Estudos Judiciários*, n.º 15, 1.º semestre de 2011, pp. 137-189

YAMADA DA SILVA, Aline Kazuko, *A possibilidade do dano moral frente ao abandono afetivo do pai (dissertação para obtenção do grau de Bacharel em Direito)*, Faculdade de Direito de Presidente Prudente, 2008, disponível em http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/Juridica/article/viewFile/671/694

ZAMATARO, Yves, *Da possibilidade de indenização por danos morais decorrentes de abandono afetivo*, http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI181259,91041-Da+possibilidade+de+indenizacao+por+danos+morais+decorrentes+de

ZIMMERMAN, Reinhard, *The Law of Obligations - Roman Foundations of the Civilian Tradition*, "Claredon Paperbacks", Oxford: Oxford University Press, 1996

JURISPRUDÊNCIA

Acórdão do Bundesverfassungsgericht, Alemanha, de 1 de abril de 2008 (1 BvR 1620/04), *Pressemitteilung* Nr. 44/2008 de 1 de abril de 2008, disponível em www.bverfg.de/pressemitteilungen/bvg08-044.html

Acórdão da Corte di Cassazione, Itália, de 8 de Fevereiro de 2000, disponível em http://www.mammeseparate.it/avvocato.html

Acórdão da Relação de Coimbra, Secção Cível, de 31 de janeiro de 2006 (Processo n.º 4027/05), relatado por HÉLDER ROQUE, disponível em www.dgsi.pt (http://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/d6839d6560320a98802571540052a217?OpenDocument)

Acórdão da Relação de Évora, Secção Cível, de 02 de junho de 2005 (Processo n.º 946/05-3), relatado por ÁLVARO RODRIGUES, disponível em www.dgsi.pt (http://www.dgsi.pt/jtre.nsf/134973db04f39bf2802579bf005f080b/8d63a5719aafbf33802576a300536a01?OpenDocument)

Acórdão do Superior Tribunal de Justiça do Brasil no Recurso Especial 1.159.242/SP, de 24 de abril de 2012, relatado pela Ministra NANCY ANDRIGHI, disponível em http://disciplinas.stoa.usp.br/pluginfile.php/27593/mod_resource/content/1/REsp_1159242-SP.pdf

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, Secção Cível, de 30 de abril de 2002 (Processo n.º 02A1126), relatado por SILVA SALAZAR, disponível em www.dgsi.pt (http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/325caa6a3ab7fc4e802571730046bb75?OpenDocument)

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 3 de janeiro de 2005, Secção Cível (Processo n.º 05B3006), relatado por SALVADOR DA COSTA, disponível em www.dgsi.pt (http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/e69ec96935520db8802570c4002e14d6?OpenDocument)

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, Secção Cível, de 4 de janeiro de 2005 (Processo n.º 05A2167), relatado por FERNANDES MAGALHÃES, disponível em www.dgsi.pt (http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/3e4b62a459f6e4d9802570a70031fa58?OpenDocument)

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 20 de outubro de 2005, Secção Cível (Processo n.º 05B2150), relatado por ARAÚJO BARROS, disponível em www.dgsi.pt (http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/71e4db513284cc53802570c7004e1cd5?OpenDocument)

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, Secção Cível, de 7 de dezembro de 2005 (Processo n.º 05A3397), relatado por FARIA ANTUNES, disponível em www.dgsi.pt (http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/13ae2a56dda1ad78802570ec004aa5c9?OpenDocument)

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, Secção Cível, de 27 de abril de 2006 (Processo n.º 06A934), relatado por SEBASTIÃO PÓVOAS, disponível em www.dgsi.pt (http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/be2d4abd53316b89802571640029ee70?OpenDocument)

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, Secção Cível, de 9 de novembro de 2006 (Processo n.º 06B3798), relatado por SALVADOR DA COSTA, disponível em www.dgsi.pt (http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/f3a18cbfb3737d06802572260043d7b8?OpenDocument)

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, Secção Cível, de 17 de setembro de 2009, relatado por MOREIRA CAMILO, (Processo n.º 292/1999), *Coletânea de Jurisprudência*, 2009, III

ÍNDICE

Introdução 1

1. Da responsabilidade civil nas relações familiares 3
2. O ponto de partida… "Amar é faculdade, cuidar é dever" 7
3. Do abandono à proteção 11
4. Do afeto como o novo princípio orientador do Direito da Família 14
5. Da titularidade e exercício das responsabilidades parentais 19
   - 5.1. Da convivência familiar 25
   - 5.2. Da tutela do regime dos contactos pessoais 29
   - 5.3. Da inadequação dos mecanismos processuais de tutela 31
6. Dos efeitos do (des)afeto 33
7. Da responsabilidade civil por abandono afetivo 41
   - 7.1. Do facto ilícito 41
   - 7.2. Da culpa 43
     - 7.2.1. Das causas de exclusão da culpa 44
       - 7.2.1.1. O desconhecimento da condição de progenitor 44
       - 7.2.1.2. A alienação parental 45
   - 7.3. Do dano 46
   - 7.4. Do nexo de causalidade 48

Conclusões 55

Bibliografia 58

Jurisprudência 68